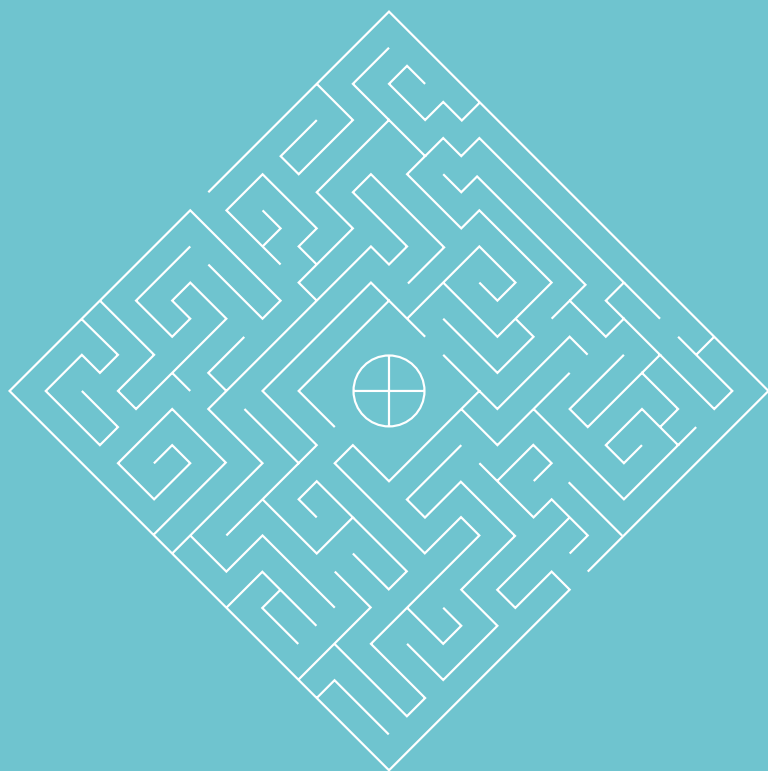




ROALD HOPSNES

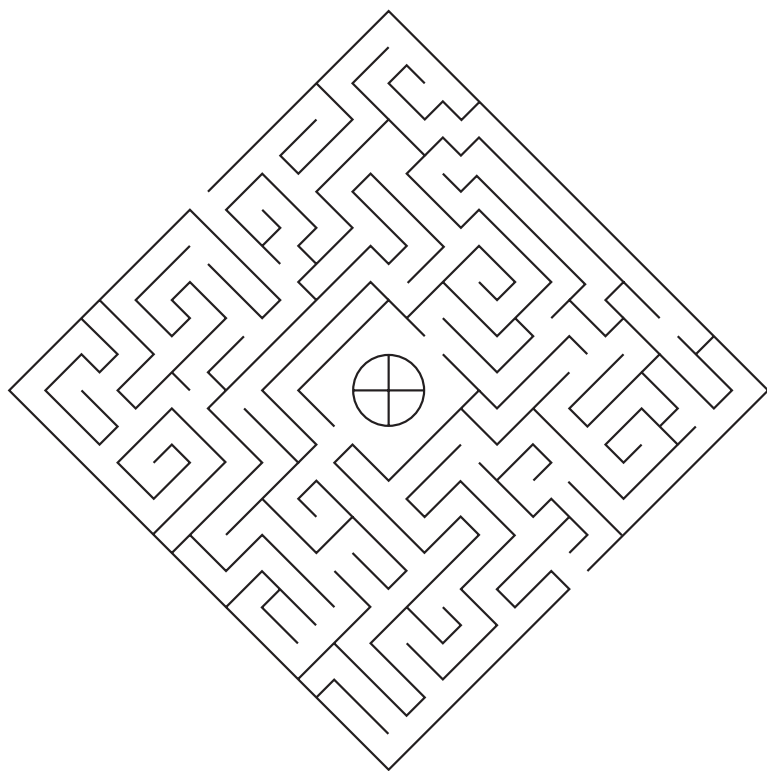
KOMMUNALE FORHÅNDSTILSAGN

ADGANGEN TIL Å FORHÅNDSBINDE FORVALTNINGSMYNDIGHET
OG RETTSVIRKNINGEN AV SLIK BINDING



FAGBOKFORLAGET

KOMMUNALE FORHÅNDSTILSAGN



ROALD HOPSNES

KOMMUNALE FORHÅNDSTILSAGN

ADGANGEN TIL Å FORHÅNDSBINDE FORVALTNINGSMYNDIGHET
OG RETTSVIRKNINGEN AV SLIK BINDING



FAGBOKFORLAGET

Copyright © 2019 by
Vigmostad & Bjørke AS
All Rights Reserved
1. utgave / 1. opplag 2017

ISBN: 978-82-450-3232-1
ISBN (trykt): 978-82-450-2096-0
Tilrettelagt for e-bok: John Grieg, Bergen
Forsidedesign ved forlaget
Forsideillustrasjon: Martin Lothe

Spørsmål om denne boken kan rettes til:
Fagbokforlaget
Kanalveien 51
5068 Bergen
Tlf.: 55 38 88 00 Faks: 55 38 88 01
E-post: fagbokforlaget@fagbokforlaget.no
www.fagbokforlaget.no

Materialet er vernet etter åndsverkloven.
Uten uttrykkelig samtykke er eksemplarframstilling
bare tillatt når det er hjemlet i lov eller avtale med Kopinor.

Forord

Boken er basert på å min ph.d.-avhandling med samme tittel, som ble levert til bedømmelse ved Universitetet i Bergen i august 2015. Jeg har oppdatert henvisninger til rettspraksis frem til sommeren 2016. Det er også skrevet et nytt kapittel om statsstøtte. Utover dette er det bare foretatt mindre endringer.

Valg av tema for avhandlingen kan føres tilbake til studietiden. Jeg fikk aldri helt grep om de problemstillingene forhåndstilsagn reiste. Innenfor dette temaet henger alt sammen med alt. Alle spørsmål bør løses først, og alle spørsmål forutsetter at alle andre spørsmål er besvart. Det store bildet må tegnes før det er mulig å løse de små spørsmål, og de små spørsmål må besvares før det er mulig å finne de store linjene. De hensyn som gjør seg gjeldende, påvirkes i stor grad av perspektivet som anlegges, og ulike forfattere og ulike dommer bygger på forskjellige perspektiver.

Det var derfor et krevende arbeid å skrive avhandlingen. Valg av figur på forsiden – den «umulige» labyrinth – er nettopp ment å beskrive prosessen og resultatet. Det finnes neppe én løsning som fullt ut kan ivareta alle hensyn som gjør seg gjeldende. Noen illusjon om at jeg har funnet den eneste og endelige løsning, har jeg i alle fall ikke.

I løpet av arbeidet har jeg fått hjelp av mange. En takk til hovedveileder professor Karl Harald Søvig, biveileder professor Ørnulf Rasmussen og avdelingsdirektør Arnulf Tverberg. Takk også til bedømmelseskomiteen bestående av professor Hilde Hauge, professor Hans Petter Graver og hovrättsråd Tom Madell for konstruktiv kritikk av avhandlingen. Innvendingene er forsøkt ivaretatt i forbindelse med denne utgivelsen.

Det er også en rekke andre som fortjener en takk. Uten at listen er fullstendig, nevnes professor Jan Fridthjof Bernt, vit.ass. Emilie Hornfelt Paulsen, kommuneadvokat Helge Strand, professor Jørn Øyrehagen Sunde, professor Halvard Haukeland Fredriksen, postdoktor Malgorzata Agnieszka Cyndecka, Njål Andersen, postdoktor Torger Kielland, førsteamanuensis Ola Johan Settem, Kjellaug Tylden og Solveig Hopsnes. En stor takk også til advokat Herdis Helle som har gitt vesentlige bidrag til arbeidet med av kapittel 8 om statsstøtte. Takk også til Martin Lothe som har laget figuren på forsiden.

Roald Hopsnes
Bergen, januar 2017

Forkortelser

EMD: Den europeiske menneskerettighetsdomstol
EMK: Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
ESA: EFTA Surveillance Authority/EFTAs overvåkningsorgan
EU: Den europeiske union
EØS: Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
Innst. O.: Innstilling til Odelstinget
JV: Jussens Venner
Kgl.res.: kongelig resolusjon
KOFA: Klagenemnden for offentlige anskaffelser
LoR: Lov og Rett
NoA eller Notion Of Aid: Kommisjonens meddelelse om begrepet «statsstøtte»
i artikkel 107 stk. 1 i traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (2016/C
262/01)
NOU: Norges offentlig utredninger
Ot.prp.: Odelstingsproposisjon
Prop.: proposisjon til Stortinget
Rt.: Norsk Retstidende
RG: Rettens Gang
TEU: Traktaten om Den europeiske union
TEUV: Traktaten om Den europeiske unions virkeområde
TfF: Tidsskrift for forretningsjus
TfR: Tidsskrift for Rettsvitenskap

Innhold

1	Innledning	15
1.1	Presentasjon av fremstillingens problemstillinger	15
1.2	Hva menes med forhåndstilsagn?	16
1.3	Begrunnelsen for å bruke forhåndstilsagn	18
1.4	I hvilke typetilfeller er forhåndstilsagn aktuelt?	19
1.5	De ulike posisjonene i juridisk teori	21
1.5.1	<i>Innledende presentasjon</i>	21
1.5.2	<i>Den strengt offentligrettslige modellen</i>	24
1.5.3	<i>Både-og-modell</i>	26
1.5.4	<i>Den pragmatiske mellomløsningen</i>	27
1.5.5	<i>Offentligrettslig pragmatisme</i>	30
1.5.6	<i>Den strengt privatrettslige modellen</i>	33
1.5.7	<i>Privatrettslig regulering av gyldighetsspørsmålet</i>	35
1.5.8	<i>Privatrettslig utgangspunkt – utfyllt av andre regler</i>	36
1.6	Presisering av undersøkelsesobjekt og metode	38
1.6.1	<i>Innledning</i>	38
1.6.2	<i>Noen metodespørsmål</i>	39
1.6.2.1	<i>Noen innledende betraktninger</i>	39
1.6.2.2	<i>Forholdet mellom autoritet, forutberegnelighet og rimelighet</i>	41
1.6.2.3	<i>Den juridiske teoriens særlige oppgave</i>	45
1.6.3	<i>Det særegne ved rettskildebildet innenfor temaet forhåndstilsagn og valg av kildetilfang</i>	46
1.6.3.1	<i>Innledning</i>	46
1.6.3.2	<i>Høyesterettspraksis som rettskilde</i>	47
1.6.3.3	<i>Juridisk teori</i>	48
1.6.3.4	<i>Annen praksis</i>	49
1.6.3.5	<i>Utenlandsk rett</i>	51
1.6.4	<i>Noen temaavgrensninger</i>	52

2	Begrepet «forhåndstilsagn»	55
2.1	Innledning	55
2.2	Plassering av forhåndstilsagn i forhold til andre normeringsinstrumenter	55
2.3	Forhåndstilsagn og forvaltningsavtaler	61
2.4	Ulike former for forhåndsbinding	64
2.4.1	<i>Delvis forhåndsbinding</i>	64
2.4.2	<i>Forholdet mellom forhåndsbinding og erstatningsansvar</i>	64
2.4.3	<i>Ulike typer forhåndsbinding – skillet mellom forhåndsbinding av primærkompetanse og omgjøringskompetanse</i>	66
2.5	Omfattes alle typer forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet av begrepet «forhåndstilsagn»?	69
2.6	Oppsummering	72
3	Interessekollisjonene	75
3.1	Presentasjon av problemstillingen	75
3.2	Hvorfor brukes forhåndstilsagn?	75
3.2.1	<i>Forutberegnelighet som bærende argument</i>	75
3.2.2	<i>Andre hensyn?</i>	79
3.2.3	<i>Konsekvensene av instrumentets bærende begrunnelse</i>	81
3.3	Hvorfor begrense bruken av forhåndstilsagn?	82
3.3.1	<i>Problempresentasjon</i>	82
3.3.2	<i>Forskjellen i interessegrupper</i>	83
3.3.3	<i>Den private parts rettssikkerhet</i>	83
3.3.4	<i>Tredjemenns rettssikkerhet</i>	85
3.3.5	<i>Fellesskapsinteressene</i>	86
3.3.5.1	<i>Innledning</i>	86
3.3.5.2	<i>Ytelsens art</i>	86
3.3.5.3	<i>Kommuneøkonomien</i>	87
3.3.5.4	<i>Demokratisk valgfrihet</i>	88
3.3.5.5	<i>Demokratisk legitimitet</i>	89
3.3.5.6	<i>Hensynet til gjennomsiktighet og etterprøvbarhet</i>	90
3.4	Er forhåndstilsagn nødvendig? – behovet for instrumentet	91
3.5	Oppsummering	99

4	Er forhåndstilsagn et generelt instrument?	101
5	Hvilke rettsvirkninger har et forhåndstilsagn?	103
5.1	Innledning	103
5.2	De alternative rettsvirkningene	103
5.3	Hovedrettsvirkningen for ekte forhåndstilsagn	105
5.3.1	Begrepet «hovedrettsvirkning»	105
5.3.2	Høyesterettspraksis	106
5.3.2.1	Innledning	106
5.3.2.2	Rt. 1919 side 33 (Ormøya kapell)	106
5.3.2.3	Rt. 1925 side 988 (Bisamrotte)	107
5.3.2.4	Rt. 1929 side 529 (Vinmonopolet I) og Rt. 1931 side 1138 (Vinmonopolet II)	108
5.3.2.5	Rt. 1956 side 1180 (Lillestrøm)	111
5.3.2.6	Rt. 1957 side 522 (Glomfjord)	112
5.3.2.7	Rt. 1971 side 228 (Råkkollveien), Rt. 1973 side 107 (Mardøla), Rt. 1975 side 520 (Eskemyr) og Rt. 1975 side 246 (Norheimskogen)	112
5.3.2.8	Rt. 1992 side 1235 (Rederikvote)	113
5.3.2.9	Rt. 2007 side 651 (Vassfarvegen)	114
5.3.3	Juridisk teori	115
5.3.4	Er det grunnlag for å utforme én hovedrettsvirkning?	116
5.3.5	Hvilken av de tre rettsvirkningene utgjør hovedrettsvirkningen – problempresentasjon	117
5.3.6	Konsekvensene av naturaloppfyllelse som hovedrettsvirkning	118
5.3.6.1	Forholdet mellom naturaloppfyllelse og hensynene bak forvaltningsrettens regler	118
5.3.6.2	Vil instrumentet kunne gis et reelt anvendelsesområde?	120
5.3.6.3	Vil reguleringen gi grunnlag for forutsigbarhet for partene?	123
5.3.6.4	Oppsummering	126
5.3.7	Konsekvensene av obligatorisk premiss som hovedrettsvirkning	126
5.3.7.1	Presentasjon av de sentrale forskjellene mellom obligatorisk premiss og naturaloppfyllelse	126
5.3.7.2	Hvilket forventningsvern kan en regulering basert på obligatorisk premiss gi den private part?	128
5.3.7.3	Kan dette forventningsvernet bli forutsigbart?	131
5.3.7.4	Oppsummering	132
5.3.8	Konsekvensene av økonomisk ansvar som hovedrettsvirkning	133
5.3.8.1	Presentasjon av problemstillingen	133

5.3.8.2	De indirekte virkningene – i hvilken grad vil rettsvirkningen økonomisk ansvar påvirke det etterfølgende vedtaket?	135
5.3.8.2.1	Problempresentasjon	135
5.3.8.2.2	Faren for moralske bindinger og bindinger gjennom villfarelser	137
5.3.8.2.3	Faren for økonomiske bindinger	139
5.3.8.2.4	Skaper rettsvirkningen økonomisk ansvar uforsvarlige bindinger?	145
5.3.8.3	De direkte konsekvensene av rettsvirkningen økonomisk ansvar	147
5.3.8.3.1	Problempresentasjon	147
5.3.8.3.2	Særtrekkene ved forhåndstilsagn	149
5.3.8.3.3	Answarets omfang	151
5.3.8.4	Forholdet mellom økonomisk ansvar som rettsvirkning og hensynet til gjennomskiktighet og etterprøvbarhet	154
5.3.9	Hvilken hovedrettsvirkning har et forhåndstilsagn?	155
5.4	Er ansvaret begrenset til innrettelsesinteressen?	158
5.4.1	Problempresentasjon	158
5.4.2	Praksis fra Høyesterett	159
5.4.3	Juridisk teori	162
5.4.4	Reelle hensyn	162
5.5	Er det plass til alternative rettsvirkninger?	165
5.5.1	Problempresentasjon	165
5.5.2	Er obligatorisk premiss en alternativ rettsvirkning?	166
5.5.2.1	Problempresentasjon	166
5.5.2.2	De forventninger forhåndstilsagnet gir den private part	167
5.5.2.3	Risikoen for et økonomisk ansvar	170
5.5.2.4	Oppsummering	171
5.5.3	Naturaloppfyllelse som alternativ rettsvirkning	171
5.5.3.1	Er naturaloppfyllelse en alternativ rettsvirkning av et forhåndstilsagn?	171
5.5.3.2	Når kan et forhåndstilsagn kreves naturaloppfylt?	172
5.5.3.2.1	Betydningen av oppfyllelsens karakter	172
5.5.3.2.2	Naturaloppfyllelse må ikke være i strid med lov	175
5.6	Oppsummering	178
5.6.1	Hvilke rettsvirkninger har et forhåndstilsagn?	178
5.6.2	Fire generelle synspunkter	179
5.6.3	Veien videre	181
6	Kravet til kompetansenorm	183
6.1	Problempresentasjon	183
6.2	Kommunens alminnelige dispensasjonsfrihet	184
6.3	Hvilke krav stilles det til kompetansenormen for å gi gyldige forhåndstilsagn?	185

7	Ugyldighetsreglene	191
7.1	Temapresentasjon	191
7.2	Gjelder avtalerettens ugyldighetsregler også når kommunen gir forhåndstilsagn?	195
7.3	Gjelder forvaltningsrettens kompetanseskranker for forhåndstilsagn?	201
7.3.1	<i>Problempresentasjon</i>	201
7.3.2	<i>Prosessuelle kompetanseskranker</i>	203
7.3.2.1	På hvilken måte avviker forvaltningsrettens alminnelige saksbehandlingsregler fra avtalerettens ugyldighetsprøving?	203
7.3.2.2	Er forhåndstilsagn enkeltvedtak?	205
7.3.2.3	Myndighetsmisbrukslæren	212
7.3.2.3.1	Problempresentasjon	212
7.3.2.3.2	Myndighetsmisbrukslærens betydning for kommunens privatrettslige disposisjoner	212
7.3.2.3.3	Myndighetsmisbrukslærens betydning for forhåndstilsagn	215
7.3.2.4	Kravet til forsvarlig saksbehandling og kravet til korrekt faktum	217
7.3.3	<i>Materielle kompetanseskranker</i>	219
7.3.3.1	Gjelder alle forvaltningsrettens materielle skranker?	219
7.3.3.1.1	Problempresentasjon	219
7.3.3.1.2	Betydningen av positivt angitte materielle vilkår	219
7.3.3.1.3	Forhåndsbinding av materielle lovgiverforutsetninger	221
7.3.3.2	Nærmere om tolkningspresumsjonene og de særlige ugyldighetsreglene	222
7.3.3.2.1	Problempresentasjon	222
7.3.3.2.2	Økonomisk ansvar må ikke undergrave formålet med de materielle lovreglene – «innenfor rammen av loven»	225
7.3.3.2.3	Betydningen av rettsområdet	227
7.3.3.2.4	Betydningen av ansvarets omfang	228
7.3.3.2.5	Forhåndstilsagn kan ikke gå på tvers av de oppgaver lovgivningen har gitt kommunen	230
7.3.3.2.6	Skal domstolen foreta en behovsprøving av forhåndstilsagnet?	231
7.3.3.2.7	Andre momenter	232
7.4	Oppsummering	233
8	Statsstøtteregele som skranke for forhåndstilsagn – EØS-avtalen artikkel 61	239
8.1	Presentasjon av problemstillingen	239
8.2	Når kan et forhåndstilsagn innebære statsstøtte?	240
8.2.1	<i>Innledning</i>	240
8.2.2	<i>Statsmidler</i>	242
8.2.3	<i>Foretaksbegrepet</i>	243

8.2.4	Økonomisk fordel	245
8.2.5	Selektivitet	248
8.2.6	Påvirkning av samhandelen	249
8.2.7	Konkurransebegrensningsvilkåret	250
8.2.8	Oppsummering	251
8.3	Hvilke muligheter finnes det for å gi forhåndstilsagn som innebærer statsstøtte?	252
9	Vilkårene for at gyldige forhåndstilsagn utløser et økonomisk ansvar	253
9.1	Problempresentasjon	253
9.2	Uekte forhåndstilsagn	253
9.3	Ekte forhåndsbinding	254
10	Omgjøring av forhåndstilsagn	257
11	Hva skal til for å inngå et forhåndstilsagn, og hvordan skal forhåndstilsagn tolkes?	259
11.1	Problempresentasjon	259
11.2	Tolkningstema for forhåndstilsagn	260
11.2.1	Problempresentasjon	260
11.2.2	Tolkningstemaene i avtaleretten og forvaltningsretten	264
11.2.2.1	Avtaletolkning	264
11.2.2.1.1	Subjektiv enighet er bindende	264
11.2.2.1.2	Objektiv berettiget mottakerforståelse	264
11.2.2.1.3	Harmoniserende tolkningsstil / utfylling med allment rettsstoff (bare ved avtaletolkning)	269
11.2.2.1.4	Risikobasert tolkningsstil (bare ved avtaletolkning)	270
11.2.2.2	Forvaltningsrettens tolkningstemaer	271
11.2.3	Knops objektive tolkningsprinsipp – er subjektive tolkningstemaer og konteksten relevant for tolkning av forhåndstilsagn?	275
11.2.4	Er avtalerettens objektive tolkningstema relevant for tolkning av forhåndstilsagn?	284
11.2.5	Er andre tolkningstemaer relevante – gjelder det en pragmatisk tolkningsteori?	286
11.2.5.1	Presentasjon av problemstillingen	286
11.2.5.2	Rt. 1912 side 904 (Lungegaardsfjæren)	286
11.2.5.3	Rt. 1915 side 865 (Thaulow)	289
11.2.5.4	Rt. 1929 side 771 (Oljepris)	292
11.2.5.5	Rt. 1973 side 107 (Mardøla)	294
11.2.5.6	Rt. 1971 side 228 (Råkkollveien)	297

11.2.5.7 Rt. 1975 side 620 (Eskemyr)	302
11.2.6 Oppsummering og konklusjoner	305
11.3 Tolkingsprosessen under de ulike tolkningstemaene	306
11.3.1 Tolkningstemaet berettigede forventninger	306
11.3.1.1 Tolkningsmomentene	306
11.3.1.2 Terskelen for binding	309
11.3.2 Identifikasjon i slutnings- eller tolkningsprosessen	311
11.3.3 Grensen mellom enkeltvedtak og forhåndstilsagn	317
11.3.3.1 Problempresentasjon	317
11.3.3.2 Utgangspunktet er en tolkning av ordlyden	317
11.3.3.3 Betydningen av den innholdsmessige konteksten	318
11.3.3.4 Betydningen av den situasjonsmessige konteksten	318
11.3.4 Harmoniserende tolkningsstil	319
 12 Rettslige skranker for den private parts ytelse i en avtale med et forhåndstilsagn	 321
12.1 Presentasjon av problemstillingen og forutsetningene for drøftelsen	321
12.2 Forholdet mellom samtykke og vilkårlæren ved forvaltningsvedtak	323
12.3 Rammene for den private parts samtykkekompetanse i forvaltningsavtaler med forhåndstilsagn	328
12.3.1 Problempresentasjon	328
12.3.2 De grunnleggende hensynene	329
12.3.3 Hvordan skal vilkårlærens krav til forholdsmessighet utformes?	332
12.3.4 Lovens ramme og vilkårlærens saklighetskrav	334
12.4 Oppsummering	336
 13 Rammene for bruk av forhåndstilsagn – oppsummering	 337
13.1 De åtte problemstillingene	337
13.1.1 Innledning	337
13.1.2 Hva kjennetegner et forhåndstilsagn?	337
13.1.3 Hvilke rettsvirkninger har et forhåndstilsagn?	338
13.1.4 Hvilke kompetansenormer kan gi grunnlag for et gyldig forhåndstilsagn?	341
13.1.5 Hvilke ugyldighetsregler gjelder for forhåndstilsagn?	341
13.1.6 Hvilke prinsipper gjelder for inngåelse og tolkning av forhåndstilsagn?	343
13.1.7 I hvilken grad kan forhåndstilsagn omgjøres?	343
13.2 Noen generelle konklusjoner	344
13.2.1 Hvilken modell beskriver best gjeldende rett?	344
13.2.2 Bør forhåndstilsagn kategoriseres som en avtale eller et vedtak?	344

13.3 Konklusjonenes forhold til andre oppfatninger i den juridiske teorien	344
13.4 Lovregulering av temaet	347
13.4.1 Bør den alminnelige adgangen til å gi forhåndstilsagn lovreguleres?	347
13.4.2 Hvordan lovregulere temaet?	348
13.4.3 Forhåndstilsagn med naturaloppfyllelse som hovedrettsvirkning	351
13.4.4 Et alminnelig forbud mot forhåndstilsagn	353
13.4.5 Forhåndstilsagn med økonomisk ansvar som hovedrettsvirkning	355
13.4.6 Oppsummering	357
Registre	361
Litteraturliste	361
Lover	373
Forskrifter	377
Rettspraksis	378
Høyesterett	378
Underrett	382
Publisert i Rettens Gang	382
Tilgjengelige på Lovdata	382
EMD	382
EU-Domstolen	382
Uttalelser fra Sivilombudsmannen	382
Uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling	383
Forarbeider	383
Norges offentlige utredninger og komitéinnstillinger	383
Odelstingsproposisjoner	384
Innstilling til Odelstinget	385
Stortingsmeldinger	385
Stikkordregister	386

1 Innledning

1.1 Presentasjon av fremstillingens problemstillinger

Temaet kommunale forhåndstilsagn kan deles inn i åtte hovedproblemstillinger som dels henger sammen:

- 1) Hva er et forhåndstilsagn?
- 2) Er forhåndstilsagn et generelt instrument i norsk rett?
- 3) Hvilken kompetansenorm kan gi grunnlag for et bindende forhåndstilsagn?
- 4) Når foreligger det et forhåndstilsagn?
- 5) Hvordan skal man utlede innholdet i et forhåndstilsagn?
- 6) Hvilke ugyldighetsregler gjelder for forhåndstilsagn?¹
- 7) I hvilken grad kan forhåndstilsagn omgjøres eller endres?
- 8) Hvilke rettsvirkninger har et forhåndstilsagn?

Formålet i det følgende er å besvare disse åtte problemstillingene.

¹ Jeg kommer tilbake til begrepet «ugyldighet», og forholdet mellom avtalerettens og forvaltningsretts ulike tilnærminger til disse spørsmålene, nedenfor i punkt 6.1 og 7.1.

1.2 Hva menes med forhåndstilsagn?

Betegnelsen «forhåndstilsagn» har ingen klar rettslig definisjon og er ikke brukt i lovgivningen. Jeg har heller ikke funnet noen definisjon i lovforarbeider.² Høyesterett har ved enkelte anledninger brukt betegnelsen, men da uten å klargjøre meningsinnholdet.³ Juridisk teori anvender også betegnelsen. Likevel er det få som gir noen nærmere definisjon. Det er nok ulike grunner til dette. Noen av forfatterne drøfter bare det som klart vil være et forhåndstilsagn. For dem vil ikke grensespørsmålene være like viktige.⁴ Andre forfattere har tatt til orde for at det er unødvendig å foreta noen klar avgrensning, typisk fordi de mener reglene ikke er avhengig av kategori, men av konkrete glideskalavurderinger.⁵

Etter mitt syn bør rettslig regulering utformes klarest mulig.⁶ På dette rettsområdet er det også vanskelig å finne kjennetegnene på ulike typer instrumenter. Uten et klart avgrenset begrepsapparat er det en fare for å bygge på argumenter og rettskilder som ikke angår den aktuelle typen normering.⁷ Jeg er derfor kritisk til en omfattende bruk av glideskalaer ved analysen av forhåndstilsagn. Etter mitt syn er det nødvendig å foreta en klar avgrensning av instrumentet. Hvordan grensene bør trekkes, er temaet nedenfor i punkt 2. Her i punkt 1.2 er formålet begrenset til å skissere hva som ligger i dette begrepet, og jeg nøyer meg med å fremheve to sentrale kjennetegn.

For det første har forhåndstilsagn elementer av både *forvaltningsvedtak* og *avtale*. Det som reguleres, faller inn under definisjonen vedtak i forvaltningsloven, samtidig som reguleringen har en mer eller mindre klar avtaleform. Forhåndstilsagn er slik sett en hybrid mellom forvaltningsvedtak og avtaler.

² Se likevel Bygningslovutvalget (NOU 2003: 24) som bruker betegnelsen f.eks. på side 145. De gir likevel ikke noen klar definisjon.

³ Se f.eks. Rt. 2009 side 1502 avsnitt 53. Se også lignende uttrykk i f.eks. Rt. 1992 side 1235 (Rederikvote), Rt. 2007 side 651 (Vassfarvegen) og Rt. 2013 side 1345 (Strukturkvote) avsnitt 76. Høyesterett bruker dessuten ordet «forhåndstilsagn» i Rt. 2009 side 1336 avsnitt 16, men da i en annen betydning enn det jeg legger til grunn her.

⁴ Se f.eks. Bernt 1981 som på side 3 starter med å trekke opp et skille mellom avtaler som angår privatrettslige disposisjoner, og de som angår noe som faller innenfor forvaltningsloven § 2 og definisjonen av vedtak. Deretter avgrenser han på side 7 avhandlingen til «avgjørelser som i sin normalform og i utgangspunktet er av relativt klar og udiskutabel rendyrket offentligrettslig natur».

⁵ Den som kanskje går lengst i den retning, er Frihagen I 1991 side 325–326, som skriver om forvaltningsavtaler: «Vi tar her først og fremst sikte på avtaler som har islett av offentlig myndighetsutøvelse uten at det synes nødvendig å trekke noen skarpe grenser mot mer privatrettslige avtaler. Slike avtaler gir et viktig trekk ved forvaltningen i praksis og reiser spørsmål både om hva som er ønskelig og hva som er rettslig akseptabelt. Også ellers blir det problemer som dels må løses etter de vanlige forvaltningsrettslige prinsipper og regler, og dels etter privatrettens regler og dels etter en mellomting eller særlige regler som ikke helt faller verken i den ene eller andre gruppe.» Sml. også Frihagen 1977 side 3.

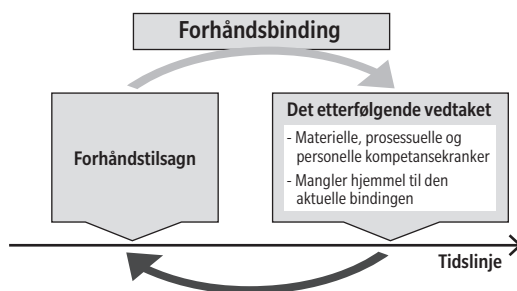
⁶ Se nedenfor i punkt 1.6.2.2.

⁷ Et eksempel på dette skal jeg komme tilbake til nedenfor i punkt 3.2.2.

For det andre medfører et forhåndstilsagn at kommunen «binder» opp *fremtidig* vedtakskompetanse. En kommune kan for eksempel forplikte seg til å treffe et nærmere angitt fremtidig reguleringsvedtak. Kommunen forplikter seg til å omregulere en tomt fra enebolig til leilighetskompleks.

Ved kommunale forhåndstilsagn vil selve forhåndstilsagnet alltid være en forpliktelse for *kommunen*.⁸ Det er kommunen som i en avtaledrakt har påtatt seg å treffe vedtaket. Vedtaket vil samtidig være et gode for avtalemotparten. Dette er sentralt for analysen av temaet. Siden avtalemotparten normalt vil være en privatperson, har jeg valgt å betegne avtalemotparten som *den private part*.

Vi har to typer forhåndstilsagn. Dersom kommunen har påtatt seg å treffe et nærmere angitt vedtak, kalles dette gjerne for *positiv forhåndsbinding* eller et *positivt forhåndstilsagn*.⁹ Alternativet er at kommunen forplikter seg til *ikke* å treffe noe vedtak. Her vil kommunen fraskrive seg retten til å treffe et vedtak, og vi kaller dette gjerne for *negativ forhåndsbinding* eller et *negativt forhåndstilsagn*.¹⁰



Et *positivt forhåndstilsagn* gis alltid i *tid* før det forvaltningsvedtaket som tilsagnet binder. Vedtaket som er gjenstand for forhåndsbinding, vil jeg omtale som *det etterfølgende vedtaket*.

Også *negative forhåndstilsagn* binder kommunen for ettertiden. Bindingen begrenser imidlertid kommunens kompetanse til å treffe et etterfølgende vedtak. Når kommunen ikke bruker en kompetanse, regnes dette normalt ikke for å være et vedtak. Rent språklig angår derfor ikke negativ forhåndsbinding et etterfølgende vedtak. Det er likevel hensiktsmessig å ha en felles betegnelse på det som bindes opp. Jeg vil derfor

⁸ Se nedenfor i punkt 3.2.

⁹ Se tilsvarende bruk av betegnelsen «positiv forhåndsbinding» i f.eks. Eckhoff 1992 side 279, Øyehaug TFF 1998 side 47 og Bygningslovutvalget (NOU 2003: 24) side 145 andre spalte.

¹⁰ Se om negativ forhåndsbinding i Eckhoff 1992 side 279, Eckhoff/Smith 2014 side 420 (negativt tilsagn), Øyehaug TFF 1998 side 47 og Bygningslovutvalget (NOU 2003: 24) side 145 andre spalte.

bruke betegnelsen *det etterfølgende vedtaket* også om forpliktelser til ikke å bruke en kompetanse.

Det er et helt vesentlig kjennetegn ved et forhåndstilsagn at tilsagnet gis i tid før dette etterfølgende vedtaket. Denne *tidsdimensjonen* er sentral for forståelsen av instrumentet, og vil gå igjen i mange av drøftelsene.

1.3 Begrunnelsen for å bruke forhåndstilsagn

Behovet for å bruke forhåndstilsagn oppstår når forvaltningsrettens alminnelige rammer ikke tillater å skape den rettslige bindingen partene ønsker.¹¹

Ofte er situasjonen at *vilkårene for å treffe det etterfølgende vedtaket* ikke er oppfylt. Det kan være konkrete personelle, prosessuelle eller materielle vilkår som forhindrer at kommunen kan treffe det etterfølgende vedtaket. En industribedrift vurderer å anlegge en fabrikk på en bestemt tomt. Tomten er regulert til LNF i kommuneplanens arealdel,¹² og en utbygging krever derfor en omregulering. For å treffe omreguleringsvedtaket må kommunen følge plan- og bygningslovens saksbehandlingsregler. Dette kan være en tidkrevende prosess. For industribedriften kan usikkerheten omkring utfallet av reguleringsprosessen være av avgjørende betydning for om de ønsker å bygge fabrikk. Dersom kommunen kan gi et *forhåndstilsagn* der kommunen påtar seg å omregulere arealet fra LNF til industriformål, vil industribedriftens usikkerhet begrenses.¹³ Spørsmålet er altså om kommunen kan gi et forhåndstilsagn uten at plan- og bygningslovens vilkår for å treffe reguleringsvedtaket er oppfylt.

En annen grunn til å bruke forhåndstilsagn er at forvaltningsretten *mangler en hjemmel til å skape denne typen binding*. Normalt vil en kompetansenorm som gir en kommune hjemmel til å gripe inn og endre et rettsforhold, ikke åpne for at kommunen treffer vedtak der de fraskriver seg den aktuelle kompetansen. Slike inngrepshjemler skaper en usikkerhet. Vi kan tenke oss at industribedriften i eksempelet ovenfor er avhengig av å ha utvidelsesmuligheter for fabrikk. De frykter samtidig at kommunen skal ekspropriere arealet som er kjøpt inn til dette formålet. Også her kan forhåndstilsagn være aktuelt. Spørsmålet er om kommunen kan gi et forhåndstilsagn om at de ikke skal ekspropriere arealet bedriften trenger for å gjennomføre den planlagte utbyggin-

¹¹ Hva jeg mener med alminnelige rammer, kommer jeg nærmere tilbake til i punkt 3.2.1.

¹² Med regulering til LNF menes at aktuelle området er regulert til Landbruks-, natur- og friluftsfomål i medhold av plan- og bygningsloven § 11-7 andre ledd nr. 5.

¹³ Denne typen forhåndsbinding var tema i den såkalte Rafnes-avtalen. Om denne avtalen, se Bernt 1981 side 152–158, Eckhoff 1992 side 293–294, Eckhoff/Smith 2014 side 428, Frihagen I 1991 side 334 og Frihagen 1977 side 21–22.

gen.¹⁴ Her er det spørsmål om å bruke forhåndstilsagn for å skape en type binding som forvaltningsrettens alminnelige system ikke åpner for.

Det er ingen grunn for en kommune til å gi et forhåndstilsagn dersom de på tidspunktet forhåndstilsagnet gis, kan treffe et alminnelig vedtak som gir den samme rettslige bindingen. Forhåndstilsagn er derfor bare interessant om tilsagnet enten skaper en *binding utover forvaltningsrettens alminnelige rammer* eller *eliminerer en usikkerhet eller risiko som ligger i disse rammene*. Også dette er helt sentralt for analysen av instrumentet.

1.4 I hvilke typetilfeller er forhåndstilsagn aktuelt?

Før jeg går i gang med de teoretiske analysene, kan det være grunn til å se litt nærmere på hvilke situasjoner det er aktuelt å bruke forhåndstilsagn. Jeg har ikke foretatt noen systematisk kartlegging av når og hvordan kommuner bruker instrumentet. Begrunnelsen for å gi forhåndstilsagn tilsier at det kan være aktuelt i enhver situasjon der forvaltningsrettens rammer begrenser den binding som kan skapes.

Det kan neppe være tvil om at plan- og bygningssektoren er det rettsområdet der kommunene i størst grad har benyttet forhåndstilsagn. På dette rettsområdet er det avsagt høyesterettsdommer både om påstått forhåndsbinding av reguleringsmyndighet¹⁵ og ekspropriasjonskompetanse.¹⁶ Jeg er også kjent med forhåndstilsagn knyttet til dispensasjoner etter någjeldende lovs kapittel 19. Adgangen til å gi forhåndstilsagn innenfor plan- og bygningssektoren er i dag delvis regulert i reglene om utbyggingsavtaler i kapittel 17. Som jeg kommer tilbake til, gir denne reguleringen likevel ikke svar på mange av de spørsmålene instrumentet skaper.

En annen lov der forhåndstilsagn har vært benyttet, er veglova. Det mest praktiske tilfellet er nok forhåndsbinding av kompetansen til å ta opp en vei til offentlig drift og vedlikehold, og adgangen til å omgjøre et slikt vedtak.¹⁷ Om disse spørsmålene har vi også høyesterettspraksis.¹⁸ Det er dessuten tenkelig å bruke forhåndstilsagn om ulike tillatelser i medhold av kapittel V, og eventuelt om adgangen til å omgjøre slike vedtak. Forhåndstilsagn kan også tenkes å innebære en plikt for kommunen til å foreta ekspropriasjon til fordel for privat vei.¹⁹

¹⁴ Forhåndsbinding av ekspropriasjonskompetanse var tema i Rt. 1971 side 228 (Råkollveien).

¹⁵ Se f.eks. Rt. 1915 side 865 (Thaulow), Rt. 1975 side 246 (Norheimskogen), Rt. 1975 side 620 (Eskemyr) og Rt. 1981 side 462 (Ungdommens Egen Heim).

¹⁶ Se Rt. 1971 side 228 (Råkollveien).

¹⁷ Hjemmelen for å ta opp en vei til kommunal vei finner vi i veglova § 5 andre ledd, mens kompetansen til å omgjøre et slikt vedtak følger av veglova § 7 andre og tredje ledd.

¹⁸ Rt. 2007 side 651 (Vassfarvegen).

¹⁹ Se veglova § 53.

Både konsesjonsloven og jordlova legger i utgangspunktet avgjørelsesmyndigheten til staten. Kompetanse gitt i disse lovene er likevel i stor grad delegert til kommunen.²⁰ Også her kan det være aktuelt å gi forhåndstilsagn før vilkårene for å treffe vedtaket er oppfylt, f.eks. i forbindelse med et kommunalt salg av konsesjonspliktig eiendom. Vi har likevel ingen høyesterettsdommer som direkte drøfter betydningen av forhåndstilsagn på disse områdene.²¹

Forhåndstilsagn brukes også i forbindelse med havneloven. Av havneloven § 39 følger det at enhver har rett til å anløpe havn. For et havneområde som brukes mer eller mindre fast av bestemte fartøy, er det vanlig at kommunen treffer et generelt vedtak om fordeling av havnetid. Det har vært noe usikkert om slike vedtak skal regnes som myndighetsutøvelse, og dermed enkeltvedtak. Både Kystverket og Agder lagmannsrett har lagt til grunn at dette er enkeltvedtak.²² Uten å gå nærmere inn på spørsmålet legger jeg dette til grunn. For å gi rederier forutberegnelighet og tiltrekke seg aktivitet ved havnen åpner havneloven for at kommunene inngår avtaler som gir bestemte rederier *rettigheter* til havn. Når tildelingsvedtaket skal treffes, vil slike avtaler være bindende og legge begrensninger på tildelingen av tid ved havnen. Avtalen vil på denne måten binde opp et fremtidig vedtak, og vil være et forhåndstilsagn.

Tildeling av fastleggehjemler er myndighetsutøvelse.²³ Regulering av slike hjemler skjer etter fast praksis i avtaleform. Avtaler om fastleggehjemler trenger ikke å inneholde noe forhåndstilsagn. Men ved denne typen vedtak kan det likevel oppstå situasjoner der det er hensiktsmessig å binde opp fremtidig myndighetsutøvelse. Det er avsagt en høyesterettsdom som berører et forhåndstilsagn i en slik avtale.²⁴

Det er også mulig å tenke seg forhåndstilsagn brukt for å binde kommunens kompetanse etter folkehelseloven. Dette kan for eksempel være aktuelt i en «forlikavtale». Vi kan tenkes oss at den private part forplikter seg å utføre bestemte støyreducerende tiltak på en ballbinge, mot at kommunen avstår fra å kunne kreve ytterlige tiltak etter folkehelselova.²⁵

Forhåndstilsagn kan videre tenkes brukt innenfor helse- og sosialsektoren. Et eksempel er vedtak om omsorgslønn.²⁶ Som andre enkeltvedtak kan slike vedtak omgjøres, og det er også antatt at endret økonomisk situasjon i kommunen kan gi

²⁰ Se overføringsforskriften § 1.

²¹ Se likevel Rt. 1975 side 591 (Hallingby idrettsanlegg). Oppfyllelse av et forhåndstilsagn ville her krevd tillatelser etter bl.a. jordlova. Denne saken skal jeg komme tilbake til nedenfor i punkt 3.3.5.6.

²² Se Kystverkets vedtak vedrørende Sandefjord havn av 30. mai 2013 og RG 2011 side 810 (Kristiansand havn), som riktignok gjelder loven fra 1984. Det er ikke noe som tyder på at rettstilstanden er endret etter loven fra 2009.

²³ Se ovenfor i punkt 2.5.

²⁴ Se Rt. 1999 side 1672 (Blystadlia Fysioterapi) som jeg skal komme nærmere tilbake til.

²⁵ Se nærmere om hjemmelen i folkehelseloven § 14.

²⁶ Se helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6.