

ADVOKATFIRMAET
RESPONSA

Karmøy kommune

Postboks 355
4291 KOPERVIK

Haugesund, 25. aug. 2020

Vår ref: 9672/SVV

Deres ref.:

Ansvarlig advokat: Sturla Vik Vestly

Att.:

Kong Ferking - Detaljregulering 1027 - Høringsuttalelse

1 Innledning

På vegne av Kong Ferking AS (KF) inngis med dette høringsuttalelse i forbindelse med ovennevnte sak.

KF sin uttalelse er nødvendig som følge av Karmøy kommune sitt vedtak i Hovedutvalg teknisk og miljø (HTM) datert 9.6.20 hvor KF ble pålagt et rekkefølgekrav.

Jeg vil i pkt. 2 nedenfor gi en kort gjennomgang av sakens bakgrunn. I og med at jeg mener at kommunes vedtak er ulovlig etter plan- og bygningsloven § 12-7 (1) nr. 10 vil det rettslige grunnlaget for vedtaket ble kommentert i pkt. 3 nedenfor.

I og med at kommunes vedtak er uhjemlet vil det være ugyldig. Rettsvirkningen av ugyldighet blir kort kommentert i pkt. 4.

2 Kort om sakens bakgrunn

Tiltakshaver Martin Dahl kjøpte i november 2016 eiendommen gnr. 22 bruksnummer 212 og 214 i Karmøy kommune. I den forbindelse stiftet han selskapet Kong Ferking AS til å forestå utbyggingen. Konsulentselskapet Procon AS fikk i oppgave om å utarbeide forslag til detaljreguleringsplan for eiendommen.

Det ble opprinnelig planlagt etablering av 8 boliger med tilhørende parkeringsgarasje, samt 4 parkeringsplasser ute. Tiltakshaver var i god tro om at reguleringsplanen var i tråd med kommuneplanens arealdel som tillot oppføring av bolig.

Kommunen stilte i forbindelse med etablering av boliger følgende rekkefølgekrav til opparbeidelse av offentlig vei:

§ 24 Offentlig kjørevege med snuplass for buss skal være ferdig opparbeidet før det blir gitt brukstillatelse for boliger innenfor planområdet.

§ 25 Ferdig opparbeidet og godkjente offentlig veianlegg skal fradeles og overskjøtes vederlagsfritt til Karmøy kommune før det gis brukstillatelse til nybygg.

§ 26 Det skal utarbeides teknisk plan for utforming av krysset mot fylkesvegen, denne skal godkjennes av Statens vegvesen før byggestart.

I etterkant viste det seg at Karmøy kommune hadde gjort feil i kunngjøringen av kommuneplanen. Bestemmelsen om at området «ikke (kan) nyttes til boligformål» var ikke tatt med i planen. Feilen medførte at KF ikke kunne anvende området til den opprinnelige hensikten med kjøpet (boligformål). KF ble i Haugaland Tingrett erkjent erstatning for dette, se dom av 13. mai 2020 med saksnummer 19-189118TVI-HAUG.

Formålet ble ved 2. gangs behandling endret fra bolig til fritidsbebyggelse med naust. Det ble også her tatt inn rekkefølgekrav til vei i planbestemmelsen:

§ 30 Det skal opparbeides snuplass i kryss mellom Søre Ferkingstad veg og veg ned til kai før bebyggelse til nytt formål tas i bruk.

I etterfølgende behandling vedtar HTM at § 30 skal erstattes av et mer omfattende rekkefølgekrav til Søre Ferkingstad vei. Det nye rekkefølgekravet innebærer at:

- Søre Ferkingstad veg med snuplass, fra og med kryss med fylkesvegen (Søre Ferkingstad veg/ Stavavegen) skal være ferdig opparbeidet før bebyggelse innenfor planområdet tas i bruk. Snuplass skal opparbeides som snuhammer i kryss mellom Søre Ferkingstad veg og o_V2 (ned til kai som vist i foreliggende plankart).
- Det skal utarbeides teknisk plan for utforming av krysset mot fylkesvegen (Søre Ferkingstad veg/ Stavavegen), denne skal godkjennes av Rogaland fylkeskommune før byggestart.
- Videre skal planbeskrivelsen siste avsnitt i kapittel 4.14 Trafikkforhold omskrives i samsvar med rekkefølgekravet.

I dette ligger et krav om at Søre Ferkingstad vei skal opparbeides med snuplass før KF AS kan ta bebyggelse i bruk innenfor sitt planområde. Kravet knytter seg til opparbeidelse av vei utenfor planområdet.

Rekkefølgekravene til opparbeidelse av Søre Ferkingstad vei med snuplass ble først satt som rekkefølgekrav til utbyggingen av Ferkingstad Havtun (planid 1015). Planbestemmelsen er vedtatt og gjeldende. Veien og snuplassen ligger innenfor planområdet til Ferkingstad Havtun. Det er tale om et større prosjekt der det er lagt opp til 23 fritidsboliger med parkering. Enhetene skal være over to etasjer med plass til båt i første etasje.

Rekkefølgekravene til offentlig vei er:

§32. Offentlig kjørevege med snuplass for buss skal være ferdig opparbeidd før det blir gitt brukstillatelse for fritidsboliger innenfor planområdet.

§33. Ferdig opparbeidet og godkjente offentlige veganlegg skal fradeles og overskjøtes vederlagsfritt til Karmøy kommune før det gis brukstillatelse for nybygg.

§34. Det skal utarbeides teknisk plan for utforming av krysset mot fylkesvegen, denne skal godkjennes av Statens vegvesen før byggestart.

Rekkefølgekravene til opparbeidelse av offentlig med vei med snuplass er følgelig overført direkte fra planbestemmelsene til Ferkingstad Havtun til planbestemmelsene til Kong Ferking.

KF anfører at kommunes krav om opparbeidelse av Søre Ferkingstad veg med snuplass er et rekkefølgekrav som ikke har hjemmel i plan- og bygningsloven § 12-7 (1) nr. 10.

3 Rettslig grunnlag for KF sitt syn på saken

3.1 Lovgrunnlag

Rettsgrunnlaget i saken er plan og bygningsloven (heretter pbl.) § 12-7 første ledd nr. 10.

Lovbestemmelsen gir hjemmel for kommunestyret til å stille rekkefølgekrav i reguleringsplan.

Etter bestemmelsen kan kommunen i nødvendig utstrekning gi bestemmelser om at utbygging ikke kan finne sted før blant annet transport og vegnett er tilstrekkelig etablert.

Begrepet «kan» innebærer at det er del av forvaltningens frie skjønn å vurdere om det skal stilles rekkefølgekrav og hvilke rekkefølgekrav som kan stilles. Også vilkårene «i nødvendig utstrekning» og «er tilstrekkelig etablert» er underlagt kommunens frie skjønn, jf. TOSLO-2018-104016 og LB-2019-124354 (Gangvei på Mortensrud) med videre henvisninger. Det er uomtvistet at vurderingen etter pbl. § 12-7 nr. 10 er underlagt fritt skjønn.

Kommunen må likevel utøve sitt frie skjønn innfor visse grenser, jf. reglene om myndighetsmisbruk. Myndighetsmisbrukslæren stiller opp et grunnleggende krav til saklighet. I forbindelse med pbl. § 12-7 første ledd nr. 10 skal læren forhindre at kommunen misbruker sin maktposisjon til å sette urettmessige rekkefølgekrav overfor private utbyggere.

3.2 Prinsipalt: Rekkefølgekravet bygger ikke på et saklig hensyn

3.2.1 Lovens vurderingstema.

Etter myndighetsmisbrukslæren kan kommunens rekkefølgekrav ikke være vilkårlige, være basert på utenforliggende hensyn eller innebære en usaklig forskjellsbehandling.

Vi mener primært at rekkefølgekravet om etablering av snuplass og utarbeidelse av kryss på Søre Ferkingstad vei ikke er saklig begrunnet. Dette fordi kommunen har vært motivert av hensyn som ligger utenfor de behov som utbyggingen og reguleringsplanen til Kong Ferking utløser. Dette kommer vi tilbake til i punkt 3.2.2.

Lovteksten gir begrenset veiledning om hvilke rekkefølgekrav som kan stilles for utbygging av et området. Uklarheten har skapt diskusjon mellom private utbyggere og enkelte kommuner om hvilket vurderingstema som skal legges til grunn.

Det er særlig to underrettsdommer som går nærmere inn på hvilket vurderingstema som skal legges til grunn. Begge dommene er anket videre til henholdsvis lagmannsretten og Høyesterett slik resultatet ikke er endelig avgjort.

Oslo tingrett sin dom om Tullinkvartalet (TOSLO-2018-132587) gjaldt i likhet med vår sak rekkefølgekrav etter reguleringsplan for området etter pbl. § 12-7 nr. 10. Rekkefølgekravet ble i saken ansett ugyldig. Under punkt 4.2 i dommen ble vurderingstema beskrevet slik:

Rekkefølgekrav er et virkemiddel kommunen har til rådighet for å sikre at nødvendige tekniske installasjoner og infrastruktur er på plass før det gis tillatelse til utbygging av et område. Det forutsettes med andre ord en sammenheng mellom utbyggingen og de aktuelle tiltakene, noe som også kommer til uttrykk gjennom ordlyden i pbl. § 12-7: «i nødvendig utstrekning. (Min understreking).

Videre skriver tingretten

At de aktuelle tiltakene kommunen setter som vilkår (må være) saklig begrunnet i behov som utløses av utbyggingen. Andre hensyn vil være utenforliggende, og dersom vedtaket reelt sett er begrunnet i slike vil det føre til ugyldighet. (Min understreking).

Tilsvarende vurderingstema er lagt til grunn i Oslo tingrett sin dom om gangvei på Mortensrud (TOSLO-2018-104016). Dommen omhandler rekkefølgekrav som ble kjent ugyldig. Tingretten viser til at bakgrunnen for at det kan settes rekkefølgekrav er at man ikke skal begynne å bygge på tomter som ikke er klare for utvikling. Det tilsier at man ikke kan stille krav som ikke har en saklig tilknytning til denne konkrete reguleringen. Videre uttaler Oslo tingrett at:

Særlig i forarbeidene, men også i juridisk teori, fremgår det at momenter ved vurderingen om det foreligger myndighetsmisbruk vil være om det er et saklig begrunnet behov, også ut fra et rent samfunnsmessig synspunkt. Spørsmålet vil blant annet være om det er saklig grunn til å stanse utbyggingen i påvente av at rekkefølgekravet oppfylles, se Pedersen m.fl. *Plan- og bygningsrett side 340*.

Behovet kan være områdespesifikt, og ikke bare knyttet til den eller de tomtene som reguleres. Krav om særskilt rekkefølge kan oppstilles for tiltak som er ikke er nødvendiggjort bare av den enkelte utbygging. Sumvirkningene av mange enkeltutbygginger kan gjøre at det er et saklig behov.

Retten legger videre til grunn at det ikke foreligger et helt fritt hensiktsmessighetsskjønn. Kommunen kan med andre ord ikke stille rekkefølgekrav som dekker kommunens generelle behov uten noen saklig tilknytning til området som reguleres. Det blir vist til lovens ordlyd som indikerer at kommunen ikke skal regulere mer enn det som er nødvendig.

Dommen ble anket til Borgarting Lagmannsrett (LB-2019-124354) der rekkefølgekravet ikke ble kjent ugyldig. Lagmannsrettens begrunnet resultatet med at det var en klar sammenheng mellom rekkefølgekravet om opparbeidelse av turstien og den aktuelle utbyggingen. Vurderingstema ble tatt opp til diskusjon:

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 skjønnshensyn 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». (Min understreking).

3.2.2 Kommunens begrunnelse for å ta utenforliggende hensyn.

I tråd med underrettspraksis er vurderingstemaet altså om den konkrete utbyggingen skaper et saklig behov for rekkefølgekravet. Det må foretas en vurdering av hvilke behov utbyggingen medfører sett i lys av hvilke behov som har motivert kommunen til å oppstille rekkefølgekravet.

Vi kan ikke se at kommunen har foretatt en slik vurdering. På den andre siden er det holdepunkter for å trekke slutninger om kommunens begrunnelse.

Det sees først hen til hvilke hensyn Karmøy kommune har begrunnet rekkefølgekravet med.

Bakgrunnen for rekkefølgekravet om opparbeidelse av offentlig vei er først beskrevet i planbeskrivelsen til Ferkingstad Havtun punkt 3.8. Her fremgår det at veien frem til området er bred, men uregulert. Veien er lite belastet, og en vil i forbindelse med planarbeidet regulere veien frem til krysset mot fylkesvei 858. Dette fordi veien er uregulert og fordi krysset mot fylkesvei 858 er utflytende og trenger noen oppstramming. Videre skal det bli lagt opp til offentlig parkering, bussparkering og snuplass for buss. Formålet er å ivareta turister som ønsker å se Fishermen`s memorial og allmennhetens tilgjengelighet.

Bakgrunnen for rekkefølgekravet er derfor å regulere veien før fremtidige fritidsbeboere på Ferkingstad Havtun tar den i bruk. Den offentlige veien befinner seg innenfor planområdet. Videre skal rekkefølgekravet imøtekomme trafikkhensyn som utløses av at turister og allmennheten bruker veien.

Spørsmålet er om KF sitt prosjekt utløser ytterligere behov for opparbeidelse av Søre Ferkingstad vei med snuplass, ut over de behov som allerede er nevnt.

Kommunen uttaler i epost til Novaform den 11. juni 2020 at bakgrunnen for rekkefølgekravet er trafiksikkerhet. Vi kan være enige i at rekkefølgekravet dels er begrunnet med trafiksikkerhet. Likevel kan vi vanskelig se at utbygging av Kong Ferking vil utløse ytterligere behov for utarbeidelse av veien, da med trafiksikkerheten i betraktning.

Statens vegvesen presiserte i sin høringsuttalelse til oppstart av planarbeidet med opprinnelig reguleringsforslag (boligformål) at planarbeidet «ikke (gjelder) areal som grenser direkte til fylkesvei 858, og vil ikke føre til vesentlig endringer i trafikkforholdene på dette vegenettet». Det er følgelig lagt til grunn at utbyggingen til KF ikke berører den offentlige veien kommunen ønsker å opparbeide.

Ettersom det ikke foreligger direkte sammenheng mellom opparbeidelse av veien og utbyggingen skiller vår sak seg i stor grad fra Mortensrud-saken. Lagmannsretten la i den saken til grunn en «klar sammenheng mellom rekkefølgekravet om opparbeidelse (...) og Selvaags utbygging».

Mangel på sammenheng mellom rekkefølgekravet om vei og snuplass og KF sin utbygging taler sterkt for at det er tatt utenforliggende hensyn.

Videre kan rekkefølgekrav stilles også utenfor planområdet, men det krever at det foreligger en styrket sammenheng mellom rekkefølgekravet og utbyggingen. Det følger av nevnte rettspraksis at utbyggingen og den totale belastningen i området må gi et tydelig behov for rekkefølgekravet.

KF er et lite prosjekt om utbygging av fritidsbebyggelse med naust. Det er tale om kun 11 fritidsboliger. Det opprinnelige formålet er som følge av feil i kommuneplanen endret fra bolig til fritidsbebyggelse. Det er lite sannsynlig at trafikken på daglig basis vil øke særlig i omfang av 11 fritidsboliger.

Den totale belastningen i området utløser heller ikke et behov for rekkefølgekravet til veien slik situasjonen er nå. Ferkingstad Havtun sin plan er ikke påbegynt. Det er mulig det er behov for ytterligere opparbeidelse av vei og snuplass når denne planen er igangsatt, men før den tid vil det være usaklig å vektlegge et behov som enda ikke foreligger.

Poenget kan illustreres med et tenkt scenario der KF gjennomfører rekkefølgekravet til opparbeidelse av vei med snuplass. Dersom Ferkingstad Havtun sin reguleringsplan i etterkant ikke gjennomføres vil KF ha brukt penger og ressurser på opparbeidelse av en vei med snuplass som deres utbygging og den totale belastningen i området ikke utløser et behov for.

I Mortensrud-saken var det derimot før utbyggingen et behov for tursti. Retten begrunnet behovet i et tapsargument og merbelastningsargument. Tapsargumentet gikk ut på at utbyggingen ville redusere eksisterende tilgang til friområder. Belastningsargumentet omhandlet videre at de 64 boligene som skulle opparbeides ville medføre økt bruk av turstien.

Sammenlignet vil utbyggingen ikke medføre en reduksjon i eksisterende tilgang til veien. Det er dessuten ikke tale om boliger, men et begrenset antall fritidsboliger. Belastningsargumentet er derfor lite relevant. Når verken tapsargument eller merbelastningsargument fører frem i saken foreligger det derfor ikke et behov for utbyggingen for ytterligere opparbeidelse av Søre Ferkingstad vei med snuplass.

Det er med dette ingen tungtveiende argumenter eller holdepunkter for at utbygging av KF vil utløse ytterligere behov for utarbeidelse av Søre Ferkingstad vei. De trafikkhensyn kommunen henviser til vil være en konsekvens av utbyggingen tilknyttet Ferkingstad Havtun og ferdsel fra turister og allmennheten.

Videre får rekkefølgekravet den uheldige konsekvens at utbyggingen av Kong Ferking stopper opp. Det vises her til Oslo tingrett sin uttalelse i Mortensrud-saken om at spørsmålet er «om det er saklig grunn til å stanse utbyggingen i påvente av at rekkefølgekravet oppfylles».

3.3 Subsidiært: Kommunens rekkefølgekrav er et vilkårlig krav.

Subsidiært mener vi at rekkefølgekravet om opparbeidelse av offentlig vei med snuplass fremstår som vilkårlig.

Under forutsetning om at KF må dekke inn de ekstra kostnadene for å opparbeide veien, vil fritidsboligene måtte selges til en økt pris. Realiteten er da at et relativt lite utbyggingsprosjekt må dekke inn kostnader tilknyttet et behov utløst av et større utbyggingsprosjekt og turistnæringen. Det medfører at kjøperne av fritidsboligene på Kong Ferking vil bekoste en offentlig vei med snuplass som vil benyttes av fremtidige beboere på Ferkingstad Havtun og kommunens

tilretteleggelse for turistnæringen. For dem vil rekkefølgekravet fremstå som urettmessig og som et fiskalt pålegg.

Etter vårt syn er kommunes reelle begrunnelse for kravet at kommunen ønsker å opparbeide veien og etablere en snuplass for egen turistnæring og legge kostnadene for dette over på KF.

4 Virkning av ugyldighet.

Vi mener med dette at rekkefølgekravet til opparbeidelse av Søre Ferkingstad vei med snuplass i planbestemmelsen er ugyldig som følge av at kravet mangler hjemmel i plan- og bygningsloven § 12-7 første ledd nr. 10.

Det forvaltningsrettslige utgangspunktet er at ugyldigheten ikke strekker seg lengre enn ugyldighetsgrunnen tilsier. Det er derfor ingen grunn til å sette hele reguleringsplanen til side som følge av rekkefølgekravet til opparbeidelse av vei med snuplass er ulovlig.

Virkningen blir derfor at rekkefølgekravet til opparbeidelse av Søre Ferkingstad vei med snuplass fjernes fra planbestemmelsen til Kong Ferking. Resten av planen står seg slik at rekkefølgekrav § 29 om lekeplass og § 31 om fellesområder vedvarer.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Responsa AS

Sturla Vik Vestly