



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 09.06.2020

Saksnr.: 19-124354ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer	Christian Lund
Lagdommer	Ragnar Eldøy
Kst. lagdommer	Thomas Frøberg

Ankende part	Staten ved kommunal- og moderniseringsdepartementet	Advokat Hilde Lund
--------------	---	--------------------

Ankemoøpart	Selvaag Bolig Bispelua AS	Advokat Kristian Korsrud Advokat Jan Gudmund Aanerud
-------------	---------------------------	---

Saken gjelder overprøving av vedtak fra Fylkesmannen i Oslo og Akershus. Vedtaket stadfestet vedtak fra Oslo kommune om rekkefølgekrav i reguleringsplan om opparbeidelse av turvei.

Selvaag Bolig AS er morselskap til Selvaag Bolig Bispelua AS. Det er i det følgende ikke nødvendig å skille mellom selskapene, og de omtales heretter som «Selvaag». Selvaag eide en tomt på Mortensrud i Oslo som var regulert til skole- og barnehageformål. Tomten var på omkring 22 000 m² og bestod av skog og berg i dagen.

Selvaag ønsket å få området omregulert til byggeområde for boliger. Planarbeidet ble varslet i august 2012. Forslag til planskisse ble sendt til kommunen i august 2013. Plan- og bygningsetaten i Oslo kommune (heretter «PBE») ga 6. november 2013 sin område- og prosessavklaring til oppstartsmøte. Innledningsvis står følgende:

Planområdet foreslås omregulert fra skole og barnehage til rekkehusbebyggelse. Plan- og bygningsetaten kan akseptere boligformål, hvis Oslo kommune ikke lenger har behov for eiendommene. Områdets funksjon som grønnforbindelse mellom Ljanselva og Gjersrudbekken må opprettholdes. Karakteristiske landskapstrekk og skogspreget må bevares. Boligområdet må tilknyttes gangveinettet. Rekkehusene bør utvikles etter et helhetlig arkitektonisk konsept.

Oppstartsmøte mellom PBE og Selvaag ble avholdt i desember 2013. Våren 2014 ble det avholdt ytterligere møter mellom PBE og Selvaag. Planforslaget fra PBE ble utsendt til offentlig ettersyn i august 2014. I utkastet til reguleringsbestemmelser ble det foreslått to rekkefølgebestemmelser, begge knyttet til ferdigstillelse av fortau. Høringsfristen ble satt til 6. oktober 2014.

Eiendoms- og byfornyelsesetaten i Oslo (heretter «EBY») sendte inn uttalelse 13. oktober 2014, en uke etter høringsfristen hadde gått ut. Avslutningsvis i uttalelsen står følgende:

Gjennomføring av tiltak i planinitiativet antas å utløse behov for utbyggingsavtale. Det er rekkefølgekrav for opparbeidelse av fortau, men det bør vurderes av BYM og PBE om det er behov for ytterligere fellestiltak i området ut fra utbyggingens omfang og størrelse.

PBE videresendte 2. desember 2014 EBYs uttalelse til Bymiljøetaten i Oslo (heretter «BYM»), og bad dem «om en vurdering om det er behov for infrastrukturtiltak på veinettet, turveier, friområder m.m. i nærområdet som den foreliggende utbyggingsplanen bør bidra til».

BYM svarte på henvendelsen i brev 12. desember 2014. BYM viste til at det var regulert en gang/sykkelvei fra området og østover mot Mortensrud og Loftsrud skoler. Det uttales at en «opparbeidelse av denne er ønskelig, og aktualiseres når det blir etablert boliger som følge av den aktuelle planen». Allerede samme dag sendte Marcus Hothmann,

saksbehandler og seniorarkitekt hos PBE, på e-post et forslag tilbake til BYM med forslag til rekkefølgebestemmelse om opparbeidelse av slik gang- og sykkelvei.

Den 30. januar 2015 sendte Ina Vibeke Holth, som var saksbehandler hos BYM, en e-post til PBE, med kopi blant annet til Selvaags arkitektkontor. BYM opplyste i e-posten at de ønsket at det i forbindelse med plansaken ble opparbeidet turstier. Det uttales at «[n]ordsør traseen er en del av E11, og må kobles på eksisterende lenke i begge ender». E11 er en del av turstinettverket i Oslo. BYM ønsket også den tidligere nevnte gang- og sykkelstien opparbeidet.

PBE, ved Hothmann, sendte 12. februar 2015 en e-post til Holth i BYM. PBE stilte seg positive til opparbeiding av turstiene, og bad om at BYM gjorde et grovt kostnadsoverslag og vurderte «om det er rimelig at tiltaket fullfinansieres av den foreslåtte utbyggingen i Jordstjerneveien, eller om det også vil være nødvendig med kommunale midler eller bidrag fra andre utbyggere i området».

I e-post 31. mars 2015 fra Holth hos BYM til Hothmann hos PBE og Hans Jørgen Wetlesen hos EBY står det blant annet:

Etter en intern diskusjon har BYM endret ønske for rekkefølgekrav/utbyggingsavtale i Jordstjerneveien. Den regulerte gang/sykkelveien ønsker vi likevel ikke opparbeidet på grunn av svært krevende terreng, der en opparbeidelse vil skape uønskede terrenngrep. Kartet under viser våre ønsker for området (med prioritet 1,2,3). Tre turveier med 2 meters bredde, og gruset overflate. Min kollega vurderer tiltaket til å koste ca. 5000 kr per meter (som hun vurderer til å være et høyt anslag). Jeg vet ikke hvor mange meter turvei det er realistisk at Oslo kommune kan få gjennom dette prosjektet?

Wetlesen hos EBY svarte på e-post 2. april 2015 til Hothmann og Holth. I e-posten står følgende:

Det er PBE som vurderer hvilke rekkefølgetiltak som er planfaglig nødvendig for gjennomføring av planen for Jordstjerneveien- men for EBY ser tiltakene noe perifere ut. Uten å kjenne terrengforhold eller tidligere reguleringssak for turvei - ikke opparbeidet fra Bispeluelia - vil jeg si at dette tiltaket virker enklere å forsvare.

I april 2015 hadde kommunen og Selvaag en befaring i området for å vurdere behovet for opparbeiding av turveier. I en e-post 4. mai 2015 til Selvaag foreslo PBE to rekkefølgebestemmelser: 1) opparbeidelse av felles lekeplass og 2) opparbeiding av hovedturvei E11.

Aashild Mariussen hos Spor Arkitekter svarte på forslaget på vegne av Selvaag i en e-post 5. mai 2015. Selvaag protesterte på forslaget om oppgradering av turstien. Det uttales at påleggene kom i siste runde av planforslaget og «kan i hvert fall ikke sies å være

forutsigbart for forslagsstiller». Mariussen fremhevet også at Selvaag «finner det urimelig å bli pålagt oppgradering av eksisterende tursti så langt fra planområdet» og at «stien er god nok».

PBE sendte 21. mai 2015 endringene i forslaget til detaljregulering på begrenset høring. Rekkefølgebestemmelsene var i forslaget supplert med opparbeidelse av felles lekeplass og oppgradering av turstien E11. Spor Arkitekter, ved Mariussen, ga bemerkninger til forslaget i brev 11. juni 2015. Det ble protestert mot kravet om opparbeidelse av turstien, med samme begrunnelse som i e-posten 5. mai 2015. Det påpekes også at boligene vil bli dyrere, da «oppgraderingen belaster det planlagte prosjektet». Det uttales videre at turstien i praksis brukes «av hele bydelen og beboere med nærmere beliggenhet, mens de nye boligene vil ha moderat nytte av turveien».

Uenigheten om rekkefølgekravet vedrørende tursti E11 medførte at PBE utarbeidet to planalternativer til politisk behandling i kommunen. Disse ble oversendt Byrådsavdeling for byutvikling 3. september 2015. Byrådsavdelingen returnerte 12. februar 2016 forslaget til PBE og bad om at det ble utarbeidet også et alternativ 3, der en «snipp» av planområdet ble bibeholdt til barnehageformål.

PBE utarbeidet deretter et nytt planforslag datert 13. mai 2016, nå med tre alternativer. Alternativ 1 var Selvaags forslag. Alternativ 2 inkluderte rekkefølgekravet om opparbeidelse av tursti E11, mens alternativ 3 i tillegg hadde med et område avsatt til barnehage. Forslagene ble oversendt Byrådsavdelingen for byutvikling 18. mai 2016. Byrådet sluttet seg til alternativ 3. I innstillingen til Bystyret, datert 30. juni 2016, uttales det at byrådet «er enig med Plan og bygningsetaten i at det stilles rekkefølgekrav om oppgradering av hovedturvei E11 øst for planområdet». Utover dette begrunnes ikke dette punktet noe nærmere.

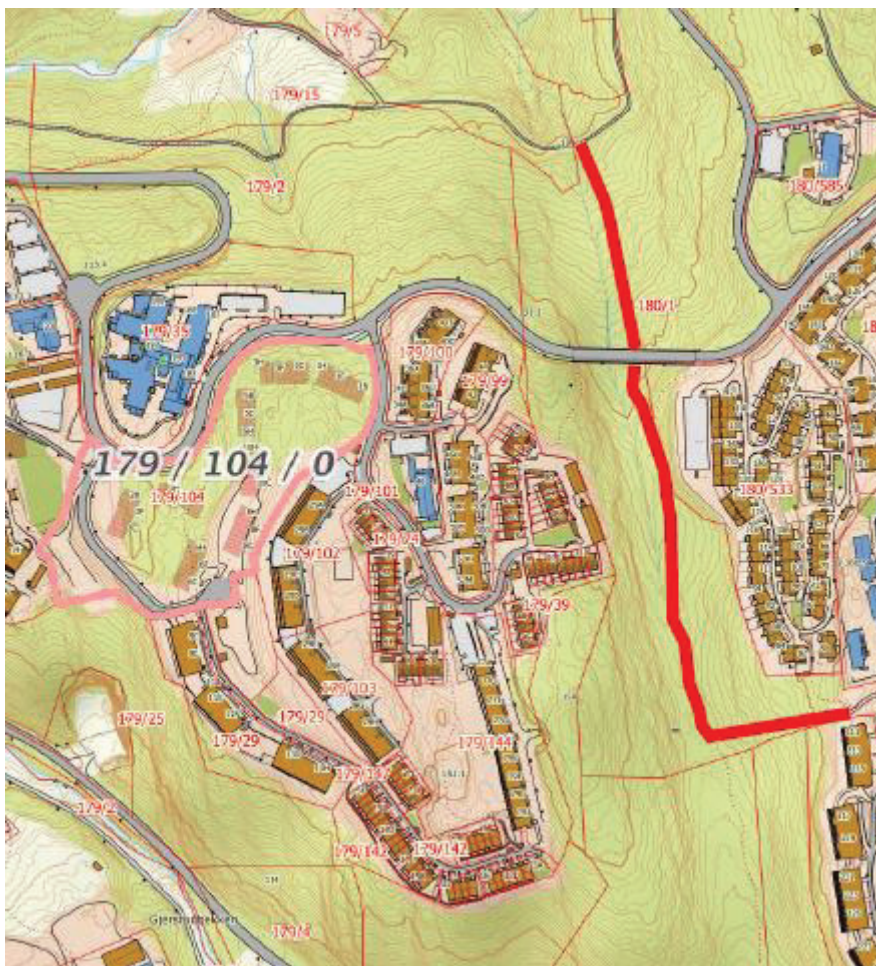
Selvaag ga innspill til den politiske behandlingen i bystyret i en presentasjon 22. august 2016 for Byutviklingskomiteen. Av den skriftlige presentasjonen fra møtet fremkommer det at Selvaag mente denne typen rekkefølgebestemmelser lå «utenfor lovens rammer».

Byutviklingskomiteen behandlet saken i møte 24. august 2016, og avga innstilling i tråd med Byrådets forslag. Medlemmet fra Fremskrittspartiet stemte mot rekkefølgekravet knyttet til turstien E11, begrunnet i at det var sterkt urimelig, og at det også var «ulovlig å pålegge tiltakshaver å anlegge en turvei som ligger en halv kilometer fra boligområdet. Denne turveien har ingen sammenheng med Selvaag sin utbygging». De øvrige medlemmene stemte for rekkefølgekravet.

Bystyret behandlet saken i møte 7. september 2016. Byutviklingskomiteens innstilling ble vedtatt mot 28 stemmer. I den vedtatte reguleringsbestemmelsen er det i § 12 stilt fire rekkefølgekrav. Kravet knyttet til turvei E11 lyder slik:

Før midlertidig brukstillatelse gis, skal hovedturvei E11 være oppgradert og opparbeidet langs strekningen som er vist med blått i vedlagt kart nr. 1, datert 23.04.2015, og i samsvar med reguleringsplan S-3986, vedtatt 18.06.2003, og byggeplan som er godkjent av Bymiljøetaten.

For å illustrere hvor turveien ligger i forhold til planområdet, hitsettes følgende kart:



Kartet ovenfor viser planområdet og tursti E11. Planområdet er markert med rosa linje, angitt med nr. 179/104/0, kalt Bispelua, mens turveien er markert med rødt.

Selvaag klaget 26. oktober 2016 rekkefølgekravet om opparbeiding av turvei E11 inn for Fylkesmannen i Oslo og Akershus. I vedtak 22. april 2017 stadfestet Fylkesmannen kommunens vedtak. Det er dette vedtaket som nå står for prøving for domstolene.

Vedtaket fra Fylkesmannen ble av Selvaag brakt inn for Sivilombudsmannen ved klage 29. juni 2017. I brev 26. november 2017 besluttet Ombudsmannen at de ikke fant tilstrekkelig grunn til å iverksette nærmere undersøkelser på bakgrunn av klagen.

Selvaag fikk 12. januar 2017 rammetillatelse for prosjektet. Tillatelsen inkluderte rekkefølgekravene i reguleringsplanen. Salg av rekkehusene startet i april 2017 og oppstart av byggeprosessen skjedde i september 2017. Første byggetrinn var ferdig i mars 2018.

I brev 18. desember 2017 fra advokat Kristian Korsrud, på vegne av Selvaag, til Fylkesmannen, begjærte Selvaag om utsatt rettsvirkning av rekkefølgekravet. Begjæringen ble avslått i brev 26. mars 2018. Selvaag klaget 5. april 2018 avslaget inn for Kommunal- og moderniseringsdepartementet, som 26. april 2018 forkastet klagen.

Selvaag tok 6. juli 2018 ut stevning mot staten ved Kommunal- og moderniseringsdepartementet. Oslo tingrett avsa 31. mai 2019 dom med slik domsslutning:

1. Vedtak av 22. april 2017 i sak 2017/11604 for Fylkesmannen i Oslo og Akershus kjennes ugyldig.
2. Selvaag Bolig Bispelua AS tilkjennes erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 1 606 875.
3. Selvaag Bolig Bispelua AS tilkjennes sakskostnader med 500 000 kroner innen 14 dager fra dommens forkynnelse.

Staten v/ Kommunal- og moderniseringsdepartementet har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Ankeforhandling er holdt 6.-8. mai 2020 i Borgarting lagmannsretts hus. Partene møtte sammen med sine prosessfullmektiger og avga forklaring. Det ble avhørt seks vitner og gjort befaring. Om bevisføringen for øvrig vises til rettsboken.

Den ankende part, **staten v/ Kommunal- og moderniseringsdepartementet**, har i hovedtrekk anført:

Adgangen til å stille rekkefølgekrav følger av plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10. Lovbestemmelsen angir tre skjønnstemaer: «I reguleringsplan *kan* det i *nødvendig utstrekning* gis bestemmelser om ... at utbygging av et område ikke kan finne sted før ... samfunnstjenester som ... friområder ... er *tilstrekkelig etablert*». Ordlyden tilsier at adgangen til å stille rekkefølgekrav er meget vid. Det må være en saklig sammenheng mellom planen og rekkefølgekravet. Dette innebærer at det må være en viss funksjonell nærhet mellom rekkefølgekravet og planen for øvrig. Det er imidlertid ikke noe krav om at planen utløser et konkret behov for tiltaket eller at planen ikke lar seg realisere uten at tiltaket gjennomføres. Adgangen til å stille rekkefølgekrav er videre enn adgangen til å kreve tiltak iverksatt ved utbyggingsavtaler etter plan- og bygningsloven § 17-3.

Kan-skjønnen er utvilsomt et fritt skjønn som er unndratt domstolskontroll. Prinsipalt gjøres det gjeldende at også begrepene «i nødvendig utstrekning» og «tilstrekkelig etablert» må anses som en del av det frie skjønnet, ikke som et rettsanvendelseskjønn. Ordlyden er svært skjønnsmessig og gir et dårlig utgangspunkt for en rettslig presisering.

Utarbeidelse av reguleringsplaner er utpreget planfaglig og politisk, og en inngående domstolskontroll av begrepene ville undergrave det politiske planskjønnet.

Domstolene kan prøve om forvaltningen har bygget på en riktig forståelse av lovens vurderingstema og holdt seg innenfor rammen av dette. For øvrig er domstolenes prøvingskompetanse begrenset til det som følger av myndighetsmisbrukslæren, det vil si om avgjørelsen bygger på forskjellsbehandling, er vilkårlig eller sterkt urimelig.

Subsidiært gjøres det gjeldende at retten som et minimum bør utøve tilbakeholdenhet ved å overprøve det planfaglige og politiske skjønnet som er utøvd.

Kommunens skjønnsutøvelse ved vedtakelsen av reguleringsplanen med rekkefølgekravene var forsvarlig. Det er gjort en konkret vurdering av behovet for oppgradering av turstien. Det er ikke tatt utenforliggende hensyn. Både det at eksisterende naturlandskap forsvinner og det at flere beboere i området vil øke bruken av friområdene, er relevante hensyn. Selv om rekkefølgekravet kom inn sent i prosessen og det forekommer noen uheldige uttalelser i kommunikasjonen internt i kommunen, er det ingen grunn til å anta at den planfaglige vurderingen er oppkonstruert for å dekke fiskale motiver. Det forhold at kommunen i reguleringsplaner vedtatt frem til 2006 ikke har stilt rekkefølgekrav om turstien, innebærer ikke at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Det er adgang til å ta hensyn til endrede behov i takt med samfunnsutviklingen.

Det foreligger ingen saksbehandlingsfeil. Bystyrets avgjørelsesgrunnlag var tilstrekkelig og led ikke av faktumfeil. Reguleringsplanen har vært gjennom en grundig behandling, både av forslagsstiller (Selvaag), PBE og politiske organer i kommunen. Utredningene og analysene i planen var tilstrekkelige. Uansett er det ingen grunn til å anta at eventuelle feil eller mangler ved avgjørelsesgrunnlaget har påvirket bystyrets vedtak.

Selv om vedtaket kjennes ugyldig er det ikke grunnlag for kravet om erstatning. Fylkesmannen hefter i utgangspunktet ikke for feil gjort i kommunen. Ansvarsgrunnlag for staten forutsetter at feilen har forplantet seg til behandlingen hos Fylkesmannen på en slik måte at det er naturlig å knytte erstatningsansvar til den. Et eventuelt ansvar vil også avhenge av hva som eventuelt er grunnlaget for ugyldighet. Ansvar for staten er mer nærliggende dersom ugyldighet er begrunnet i feil lovtolkning og lovanvendelse, enn hvis den er begrunnet i myndighetsmisbruk og saksbehandling.

Det er uansett ikke påvist adekvat årsakssammenheng mellom Fylkesmannens handlinger og Selvaags økonomiske tap. Årsaken til at Selvaag er påført kostnader er først og fremst at Selvaag selv valgte å igangsette utbyggingskravet i stedet for å avvente en rettslig avklaring av gyldigheten av rekkefølgekravet. Tapsberegningen bestrides ikke.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet frifinnes.
2. Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotparten, **Selvaag Bolig Bispelua AS**, har i hovedtrekk gjort gjeldende:

Rekkefølgekravet om oppgradering av tursti E11 er ugyldig fordi det bygger på feil tolkning og anvendelse av hjemmelsgrunnlaget i plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10. Et rekkefølgekrav må være avledet av den enkelte reguleringsplan. Det kreves en faktisk og konkret sammenheng mellom reguleringsplanen og rekkefølgekravet. Vurderingstemaet er om den enkelte plan utløser konkrete behov for tekniske anlegg eller samfunnstjenester. Et rekkefølgekrav kan ikke være et virkemiddel for dekning av generelle ønsker eller behov. Det konkrete behovet må i alle fall overstige en terskel; behovet må være reelt og signifikant. Kravet skal motvirke at en ønsket arealbruk blir uforsvarlig.

Det bestrides ikke at den overordnede bestemmelsen i § 12-7 er en «kan-bestemmelse» og dermed undergitt forvaltningens frie skjønn. Dette inkluderer kriteriet «nødvendig utstrekning». Det spesielle vilkåret i § 12-7 nr. 10 – «tilstrekkelig etablert» - er imidlertid rettsanvendelse som domstolen kan prøve fullt ut. Begrepet er verken så utpreget skjønnsmessig, så markert faglig eller basert på så politiske avveininger at det stenger for full domstolsprøving.

Selv om bestemmelsen gir kommunen et visst spillerom for skjønn, gjelder det en ytre ramme for kompetansen, der domstolen kan overprøve den konkrete vurderingen uten å gå veien om misbrukslæren. Rekkefølgekravet i denne saken går utover de ytre rammene for hjemmelsgrunnlaget. Dette kan prøves av domstolene. Det er heller ingen grunn for domstolen til å utvise tilbakeholdenhet ved den konkrete overprøvingen, da vedtaket i denne saken verken er godt overveid eller tilstrekkelig begrunnet.

Plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10 må ses i sammenheng med lovens § 17-3 tredje ledd om krav til utbyggingsavtaler. Selv om det er tale om to selvstendige regelsett, er forbindelsen og likheten mellom regelsettene så sterk at det bør stilles overlappende krav til sammenheng mellom reguleringsplanen og tiltaket.

Selv om man skulle legge til grunn at alle elementer av skjønnsstemaene i plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10 er underlagt forvaltningens frie skjønn, er det grunnlag for å kjenne vedtaket ugyldig basert på misbrukslæren.

Forvaltningsskjønnet er for det første vilkårlig. Kravet ble først fremsatt etter at planforslaget hadde vært på offentlig ettersyn. Kommunen lette etter vilkår og krav som prosjektet kunne «tåle», ikke behov som oppstod som følge av planforslaget.

Rekkefølgekravet er dels begrunnet ut fra at eksisterende friområder fjernes (tapsargumentet) og dels med at befolkningstilveksten i området gjennom utbyggingen medførte økt belastning på friområdene, inkludert turstien (belastningsargumentet). Når det gjelder tapsargumentet, er det relevante sammenligningsgrunnlaget hva planområdet var regulert til – det vil si skole og barnehage – og ikke hvordan eksisterende terreng faktisk var. Sammenlignet med reguleringen til skole- og barnehageformål, innebar ikke omreguleringen tap av friområder av betydning. Det er ingen sammenheng mellom utbyggingsområdet og turstien E11, verken fysisk eller funksjonelt. Atkomsten til det kommunale friområdet er upåvirket av reguleringsplanen.

Reguleringsplanen skaper heller ikke noen nevneverdig økt belastning på turstien. Kommunen har ikke gjort noen nærmere vurdering av eksisterende belastning og forventet merbelastning. Det er verken innhentet noen fagkyndige vurderinger eller relevante erfaringstall.

Kommunen har – for det andre – tatt utenforliggende hensyn. Rekkefølgekravet er ikke planavledet, men begrunnet ut fra generelle ønsker og behov om oppgradering av turstinettet i Oslo. Reelt sett er rekkefølgekravet motivert ut fra fiskale hensyn.

For det tredje foreligger det usaklig forskjellsbehandling. Det er vedtatt en rekke reguleringsplaner – med tilhørende utbygginger – i området siden 1980-tallet uten at tilsvarende krav er inntatt. Rekkefølgekravet kunne ha blitt stilt til tidligere utbyggere. I stedet ble det pålagt kun Selvaag, som siste utbygger i området.

Rekkefølgekravet er dessuten beheftet med saksbehandlingsfeil. Både tapsargumentet og belastningsargumentet er mangelfullt utredet. Dette innebærer også at vedtaket er basert på uriktig faktum. Kravet ble videre først inntatt etter avholdt offentlig ettersyn. Vedtaket er også mangelfullt begrunnet.

Staten er erstatningsansvarlig etter skadeserstatningsloven § 2-1. Det er et strengt ansvar for staten når det gjelder regelforståelse. Det foreligger direkte årsakssammenheng da tapet ikke hadde oppstått uten det ugyldige vedtaket. Oppfyllelse av rekkefølgekravet var for Selvaag det eneste reelle alternativet. Staten har ikke bestridt det økonomiske tapet.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes hva gjelder tingrettens dom punkt 1.
2. Selvaag Bolig Bispelua AS tilkjennes erstatning fastsatt etter rettens skjønn, oppad begrenset til kr 1 440 000.
3. Selvaag Bolig Bispelua AS tilkjennes sakskostnader for både tingrett og lagmannsrett.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Oversikt

Saken reiser spørsmål om forståelsen og domstolskontrollen av plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10. Bestemmelsen lyder som følger:

I reguleringsplan kan det i nødvendig utstrekning gis bestemmelser til arealformål og hensynssoner om følgende forhold:

[...]

10. krav om særskilt rekkefølge for gjennomføring av tiltak etter planen, og at utbygging av et område ikke kan finne sted før tekniske anlegg og samfunnstjenester som energiforsyning, transport og vegnett, sosiale tjenester, helse- og omsorgstjenester, barnehager, friområder, skoler mv. er tilstrekkelig etablert

Lagmannsretten vil først vurdere hva domstolene kan prøve ved bestemmelsen. Deretter vil den lovforståelsen i vedtaket som står til prøving, bli vurdert. Avslutningsvis vil de øvrige innsigelser Selvaag har reist mot vedtaket, bli vurdert.

Domstolskontrollen

Spørsmålet lagmannsretten må ta stilling til er om kriteriene i plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10 skal anses som en del av forvaltningens frie skjønn eller som et rettsanvendelsesskjønn. Utgangspunktet bør da tas i lovens ordlyd. I § 12-7 nr. 10 er dette uttrykt som at kommunen *i nødvendig utstrekning kan* gi bestemmelser om at en utbygging ikke kan finne sted før blant annet friområder er *tilstrekkelig etablert*.

Ordlyden gir ikke i seg selv særlig veiledning. I Rt-2007-1573 la Høyesterett til grunn – i en sak om utvisning av en utlending fra riket – at forvaltningens bedømmelse av om man skulle anvende en hjemmel for utvisning der det var *nødvendig*, var en del av forvaltningens frie skjønn, se dommen avsnitt 58 og 59. Høyesterett viste blant annet til at forvaltningen kunne ha ulike alternativer, som måtte veies mot hverandre. Selv om vår sak gjelder et helt annet rettsområde, gjør de samme hensyn seg gjeldende. Hvilke tiltak som er nødvendige å iverksette før en utbygging gjennomføres vil kunne bero på en bred avveining av ulike hensyn, både når det gjelder avveiningen mellom ulike mulige tiltak og i hvilken grad kommunen skal utnytte den adgangen de har til å oppstille rekkefølgekrav. Lagmannsretten antar derfor at vurderingen av om et rekkefølgekrav er nødvendig – på samme måte som kan-skjønnen innledningsvis – ligger innenfor forvaltningens frie skjønn. Begge parter for lagmannsretten ga også uttrykk for det samme.

Selvaag gjør imidlertid gjeldende at spørsmålet om nødvendige tiltak er *tilstrekkelig etablert*, er rettsanvendelsesskjønn som domstolen kan prøve fullt ut. Det er vist til at

begrepet verken er så utpreget skjønnsmessig, så markert faglig eller så politisk at det stenger for alminnelig domstolskontroll.

Lagmannsretten er ikke enig i dette. Om infrastruktur er tilstrekkelig etablert henger nøye sammen med om tiltak er nødvendig eller ikke. Det fremstår som kunstig å dele opp domstolenes prøvingskompetanse slik at domstolene ikke kan prøve hva det er nødvendig å gi bestemmelser om, men at spørsmålet om infrastrukturen er tilstrekkelig etablert, skal prøves som rettsanvendelse, jf. for så vidt Rt-2007-257 avsnitt 42 med henvisning til Agder lagmannsretts dom i RG-2004-1176.

Lagmannsretten viser også til at de vurderinger som gjøres om krav i reguleringsplaner generelt og om rekkefølgekrav spesielt, er av utpreget politisk karakter og en del av det kommunale selvstyret. Også dette gjør det mer naturlig å anse kriteriene i § 12-7 nr. 10 som en del av kommunens frie skjønn, jf. Rt-2007-257 avsnitt 45.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at vurderingene etter plan- og bygningsloven § 12-7 nr. 10 er en del av forvaltningens frie skjønn. Dette betyr ikke at vurderingene er unndratt fra domstolskontroll. Domstolene kan prøve om forvaltningen har bygget på en korrekt forståelse av lovens vurderingstema. Videre kan domstolene prøve saksbehandlingen og om avgjørelsen bygger på forskjellsbehandling, er vilkårlig, og om det er tatt utenforstående hensyn eller om vedtaket er sterkt urimelig.

Lovens vurderingstema

Selvaag gjør gjeldende at vurderingstemaet i loven er om den enkelte reguleringsplan skaper et konkret behov for særskilte tiltak. Det kreves en faktisk og konkret sammenheng mellom reguleringsplanen og rekkefølgekravet. Vedtaket bygger ikke på en slik lovforståelse, og er derfor ugyldig.

Lagmannsretten påpeker først at lovteksten ikke oppstiller krav om en slik faktisk og konkret sammenheng. Kriteriet i lovteksten er at det i nødvendig utstrekning kan gis bestemmelser om at et område ikke kan bygges ut før blant annet friområder er tilstrekkelig etablert. Lovteksten gir forøvrig begrenset veiledning om hvilke rekkefølgekrav som kan stilles for en utbygging av et område. Kravene må knytte seg til «arealformål og hensynssoner». Det er ikke tvilsomt at opparbeiding at en tursti faller inn under begrepet «friområder» og således omfattes av de formål som er dekket av § 12-7 nr. 10. Det er heller ikke avgjørende at turstien ikke ligger i planområdet, men i et tilstøtende område, jf. Rt-1993-278, på side 285.

Det er også begrenset veiledning å hente fra lovhistorien og forarbeidene.

Bygningsloven av 1965 (lov-1965-06-18-7) ga opprinnelig ikke hjemmel for å stille rekkefølgekrav. En slik hjemmel kom inn i 1979 som ny bokstav h) i lovens § 26. I følge

bestemmelsen kunne man i reguleringsplan i «nødvendig utstrekning» gi bestemmelser om «rekkefølge og tidsplan for utbygging av ulike byggeområder, herunder om samtidig ferdigstillelse av boliger og fellesanlegg som skoler, barnehager, lekearealer, gangveger m.v. for strøket». I forarbeidene til bestemmelsen står det følgende i Ot.prp. nr. 62 (1978-79) side 3:

Forslaget om at en ved reguleringsplan skal kunne fastlegge rekkefølge og tidsplan for utbygging skiller seg fra de øvrige reguleringsbestemmelsene ved at det knytter seg til selve gjennomføringen av planen. Ved en slik bestemmelse søkes den mangel på sammenheng som i dag ofte eksisterer mellom selve reguleringsplanen og utbygget område avhjulpet. Det bør derfor påses at de enkelte planelementer gjennomføres, og at dette skjer i en rekkefølge og størrelsesorden som gjør at vedkommende område fungerer best mulig på alle trinn i plangjennomføringen. Dette går direkte på planens funksjonsdyktighet og faglige innhold, og gir de politiske myndigheter mulighet for å bestemme kravene til et miljø også i selve utbyggingsperioden.

Ved vedtagelsen av plan- og bygningsloven 1985 ble § 26 endret fra en oppregningsbestemmelse til en rammebestemmelse. Det fulgte av bestemmelsen at det ved reguleringsplan også kunne «påbys særskilt rekkefølge for gjennomføring av tiltak etter planen». Om bakgrunnen for å etablere en rammebestemmelse heter det i Ot.prp. nr. 56 (1984-85) side 62 at en slik ordning vil være «mer fleksibel», men at de reguleringsbestemmelser som gis «selvsagt [må] ligge innenfor lovens ramme». Om hva dette innebærer står det, samme sted, som følger:

Hva som er innenfor lovens ramme vil i noen grad måtte vurderes konkret, men lovens § 22 om definisjon av reguleringsplan og § 25 om reguleringsformål angir visse rammer. Også oppregningen i bygningsloven og Planleggingsloven av 1981 gir her veiledning.

I 2005 fikk plan- og bygningsloven 1985 bestemmelser om utbyggingsavtaler, som er avtaler mellom kommunen og grunneier eller utbygger om utbygging av et område. I forarbeidene ble det diskutert hvilke vilkår som kommunen kunne sette for en utbygging i en utbyggingsavtale, se for eksempel NOU 2003: 24 Mer effektiv bygningslovgivning, side 166. Lovbestemmelsen om dette ble tatt inn i plan- og bygningsloven 1985 § 64 b, der tredje ledd lød som følger:

Avtalen kan også gå ut på at grunneier eller utbygger skal besørge eller helt eller delvis bekoste tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak. Slike tiltak må stå i rimelig forhold til utbyggingens art og omfang og kommunens bidrag til gjennomføringen av planen og forpliktelser etter avtalen. Kostnadene som belastes utbygger eller grunneier til tiltaket må stå i forhold til den belastning den aktuelle utbygging påfører kommunen.

Bestemmelsen er videreført i plan- og bygningsloven 2008 § 17-3 tredje ledd.

I plan- og bygningsloven 2008 gikk man tilbake til å inkludere en konkret oppregning av de forhold det kan gis bestemmelser om i en reguleringsplan, se lovens § 12-7. Hensikten var ikke å «begrense mulighetene i forhold til dagens lov», men å «klargjøre og presisere hjemmelen på felt hvor det har vært usikkerhet, se Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 131. Bestemmelsen om rekkefølgekrav var ment å videreføre rekkefølgebestemmelsen i dagjeldende lov § 26 første ledd, se proposisjonen side 235.

Som det følger av det ovenstående, er det begrenset veiledning å hente fra lovforarbeidene. Forarbeidene viser til at formålet må ligge innenfor «lovens ramme», slik det ble uttrykt i Ot.prp. nr. 56 (1984-85), gjengitt ovenfor. Formålsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 1-1 første ledd fastslår at loven skal «fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner». Dette, også sett sammen med § 3-1 (oppgaver og hensyn i planlegging etter loven), de generelle bestemmelsene om kommunal planlegging i lovens del IV og de spesifikke formålene som er listet i § 12-7, tilsier at kommunen har en vid skjønnsadgang.

Dette støttes også av den sparsomme rettspraksis som foreligger. I Rt-1993-278 (Gaulosen) behandlet Høyesterett forholdet til § 26 i plan- og bygningsloven 1985. Høyesteretts vurderinger ble særlig gjort i tilknytning til bestemmelsen i § 26 om at det kan settes vilkår «for å fremme eller sikre formålet med reguleringen». Høyesterett konkluderte slik, på side 286:

Det vesentlige synes å være at det ikke skal gis reguleringsbestemmelser som motvirker reguleringsformålet. Bestemmelsen bør derfor forstås slik at det ikke kan gis bestemmelser som vanskeliggjør en forsvarlig utnyttelse av området til det reguleringsformål som er fastsatt.

Basert på dette fant Høyesterett at det i en reguleringsplan som ga rett til masseuttak også kunne fastsettes begrensninger i uttaket under henvisning til naturverninteressene i området. Den aktuelle bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 26 er ikke videreført i dagens lovbestemmelse, men det er ikke noe som tyder på at senere lovgivning har ment å innsnevre kommunens adgang til å sette vilkår i en reguleringsplan. Saksforholdet i dommen fra 1993 er imidlertid såpass særegent at dommen gir begrenset veiledning til vår sak.

Reglene om rekkefølgekrav må ses i sammenheng med bestemmelsene om utbyggingsavtaler, som er inntatt i kapittel 17 i plan- og bygningsloven. Et rekkefølgekrav skal sikre at nødvendig infrastruktur er på plass før en konkret utbygging gjennomføres. De vilkår som kan settes som rekkefølgekrav favner videre enn det som kan avtales i en utbyggingsavtale. Et rekkefølgekrav pålegger ikke utbyggeren å gjennomføre eller bekoste tiltaket. Man får dermed ikke på samme måte som for utbyggingsavtaler en vurdering av kostnaden ved å gjennomføre tiltaket. Kommunen står således forholdsvis fritt til å vurdere hvilke tiltak de vil ha gjennomført før en konkret utbygging kan iverksettes. Det gir derfor

god mening – og innebærer en reell forskjell – at bestemmelsene om rekkefølgekrav ikke har inkorporert de forholdsmessighetsbegrensningene som følger av plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd annet og tredje punktum. Lagmannsretten vil i den sammenheng også vise til at det ved vurderingen av gyldigheten av forvaltningsvedtak ikke gjelder noen alminnelig adgang til å underkjenne vedtak basert på at de ikke er forholdsmessige, jf. Rt-2011-304 avsnitt 56 med videre henvisning.

På den annen side vedtas ofte rekkefølgekrav i forkant av og i direkte sammenheng med at det inngås en utbyggingsavtale med en eller flere utbyggere. Kommunens forutsetning vil gjerne være at rekkefølgekravene skal inkluderes i utbyggingsavtalen. Jo sterkere tilknytning et rekkefølgekrav har til en konkret utbygging, jo større grunn er det til å la de hensyn som begrunnet bestemmelsene om innholdet i utbyggingsavtaler også ha vekt ved vurderingene omkring rekkefølgekrav. Selv om en utbygger gjennom et rekkefølgekrav ikke blir pålagt å gjennomføre eller bekoste tiltaket, kan realiteten være at utbyggerens valg enten er å inngå en utbyggingsavtale som inkluderer rekkefølgekravet eller å unnlate å gjennomføre utbyggingen, med mindre utbygger i stedet velger å gjennomføre tiltaket uten at det inngås en utbyggingsavtale. Dette gjelder særlig der det – som i vår sak – kun er én aktuell utbygger. Kommunen bør således ikke kunne omgå reglene om innholdskravene til utbyggingsavtaler ved å vedta rekkefølgekrav som ikke kan inkluderes i en utbyggingsavtale, dersom realiteten er at rekkefølgekravene utgjør de forpliktelser kommunen vil pålegge utbygger i en utbyggingsavtale.

I vår sak er det en klar sammenheng mellom rekkefølgekravet om opparbeidelse av turstien, og Selvaags utbygging. Kommunen forutsatte lenge at det ville bli inngått en utbyggingsavtale, og rekkefølgekravet ble fastsatt med det for øye, se for eksempel e-post 27. april 2015 fra PBE til BYM. Lagmannsretten tar hensyn til dette i sin konkrete vurdering nedenfor av rekkefølgekravet i denne saken.

Etter den ovenstående gjennomgangen kan lagmannsretten uansett ikke se at det på generelt grunnlag kan innfortolkes et krav om at et rekkefølgekrav kun kan stilles for tiltak som oppstår som et konkret behov som følge av en utbygging. Kriteriene i loven er om det er nødvendig å fastsette krav om at visse tiltak må være tilstrekkelig etablert før en utbygging kan gjennomføres. Formålene må ligge innenfor lovens ramme, som det ovenfor er vist at er meget vid. Ved vurderingen må kommunen derfor kunne se hen til den totale belastningen i området, også utenfor planområdet. Et vurderingstema som begrenser seg til å vurdere hvilke konkrete behov for tekniske anlegg eller samfunnstjenester en enkeltstående utbygging krever, blir et for snevert vurderingstema.

Staten har gitt uttrykk for at det må være en viss funksjonell nærhet mellom rekkefølgekravet og planforslaget. Etter lagmannsrettens syn er det ikke grunnlag for å formulere vurderingstemaet så spesifikt. Vurderingen ligger innenfor forvaltningens frie skjønn. Grensene for forvaltningens skjønnsfrihet må vurderes basert på de alminnelige

regler om skjønnsutøvelsen er vilkårlig eller om det er tatt utenforliggende hensyn. Under denne vurderingen kan det imidlertid ha betydning om det er en funksjonell sammenheng mellom rekkefølgekravet og planforslaget.

I vår sak sluttet Fylkesmannen seg til kommunens lovforståelse, som er gjengitt slik:

Hensikten bak rekkefølgekrav er å «avhjelpe den mangel på sammenheng som i dag ofte eksisterer mellom selve reguleringsplanen og et utbygget område», jf. Ot.prp. nr. 62 (1978-79) s. 3. Dette vil være vanskelig å oppnå dersom krav om særskilt rekkefølge kun kan oppstilles for tiltak som er nødvendiggjort av den enkelte utbygging: sumvirkningene av enkeltutbygginger vil slik bli vanskelige å fange opp. Man vil også kunne støte på omgåelsesproblemer i tilfeller hvor utbygger deler opp det som kunne være én større reguleringsplan, til flere små. Slik Plan- og bygningsetaten leser forarbeidene, er rekkefølgekrav ment som verktøy som skal sikre at tiltakene innenfor et gitt område bygges ut på en koordinert og hensiktsmessig måte, slik at det aktuelle området kan «fungere slik planleggingsmyndighetene hadde tenkt seg», se NOU 1977:1 s. 118. Rekkefølgekrav skal sikre at et gitt område utbygges i den takt, og på den måte, kommunen oppfatter som mest hensiktsmessig.

Reguleringsinstituttets formål er ikke avgrenset til det å avverge eller avbøte negative konsekvenser av en planlagt utbygging. Reguleringsinstituttets formål er å sørge for en arealbruk som er mest mulig i samsvar med det fellesskapet, representert ved kommunestyret, oppfatter som nødvendig/hensiktsmessig. Formålet eller hensikten bak reguleringsvedtak er at vedtaket skal bidra til realiseringen av kommunens målsetninger hva gjelder byutviklingen.

Lagmannsretten kan ikke se at dette er uttrykk for gal lovforståelse, jf. rettens gjennomgang ovenfor.

Overordnet om anførselene om myndighetsmisbruk og saksbehandlingen

Selvaag har reist en rekke innsigelser mot vedtaket knyttet til saksbehandlingen og myndighetsmisbrukslæren. Dette inkluderer at forvaltningsskjønnet er vilkårlig, at det er tatt utenforliggende hensyn, at det foreligger usaklig forskjellsbehandling og at vedtaket er mangelfullt utredet og basert på feil faktum. Anførselene flyter til dels over i hverandre. Selvaags grunnleggende innsigelse mot saksbehandlingen i kommunen er basert på at rekkefølgekravet om opparbeidelse av tursti ble fastsatt utfra generelle ønsker og behov kommunen hadde for området, uten tilstrekkelig tilknytning til Selvaags utbygging. Kommunen har lett etter tiltak prosjektet kunne «tåle» og ikke faktisk vurdert og utredet hvilke krav som var nødvendige som følge av utbyggingen. Dette har påvirket både saksbehandlingen og vedtaket som står til prøving.

Vilkårlig skjønnsutøvelse og utenforliggende hensyn

Selvaag gjør gjeldende at det ikke er noen funksjonell sammenheng mellom planområdet og tursti E11. Atkomsten til friarealene er uendret. Situasjonen er dermed reelt sett den

samme med eller uten den vedtatte reguleringen og med og uten oppgraderingen av turstien. Forvaltningsskjønnet er derfor vilkårlig. Rekkefølgekravet er i realiteten ikke planavledet men bygger på et generelt ønske om å oppgradere standarden på byens hovedturstier. Det er dermed også tatt utenforliggende hensyn. Disse anførselene henger nøye sammen med også argumentet om mangelfull saksutredning, som Selvaag hevder har ført til uriktig faktum. Dette behandles derfor i sammenheng.

Flertallet i Bystyret vedtok Byutviklingskomiteens flertallsinnstilling. Denne innstillingen var basert på Byrådets innstilling. Det står her at siden «utbyggingen vil redusere mulighetene for friluftsliv i nærområdet og vil gi flere bosatte, bør planforslaget bidra til bedre atkomst til og ferdselsforhold i det eksisterende friluftsområdet». Byrådet var enig med PBE i at «stilles rekkefølgekrav om oppgradering av hovedturvei E11, øst for planområdet».

Den grundigste begrunnelsen for rekkefølgekravet er gitt i planforslaget datert 13. mai 2016, og lyder slik:

Selv om planforslaget legger vil etablere tilstrekkelige uteoppholds- og lekearealer for det nye boligområdet og bevare noe av naturverdiene i planområdet, vil utbyggingen redusere mulighetene for friluftsliv (ferdsel, opphold og lek i naturen) for beboerne i nærområdet. Større deler av det eksisterende naturlandskapet på skoletomten fjernes, og området deles opp i private soner som ikke vil være tilgjengelige for allmennheten. Omreguleringen fra skoletomt til boligområde vil også potensielt redusere lekemulighetene ved at det ikke vil anlegges en større, sammenhengende skolegård som kunne blitt brukt av nærmiljøet utenom åpningstiden. I tillegg vil prosjektet gi flere beboere og brukere av friluftsområdene i nærheten til planområdet. Som avbøtende tiltak mener vi at tilgjengeligheten til andre friluftsområder i nærheten bør økes.

Hovedturvei E11 er nærmeste atkomst fra planområdet og tilliggende boligområder til friluftsområdene. Den utvalgte strekningen (se kart nr. 1 til reguleringsbestemmelsene for alternativ 2) oppfyller ikke kommunens standard for hovedturveier. Turveien bør oppgraderes med grusdekke i 2 meters bredde. Traséen fra dalen opp til Mortensrud skole kommer vinterstid i konflikt med akebakken. Plan- og bygningsetaten foreslår derfor at hovedturveien her opparbeides parallelt med akebakken, men nord for denne. Gjeldende regulering tillater en slik oppgradering og opparbeiding av turveien.

Plan- og bygningsetaten, Bymiljøetaten og Selvaag Bolig ASA har vurdert oppgradering av andre turveier øst for planområdet, bl.a. opparbeiding av den regulerte gang-/sykkelveien fra Jordstjerneveien 23 gjennom dalen opp til Mortensrudskole i øst. Disse ble forkastet fordi de vil kreve større terreng- og landskapsinngrep eller ligge på privat grunn.

Plan- og bygningsetaten anbefaler rekkefølgekrav om oppgradering av hovedturvei E11.

PBE viser i begrunnelsen først til at utbyggingen vil redusere mulighetene for friluftsliv. Dette er av partene omtalt som «tapsargumentet». I tillegg er det vist til at prosjektet vil gi flere beboere og brukere av friluftsområdene. Dette er av partene omtalt som «belastningsargumentet».

Både tapsargumentet og belastningsargumentet er i utgangspunktet relevante hensyn. Den reelle problemstillingen er derfor – slik det gjøres gjeldende av Selvaag – om disse hensynene er de reelle hensyn som ligger bak rekkefølgekravet, og om vurderingen av behovet for kravene er forsvarlige og bygger på korrekt faktum.

Selvaag har vist til at krav om bedre tilgang til friområder ikke var inkludert i PBEs og BYMs vurderinger tidlig i arbeidet med planforslaget. Selvaag viser til at dette strider mot lovens system, jf. for eksempel plan- og bygningsloven § 4-2, og også mot Oslo kommunes forutsigbarhetsvedtak.

Det er korrekt at opparbeidelse av turstien ikke var fremmet som noe krav da PBE i august 2014 kunngjorde offentlig ettersyn av planforslaget. Det fulgte også av kommunens interne rutiner at blant annet rekkefølgekrav skulle varsles så tidlig som mulig. I dokumentet «Faglig policy for rekkefølgekrav» utarbeidet i fellesskap av PBE og BYM, datert 30. september 2014, er det vist til tildelingsbrev 13. november 2013 fra Byrådsavdelingen der det stod blant annet:

[D]et er svært viktig at samhandlingen er på plass slik at rekkefølgekrav og eventuelle utbyggingsavtaler innarbeides så tidlig i planprosessene at forslagsstiller er kjent med de krav som stilles og kommunen får finansiert sine infrastrukturoppgaver.

Lagmannsretten er enig i at det er ønskelig at de krav kommunen vil stille til en utbygging, blir klarlagt så tidlig som mulig i prosessen. I dette tilfellet kom rekkefølgekravet inn som en konsekvens av at EBY i sin høringsuttalelse til det offentlige ettersynet skrev at det «bør vurderes av BYM og PBE om det er behov for ytterligere fellestiltak i området ut fra utbyggingens omfang og størrelse». Det offentlige ettersynet er hjemlet i plan- og bygningsloven § 12-10 og har som formål å få inn kommentarer til den foreslåtte reguleringsplanen, også fra offentlige etater. Lagmannsretten legger derfor ikke noen særskilt vekt på at ytterligere fellestiltak først ble introdusert gjennom det offentlige ettersynet. Retten viser også til at det var en omfattende saksbehandling også etter det offentlige ettersynet, med flere anledninger for Selvaag til å fremme sitt syn, noe de også flere ganger gjorde.

Selvaag gjør også gjeldende at prosessen etter at EBY ga sin uttalelse, viser at kravet ikke ble stilt basert på hvilke tiltak utbyggingen gir behov for, men på hva prosjektet «tåler». Begrunnelsen for tiltaket er tilpasset og gitt i etterkant. Den reelle begrunnelsen er knyttet til kommunens generelle ønsker og behov for å utbedre turstiveiene. Begrunnelsen er

derfor motivert ut fra fiskale hensyn. Dette innebærer både at skjønnets er vilkårlig og at det er tatt utenforliggende hensyn, som begge deler gjør rekkefølgekravet ugyldig.

Saksbehandlingen etter det offentlige ettersynet er gjengitt under saksfremstillingen ovenfor. Det fremkommer at kommunen først ønsket å opparbeide gang- og sykkelveien som allerede var regulert fra planområdet og østover mot Mortensrud og Loftsrud skoler. Deretter lanseres ønsket om også å opparbeide turstivei E11. Også andre mulige tiltak ble vurdert.

Opparbeidelse av gang/sykkelstien viste seg å være vanskelig på grunn av store høydeforskjeller i den planlagte traseen. Når det gjaldt turstien, gjorde kommunen noen grove overslag over hva kostnadene ved opparbeidelse av denne ville være. Det ble også gjennomført en befarings. Av e-post 2. april 2015 fra EBY til PBE fremkommer det at EBY mente de foreslåtte tiltakene så «noe perifere ut».

Lagmannsretten er ikke enig med Selvaag i at prosessen hos kommunen underbygger at kommunen har tatt utenforliggende hensyn eller at begrunnelsen for rekkefølgekravet ikke er reell. Selvaag har rett i at det er noen uttalelser i den interne kommunikasjonen i kommunen som indikerer at kommunen var opptatt av hva det var rimelig å pålegge utbygger. Også ved oppstilling av rekkefølgekrav vil det imidlertid være naturlig at kommunen vurderer hvilke tiltak det er rimelig å pålegge utbygger, og at kostnadene ved mulige tiltak da er et relevant moment. Lagmannsretten kan derfor ikke se at denne dokumentasjonen i seg selv underbygger at kommunen har tatt utenforliggende hensyn.

Selvaag har videre gjort gjeldende at verken tapsargumentet eller belastningsargumentet er tilstrekkelig utredet og uansett heller ikke er tilstrekkelig som begrunnelse for rekkefølgekravet.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i tapsargumentet. I begrunnelsen for rekkefølgekravet, som mest utfyllende ble gitt i planforslaget 13. mai 2016, vises det først til at utbyggingen vil redusere eksisterende tilgang til friområder. Det er ikke tvilsomt at det er korrekt. Selvaag gjør imidlertid gjeldende at det ikke er relevant å sammenligne med det eksisterende terrenget. Området var regulert til skole og barnehage, og vurderingen av tapet av friområder må gjøres på den bakgrunn.

Lagmannsretten mener det er relevant å ta med i vurderingen hva området faktisk ble benyttet til, selv om det var regulert til skole og barnehage. Det kunne være høyst usikkert om og når en skole og barnehage ble besluttet bygget på tomte. Det må da være legitimt å vurdere hvilken konsekvens en utbygging til boligformål vil ha for den tilgangen til friområder som beboerne i området faktisk mister ved en eventuell utbygging.

I kommunens begrunnelse vises det også til reguleringen til skoleformål, og at utbyggingen «potensielt» kan redusere friområdene fordi en utbygging til skoleformål ville inkludert en skolegård som kunne brukes som lekeområde utenom skolens åpningstider. Selvaag har gjort gjeldende at kommunen ikke kan begrunne vedtaket både ut fra skolereguleringen og ut fra eksisterende terreng.

Lagmannsretten anser henvisningen til den potensielle skolegården som et støtteargument som kommer i tillegg til konsekvensene ut fra terrenget slik det var. Retten mener at det da også er legitimt å ta med i vurderingen hva konsekvensen av en utbygging til boligformål vil være sammenlignet med en utbygging til det som tomten er regulert til på tidspunktet for omreguleringen.

Selvaag har også gjort gjeldende at atkomsten til det kommunale friområdet er upåvirket av utbyggingen. Atkomsten til friområdet skjer ikke via tursti E11 og E11 er uansett en del av friområdet. Også tingretten la vekt på at atkomsten til friområdene ikke vil bli lettere ved oppgraderingen av turstien.

Lagmannsretten var på befaring i planområdet og på turstien. For lagmannsretten fremstår det som forholdsvis klart at atkomsten til friområdene naturlig vil skje fra Mortensrudveien, rett øst for broen over dalen mellom Bispelua og Mortensrud skole. Det er for så vidt korrekt – som fremhevet av Selvaag – at tursti E11 ikke er en atkomstvei *til* friområdene, men er en *del av* friområdene. Lagmannsretten mener denne nyansen har mindre betydning. Kommunen la til grunn at turstivei E11 var «nærmeste atkomst fra planområdet og tiliggende boligområder til friluftsområdene», se begrunnelsen i planforslaget gjengitt ovenfor. Lagmannsretten mener dette er en riktig beskrivelse av de faktiske forholdene. Tursti E11 er første del av friområdet som man kommer til når man går ned stien fra Mortensrudveien, og den fører videre til andre deler av turstinettverket, blant annet E9 rett nord.

Lagmannsretten er derfor ikke enig med Selvaag i at det ikke er en funksjonell sammenheng mellom utbyggingsområdet og turstien. Retten viser også til at kommunen opprinnelig ønsket å opparbeide gang/sykkelstien som var regulert med trase rett fra planområdet til turstien. Kommunen ønsket da også å opparbeide tursti E11 ned til E9. Det forholdet at det på grunn av terrengforholdene ikke var mulig å opparbeide gang/sykkelstien – slik at atkomsten fra planområdet til friområdene må skje via en annen atkomst – kan etter lagmannsrettens syn vanskelig ha som konsekvens at turstien dermed får for fjern tilknytning til planområdet og utbyggingen.

Selvaag gjør videre gjeldende at reguleringsplanen ikke skaper noen nevneverdig merbelastning på turstien. Det er bygget 64 boliger uten direkte atkomst til turstien. Kommunen har ikke innhentet noen fagkyndige vurderinger verken av eksisterende

belastning på turstien eller den eventuelle merbelastningen som følger av utbyggingen. Kommunen har heller ikke selv forsøkt å gjøre en slik analyse.

Lagmannsretten mener det ikke kan kreves at kommunen innhentet fagkyndighet for å søke å vurdere presist hvilken merbelastning utbyggingen ville gi på turstien og hva slags behov for oppgradering det ville kreve. Alminnelige erfaringsgrunnsetninger tilsier at flere beboere vil medføre økt bruk av turstien. Det samme gjør det forhold at et eksisterende friområde forsvinner, slik at flere vil måtte bruke andre friområder, inkludert turstien. Det økte omfanget av bruk kan være usikkert og kanskje også marginalt. Belastningshensynet er et relevant hensyn. Det må ligge innenfor kommunens skjønnsmyndighet å vurdere hva slags oppgradering av turstiene en økende befolkningstetthet krever, uten at det nødvendigvis må støttes opp av fagkyndige vurderinger. Lagmannsretten er enig i at de interne vurderingene i kommunen på dette punkt er knappe, men ser det også som en konsekvens av at belastningsargumentet er et tilleggsargument ved siden av tapsargumentet.

Som nevnt tidligere anser lagmannsretten at det er en nær tilknytning mellom rekkefølgekravet om opparbeidelse av turstien og Selvaags utbygging. Selv om det var Selvaags valg å opparbeide turstien, er det derfor relevant å se hen til om tiltaket kunne ha blitt inkludert i en utbyggingsavtale etter plan- og bygningsloven § 17-3. Lagmannsretten mener at tilknytningen mellom utbyggingen og behovet for opparbeidelse av turstien er så sterkt, se gjennomgangen ovenfor, at tiltaket kunne ha blitt inkludert i en utbyggingsavtale. Kostnadene ved opparbeidelsen er opplyst å være på omkring 1,6 millioner kroner. Lagmannsretten anser at dette ikke går utover det som er rimelig å pålegge Selvaag sett hen til utbyggingens omfang og behovet for tiltaket. Forholdet til plan- og bygningsloven § 17-3 får derfor ikke noen avgjørende betydning i denne saken.

Etter en samlet vurdering har lagmannsretten etter dette konkludert med at det ikke er påvist at vedtaket er vilkårlig eller at det er tatt utenforliggende hensyn. Behovet for oppgradering av tursti E11 er i tilstrekkelig grad knyttet til utbyggingen av planområdet. Lagmannsretten mener også at vedtaket etter omstendighetene er tilstrekkelig begrunnet og at vurderingene av konsekvensene av utbyggingen og behovet for rekkefølgekravet, er forsvarlige.

Usaklig forskjellsbehandling

Endelig har Selvaag gjort gjeldende at det foreligger usaklig forskjellsbehandling. Reguleringsplanen er den siste i rekken av flere reguleringer siden 1980-tallet, der ingen øvrige utbyggere ble pålagt tilsvarende opparbeidning av turstiveien. Kravet er lagt på siste mulige utbyggingsområde, som ligger lengst fra tursti E11.

Lagmannsretten viser til at det er tale om eldre reguleringsplaner, fra 1980-årene og frem mot omkring 2010. Utover dette har retten fått begrenset informasjon om

reguleringsplanene, for eksempel om andre tiltak utbyggerne eventuelt ble pålagt. Det er også problematisk å sammenligne vår utbygging med utbygginger som har skjedd flere år tidligere. Kommunen kan ikke være bundet av de vilkårene de har satt i tidligere byggesaker. Både fortetningen av bymiljøet og et økt fokus på betydningen av friområder medfører at kommunen i utgangspunktet må stå fritt i å gjøre sine vurderinger når et nytt område skal bygges ut. Lagmannsretten finner det klart at anførselen om usaklig forskjellsbehandling ikke kan føre frem.

Oppsummering

Lagmannsretten har konkludert med at vedtaket er gyldig. Kommunen og Fylkesmannen har bygget på en korrekt forståelse av lovens vurderingstema. Selve skjønnsutøvelsen er underlagt kommunens frie skjønn. Skjønnsutøvelsen er ikke vilkårlig og det er ikke tatt utenforliggende hensyn. Vedtaket er tilstrekkelig begrunnet og bygger på korrekt faktum. Det foreligger ikke usaklig forskjellsbehandling eller saksbehandlingsfeil.

Staten skal dermed frifinnes.

Sakskostnader

Staten har vunnet saken og har etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. § 20-5 første ledd rett til å få dekket nødvendige sakskostnader.

Lagmannsretten viser imidlertid til at saken har reist spørsmål om adgangen til å stille rekkefølgekrav, som i begrenset grad har vært avklart i rettspraksis. Selvaag hadde rimelig grunn til å få prøvd saken for domstolene. Lagmannsretten mener derfor at hver av partene bør dekke egne sakskostnader, både for tingrett og lagmannsrett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav a).

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for verken tingretten eller lagmannsretten.

Christian Lund

Ragnar Eldøy

Thomas Frøberg

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Kevin Sollid Hermansen (signert elektronisk)