



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2019 30 stp
Fakultet for landskap og samfunn

Håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler med utgangspunkt i Oslo kommune

Managing value added taxes in development
agreements with emphasis on Oslo municipality

Ole Martin Ødegårdstuen & Fredrik Østenstad Blich
Master i eiendom

Forord

Denne oppgaven er en avsluttende masteroppgave i det 5-årige masterprogrammet Eiendom ved Norges miljø- og biovitenskapelige universitet. Oppgaven utgjør 30 studiepoeng og er skrevet våren 2019.

Vi vil først og fremst rette en stor takk til våre intervjuobjekter for deres faglige ekspertise og tiden de satte av. Videre vil vi takke Fredrik Holth for god veiledning, og konstruktive tilbakemeldinger.

Til slutt vil vi også takke hverandre for godt samarbeid.

Ås 15.05.2019

Ole Martin Ødegårdstuen og Fredrik Østenstad Blich

Sammendrag

Vi har i denne oppgaven forsøkt å kaste lys over Oslo kommunes praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Oppgavens tema og problemstilling har sitt utgangspunkt i bystyrevedtak av 25.04.2018 sak 104. Med det nye vedtaket innfører Oslo kommune et nytt begrep i forbindelse med utbyggingsavtaler, «netto kostnader».

Gjennom forskningsarbeidet har vi kommet frem til at «netto kostnader» må forstås i sin alminnelige språklige forstand. Videre har vi kommet frem til at Oslo bystyre legger opp til en praksis hvor effekten av den tilbakebetalte merverdiavgiften skal hensyntas i forholdsmessighetsvurderingen gjennom en form for motregning.

Vi har problematisert hvorvidt det er innenfor lovens rammer at bestemmelser som regulerer merverdiavgift kan inntas i utbyggingsavtaler. I dette spørsmålet har vi kommet frem til at bestemmelser om merverdiavgift ikke kan vurderes selvstendig opp mot de lovmessige skrankene. Vilkårene må derimot betraktes som utfyllende bestemmelse som må sees i sammenheng med de tiltakene som utbyggingsavtalen regulerer.

Ved bruk av juridisk metode har vi kommet frem til at effekten av merverdiavgift må inngå som et element i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen.

Videre argumenter vi for at effekten av den tilbakebetalte merverdiavgiften bør benyttes som et virkemiddel for å legge til rette for integrative forhandlinger. I lys av dette har vi skissert ulike måter vi ser for oss at dette kan gjennomføres på.

Abstract

The aim of this master thesis is to elucidate the practice of how Oslo municipality handles value added taxes (VAT) in development agreements. The theme and issue of the master thesis is based on the verdict of Oslo city council of 25.04.2018 case 104. With this verdict Oslo Municipality introduces a new term in relation to development agreements, “net cost”.

We have concluded that the term “net cost” must be interpreted in its natural linguistic form. Furthermore, that Oslo city council will institute a practice where the effect of the returned VAT must be taken into consideration in the proportionality assessment through a form of counterclaim.

Furthermore, we have examined if regulating VAT as a part of development agreements, complies with the legal boundaries of the Planning and Building Act. Our conclusion is that these regulations cannot be assessed isolated against the limits of the law. The regulations must be regarded as supplementary and must therefore be evaluated in relation to the terms that the development agreement intends to regulate.

We have concluded, through use of legal method, that the effect of VAT must be included as an element when assessing the proportionate-criteria.

We argue that the effect for the refunded VAT should be used as an instrument to facilitate integrative negotiations. In relation to this we have outlined different ways that we imagine that the “net cost” principle can be implemented.

Innhold

1 Innledning	1
1.1 Oppgavens bakgrunn, tema og formål.....	1
1.2 Avgrensninger og problemstillinger.....	2
1.3 Oppbygning og struktur.....	4
1.4 Historisk fremstilling av merverdiavgiftsdebatten i utbyggingsavtaler	6
1.4.1 Tolkningsnotat utarbeidet av Norsk eiendom og Deloitte:	7
1.4.1.1 Kontantbidrag	7
1.4.1.2 Realytelse.....	7
1.4.1.3 Kombinasjon av kontantbidrag og realytelse.....	8
1.5 Aktualitet.....	9
2 Metode	13
2.1 Innledning.....	13
2.2 Valg av forskningsdesign og metode	13
2.2.1 Det kvalitative forskningsintervjuet.....	14
2.2.2 Det semi-strukturerte intervjuet	14
2.3 Utvalg av dokumenter og intervjuobjekter.....	14
2.4 Juridisk metode.....	15
2.5 Etske vurderinger	16
2.6 Troverdighet og overførbarhet	16
2.6.1 Validitet.....	16
2.6.2 Reliabilitet.....	16
2.7 Potensielle feilkilder.....	17
2.7.1 Intervju	18
2.7.2 Dokumenter.....	18
2.8 Kritikk av egen studie.....	18
3 Teori	19
3.1 Utbyggingsavtaler	19
3.1.1 Avtalens innhold	20
3.1.2 Nødvendighetsvurderingen	21
3.1.3 Saklig sammenheng	22
3.1.4 Tjene interessene i utbyggingsområde.....	23
3.1.5 Avhjelpe skadevirkninger eller ulemper som følger av den konkrete utbyggingen.....	25
3.1.6 Forholdsmessighetsvurderingen.....	26
3.1.7 Utbyggingens art og omfang.....	26
3.1.8 Kommunens bidrag	27
3.1.9 Belastningen utbyggingen påfører kommunen	28
3.2 Merverdiavgift.....	29
3.2.1 Frivillig registrering	29
3.2.2 Fradragsrett på inngående merverdiavgift	30
3.2.3 Justeringsreglene	31
3.2.4 Merverdiavgiftskompensasjon.....	33
3.3 Modeller for merverdiavgiftskompensasjon mellom utbygger og kommune	34

3.3.1	Anleggsbidragsmodellen.....	34
3.3.2	Valdresmodellen	35
3.3.3	Justeringsmodellen.....	38
3.4	Forhandling	39
3.4.1	Hva kjennetegner alminnelige forhandlinger.....	40
3.4.2	Hva kjennetegner forhandlinger om utbyggingsavtaler.....	40
3.4.3	Makt	41
3.4.4	Forhandlingsmodeller	42
3.4.4.1	Fordelingsforhandlinger.....	42
3.4.4.2	Integrasjonsforhandlinger	43
4	Empiri.....	45
4.1	Dokumentstudier	45
4.2	Intervjuer	46
4.3	Underproblemstilling A.....	47
4.4	Underproblemstilling B.....	52
4.5	Underproblemstilling C.....	55
4.6	Underproblemstilling D.....	57
5	Drøfting, analyse, og konklusjoner.....	60
5.1	Innledning.....	60
5.2	Underproblemstilling A.....	60
5.3	Underproblemstilling B.....	63
5.4	Underproblemstilling C.....	66
5.5	Underproblemstilling D.....	74
6	Avsluttende drøfting og refleksjon	80
6.1	Konklusjon	80
6.2	Forslag til videre undersøkelser	81
7	Kilder.....	83
7.1	Lovregister.....	83
7.2	Forskrifter	83
7.3	Domsregister	83
7.4	Lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner.....	84
7.5	Artikler	85
7.6	Literatur	86
8	Vedlegg	89
8.1	Vedlegg 1: Svar på innsynsbegjæring	89
8.2	Vedlegg 2: Bystyrevedtak	91
8.3	Vedlegg 3: Brev fra Kommuneadvokaten til Finanskomiteen.....	94
8.4	Vedlegg 4: Meldeskjema NSD.....	105
8.5	Vedlegg 5: Intervjuguide 1	110
8.6	Vedlegg 6: Intervjuguide 2.....	111
8.7	Vedlegg 7: Intervjuguide 3.....	112

Figurliste

Figur 1: Omfanget av frivillig registrering. (Gjems-Onstad, 2017 s. 283)	31
Figur 2: Valdresmodellen. (Egenprodusert på bakgrunn av LG-2012-106554)	37
Figur 3: Håndtering av mva. (Egenprodusert på bakgrunn av LG-2012-106554).....	38
Figur 4: Fordelinganalyse (Rognes, 2016, s. 44)	43

1 Innledning

1.1 Oppgavens bakgrunn, tema og formål

Reglene om utbyggingsavtaler trådte i kraft 1. juli 2006 ved kongelig resolusjon 12. mai 2006 nr. 528. Bestemmelsene er videreført i sin helhet i plan- og bygningsloven av 2008. Selv om reglene om utbyggingsavtaler først ble inntatt i loven i 2006, har instrumentet vært i bruk i lang tid (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 5).

Hensikten med lovbestemmelsen var i stor grad begrunnet med et behov for å regulere avtalebruken, som følge av økt bruk av utbyggingsavtaler. Det var flere hensyn som dannet bakteppet for lovreguleringen. Ett av disse hensynene var å bidra til økt forutsigbarhet ved inngåelse av utbyggingsavtaler, ved å klargjøre grensene mellom akseptable og uakseptable vilkår. Formålet var blant annet å forhindre en kostnadsovervelting fra kommunen til boligkjøperne.

Oppgaven tar sikte på å avdekke forhandlingssituasjonen knyttet til inngåelse av utbyggingsavtaler. Det er ulike oppfatninger når det gjelder de juridiske føringer som regulerer hva som kan avtales som del i utbyggingsavtalen. Vi vil i denne oppgaven belyse ulike synspunkter knyttet til hvilke forhold som kan inngå som avtalemomenter i en utbyggingsavtale.

Forhandlingssituasjonen knyttet til inngåelse av utbyggingsavtaler blir av mange karakterisert som en spesiell avtalesituasjon, som i liten grad sammenfaller med alminnelige forhandlinger. Vi vil belyse hva som kjennetegner en slik forhandlingssituasjon, og hvilke tilnærminger parter gjør i forbindelse med inngåelse av utbyggingsavtaler.

Hensikten er å undersøke hvorvidt forhandlingssituasjonen er egnet for å legge til rette for gode og balanserte avtaler ved hjelp av integrasjonsforhandlinger. En sentral del av oppgaven vil være å belyse hvordan merverdiavgift håndteres i utbyggingsavtaler, og hvordan partene tilnærmer seg merverdiavgiftsspørsmålet i forhandlinger.

Oslo kommunes praksis knyttet til håndteringen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler har over lengre tid vært problematisert. Dette kommer vi nærmere tilbake til i aktualitetskapitlet. Oslo bystyre vedtok i våren 2018 et nytt vedtak vedrørende behandlingen av

merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Det nye bystyrevedtaket legger opp til at Oslo kommunes praksis for håndtering av merverdiavgift skal endres. På bakgrunn av dette har diskusjonen knyttet til merverdiavgift i utbyggingsavtaler blusset opp igjen.

Oppgaven har til hensikt å avdekke intensjonen bak det nye bystyrevedtaket, samt hvilken praksis Oslo kommune legger opp til. Det er ulike oppfatninger knyttet til hvordan dette vedtaket skal forstås, og oppgaven vil forsøke å belyse de ulike synspunktene knyttet til merverdiavgift i utbyggingsavtaler.

Plan- og bygningsloven inneholder en rekke skranker som legger føringer for prosessen ved inngåelse av utbyggingsavtaler. I denne oppgaven vil vi belyse hvordan håndteringen av merverdiavgift skal sees i sammenheng med de lovskrankene som legger begrensninger for inngåelsen av utbyggingsavtaler. Avtaler om merverdiavgift håndteres på ulike måter. De kan formaliseres som en del av utbyggingsavtale, eller avtales separat. Vi vil belyse hvorvidt det har noen juridiske konsekvenser om slike avtaler inngås separat eller som del av utbyggingsavtale

1.2 Avgrensninger og problemstillinger

Plan- og bygningsloven kapittel 17 inneholder en rekke bestemmelser som har til hensikt å regulere forhold knyttet til inngåelse av utbyggingsavtaler. Vi har i denne oppgaven valgt å forholde oss til avtaler som av sin art faller inn under disse bestemmelsene. Med andre ord har vi avgrenset problemstillingen til å omfatte avtaler som faller inn under definisjonen etter plan- og bygningsloven §17-1:

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

Selv om oppgaven tar sikte på å behandle spørsmål knyttet til avtaler som faller inn under definisjonen i § 17-1, vil mange utbyggingsavtaler også formalisere gjennomføringen av tiltak som følger av opparbeidelsesplikten i plan- og bygningsloven kapittel 18. Vi vil ikke gå inn på skillet mellom tiltak som følger av opparbeidelsesplikten, og de tiltakene som formaliseres som del av utbyggingsavtalen. Med andre ord vil oppgaven behandle

merverdiavgiftsproblematikken som oppstår i forbindelse med etablering av teknisk infrastruktur som del av utbyggingsavtale, uavhengig av hvilke lovregler som krever at tiltaket blir oppført.

Siden merverdiavgift i utbyggingsavtaler på mange måter havner i grensesnittet mellom juss, politikk, privat autonomi og forvaltningsrett, er det mange ulike hensyn som bidrar til å gjøre problemstillinger knyttet til håndteringen av merverdiavgift krevende. Til tross for dette reiser merverdiavgiftstematikken en rekke praktiske problemstillinger som i liten grad er belyst i eksisterende teori.

Håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler er et komplekst saksområde, med store variasjoner med hensyn til gjennomføring av praksis i de ulike kommunene. Vi har derfor valgt en geografisk avgrensning, der vi konsentrere oss om Oslo kommunes praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Til tross den geografiske avgrensningen anser vi funnen i oppgaven til å være av en slik karakter at de vil ha overføringsverdi til andre kommuner i landet. På en annen side vil enkelte aspekter ved oppgaven være av en slik karakter at de bare vil være aktuelle for Oslo kommune.

Med de avgrensninger som er gjennomgått, har vi komme frem til følgende hovedproblemstillinger, som vi vil forsøke å besvare gjennom flere underproblemstillinger.

Hovedproblemstilling:

Hovedproblemstilling: *Hvordan håndteres merverdiavgift ved inngåelse av utbyggingsavtaler i Oslo kommune?*

Underproblemstillinger:

Underproblemstilling A: *Hva innebærer det nye bystyrevedtaket av Byrådssak 104 av 25.04.2018, og hvilken praksis legger Oslo kommune opp til med innføringen av begrepet «netto kostnader»?*

- Underproblemstilling B: *Hva kan inngå som momenter i utbyggingsavtaler, og hvilke juridiske skranker foreligger?*
- Underproblemstilling C: *På hvilken måte inngår effekten av merverdiavgiftskompensasjonen ved fastsettelse av hva som er forholdsmessig i lys av plan- og bygningsloven § 17-3?*
- Underproblemstilling D: *Hvordan utspiller forhandlings situasjonen om utbyggingsavtaler seg, og på hvilken måte inngår merverdiavgift i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen?*

1.3 Oppbygning og struktur

Oppgaven er organisert i 6 kapitler. Første kapittel er en introduksjon til oppgaven. I denne delen av oppgaven fastslår vi rammene for forskningsarbeidet og beskriver oppgavens bakgrunn, tema og formål. For å illustrere oppgavens aktualitet vil vi også gi en oversikt over den pågående debatten vedrørende håndteringen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler.

I andre kapittel redegjør vi for valg av forskningsdesign og metode, og begrunner de valgene som er gjort i forbindelse med forskningsarbeidet. For å besvare de ulike underproblemstillingene har vi benyttet oss av ulike metoder for å tilnærme oss det empiriske materialet. De ulike metodene består av semi-strukturerte intervjuer, dokumentstudier, og juridisk metode.

I det tredje kapittelet vil vi presentere det teoretiske rammeverket som danner bakteppet for oppgavens problemstilling. Dette kapittelet inneholder en redegjørelse for reglene om utbyggingsavtaler, regelverket knyttet til merverdiavgift, og forhandlingsteori. Hensikten er å knytte det teoretiske grunnlaget opp mot det empiriske materialet. Det er dette som danner utgangspunktet for den videre diskusjon og drøftelse.

Det fjerde kapittelet vil inneholde en presentasjon av det empiriske materialet. Det empiriske materialet er i stor grad innhentet fra intervjuer med nøkkelpersoner med god kunnskap om

oppgavens tema og problemstilling. I tillegg til intervjuene vil deler av det empiriske materialet være basert flere dokumenter og uttalelser. Funnene fra det empiriske materialet fremstilles systematisk med utgangspunkt i de aktuelle underproblemstillingene.

I kapittel fem vil vi analysere og drøfte det empiriske materialet opp mot det teoretiske grunnlaget. På lik linje med det empiriske materialet har vi valgt å strukturere dette kapitlet med utgangspunkt i de aktuelle underproblemstillingene. Hver underproblemstilling inneholder en egen analyse og drøftelse, med en etterfølgende konklusjon.

I det sjette og siste kapitlet vil vi presentere hovedfunnene fra de ulike underproblemstillingene. Hensikten med dette er å knytte de ulike underproblemstillingene sammen, for deretter å forsøke å besvare oppgavens hovedproblemstilling. Avslutningsvis vil vi komme med forslag til videre forskning.

1.4 Historisk fremstilling av merverdiavgiftsdebatten i utbyggingsavtaler

I byrådssak 104 om «Utbyggingsavtaler - Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune» den 25.04.2018, fattet Oslo kommune en endring i praksisen for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Dette bystyrevedtaket vil heretter bli referert til som «det nye bystyrevedtaket».

Det nye bystyrevedtaket legger opp til at det ved «fastsettelsen av størrelsen på utbyggers bidrag tas hensyn til effekten av merverdiavgiftkompensasjonen slik at det er netto kostnader for offentlig infrastruktur som skal fordeles mellom partene». Bystyret innfører dermed et nytt begrep i forbindelse med utbyggingsavtaler, «netto kostnader».

I mangelen på utbyggingsavtaler som er fremforhandlet med bakgrunn i det nye vedtaket, er det fortsatt usikkerhet knyttet til gjennomføringen av det nye vedtaket, samt hvilke endringer det legges opp til. Norsk eiendom har i samarbeid med Deloitte utarbeidet et tolkningsnotat som tar for seg hvordan vedtaket kan gjennomføres i praksis. Tolkningsnotatet beskriver det nye vedtaket som en innføring av et «netto-kostnadsprinsipp», der det tas utgangspunkt i at netto kostnader må forstås som kostnader eksklusiv merverdiavgift. Det er likevel ikke slik at alle er enige i denne forståelsen av bystyrevedtaket, og at netto kostnader ikke nødvendigvis er det samme som kostnader fritatt merverdiavgift. Dette er noe vi kommer nærmere tilbake til.

Vedtaket legger videre opp til at utbyggingsavtaler skal inneholde bestemmelser om overdragelse av justeringsrett og herunder dokumentasjon som oppfyller gjeldende krav etter merverdiavgiftsloven og tilhørende forskrift. Dette har vært gjeldende praksis tidligere, men som følge av den politiske behandlingen av det nye vedtaket, er bestemmelsen å regne som politisk forankret. Det kan likevel stilles spørsmål ved hvorvidt vedtaket medfører en reell endring.

Som siste punkt i byrådsvedtaket bes byrådet «ta kontakt med statlige myndigheter med formål å gi private som bygger offentlig infrastruktur samme merverdiavgiftskompensasjon som det kommuner og fylkeskommuner får». Dette er en videreføring fra det foregående vedtaket. Det er enighet når det kommer til intensjonen bak dette punktet, det er likevel stor usikkerhet knyttet til gjennomførbarheten av en slik ordning.

1.4.1 Tolkningsnotat utarbeidet av Norsk eiendom og Deloitte:

I tolkningsnotatet skisserer Norsk eiendom og Deloitte ulike praktiske måter å gjennomføre det de kaller netto-kostnadsprinsippet. Det redegjøres for tre ulike modeller for gjennomføring: «kontantbidrag», «realytelser», og en «kombinasjon av kontantbidrag og realytelser». Videre redegjør de for hvordan modellene kan brukes for så sikre at kostnaden som belastes utbygger er «netto kostnad».

1.4.1.1 Kontantbidrag

Kontantbidrag gjennomføres ved at Oslo kommune står som byggherre for prosjektet, for deretter å fakturere utbygger med kostnadene for tiltaket. På denne måten sikres kommunen muligheten til å føre inngående merverdiavgift til fradrag i sitt regnskap. Ved bruk av denne modellen vil kommunen fritas for kostnaden med merverdiavgift. Utbyggers bidrag skal dermed reflektere kommunens kostnader eksklusiv merverdiavgift.

1.4.1.2 Realytelse

Realytelser er betegnelsen på de tilfeller der utbygger bekoster og utfører infrastrukturtiltakene, som ved ferdigstillelse overdras vederlagsfritt til kommunen. I tråd med bystyrets vedtak skal utbyggingsavtalen sikre at kommunen overtar den rettslige posisjonen som sikrer tilbakebetaling for utbyggers inngående merverdiavgift for tiltaket. På denne måten vil kommunen få kompensert merverdiavgift løpende over 10 år, slik det følger merverdiavgiftsloven. Måten dette gjennomføres på er noe vi går nærmere inn på i teorikapittelet. Tolkningsnotatet skisser tre mulige alternativer for å gjennomføre nettokostnadsprinsippet ved bruk av realytelser:

- a) «Kommunen kan løpende betale utbygger den MVA'en de gjennom justering selv får kompensert over 10 år.»
- b) «Kommunen kan yte et kontantbidrag til utbygger tilsvarende den neddiskonterte verdien av den MVA'en de gjennom justering får kompensert.»
- c) «Kommunen kan benytte MVA-kompensasjonen til selv å bekoste et annet konkret tiltak som inngår i rekkefølgekravene til den aktuelle utbyggingen på en slik måte at den kommer den aktuelle infrastrukturen i området til nytte.»

1.4.1.3 Kombinasjon av kontantbidrag og realytelse

Det tredje alternativet skisserer de tilfellene hvor infrastrukturen blir finansiert og opparbeidet ved hjelp av en kombinasjon av kontantbidrag og realytelser. På samme måte som ved «rene» realytelser skal de tiltakene som er finansiert og oppført av utbygger overføres vederlagsfritt til kommunen ved ferdigstillelse. På denne måten sikres kommunen retten til justering for de tiltakene som er finansiert og oppført av utbygger, jf. merverdiavgiftsloven kapittel 9. For tiltakene der kommunen står som byggherre, får de kompensert merverdiavgiften slik det følger av merverdiavgiftskompensasjonsloven. Med andre ord innebærer denne fremgangsmåten at kommunen får tilbakebetalt merverdiavgift på tiltak som utføres i egen regi, samt der utbygger står for oppføring. Tolkningsnotatet skisserer tre mulige alternative gjennomføringsmåter av netto-kostnadsprinsippet i slike tilfeller:

- a) «Kommunen kan som utgangspunkt redusere utbyggers kontantbidrag tilsvarende verdien av den MVA'en kommunen gjennom justering selv får kompensert knyttet til realytelsen.»
- b) «For den delen som gjelder realytelsen, kan kommunen løpende betale til utbygger den MVA'en de gjennom justering selv får kompensert over 10 år.»
- c) «For den delen som gjelder realytelsen, kan kommunen yte et kontantbidrag til utbygger tilsvarende den neddiskonterte verdien av den MVA'en de gjennom justering får kompensert.»
- d) «Kommunen kan benytte MVA-kompensasjonen knyttet til realytelsen til selv å bekoste et annet konkret tiltak som inngår i rekkefølgekravene til den aktuelle utbyggingen på en slik måte at den kommer den aktuelle infrastrukturen i området til nytte.»

Når det gjelder «netto-kostnadsprinsippet» er dette et begrep som er dannet på bakgrunn av en tolkning av bystyrets vedtak. Det er derfor usikkert om begrepet kan likestilles med den virkningen bystyret mente at «netto kostnader» skal innebære. Som nevnt er det knyttet usikkerhet til hvordan vedtaket vil praktiseres, og dermed stor uenighet om hvordan «netto kostnader» skal forstås. På den ene siden argumenteres det for at «netto kostnader» ut fra sin ordlyd ikke kan forstås som noe annet enn at utbygger blir belastet kostnader eksklusiv merverdiavgift. På den andre siden er det stor skepsis til om dette blir den faktiske realiteten.

1.5 Aktualitet

For å danne et bilde av de ulike synspunktene knyttet til «merverdiavgiftsdebatten» har vi valgt å ta for oss noen av de innleggene som har blitt publisert i den offentlige debatten om merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Bakgrunnen for debatten har sitt utspring i det forrige bystyrevedtaket av 12.11.2014, sak 309 – «Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved bygging av infrastruktur». Med utgangspunkt i dette vedtaket la Oslo kommune opp til å benytte seg av merverdiavgiftsavtaler i forbindelse med utbyggingsavtaler. Praksisendringen medførte at Oslo kommune stilte som vilkår for å inngå utbyggingsavtaler at justeringsretten ble overført til kommunen, slik at kommunen beholder hele kompensasjonsbeløpet.

Merverdiavgiftsdebatten fikk økt oppmerksomhet i forbindelse med publiseringen av «Utbyggingsavtaler og momskompensasjon» av advokat Tone Gjertsen og advokat Siv Merethe Øveraasen, datert 3 oktober 2016. I dette innlegget problematiseres det at Oslo kommune er alene i denne måten å praktisere merverdiavgiftsavtaler på. Det stilles derfor spørsmål ved om denne praksisen kan anses som rimelig. Gjertsen og Øveraasen argumenterer for at utbygger i liten grad er i en reell forhandlingssituasjon, og at praksisen vil belastes boligkjøperne og bidra til økte boligpriser. Videre trekkes det frem at praksisen gir et insentiv som innebærer at kommunen får større inntekter jo dyrere infrastrukturtiltakene er. (Gjertsen & Øveraasen, 2016a)

Som et tilsvarende svar til innlegget fra Gjertsen og Øveraasen, slik det er beskrevet ovenfor, gjør byråd for byutvikling i Oslo kommune, Hanna Marcussen, sitt inntog i merverdiavgiftsdebatten i artikkelen «Utbygger må bære kostnaden». Marcussens syn på saken gjengis i artikkelen skrevet av redaktør i Estate Nyheter, Silje Rønne. Artikkelen til Rønne ble publisert i Estate Nyheter 29. november 2016, og baseres på svar fra Marcussen i byutviklingskomiteen i Oslo bystyre. Marcussen redegjør i hovedsak for at bruk av merverdiavgiftsavtaler skal komme kommunen til gode ved at: «kommunen oppnår en tilsvarende fordel». I tillegg trekker hun frem at det er kommunens skatteposisjon som muliggjør tilbakebetaling av inngående merverdiavgift. Etersom boligutbyggere ikke har mulighet til å fradragføre inngående merverdiavgift må denne regnes som en endelig kostnad for utbygger. Videre problematiserer hun at en praksis hvor kommunen tilbakebetaler den refunderte merverdiavgiften, da dette vil føre til en reduksjon i overføringene fra stat til kommune. Hun stiller avslutningsvis spørsmål ved om en slik ordning er i strid med EØS-avtalens bestemmelse om forbud mot ulovlig statsstøtte (Rønne, 2016)

Som en videreføring av debatten skriver Gjertsen og Øveraasen den 30 november 2016 en redegjørelse for hvordan merverdiavgiftskompensasjonsordningen er finansiert. De peker på at det ikke er en direkte kobling mellom inntektstrekket for den enkelte kommune og det konkrete kompensasjonsbeløpet kommunen mottar, slik Marcussen legger til grunn. Gjertsen og Øveraasen antyder derfor at Marcussens forståelse av hvordan ordningen med merverdiavgiftskompensasjon er finansiert, må bero på en misforståelse av regelverket. Videre setter de spørsmålsteget ved rimeligheten av å pålegge utbyggere ekstra plikter, slik som fremlegging av revisorbekreftede regnskap.

Når det gjelder problematikken knyttet til EØS-avtalens bestemmelser om ulovlig statsstøtte viser Gjertsen og Øveraasen til en ESA-avgjørelse fra 2007 som medførte endringer i lovverket. Med utgangspunkt i de endringer som ble gjort, argumenterer de for at en praksis hvor kommunen tilbakebetaler inngående merverdiavgift ikke strider mot statsstøtteregelverket (Gjertsen og Øveraasen, 2016b).

Merverdiavgiftsdebatten blusset opp igjen i forbindelse med innføringen av det nye bystyrevedtaket.

Morten Steenstrup, advokat og bystyremedlem for Høyre, retter et kritisk blikk mot vedtaket gjennom sin artikkel «Uryddig momspress fra Oslo kommune» den 27. februar 2018. Steenstrup argumenterer for at byrådet gjennom sitt nye vedtak spikrer den etablerte praksisen ved å kreve overføring av justeringsrett som del av utbyggingsavtalen. Dette signaliserer at merverdiavgiften faller helt bort fra forhandlingsbordet ettersom vedtaket legger opp til at inngående merverdiavgift i sin helhet skal overføres til kommunen. Steenstrup mener Oslo byråd legger opp til en praksis der de «tar med begge hender», og stiller videre spørsmålsteget ved at kommunen kalkulerer inntekter opp mot 200-215 millioner som følge av dette. Han er videre kritisk til måten kommunen bruker sin posisjon på i forbindelse med forhandlinger om utbyggingsavtaler, da forhandlingene ofte foregår parallelt med reguleringsplanarbeid. Dette aspektet er noe vi kommer nærmere tilbake til.

Denne forståelsen av vedtaket støttes av Siv Merethe Øveraasen som betegner kommunens praksis ved inngåelse av utbyggingsavtaler som en måte der kommunen «får både i pose i sekk». Øveraasen er spesielt kritisk til at Oslo kommune med den nye praksisen ikke lenger legger opp til inngåelse av avtale om overføring av justeringsplikt for utbygging av næringsseiendom. Videre problematiserer hun punkt 5 i bystyrevedtaket, som har til formål å

«gi private som bygger offentlig infrastruktur samme mva-kompensasjon som det kommuner og fylkeskommuner får». Øveraasen anser det som «høyst usikkert» om Stortinget vil vedta en slik ordning, og antyder at en slik ordning uansett vil ta lang tid å iverksette. (Øveraasen, 2018)

I motsetning til Øveraasen stiller advokat Anne Sofie Bjørkholt seg langt mer positiv til bystyrets vedtak. Gjennom artikkelen «Oslo kommune og mva-kompensasjon: - Ikke så galt allikevel» redegjør hun for sin tolkning av punkt 4 vedrørende «netto kostnad». På lik linje med Øveraasen tolker hun bystyrevedtaket dit hen at Oslo kommune ikke lenger legger opp til en overføring av justeringsplikten fra utbygger til kommune. Likevel er hun av den oppfatning «at utbygger skal godskrives verdien av mva-kompensasjonen ved at denne går til fradrag ved beregningen av de kostnader utbygger kan pålegges gjennom utbyggingsavtale». Med andre ord tolker hun «netto kostnad» slik at utfallet for utbygger vil forbli det samme som om kommunen hadde overtatt justeringsplikten. Videre argumenterer hun for at kommunen med den nye praksisen ikke mottar mer enn det plan- og bygningsloven åpner for, jf. §17-3 (Bjørkholt, 2018).

Som det fremgår av «merverdiavgiftsdebatten» er det ulike synspunkter på hvordan vedtaket skal tolkes. I den tid det ikke er inngått noen utbyggingsavtaler med bakgrunn i det nye vedtaket, er det vanskelig å predikere hva som vil bli den endelige praksisen. Fasiten på dette vil først foreligge når de første utbyggingsavtalene i etterkant av vedtaket er ferdigforhandlet.

De utbyggingsavtalene som er inngått i Oslo den siste tiden, inneholder en bestemmelse som er rettet mot implementeringen av det nye bystyrevedtaket. Bestemmelsen gir ingen føringer for hva den nye praksisen innebærer, men legger opp til at det skal inngås en tilleggsavtale når retningslinjene for den nye praksisen er avklart. Forutsetningen for dette er at realytelsen faller innenfor de rettslingslinjene som utarbeides. Bestemmelsen sier ingenting om håndteringen av merverdiavgift i saker hvor det ytes kontantbidrag. Bestemmelsen er hentet fra utbyggingsavtalen for Stortorvet 7 i Oslo, og lyder som følger:

«9.2. Fremtidige retningslinjer –bystyrets vedtak av 25.04.2018

OK arbeider med å avklare retningslinjer og fremtidig praksis knyttet til merverdiavgift i utbyggingsavtaler, jf. bystyrets vedtak av 25.04.2018 (sak 104), vedtakspunkt 4.

Partene er enige om at endelige retningslinjer og praksis for merverdiavgift i Oslo kommune, basert på bystyrets vedtak av 25.04.2018, skal legges til grunn for Realytelsene. Dersom Realytelsene faller innenfor retningslinjene skal det inngås en tilleggsavtale om merverdiavgift i henhold til retningslinjene.»

Denne bestemmelsen vil ikke inngå som et moment i drøftelsen av oppgavens problemstilling. Bakgrunnen for dette er at bestemmelsens faktiske virkning er vanskelig å fastslå, samt at intervjuobjektene ikke har hatt anledning til å uttale seg om bestemmelsen.

2 Metode

2.1 Innledning

I dette kapittelet redegjør vi for vårt valg av forskningsdesign og metode ut fra hva vi anser som mest formålstjenlig for oppgavens tema.

2.2 Valg av forskningsdesign og metode

Et forskningsdesign består enkelt sagt i at forskeren velger ulike strategier for å kunne gjennomføre forskningen, og en kvalitativ forskningsmetode kan være en slik strategi dersom forskningsmål og forskningsspørsmål skulle tilsi det (Krumsvik, 2014 s. 26).

På bakgrunn av vårt forskningsmål og forskningsspørsmål har vi valgt et forskningsdesign som baserer seg på en kvalitativ metodologi. Et forskningsdesign legger rammene for gjennomføringen av forskningsprosjektet, der hensikten er å sørge for at valg av metode og fremgangsmåte i størst mulig grad er egnet til datainnsamling for å besvare forskningsspørsmålet (Silverman, 2014 s. 43). Kvalitativ metode er egnet i situasjoner der man ønsker en dypere forståelse av et «sosialt fenomen», som ikke lar seg tilegne ved hjelp av kvantitative fremgangsmåter (Silverman, 2014 s. 23). Etter vår oppfatning sammenfaller omstendighetene i forbindelse med inngåelse av utbyggingsavtaler med slike «sosiale fenomener» som Silverman beskriver.

Kvalitativ metode er en sekkebetegnelse for flere fremgangsmåter for å «samle, genere, konstruere og produsere» data og empiri (Brinkmann et al, 2012 s.16). I forbindelse med valg av metode argumenterer Silverman for at det er flere faktorer som må vurderes, slik at forskningsmetoden i størst mulig grad er tilpasset det forskningsspørsmålet som skal besvares (2014 s. 10). Med utgangspunkt i vårt forskningsspørsmål anser vi dokumentstudier og intervju som de mest hensiktsmessige metodene for innhenting av empirisk data.

På denne måten vil vi oppnå en form for metodetriangulering som innebærer en kombinasjon av ulike metoder som setter funnene opp mot hverandre. Dette har til hensikt å redusere risikoen for at konklusjonene gjenspeiler systematiske skjevheter eller avgrensninger tilhørende en spesifikk kilde eller metode (Krumsvik, 2014 s. 121). Metodetriangulering

bidrar derfor til å styrke validiteten ved at det produserer mer nøyaktig, omfattende og en objektiv fremstilling av det empiriske materialet.

2.2.1 Det kvalitative forskningsintervjuet

Det kvalitative forskningsintervjuet kjennetegnes ved at man utformer intervjuguiden med en åpen tilnærming til det teoretiske utgangspunktet, slik at intervjuguiden tilpasses underveis i prosessen. En klar styrke ved det kvalitative forskningsintervjuet er at informanten får muligheten til å komme med nye vinklinger og til tider oppsiktsvekkende utsagn som kan vise seg å være ny kunnskap på feltet. På denne måten danner funnene i ett intervju grunnlaget for de videre undersøkelsene. Med andre ord legger funnene føringer på den teoretiske tilnærmingen til neste intervju (Krumsvik, 2014 s. 122-123).

2.2.2 Det semi-strukturerte intervjuet

Det semi-strukturerte intervjuet kjennetegnes som et planlagt og fleksibelt intervju, med hensikt at intervjuet kan tilpasses underveis. Dette innebærer at man benytter seg av en intervjuguide basert på konkrete tema og intervju spørsmål, med muligheter til å følge opp generelle spørsmål med konkrete spørsmål (Krumsvik, 2014 s.125). Fordelen ved å benytte seg av et semi-strukturert intervju er at intervjuet kan tilpasses den enkelte intervjusituasjonen ved at man kan stille spørsmål som ikke er formulert på forhånd dersom situasjonen skulle tilsi det.

2.3 Utvalg av dokumenter og intervjuobjekter

Vår problemstilling omhandler håndteringen av merverdiavgift i forbindelse med utbyggingsavtaler. For å undersøke dette nærmere har vi gjennomført intervjuer med representanter fra Obos, Kommunal- og moderniseringsdepartementet, samt advokater med virke innenfor fagfeltet. Utvalget representerer parter med ulike innfallsvinkler til forskningsspørsmålet. Grovt sett kan man etter vårt syn dele inn utvalget i to grupper på bakgrunn av sin tilknytting til problematikken. Representanter fra utbygger vil på grunn av sin posisjon kunne ha vanskeligheter med å være helt objektiv i sitt syn. På den andre siden er det nærliggende å tro at representanter fra advokatfirmaer og departementet ikke har den samme egeninteressen som det kommune og utbygger kan tenkes å ha, og i større grad er ventet å ha et objektivt syn. Bakgrunnen for denne oppfatningen er at synspunktene til

kommunen og utbygger i større grad vil være farget i sin oppfatning av saken, da de utgjør hver sin side av forhandlingsbordet. Utvalget er trukket bevisst med den hensikt å belyse problematikken fra ulike sider, og denne typen utvelgelse blir av Krumsvik betegnet som «hensiktsmessig utvalg (2014 s. 120).

For dokumentstudiet har vi gjort et utvalg av lover, forskrifter, forarbeider, offentlige uttalelser, samt rettsavgjørelser som er aktuelle for problemstillingen.

2.4 Juridisk metode

For en av underproblemstillingene har vi valgt å benytte oss av juridisk metode som fremgangsmåte for å drøfte og besvare underproblemstillingen. Juridisk metode, også kalt rettskildelære, har til hensikt å avgjøre hva en rettsregel går ut på med utgangspunkt i rettskilderegler (Boe, 2012 s. 81). For å avdekke den enkelte rettsregels virkeområde og betydning må man gjennomgå en normstyrt argumentasjonsprosess. Denne prosessen starter med å fastslå hvilke rettskilder som kan inntas i vurderingen, og hvilke som faller utenfor. Dette gjøres med utgangspunkt i det Boe referer til som relevansprinsippene, der man fastslår hvilke argumentkilder som skal inntas i vurderingen (Boe, 2012 s. 82).

Det neste steget i prosessen er å fastslå hvordan den enkelte argumentkilden skal oppfattes og forstås. Dette danner utgangspunktet for «slutningsprinsippene» som avgjør hvilke slutninger man kan trekke ut fra den bestemte argumentkilden (Boe, 2012 s. 82)

Siste steg i prosessen innebærer at man må avgjøre hvilken vekt de ulike slutningsprinsippene skal tillegges. Dette gjøres gjennom en form for avveining, og dersom ulike hensyn taler i ulik retning fastslår «vektprinsippene» hvorvidt de ulike slutningsprinsippene skal tillegges vekt.

Da vårt rettslige spørsmål ikke direkte lar seg besvare ved tolkning av lov, lovforarbeider, sedvanerett, rettspraksis, eller andre rettskilder må vi se hen til reelle hensyn. Reelle hensyn blir av Boe forklart som å argumentere med «rimelighet, rettferdighet, hva som er nyttig, effektivt og godt» (Boe, 2012 s 112). Dette blir også omtalt som rettsanvendervurderinger som rettsanvenderen betrakter som «gangbare juridiske argumenter i juristfellesskapet og i samfunnet generelt» (Boe, 2012 s. 113). Reelle hensyn har sin plass i juridisk metode på bakgrunn av hvor klare og tungtveiende de andre faktorene er. Det er vanskelig å si med sikkerhet hvor grensen går for hvilke argumenter som kan inntas som reelle hensyn i juridisk

metode. Derav er det ingen garanti for at de argumenter vi legger til grunn i avvegingen av reelle hensyn representerer en objektiv samfunnsnyttig sannhet.

2.5 Ethiske vurderinger

For å overholde de etiske retningslinjene gitt av Norsk senter for forskningsdata (NSD) har vi gjennomført prosjektet i tråd med kravene til informert samtykke. Dette innebærer at intervjuobjektene er informert om prosjektets formål og hva opplysningene skal brukes til. Intervjuene blir tatt opp på lydbånd for å sikre at respondentenes utsagn blir korrekt gjengitt. I etterkant av intervjuene har vi oversendt transkribert intervju, hvor vi opplyser om muligheten til retting, sletting og anonymisering av data.

2.6 Troverdighet og overførbarhet

For å sikre størst mulig grad av kvalitet og overførbarhet i forskningsarbeidet, har vi ved valg av metode tatt bevisste avgjørelser for å ivareta validitet og reliabilitet i forbindelse med innhenting av det empiriske materialet.

2.6.1 Validitet

Hensikten med å gjennomføre forskningsarbeid med høy grad av validitet, er å sørge for at resultatene med stor sannsynlighet vil bli de samme ved gjentatte forsøk. Med andre ord sier validiteten i et kvalitativt forskningsarbeid noe om graden av overføringsverdi, bekreftbarhet, og troverdighet (Krumsvik, 2014 s. 153). På en annen side argumenteres det for at begrepet validitet ikke kan benyttes for kvalitativ forskning. Likevel er det enighet om at det er behov for en form for kvalitetssikring av deres forskning (Golafshani, 2003 s. 602).

Riktig valg av metode er en forutsetning for å sikre god validitet i forskningsarbeidet. Validiteten sier noe om hvor god undersøkelsen er til å måle det forskningsarbeidet har til hensikt å finne ut av.

2.6.2 Reliabilitet

Reliabilitet dreier seg om hvorvidt et forskningsresultat kan gjenskapes ved gjentatte forsøk. (Carmines & Zeller, 1979 s. 11). Hensikten med å gjennomføre forskningsarbeid med høy grad av reliabilitet er å legge til rette for at andre forskere skal kunne komme frem til samme

funn, ved bruk av samme metode. Dette omtales gjerne som etterprøvbart. Kvale og Brinkmann argumenterer for at etterprøvbart i kvalitativ forskning er vanskelig å oppnå (Kvale & Brinkmann, 2014 s. 158). For å vise andre hva man selv har gjort er det viktig å ha en transparent fremgangsmåte ved besvarelsen av forskningsspørsmålet. Samtidig viser han til at man ved vektlegging av transparens i kvalitativ forskning ikke nødvendigvis gjør at det blir direkte etterprøvbart i ordets rette forstand. (Kvale & Brinkmann, 2014 s. 158-159).

Det er flere faktorer som kan være med å utfordre reliabiliteten i forskningsarbeidet. Når det gjelder reliabilitet knyttet til intervjusituasjonen er den særlig knyttet til hvorvidt spørsmålene er klare og tydelige, om spørsmålene er ledende slik at de bidrar til å forme svarene fra informanten. Det samme gjelder multiple og tvetydige spørsmål. Det kan også være utfordringer forbundet med bruk av komplisert fagterminologi. Med tanke på at utvalget vårt er trukket på bakgrunn av faglig kompetanse anser vi ikke dette som et problem i denne sammenheng.

I etterkant av intervjuet er det vel så viktig å være bevisst reliabiliteten knyttet til transkripsjonsfasen. For å sikre en høy grad av reliabilitet i transkripsjonsfasen valgte vi å gjennomføre intervjuene ved hjelp av lydopptak. Siden vi benyttet oss av lydopptak var det viktig å være bevisst i de situasjonene hvor respondentene benyttet seg av ulike former for kroppsspråk i intervjuet. Dette løste vi ved å notere de tilfellene hvor kroppsspråk må inngå som et tolkningsmoment til utsagnene.

Kvale og Brinkmann argumenterer for at dersom man er bevisst rundt disse utfordringene, vil man unngå metodiske fallgruver i forbindelse med reliabilitet (Kvale & Brinkmann, 2014 s. 159). Etter vår mening har vi fulgt nødvendige forhåndsregler for å sikre at reliabiliteten i forskningsarbeidet i størst mulig grad er ivarett.

2.7 Potensielle feilkilder

Vi vil i det følgende gjøre rede for potensielle feilkilder som kan ha forekommet i forbindelse med forskningsarbeidet. Datainnsamlingen har blitt gjennomført ved bruk av flere metoder, som igjen danner grunnlag for flere potensielle feilkilder. I dette kapitlet vil vi forsøke å reflektere over det vi anser som mulige feilkilder i oppgaven.

2.7.1 Intervju

Fordi intervjuene ble gjennomført i en tidlig fase i forskningsarbeidet fikk vi god tid til å bearbeide det empiriske materialet. Vi har i etterkant av intervjuene sendt ut transkripsjoner av intervjuene, der respondentene fikk anledning til å avklare eventuelle misforståelser eller feil. Det er likevel mulig at det kan ha forekommet misforståelser som ikke ble registrert i forbindelse med intervjuet, eller ble oppdaget ved kontroll av transkripsjon.

Vi har som nevnt benyttet oss av semistrukturerte intervjuer, som i stor grad var tilpasset den enkelte respondent. Et resultat av dette er at respondentene ikke har fått identiske spørsmål, noe som innebærer at ikke alle svarene kan sammenliknes direkte.

2.7.2 Dokumenter

Arbeidet med å innhente dokumenter og annen relevant dokumentasjon har til tider vært krevende. De fleste av innsynsbegjæringene til Oslo Kommune har blitt avslått. Som følge av dette er det nærliggende å tro at det finnes relevante dokumenter vi ikke har hatt anledning til å vurdere. Siden oppgavens tematikk på mange måter havner i grensesnittet mellom jus, politikk, privat autonomi, og forvaltningsrett er det særlig viktig å være bevisst hvilken kilde informasjonen kommer fra. Med dette sikter vi til at store deler av den tilgjengelige informasjonen er utarbeidet av aktører med egeninteresse i tematikken. Vi har etter beste evne forsøkt å ta hensyn til dette i vurderingen av relevante dokumenter. Det er likevel ingen garanti for at vår tolkning av materialet representerer den riktige og objektive sannhet.

2.8 Kritikk av egen studie

Vi har etter beste evne forsøkt å gjennomføre forskningsarbeidet på en upartisk og nøytral måte. Selv om vi har forsøkt å være objektive kan man ikke utelukke at forskningen til en viss grad vil være påvirket av egne verdier og erfaringer. På bakgrunn av dette kan vi ikke garantere at det presenterte materialet representerer den nøytrale og objektive sannhet.

Et intervju med representanter for Oslo kommune er noe som ville vært ønskelig å gjennomføre. Etter vårt syn vill dette kunne bidratt til flere synspunkter og en annen balansering av det empiriske innholdet.

3 Teori

I dette kapitlet vil vi gjøre rede for det teoretiske grunnlaget som danner rammeverket for oppgavens problemstilling. Vi vil først presentere utbyggingsavtaler i lys av plan- og bygningslovens bestemmelser, herunder en redegjørelse av de juridiske skrankene som legger føringer for inngåelse av utbyggingsavtaler.

For å belyse problemstillinger knyttet til håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler, er det etter vårt syn nødvendig å gi en generell redegjørelse for regelverket om merverdiavgift. Denne teorien vil danne utgangspunktet for presentasjonen av de ulike gjennomføringsmodellene som benyttes for finansiering og etablering av teknisk infrastruktur i utbyggingsavtaler, herunder håndtering av merverdiavgift.

Til slutt vil vi gjøre rede for den forhandlingsteorien vi anser som nødvendig for å kunne vurdere inngåelse av utbyggingsavtaler i et forhandlingsperspektiv.

Det er dette teoretiske rammeverket som danner grunnlaget for den videre drøftelse og diskusjon.

3.1 Utbyggingsavtaler

Reglene om utbyggingsavtaler trådte i kraft 1. juli 2006, og bestemmelsene er videreført i sin helhet i plan- og bygningsloven av 2008. Selv om reglene om utbyggingsavtaler først ble inntatt i loven i 2006, har instrumentet vært i bruk lang tid (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 5).

Hensikten bak lovbestemmelsen var i stor grad begrunnet med et behov for å regulere avtalebruken, som følge av økt bruk av utbyggingsavtaler. Det var flere hensyn som dannet bakteppet for lovreguleringen. Bestemmelsene skulle bidra til økt forutsigbarhet ved inngåelse av utbyggingsavtaler ved å klargjøre grensene mellom akseptable og uakseptable vilkår. Formålet var blant annet å forhindre en kostnadsovervelting fra kommunen til boligkjøperne.

Definisjonen av en utbyggingsavtale følger av plan- og bygningsloven § 17-1:

§ 17-1. Definisjon

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

Etter lovens definisjon er en utbyggingsavtale en avtale mellom kommune og utbygger eller grunneier. Begrepet utbygger eller grunneier tar i denne sammenheng sikte på å omfatte enhver avtalemotpart til kommunen ved inngåelse av en utbyggingsavtale. I det følgende brukes utbygger som fellesbetegnelse på kommunens avtalemotpart.

Vilkåret for å inngå en slik avtale er at utbyggingsavtalen må ha grunnlag i kommunale vedtak som er fattet av kommunestyret selv, og som angir hvilke tilfeller utbyggingsavtale er en forutsetning for utbygging jf. plan- og bygningsloven § 17-2.

3.1.1 Avtalens innhold

Forutsatt at en avtale faller inn under definisjonen etter §17-1, inneholder plan- og bygningsloven bestemmelser som regulerer innholdet i utbyggingsavtaler. Bestemmelsen som regulerer avtalens innhold fremgår av §17-3 først ledd:

«En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan».

Lovreglene omhandler kun de avtaler som har sitt grunnlag i kommunens planmyndighet. Med andre ord innebærer dette at bestemmelsene kun regulerer de avtaler som er knyttet til gjennomføringen av en arealplan. Lovens ordlyd setter materielle rammer for hva som kan avtales i en utbyggingsavtale «ved at den bare kan inneholde elementer som kan vedtas og er vedtatt i bindende plan» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64). Samtidig er reglene utformet med tanke på å være fleksible «slik at slik at kommune og utbygger i størst mulig grad kan komme frem til avtaler som er egnet til å få gjennomført planen og utbyggingsprosjektet» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64). Med andre ord er loven utformet på en slik måte at den ikke skal være til hinder for tiltak som begge parter anser som tjenlige, og som er hensiktsmessige i forhold til utbyggingsprosjektet. Forarbeidene uttaler at den viktigste grunnen til dette er at «det er svært vanskelig å lage presise og anvendelige avgrensninger» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64). De legger også til at reglene skal «være dynamiske slik at de vil kunne fungere i

tråd med den fremtidige utviklingen» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64). Forarbeidene er likevel tydelige på at avtalen må være innenfor «de ulovfestede reglene om myndighetsmisbruk» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64).

En utbyggingsavtale vil typisk inneholde bestemmelser om finansiering og etablering av offentlig infrastruktur som er nødvendig for gjennomføring av planvedtaket. Avtalen formaliserer hvem som skal realisere rekkefølgebestemmelser, samt kostnadsfordeling knyttet til disse (Aulestad, 2005 s. 29). På denne måten gir utbyggingsavtalen en sikkerhet for kommunen for at den nødvendige offentlige infrastrukturen blir finansiert og opparbeidet i forbindelse med utbyggingsprosjektet, samtidig som det gir utbygger forutsigbarhet med tanke på de kostnadene som knytter seg til infrastrukturen. (Kommunal- og regionaldepartementet, 2006 s. 9)

Nedenfor følger et eksempel på en rekkefølgebestemmelse i en utbyggingsavtale, og hvordan gjennomføringen formaliseres i praksis. Følgende eksempel er hentet fra utbyggingsavtale for Nycoveien 2 i Oslo, og er forankret i reguleringsplan:

«Før det gis igangsettingstillatelse til oppføring av ny bebyggelse innenfor planområdet, skal Vitaminveien være sikret opparbeidet fra Vitaminveien 4 sin østre eiendomsgrense frem til Grefsenveien.»

I tillegg til rekkefølgebestemmelser formaliserer gjerne utbyggingsavtaler hvordan finansieringen skal gjennomføres, samt øvrige praktiske avtaleklausuler knyttet til utbyggingstakt, oppgjør, forfall, mislighold og liknende. Et annet forhold som kan avtales i utbyggingsavtaler omhandler retten til forkjøp av en andel av boligene til markedspris (Kommunal- og regionaldepartementet, 2006 s. 16). Dette er et forhold vi ikke vil gå nærmere inn på.

3.1.2 Nødvendighetsvurderingen

Etter plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd, går det frem at utbyggingsavtalen kan gå ut på at utbygger helt eller delvis skal bekoste tiltak som er «nødvendig for gjennomføring av planvedtak». Med andre ord oppstiller loven et nødvendighetskrav for de tiltakene som utbygger skal finansiere som følge av utbyggingsavtalen. Lovens ordlyd gir ingen klare føringer for hvilke momenter som skal inngå i nødvendighetsvurderingen. Dersom man

legger en snever tolkning av ordlyden til grunn, er det nærliggende å forstå «nødvendig» som noe man ikke kan unnvære eller unnlate (Samfunnsøkonomisk analyse, 2018 s. 150). For ytterligere å belyse dette vil vi se hen til lovens forarbeider, rapporter og uttalelser.

Det følger av Ot.prp.nr.22 (2004-2005) s. 64-65

«For å være nødvendig må tiltaket ha saklig sammenheng med gjennomføringen av planen. Utbyggingen må være den direkte foranledningen til behovet for ytelsen, slik at det er en relevant og nær sammenheng mellom ytelsen og planens innhold. Ytelsen må tjene interessene i utbyggingsområdet [...] eller avhjelpe skadevirkninger eller ulemper av den konkrete utbyggingen».

Vi vil i det følgende redegjøre for de «skranker» som legger føringer for nødvendighetsvurderingen.

3.1.3 Saklig sammenheng

Kriteriet for saklig sammenheng innebærer at det må være en relevant og nær tilknytning mellom de belastningene kommunen krever, opp mot innholdet i planen (Hauge, 2018 s. 89). Med andre ord stilles det krav om at utbyggingen medfører de konkrete behov som forpliktelsene i utbyggingsavtalen har til hensikt å dekke. Eksempelvis vil kommunen i mange tilfeller kunne pålegge utbygger av større boligområder å finansiere lekeplass, gangbro, sykkelvei og lignende.

Det må likevel ikke forstås som et krav om at tiltaket eksklusivt betjener interessene innenfor utbyggingsområde. Det er tilstrekkelig at så lenge tiltaket dekker de behov som er utløst av utbyggingen, er det ingen hindring at tiltaket også betjener interesser i andre områder. Med andre ord kan lekeplassen også benyttes av barn som er bosatt utenfor planområdet (SOM-2015-1195 s. 5). Det er likevel slik at dersom tiltaket betjener interesser utenfor utbyggingsområdet, kan dette få betydning i forholdsmessighetsvurdering. Forarbeidene gir føringer om at tiltaket må være nødvendig i både et planfaglig og funksjonelt perspektiv (NOU 2003: 24 s. 171). For at et tiltak skal være planfaglig nødvendig, er det en forutsetning at tiltaket etter en faglig vurdering er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utforming for utbyggingsområdet. Et tiltak er regnet som funksjonelt nødvendig når behovet følger direkte av den konkrete utbyggingen, slik at utbyggingen legger press på den eksisterende

infrastrukturen (NOU 2003:24 s. 171). Eksempel på dette kan være krav om bredere vei, større lekeplass, bestemmelse om utbyggingstakt med videre. Vurderingen av om tiltaket oppfyller kravet til saklig sammenheng vil bero på skjønnsmessig vurdering i det konkrete tilfellet (SOM-2015-1194 s. 5).

3.1.4 Tjene interessene i utbyggingsområde

En ytterligere skranke som fremgår av forarbeidene er at tiltaket må tjene interessene i utbyggingsområdet. Hensikten med denne skranken er på mange måter å motvirke urimelige avtalevilkår i utbyggingsavtaler. Betydningen av at et tiltak skal tjene interessene i utbyggingsområdet innebærer at tiltaket skal bøte på konkrete behov som oppstår som følge av utbyggingen (Hauge, 2018 s.91). Det er dermed ikke nok at tiltaket betjener generelle interesser i utbyggingsområdet. Med andre ord er det ingen holdepunkter for å si at enhver utbygging utløser et krav til et generelt bidrag. Loven åpner heller ikke for at det kan legges vekt på fiskale hensyn (SOM-2015-1194 s. 5). I dette ligger en betydelig skranke for hva som kan avtales i en utbyggingsavtale.

Sivilombudsmannens uttalelse om Sandnes-modellen illustrerer på mange måter hvor grensen går for hva som er akseptable vilkår i en utbyggingsavtale. Vi vil derfor gi en redegjørelse for hovedmomentene knyttet til Sivilombudsmannens vurderinger av Sandnes-modellen.

Sandnes-modellen er betegnelsen på en finansieringsmodell som ble brukt i Sandnes kommune for å sikre finansiering og etablering av rekkefølgetiltak som følger av plan.

Måten dette ble gjennomført på var at alle utbyggere måtte bidra med et forutbestemt grunneierbidrag på henholdsvis kr 950,- per BRA bolig og kr 650,- per BRA næringsbygg. Grunneierbidraget skulle innbetales til et bundet fond, og kommunen skulle være ansvarlig for prioritering og gjennomføring av tiltakene. Dette bidraget skulle betales av alle utbyggere innenfor kommunens sentrumsplan, og hadde til hensikt å sikre opparbeidelse av fellesområde og anlegg. Tiltakene som skulle finansieres ved bruk av denne modellen bestod av hovedveier med kollektivanlegg, parkanlegg, viktige byrom, gangveier, gangbroer, kanaler, gjestehavn, småbåthavn, jernbaneundergang, havnepromenader, teknisk infrastruktur under og over terreng og kunstnerisk utsmykning.

I 2015 ble lovligheten av Sandnes-modellen prøvd for Sivilombudsmannen, i forbindelse med en uenighet vedrørende skrankene i plan- og bygningsloven § 17-3, og hvorvidt modellen er i tråd med lovens bestemmelser.

Det er i denne sammenheng viktig å være klar over Sivilombudsmannens rolle i det rettslige landskapet. Sivilombudsmannens hovedoppgave er å kontrollere forvaltningen.

Ombudsmannen skal «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene», jf. §3 i sivilombudsmannsloven¹. Ombudsmannen kan kontrollere forvaltningen både etter klage, og på selvstendig initiativ. Sivilombudsmannens uttalelse er ikke juridiske bindende, men det er lang tradisjon for at forvaltningen føyer seg etter ombudsmannens syn på saken (Boe, 2014 s. 505).

I Sivilombudsmannens uttalelse - SOM-2015-1194 var spørsmålet om det flate grunneierbidraget var i strid med kravene i plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd til hva en utbyggingsavtale kan inneholde. Sivilombudsmannen konkluderer med at Sandnes-modellen ikke oppfyller kravene til nødvendighet og forholdsmessighet som følger av plan- og bygningsloven § 17-3.

I sin vurdering av Sandnes-modellen trekker Sivilombudsmannen frem flere problematiske forhold knyttet til bruken av modellen.

For det første innebærer «modellen at utbygger vil kunne pålegges å besørge anlegg som ikke ligger i utbyggingsområdet, og som heller ikke gjennomføres for å avbøte skader eller dekke konkrete behov ved utbyggingen avtalen gjelder» (SOM-2015-1194 s. 5).

Sivilombudsmannen trekker frem at kostnadsbilde for utbygger, i liten grad reflekterer det faktiske behovet som utbyggingen fører utløser. Dette kan illustreres ved at grunneierbidraget knyttet til et kontorbygg, brukes til å finansiere de samme tiltak som grunneierbidraget fra en boligutbygging. Som et resultat av dette gir modellen etter Sivilombudsmannens syn «ingen

¹ Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven, LOV-1962-06-22-8

sikkerhet for at det er en saklig sammenheng mellom tiltakene utbygger må bekoste og utbyggingen avtalen gjelder, slik loven krever» (SOM-2015-1194 s. 5).

Med andre ord gir modellen ingen garanti for at de tiltakene som finansieres med utbyggers grunneierbidrag, vil tjene interessene eller dekke behov som oppstår som følge av den aktuelle utbyggingen. Sammenhengen mellom utbyggingen og tiltakene som utbygger skal finansiere er etter ombudsmannens syn for løst. I tillegg er det etter ombudsmannens syn problematisk at tiltakene er «forhåndsdefinert i kommunedelplanen», slik at det ikke blir gjort en konkret vurdering av den aktuelle utbyggingen. Nødvendighetskravet etter plan- og bygningsloven § 17-3 er etter ombudsmannens syn ikke oppfylt (SOM-2015-1194 s. 6)

For det andre innebærer modellen at grunneierbidraget fastsettes på bakgrunn av en skjematisk vurdering, og «dessuten før kommunen vedtar reguleringsplan for den aktuelle utbyggingen». Med andre ord foreligger det ingen vurdering «om kostnadsbidraget står i forhold til utbyggings art eller belastningen den påfører kommunen». Dette kan illustreres ved at utbygger av en kontoreiendom må betale det samme grunneierbidraget som en utbygger av en lagerbygning av samme størrelse. Sivilombudsmannen utaler at modellen i slike tilfeller gir «liten sikkerhet for at kostnadsbidraget står i forhold til utbyggingens art eller belastningen den påfører kommunen, slik loven krever», og at forholdsmessighetskravet i plan- og bygningsloven ikke er tilstrekkelig ivare tatt. (SOM-2015-1194 s. 5)

Sivilombudsmannens vurdering av Sandnes-modellen illustrerer på en god måte hvor langt kriteriet om nødvendighet rekker. Sivilombudsmannen sier i sin uttalelse vedrørende Sandnes-modellen, at utbygging av seniorboliger ikke kan utløse krav om lekeplass. Nødvendigheten strekker seg så langt behovet rekker, men ikke lenger (Samfunnsøkonomisk analyse, 2018 s. 151). Det understreker at det må være tydelig hvilken belastning og hvilke offentlige behov som oppstår som følge av en konkret utbygging.

3.1.5 Avhjelpe skadevirkninger eller ulemper som følger av den konkrete utbyggingen.

Tiltak som ikke tjener interessene i utbyggingsområde, kan likevel være nødvendig dersom tiltakene avhjelper skadevirkninger eller ulemper som følger av den konkrete utbyggingen. Et

eksempel på dette er «støyskjerming utenfor planområdet der økt trafikk gjennom et tilgrensende område tilsier behovet for dette» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 56).

Hverken lovteksten eller forarbeidene gir noen føringer med tanke på den geografiske rekkevidden som skadevirkninger eller ulemper skal avhjelpe. Det kan derfor stilles spørsmål ved hvor «langt» i geografisk sammenheng en utbygger plikter å bøte for skader og ulemper. Dette er et spørsmål vi ikke vil gå nærmere inn på.

3.1.6 Forholdsmessighetsvurderingen

I tillegg til nødvendighetskriteriet etter plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd, skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Hensikten med forholdsmessighetskriteriet er å sikre at utbygger ikke påføres forpliktelser ut over de behovene som direkte følger av utbyggingen (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 66). For å illustrere dette kan vi se for oss at en utbygger av et boligområde pålegges å etablere ny hoved-vanntilførsel. Dersom ny vannledning har en kapasitet på 1000 boenheter, og utbyggingen består av 500 boenheter, skal utbygger som følge av forholdsmessighetskriteriet kun bære kostnaden for sin forholdsmessige andel.

Det følger av lovteksten i plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd at:

«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»

Videre vil vi redegjøre for de lovskranker som legger føringer for forholdsmessighetsvurderingen.

3.1.7 Utbyggingens art og omfang

For det første oppstiller loven et krav om at tiltak som kommunen lovlig kan pålegge utbygger å bekoste, skal vurderes opp mot utbyggingens art og omfang. I praksis betyr dette at størrelsen på utbyggers bidrag, må stå i sammenheng med omfanget på utbyggingen. Det følger av Ot.prp.nr.22 (2004-2005) s. 65 at «størrelsen på den private ytelsen vil kunne øke

med størrelsen på utbyggingen, og tilsvarende at rommet for å avtale private ytelser blir snevrere jo mindre utbygging det er snakk om».

Forarbeidene trekker paralleller mellom nødvendighetskriteriet, og forholdsmessighetskravet tilknyttet utbyggingens art og omfang (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 65). Forarbeidene oppstiller et eksempel hvor nødvendighetskriteriet og forholdsmessighetskravet i stor grad blir overlappende. Eksempelet som brukes er en «boligutbygging der trafikken skal gå gjennom et etablert boligområde. Jo flere boenheter det er snakk om, desto mer nødvendig kan det være med tiltak mot trafikkstøy i det eksisterende boligområdet, og jo mer forholdsmessig vil et krav framstå for utbygger». I sivilombudsmannens uttalelse av Sandnes-modellen fremgår det at forholdsmessighetsvurderingen må bero på en konkret vurdering av «arten og virkningen av utbyggingen». Disse forholdene utgjør rammen for fastsettelsen av hvilke tiltak utbygger skal finansiere, samt størrelsen på bidraget (SOM-2015-1194 s. 6).

Dersom man ser nødvendighetskravet i sammenheng med forholdsmessighetskravet, legger loven i stor grad opp til en kostnadsfordeling av byrdene i utbyggingsavtalen. Siden nødvendighetskriteriet legger opp til at utbygger skal etablere de tiltakene som er nødvendig som følge av utbyggingen, samtidig som forholdsmessighetskriteriet sikret at utbygger bare skal betale sin forholdsmessige andel. Dette er også i tråd med ordlyden i plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd første punktum, som sier at utbygger «helt eller delvis» skal bekoste de tiltak som er nødvendige. I praksis betyr dette at det først må vurderes hvilke tiltak som er nødvendige, for deretter å vurdere hvor stor andel av behovet som kan knyttes til den konkrete utbyggingen. Det er denne vurderingen som legger rammen for fastsettelsen av den belastningen som lovlig kan pålegges utbygger, på bakgrunn av utbyggingens art og omfang.

3.1.8 Kommunens bidrag

Det følger videre av plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd at utbyggers ytelse må «stå i rimelig forhold til kommunens bidrag til gjennomføring av planen og forpliktelser etter avtalen».

Bestemmelsen tar sikte på de tilfeller hvor kommunen som del av utbyggingsavtalen, har forpliktelser i forbindelser med gjennomføring av planen. Dersom kommunens rolle i utbyggingsavtalen går ut over det rent planmessige, åpner dette for at kommunen på sin side kan stille vilkår av mer privatrettslig karakter (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 48). Med dette

sikter vi til at de rammer som følger av forholdsmessighetskravet på bakgrunn av utbyggingens art og omfang, kan utvides dersom kommunen bidrar til merverdi for utbygger. Hauge argumenter for at kommunen kan «gjennom egen handling opprettholde balansen i avtaleforholdet». (Hauge, 2018 s. 100) Det er likevel på det rene at kommunen ikke kan pålegge ensidige økonomiske ytelser ut over det kommunen uansett kan pålegge i kraft av sin rolle som planmyndighet (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 48).

Det kan tenkes at kommunen bidrar med nødvendig areal i forbindelse med en utbygging. I slike tilfeller vil kommunen derfor stå friere til å stille tyngende vilkår for utbyggingen. Det er likevel ikke slik at kommunen står fritt til å innlemme alle typer vilkår i slike sammenhenger.

Sondringen mellom avtalefriheten og forvaltningsretten er sentral i denne sammenhengen, og gyldigheten av vilkårene må bero på en vurdering av vilkårenes karakter (Hauge, 2018 s. 96). Med dette sikter vi til at kommunen ved rent økonomiske forpliktelser, i stor grad beveger seg bort fra sin rolle som forvaltningsmyndighet, i retning av rollen som privat avtalemotpart. Kommunen kan likevel ikke frigjøre seg helt fra rollen som planmyndighet, men står i slike tilfeller friere til å stille vilkår av mer privatrettslig karakter (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 67).

I forarbeidene legges det opp til at bestemmelsen skal sørge for balanserte avtaler, samtidig som regelen skal legge opp til at kommunen ved egen aktivitet kan øke rommet for utbyggers ytelser i avtalen (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 66).

3.1.9 Belastningen utbyggingen påfører kommunen

Det følger videre av plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd at den kostnaden som belastes utbygger i utbyggingsavtalen må «stå i forhold til den belastningen den aktuelle utbygging påfører kommunen».

Hensikten med bestemmelsen er å sikre at det ved fastsettelse av utbyggers ytelse etter avtalen, må tas hensyn til belastningen den aktuelle utbygging påfører kommunen.

Med andre ord er bestemmelsen en sikkerhetsventil for at kommunen ikke skal lide tap som følge av et reguleringsvedtak. Selv om kommunen ikke bidrar økonomisk i selve utbyggingsprosjektet, er det fortsatt mulig at reguleringsvedtaket kan forårsake vesentlige belastninger for kommunen. Et eksempel på dette kan være økt belastning på eksisterende

teknisk infrastruktur som vei, vann- og avløp. Som hovedregel er det likevel slik at forholdsmessighetskravet er oppfylt dersom tiltakene som etableres kompenserer for den belastningen som følger av reguleringsvedtaket. Bestemmelsen kan likevel ikke betraktes slik at den krever et nullsumspill, hvor plikter og byrder sees i et øye for øye perspektiv. Regelen inneholder en viss grad av fleksibilitet, noe som innebærer at forholdsmessighetskravet kan vurderes i et videre perspektiv, såfremt avtalen som helhet er balansert (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 66)

3.2 Merverdiavgift

Vi vil i det følgende gi en redegjørelse for regelverket knyttet til merverdiavgift, for deretter å knytte dette opp mot de ulike gjennomføringsmodellene som benyttes til finansiering og etablering av teknisk infrastruktur, herunder håndtering av merverdiavgift. For å belyse hvordan de ulike gjennomføringsmodellene håndterer merverdiavgift, er det etter vårt syn hensiktsmessig å gi en generell beskrivelse av merverdiavgiftsregelverket

Merverdiavgift er en flerleddsavgift, som har til hensikt å beregne avgift i hvert omsetningsledd (Gjems-Onstad, 2017 s. 30). Det betyr at det skal beregnes merverdiavgift på omsetning i alle ledd fra produsenten i første omsetningsledd, og videre i alle omsetningsledd frem til sluttbrukeren. Merverdiavgiften beregnes ut ifra omsetningsverdien av varer og tjenester som leveres til kunden (Gjems-Onstad, 2017 s. 28). Hvilke varer og tjenester som inngår i beskatningen følger direkte av merverdiavgiftsloven § 1-3, og etter merverdiavgiftsreformen av 2001 ble fast eiendom inntatt som en del av varebegrepet. Opparbeidelsen av teknisk infrastruktur i forbindelse utbyggingsprosjekter faller derfor innunder lovens bestemmelser, og er derfor avgiftsbelagt. For å hindre at avgiften blir kumulativ, er ordningen slik at næringsdrivende har fradragsrett for inngående merverdiavgift på de varer og tjenester som inngår i næringsvirksomheten (Gjems-Onstad, 2017 s. 27). På denne måten sikrer man at avgiften kun belastes sluttbrukeren i omsetningskjeden.

3.2.1 Frivillig registrering

Omsetning og utleie av fast eiendom er som hovedregel unntatt fra loven jf. merverdiavgiftsloven § 3-11 første ledd. Lovgiver åpner likevel for at utleier av fast eiendom kan velge å avgiftsregistrere seg dersom vilkårene for frivillig registrering er oppfylt jf. merverdiavgiftsloven § 2-3. I praksis betyr det at utleie av lokaler til kommunale og

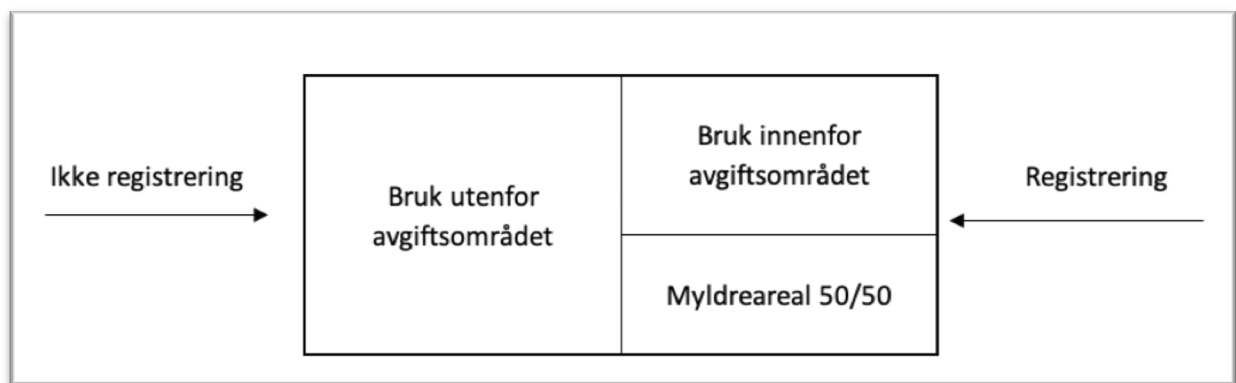
fylkeskommunale virksomheter, samt virksomheter som driver avgiftspliktig virksomhet oppfyller kravene til frivillig registrering (Gjems-Onstad, 2017 s. 39). Boligutbyggere har på sin side ingen mulighet til å fradragsføre inngående merverdiavgift, siden omsetning og utleie av eiendom til boligformål faller utenfor bestemmelsene om frivillig registrering. Ved oppføring av bygg for utleie til avgiftspliktig virksomhet, kan utbygger velge å forhåndsregistrere seg etter reglene i merverdiavgiftsloven § 2-4. På denne måten oppnås fradragsrett for inngående merverdiavgift i oppføringsperioden. For at slik forhåndsregistrering skal kunne gjennomføres må det være inngått leiekontrakt med avgiftspliktig leietaker (Gjems-Onstad, 2017 s. 293). Uten leiekontrakt med avgiftspliktig leietaker foreligger ingen registreringsmulighet, og derfor ingen fradragsrett (Gjems-Onstad, 2017 s. 293).

3.2.2 Fradragsrett på inngående merverdiavgift

Formålet med merverdiavgiftssystemet er at avgiften skal fungere som en skatt på sluttbruker. Registrerte avgiftssubjekter har derfor fradragsrett for inngående merverdiavgift på de varer og tjenester som er til bruk i virksomheten (Gjems-Onstad, 2017 s. 45). Med andre ord gjør fradragsretten at avgiften på omsetning mellom næringsdrivende blir nøytralisert (Kristoffersen, 2011 s. 12).

Hovedregelen er at registrert avgiftssubjekt har full fradragsrett for inngående merverdiavgift ved innkjøp til virksomheten jf. merverdiavgiftsloven § 8-1. Dersom et bygg ved ferdigstillelse benyttes fullt ut i avgiftspliktig virksomhet, gjøres det fullt fradrag (Gjems-Onstad, 2017 s. 251). Siden enkelte virksomhetsområder ikke er avgiftspliktige etter merverdiavgiftsloven, vil næringsdrivende innenfor disse segmentene ikke ha fradragsrett for inngående merverdiavgift på varer og tjenester til bruk i sin virksomhet (Gjems-Onstad, 2017 s. 39). Foretak som har virksomhetsområder innenfor både avgiftspliktige og ikke-avgiftspliktig virksomhet, må ved fellesanskaffelser beregne et forholdsmessig fradrag, for den delen av anskaffelse som inngår i avgiftspliktig virksomhet (Gjems-Onstad, 2017 s. 250). Dette betegnes ofte som blandet virksomhet (Kristoffersen, 2011 s. 106). Et eksempel på denne typen virksomhet er utleie av næringseiendom til både avgiftspliktige og ikke-avgiftspliktige foretak.

Dersom leietakeren er en bank, er dette en virksomhet som etter merverdiavgiftsloven ikke er avgiftspliktig. Dersom den samme banken i tillegg har en avdeling for eiendomsmegling, er dette en virksomhet som er merverdiavgiftspliktig etter merverdiavgiftsloven. For utleier vil dette medføre at fradraget for inngående merverdiavgift må beregnes ut ifra den forholdsmessige andelen som inngår i den avgiftspliktige virksomheten. Det samme gjelder for felles myldreareal som benyttes av både avgiftspliktig og ikke-avgiftspliktig virksomhet. Med andre ord får utleier kun fradrag for inngående merverdiavgift på de varer og tjenester som kan knyttes til den merverdiavgiftspliktige virksomheten.



Figur 1: Omfanget av frivillig registrering. (Gjems-Onstad, 2017 s. 283)

Fastsettelsen av denne fordelingsnøkkelen vil i mange tilfeller være utfordrende.

Hovedregelen i merverdiavgiftsloven § 8-2 sier at fradragsretten for merverdiavgift bare gjelder «den del av varen eller tjenesten som er til antatt bruk i den registrerte virksomheten». Nøyaktig registrering eller måling av bruk av anskaffelsen vil i mange tilfeller være vanskelig å fastslå i praksis. Lovens ordlyd gir derfor et visst spillerom for skjønnsutøvelse i forbindelse med fastsettelsen av fordelingsnøkkelen. Det er likevel slik at denne skal fastsettes med utgangspunkt i den faktiske bruken (Kristoffersen, 2011 s. 111).

3.2.3 Justeringsreglene

Dagens merverdiavgiftssystem legger opp til at hele det fradragsberettigede beløpet fradragsføres på anskaffelsestidspunktet. Justeringsreglene trådte i kraft fra 1. januar 2008, ved endringslov 29. juni 2007 nr. 45. Hensynet bak justeringsreglene er å legge til rette for en mer korrekt avgiftsbelastning for kapitalvarer med lang levetid, i de tilfeller hvor

forutsetningene for fradraget endrer seg etter anskaffelsen (Gjems-Onstad, 2017 s. 249).

Finansdepartementet uttaler i Ot. prp. nr. 59 (2006-2007) s. 39-40:

«Formålet med bestemmelsen er at fradragsføringen i størst mulig grad skal reflektere kapitalvarens tilknytning til avgiftspliktig virksomhet over tid, og ikke bare tilknytningen på anskaffelsestidspunktet.»

«En fradragsføring som i større grad gjenspeiler fradragets omfang over tid, vil gi en mer korrekt avgiftsbehandling og dessuten være i samsvar med prinsippene bak merverdiavgiftssystemet der retten til fradrag for inngående merverdiavgift gjenspeiles i en plikt til å beregne utgående merverdiavgift.»

Justeringsreglene får kun anvendelse når bruken av kapitalvaren endres fra fradragsberettiget formål til formål som ikke er fradragsberettiget og omvendt jf. merverdiavgiftsloven § 9-2 (1). Dersom et bygg ved ferdigstillelse fullt ut benyttes i avgiftspliktig virksomhet, gjøres det fullt fradrag (Gjems-Onstad, 2017 s. 251). Eventuelle bruksendringer vil medføre krav om årlig tilbakebetaling til staten. Beløpet som tilbakebetales avhenger av omfanget på bruksendringen, og representerer forholdsmessig andel av fradragsført merverdiavgift per år. I motsatt tilfelle medfører bruk utenfor avgiftspliktig virksomhet ingen fradragsrett ved ferdigstillelse. Senere bruksendring medfører derimot en justeringsrett, som åpner for tilbakebetaling fra staten. Hovedregelen er at avgiftssubjektet plikter å justere inngående merverdiavgift på kapitalvarer som endrer tilknytning til den fradragsberettigede virksomheten (Gjems-Onstad, 2017 s. 250). Justeringsplikt er betegnelsen på de tilfeller hvor kapitalvarens bruk går fra fradragsberettiget virksomhet, over til virksomhet som ikke har fradragsrett. I slike tilfeller plikter avgiftssubjektet å justere. I motsatt tilfelle der kapitalvarens bruk går fra ikke-fradragsberettiget til fradragsberettiget formål, oppstår en justeringsrett (Gjems-Onstad, 2017 s. 250). De praktiske følgene av en justeringshendelse er på mange måter like, forskjellen innebærer at det ene tilfellet utløser en plikt, mens det andre innebærer en rett. For fast eiendom er justeringsperioden 10 år fra tiltaket er fullført jf. merverdiavgiftsloven § 9-4 (2). Siden det gis fullt fradrag for eiendom som benyttes til avgiftspliktig formål ved ferdigstillelse, vil likviditetsforskjellen ved først å begynne med avgiftspliktig virksomhet kunne være betydelig (Gjems-Onstad, 2017 s. 251).

3.2.4 Merverdiavgiftskompensasjon

Dagens kompensasjonsordning for merverdiavgift for kommunal sektor trådte i kraft 1. januar 2004. Hensikten med bestemmelsene er å «motvirke konkurransevridninger som følge av merverdiavgiftssystemet gjennom at det ytes kompensasjon for merverdiavgift til kommuner, fylkeskommuner og visse private og ideelle virksomheter» jf.

merverdiavgiftskompensasjonsloven § 1 (Gjems-Onstad, 2017 s. 294). Det følger videre av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 3 at «det ytes kompensasjon for merverdiavgift ved kjøp av varer og tjenester fra registrerte næringsdrivende». I realiteten innebærer dette at kommunen får tilbakeført merverdiavgift for i utgangspunktet alle anskaffelser (Auran, 2016 s. 12). «Det totale beløp som kompenseres etter § 3 skal som hovedregel finansieres gjennom reduksjon i overføringene til kommunene og fylkeskommunene» jf.

merverdiavgiftskompensasjonsloven § 5. Dette må likevel ikke forstås som en «krone for krone» reduksjon tilsvarende det eksakte kompensasjonsbeløpet for den aktuelle kommunen, reduksjonen er sjablongmessig (Gjems-Onstad, 2017 s. 296). Det fremgår av Ot. prp. nr 1. (2003-2004) punkt 20.8.7 «Finansieringen»:

«I tråd med utvalgets anbefaling legger departementet opp til at ordningen finansieres av kommunesektoren selv, gjennom engangsreduksjon av kommunenes frie inntekter.

[...] Finansdepartementet har i samarbeid med Kommunal- og regionaldepartementet beregnet betalt merverdiavgift for ikke-avgiftspliktig kommunal virksomhet til om lag 9 mrd. kroner i 2004.

Det legges opp til å bruke regnskapstall fra den enkelte kommune som utgangspunkt for et engangsuttrekk av frie inntekter. Samlede frie inntekter justeres da ned tilsvarende summen av påløpt merverdiavgift når ordningen innføres»

Med andre ord er den statlige reduksjonen av kommunens frie inntekter et fast beløp som baserer seg på nøkkeltall fra innføringen av merverdiavgiftskompensasjonsordningen i 2004. I det skal det ligge et incentiv til å bruke ordningen slik at merverdiavgiften ikke blir utslagsgivende for de beslutninger som tas.

3.3 Modeller for merverdiavgiftskompensasjon mellom utbygger og kommune

3.3.1 Anleggsbidragsmodellen

Anleggsbidragsmodell er betegnelsen på gjennomføringsmodeller hvor kommunen står som byggherre, og den private utbygger dekker de ikke-avgiftspliktige kostnadene i forbindelse med oppføring av teknisk infrastruktur (Leikvam & Olsson, 2014 s. 77). Ved bruk av denne modellen får kommunen refundert kostnadene knyttet til merverdiavgift, i forbindelse med oppføringen av tiltaket.

Hensikten med anleggsbidragsmodellen er å avlaste utbygger for kostnader knyttet til merverdiavgift, slik at utbygger dekker den "reelle" kostnaden knyttet til oppføring av infrastrukturtiltaket. Mange kommuner ilegger i tillegg et administrasjonsgebyr, for å dekke de kostnader som følger av byggherreansvaret (Trondheim kommune, 2017 s. 25). Flere kommuner stiller i tillegg krav om at utbygger må følge reglene om offentlige anskaffelser.

Selv om kommunen har byggherreansvaret, er det flere måter å organisere arbeidsfordelingen på (Leikvam & Olsson, 2014 s. 77). I praksis betyr dette at utbygger kan stå som prosjektleder, med ansvar for kontrahering av entreprenører, avtaleinngåelse, oppfølging, samt øvrige plikter som følger av byggherreforskriften². Det er likevel slik at kommunen må ha det reelle byggherreansvaret, for å oppfylle kravene for tilbakeføring som følger av merverdikompensasjonsloven (LG-2012-106554 s. 9). Kommunen har også mulighet til å stille krav om at utbygger bærer risikoen for at gjennomføringen av anleggsbidragsmodellen tilfredsstillende til skatte- og avgiftsmyndighetene. Dette innebærer at utbygger bærer risikoen for de økonomiske konsekvensene som følger av en eventuell regelendring som oppstår etter avtaleinngåelse (Trondheim kommune, 2017 s. 6). Dette gjøres vanligvis ved at utbygger tinglyser et pantdokument til fordel for kommunen (Trondheim kommune, u.å, s. 7).

² FOR-2009-08-03-1028. Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser (byggherreforskriften).

3.3.2 Valdresmodellen

Anleggsbidragsmodell kan på mange måter betegnes som en sekkebetegnelse for gjennomføringsmodeller som har til hensikt å sikre finansiering og etablering av teknisk infrastruktur ved at kommunen står som ansvarlig byggherre for prosjektet.

Det er flere eksempler på kommuner som har gjennomført anleggsbidragsmodellen på ulike måter. Det har derimot vært noen tilfeller hvor bruken av anleggsbidragsmodellen ikke har vært i tråd med bestemmelsene for merverdiavgiftskompensasjon, noe som har ført til krav om tilbakebetaling av fradragføring inngående merverdiavgift (LG-2012-106554). Som et resultat av dette har det eksistert en del usikkerhet blant kommunene når det kommer til bruken av anleggsbidragsmodeller for finansiering og etablering av teknisk infrastruktur (Leikvam & Olsson, 2014 s. 77).

Valdresmodellen er betegnelsen på en type anleggsbidragsmodell som er godkjent av skattedirektoratet og finansdepartementet (LG-2012-106554). Valdresmodellen kan på mange måter karakteriseres som en oppskrift som presiserer hvilke forhold som må være på plass for at lovsrankene som åpner for tilbakebetaling av merverdiavgift skal være oppfylt. Valdresmodellen er likevel ikke å betrakte som absolutte retningslinjer, men fungerer på mange måter som et styringsverktøy som fastslår en nedre grense for kommunens involvering uten at det går på bekostning av kommunes fradragrett. På denne måten gir Valdresmodellen føringer for hvilke ansvarsområder som må tilfalle kommunen, samt hvilke oppgaver som kan delegeres til utbygger. I det følgende vil vi redegjøre for hvilke retningslinjer som gjelder for å oppfylle kravene i Valdresmodellen.

For det første må kommunen opptre som reell byggherre, noe som innebærer at det er kommunen som må være i kontraktsforhold overfor utførende entreprenør. Lagmannsretten fremhever i LG-2012-106554 at det sentrale kriteriet er at arbeidet utføres for kommunens regning, noe som innebærer at kommunen må ha det reelle ansvaret for forpliktelser og risiko.

Utgangspunktet for Valdresmodellen er en forespørsel som ble rettet mot Oppland fylkesskattekontor i forbindelse med en kommunerevisjon i Valdres. Forespørselen er utarbeidet av revisjonssjef Åge Sandsengen og datert 25. september 1997. Forespørselen inneholdt en skisse for håndtering av fradrag for inngående merverdiavgift i forbindelse med oppføring av vann- og avløpsanlegg. Skissen er som følger:

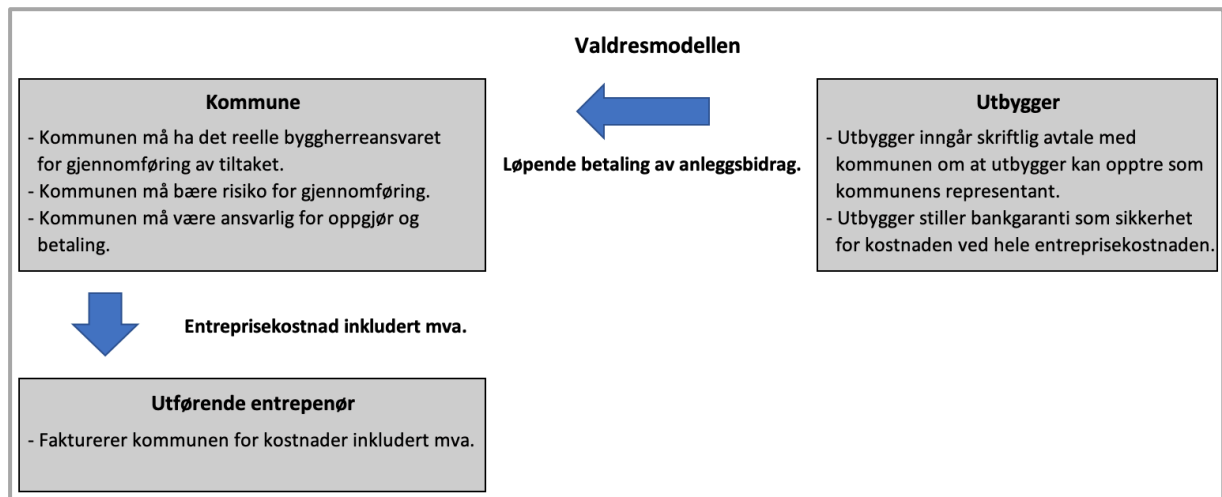
- *«Kommunen inngår skriftlig kontrakt med grunneier B om at grunneier skal være kommunens representant for prosjektet fra prosjekteringsstadiet til ferdig utbygget anlegg, kommunen stiller de tekniske kravene til anlegget».*
- *«Grunneier B stiller bankgaranti for et tilstrekkelig beløp som skal finansiere hele utbyggingen inkludert alle kostnader grunneier B har med utbyggingen».*
- *«Grunneier B skal løpende overføre midler på en særskilt bankkonto tilhørende kommunen, som er øremerket tilskudd for utbygging av det eksakte vann- og avløpsanlegget».*
- *«Grunneier B inngår avtaler med entreprenører mv om utbygging av vann og avløpsanlegget i kommunens navn v/det eksakte prosjektets navn. Dvs. alle fakturaer er stilet til kommunen, bokføres i kommunens regnskap og utbetales av kommunens økonomiavdeling ved belastning av bankkontoen som grunneier B har satt midlene inn på. Når kommunen bokfører fakturaen i sitt regnskap trekker man fra inngående merverdiavgift og beregner investeringsavgift på kostnadene i samsvar med merverdiavgiftsloven og aktiverer anlegget som kommunalt vann- og avløpsanlegg».*

Oppland fylkesskattekontor uttaler i sitt tilsvaret at de:

«vil anta at den ovennevnte løsning vil gi rett til fradrag for inngående avgift for kommunen på utbyggingskostnaden. Kommunen må kunne engasjere en annen ekstern konsulent til å prosjektere og administrere anlegget enn grunneier, uten at det vil være av betydning for avgiftsforholdene, så lenge krav i lov og forskrifter blir oppfylt».

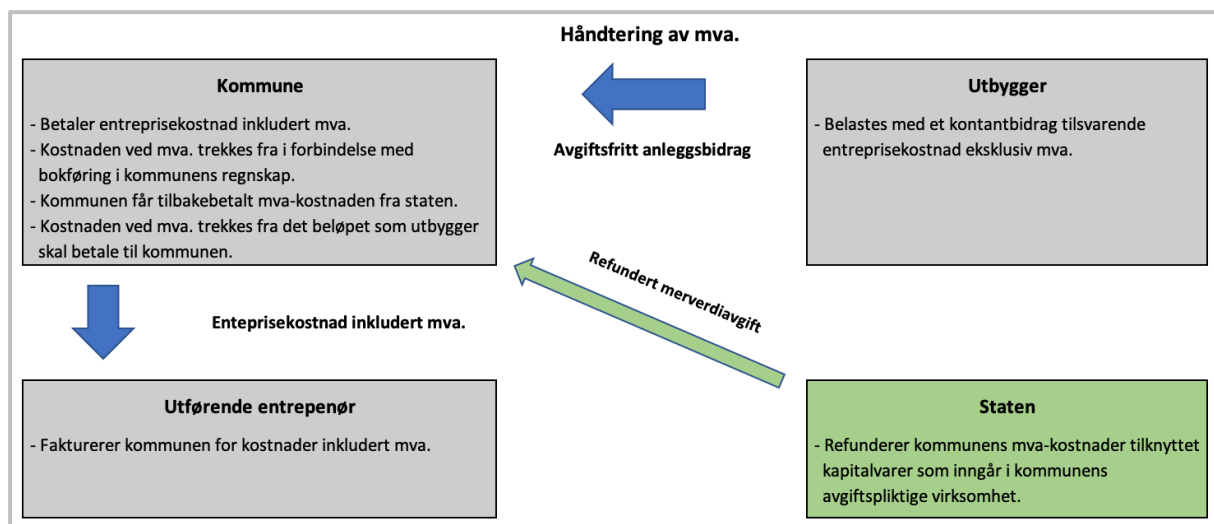
I en uttalelse fra Skattedirektoratet og finansdepartementet, datert 25. juni 2003, forutsetter de at «den fremgangsmåte som blir beskrevet i brevet fra revisjonssjef Sandsengen, ikke er til hinder for kommunens rett til fradrag for inngående merverdiavgift»

Som et resultat av dette har Valdresmodellen befestet seg som en godkjent fremgangsmåte for gjennomføring av anleggsbidragsmodellen, og kan på mange måter betegnes som en rettesnor ved bruk av anleggsbidragsmodell. Figuren nedenfor gir en oversikt over ansvarsfordelingen ved bruk av Valdresmodellen.



Figur 2: Valdresmodellen. (Egenprodusert på bakgrunn av LG-2012-106554)

En av de sentrale fordelene ved bruk av Valdresmodellen knytter seg til håndteringen av merverdiavgift. Ved bruk av Valdresmodellen oppfyller man kravene som stilles for å oppnå løpende merverdiavgiftskompensasjon, og på denne måten sikres kommunen retten til tilbakebetaling av inngående merverdiavgift. Figuren nedenfor danner et bilde av hvordan inngående merverdiavgift kan håndteres ved bruk av Valdresmodell.



Figur 3: Håndtering av mva. (Egenprodusert på bakgrunn av LG-2012-106554)

3.3.3 Justeringsmodellen

Justeringsmodellen innebærer at utbygger står som byggherre i forbindelse med oppføring av teknisk infrastruktur, for deretter å overføre infrastrukturen vederlagsfritt til kommunen ved ferdigstillelse. Justeringsmodellen har sitt navn fra reglene om justering etter kapittel 9 i merverdiavgiftsloven.

Som hovedregel skal det gjennomføres et fullstendig oppgjør og tilbakebetaling av fradragsført inngående merverdiavgift ved overføring av fast eiendom jf. merverdiavgiftsloven. § 9-2 (3). Måten dette gjennomføres på er at utbygger tilbakebetaler fradragsført inngående merverdiavgift ved overdragelse. Kommunen mottar på sin side en justeringsrett, for deretter å justere siste termin hvert år ut justeringsperioden (Gjems-Onstad, 2017 s. 257). På denne måten får kommunen rett til å "hente tilbake" den inngående merverdiavgiften over en tiårsperiode.

Loven åpner likevel for at ny eier kan overta både rett og plikt til justering jf. merverdiavgiftsforskriften³ § 9-3-2 annet ledd (Gjems-Onstad, 2017 s. 257). Overtakelse av selve justeringsretten krever ingen uttrykkelig avtale, men det kreves at nødvendig

³ FOR-2009-12-15-1540. Forskrift til merverdiavgiftsloven (merverdiavgiftsforskriften).

dokumentasjon overleveres til ny eier (Gjems-Onstad, 2017 s. 291). For at justeringsforpliktelsen skal kunne overdras må det i tillegg foreligge en skriftlig signert avtale der ny eier klart samtykker i å overta justeringsplikten (Gjems-Onstad, 2017 s. 291). Overføring av justeringsforpliktelsen er bare mulig i de tilfellene hvor mottaker er et registrert avgiftssubjekt (Gjems-Onstad, 2017 s. 291).

I forbindelse med overføring av infrastrukturiltaket, kan kommunen velge å overta både retten og plikten til justering av inngående merverdiavgift. Siden overføring av justeringsplikten ikke medfører at den refunderte inngående merverdiavgiften kreves tilbakebetalt i forbindelse med overdragelsen (Gjems-Onstad, 2017 s. 291), innebærer en overføring av justeringsplikten en potensiell likviditetsfordel sammenlignet fremgangsmåten beskrevet på forrige side (Gjems-Onstad, 2017 s. 251).

3.4 Forhandling

I det følgende vil vi gjøre rede for den forhandlingsteorien vi anser som nødvendig for å kunne vurdere inngåelse av utbyggingsavtaler i et forhandlingsperspektiv. Det teoretiske grunnlaget vil danne utgangspunktet for videre drøftelse og diskusjon.

Forhandlinger blir av Rognes karakterisert som en beslutningsprosess der to eller flere parter med delvis motstridende interesser forsøker å komme frem til en felles beslutning. Hensikten med å innlede forhandlinger er ikke nødvendigvis å komme frem til en avtale, men å undersøke om det er mulig å utarbeide en avtale som er bedre enn alternativet til en forhandlet løsning (Rognes, 2016 s. 15). Dersom alternativet til en forhandlet løsning viser seg å være bedre enn den avtalen som kan skapes med motparten, er brudd det beste alternativet (Rognes, 2016 s. 15). Utgangspunktet for konstruktive forhandlinger etableres ved å kartlegge felles interesser og behov til å utvikle kreative løsninger (Vindeløv, 2013 s. 131). For å oppnå dette vil en gjennomarbeidet forhandlingsstrategi være et godt virkemiddel for i størst grad å legge premissene for forhandlingen. Dette vil gjøre forhandleren bedre rustet til å møte motpartens utspill uten å tape innflytelse over prosess og forhandlingsresultat (Rognes, 2016 s. 16). Forhandlingsstrategien bør utarbeides på en slik måte av den reflekterer den forhandlingssituasjonen man står overfor. Bakgrunnen for dette er at forberedelsene i forkant av en integrasjonsforhandling burde arte seg annerledes, enn ved eksempelvis fordelingsforhandlinger.

3.4.1 Hva kjennetegner alminnelige forhandlinger

Bruk av forhandlinger som beslutningsprosess er noe som benyttes i flere sammenhenger. Forhandlinger brukes både i formelle og uformelle situasjoner, på arbeidsplassen og på «hjemmebane» (Rognes, 2016 s. 21). Et kjennetegn ved mange forhandlingssituasjoner er at de er frivillige (Vindeløv, 2013 s. 51). Sagt på en annen måte, partene velger hverandre, og det er opp til partene om de ønsker å innlede forhandlinger eller ikke. Partene innordner seg på en slik måte at de fremstår som «attraktive» avtalemotparter. Ved å fremstå som attraktiv på «avtalemarkedet» bidrar man til å øke utvalget av aktuelle avtalemotparter (Rognes, 2016 s. 35). På mange måter kan det å innlede en forhandlingsprosess, sammenlignes med å gå på markedsplassen. Man undersøker markedet for mulige samarbeidspartnere, for så å innlede forhandlinger med den motparten man anser som mest hensiktsmessig. Finner man ingen avtalemotparter som kan bidra til å skape en bedre avtale enn det man er stand til på egenhånd, vil den rasjonelle løsningen være å ikke innlede forhandlinger (Vindeløv, 2013 s. 51). Det finnes med andre ord ulike alternativer til en forhandlet løsning.

3.4.2 Hva kjennetegner forhandlinger om utbyggingsavtaler

På lik linje med alminnelige forhandlingssituasjoner, dreier inngåelse av utbyggingsavtaler seg om å utforske muligheten til å skape en bedre avtale enn alternativet til en forhandlet løsning. Det eneste reelle alternativet for utbygger, vil være å realisere alle rekkefølgebestemmelser for det aktuelle utbyggingsområdet. I mange tilfeller vil ikke dette være et økonomisk gjennomførbart. Forhandlinger om utbyggingsavtaler skiller seg fra alminnelige forhandlinger i den grad at alternativet til en forhandlet løsning i stor grad er gitt på forhånd. Med dette sikter vi til at inngåelse av utbyggingsavtaler i mange tilfeller vil være en forutsetning for å gjennomføre et utbyggingsprosjekt. Selv om utbyggingsavtaler er et frivillig instrument, vil det i de mange tilfeller ikke være noen alternativer til en forhandlet løsning. Dersom minnelige avtaler ikke oppnås, kan det medføre en direkte stopp for den planlagte utbyggingen. Det er med andre ord et betydelig avhengighetsforhold mellom utbygger og kommunen. Kommunen er på sin side avhengig av utbygger for å realisere arealplaner, samt tilrettelegge for utbygging. Utbygger er på sin side avhengig av utbyggingsavtalen for å kunne realisere utbyggingsprosjekter. Det er disse felles interessene og avhengighetsforholdet som danner utgangspunktet for forhandlinger (Rognes, 2016 s. 23).

Avtalefriheten som rettsprinsipp har langt tradisjon i Norge, og er nedfelt i Kong Christian Den Femtes Norske Lov artikkel 5,1,2⁴. I dag er avtalefriheten underlagt en rekke begrensninger, som følge av at mange rettsområder har egne lovbestemte regler som regulerer avtaleinngåelsen innenfor enkelte rettsområder. Til tross for dette utgjør fortsatt avtalefriheten et sentralt rettsprinsipp, og er å betrakte som en viktig forutsetning for at kontrakter har så viktige funksjoner i samfunnslivet (Woxholth, 2014 s.17). De lovbestemmelsene som legger begrensninger for avtalefriheten er i stor grad myntet på å utligne partenes manglende jevnbyrdighet i forbindelse med avtaleinngåelsen (Woxholth, 2014 s.17). Et godt eksempel på denne typen lovbestemte begrensninger i avtalefriheten kommer godt til uttrykk i forbrukerkjøpsloven⁵, jf. § 3 første ledd som sier at det ikke kan «avtales eller gjøres gjeldende vilkår som er ugunstigere for forbrukeren enn det som følger av loven».

Selv om majoriteten av utbyggingsavtalene forhandles mellom profesjonelle parter, har lovgiver likevel valgt å regulere avtaleinngåelsen for denne avtaleinstitusjonen. Det faktum at lovgiver bevisst har valgt å innta begrensninger i avtalefriheten på dette området, er noe av det som skiller forhandling om utbyggingsavtaler med alminnelige forhandlinger.

3.4.3 Makt

Selv om forhandlinger i stor grad kjennetegnes av felles interesser og avhengighet, vil de i mange tilfeller være gjenstand for motstridende interesser. Kjernen i forhandlinger tar sikte på å komme frem til en forhandlet løsning på tross av disse motstridende interessene (Rognes, 2016 s. 22). De motstridende interessene vil i mange tilfeller bero på en konkurransesituasjon, som skaper konflikter ved at partene «inntar uforenelige posisjoner», samtidig som de prøver å få den andre parten til å gi etter for sine krav (Rognes, 2016 s. 22). I hvilken grad en part er i stand til å få aksept for sine vilkår vil i stor grad være et resultat av den enkelte partens «forhandlingsstyrke» (Vindeløv, 2013 s. 139). Forhandlingsstyrken blir i mange tilfeller karakterisert som makt i forhandlinger. Vindeløv argumenterer for at maktposisjonene til den enkelte part, i stor grad avhenger av motpartens forhandlingsstyrke. Maktforholdet i forhandlingssituasjonen kan med andre ord beskrives som dynamisk og relativt (Vindeløv,

⁴ Kong Christian Den Femtes Norske Lov, LOV-1687-04-15 -

⁵ Lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven), LOV-2002-06-21-34

2013 s. 139). Maktforholdet mellom partene er derfor en vesentlig del av enhver forhandlingssituasjon.

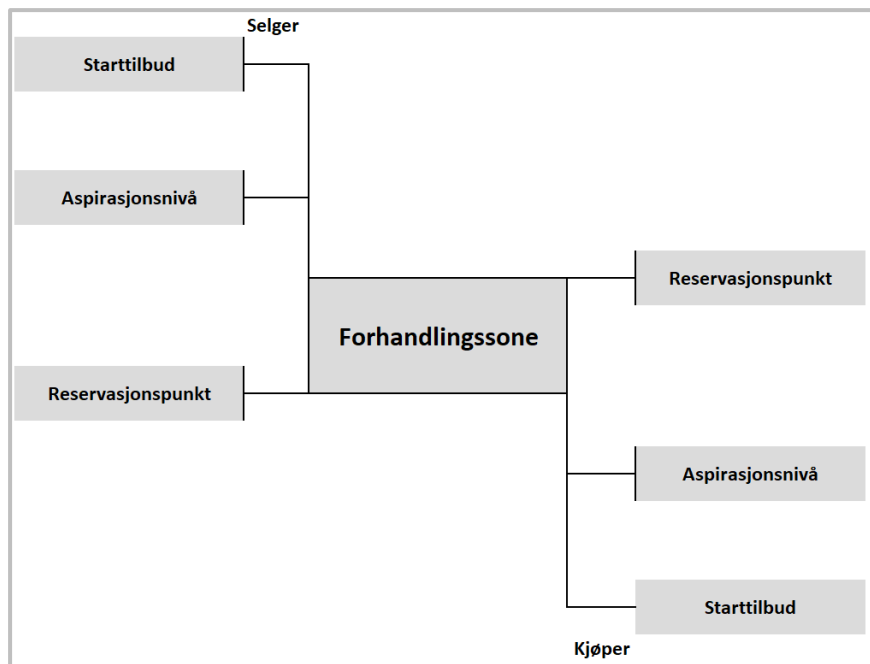
3.4.4 Forhandlingsmodeller

Forhandlinger er et viktig ledd i forbindelse med avtaleinngåelse, typisk ved etablering av nye avtaler, men også i forbindelse med håndteringen av konflikter i pågående relasjoner (Rognes, 2016 s. 21). I de fleste tilfeller vil partene ha en større handlefrihet i forbindelse med utarbeidelse av nye avtaler, enn ved fornyelse av eksisterende avtaler (Rognes, 2016 s. 21). Siden ingen forhandlingssituasjoner er like, krever ulike scenariene ulike tilnæringsmetoder for å sikre gode forhandlingsresultater. Vi vil i det følgende gjøre rede for to ulike modeller som vi anser som aktuelle i forbindelse med inngåelse av utbyggingsavtaler. Disse modellene gjør det mulig å håndtere ulike forhandlingssituasjoner gjennom et solid og universelt rammeverk (Rognes, 2016 s. 21).

3.4.4.1 Fordelingsforhandlinger

Fordelingsforhandlinger blir av Vindeløv betegnet som en konkurranselignende forhandlingsstrategi, hvor gjenstanden for forhandlingen oppleves som en gitt størrelse (Vindeløv, 2013 s. 129). Dette innebærer at avtalemulighetene i stor grad baseres på kompromisser, og partene vil i mange tilfeller oppfatte hverandre som motparter (Rognes, 2016 s. 42).

Fordelingsforhandlinger kjennetegnes ved at handlingsrommet for avtaleinngåelsen er begrenset av partenes reservasjonspunkter. Den enkelte parts reservasjonspunkt er en beskrivelse av partens nedre grense for aksept, og representerer derfor yttergrensen for en akseptabel avtale. Dette blir av Rognes karakterisert som «forhandlingssonen» og er illustrert i figuren nedenfor (Rognes, 2016 s. 44).



Figur 4: Fordelinganalyse (Rognes, 2016, s. 44)

Partenes aspirasjonsnivå kan på mange måter betegnes som det utfallet som vil være mest ønskelig for den enkelte part.

Forhandlingssituasjonen vil i vesentlig grad bære preg av en fordelingstankegang, hvor den ene parts oppfyllelse fører til en tilsvarende oppofrelse fra avtalemotparten. Dette karakteriseres ofte som et nullsumspill (Rognes, 2016 s. 42). En slik nullsumtankegang står i tydelig kontrast til den interesse- og samarbeidsorienterte strategien som danner utgangspunktet for integrasjonsforhandlinger (Vindeløv 2013 s. 131).

3.4.4.2 Integrasjonsforhandlinger

I motsetning til fordelingsforhandlinger er formålet med integrasjonsforhandlinger å forme avtaler som er bedre enn de man oppnår ved bruk av kompromisser i enkeltsaker (Rognes, 2016 s. 61). Denne fremgangsmåten blir av Vindeløv karakterisert som en «problemløsende strategi», og bør derfor benyttes i de tilfeller hvor partenes interesser ikke er i direkte motstrid med hverandre (Vindeløv, 2013 s. 131). En forutsetning for å kunne nyttiggjøre seg av denne strategien er at avtalepartene tar del i en problemløsende adferd med den hensikt å flytte fokus bort fra et nullsumperspektiv, over til et flerdimensjonalt tankemønster. Målet med denne strategien er å komme frem til løsninger som tilfredsstillende begge parter behov (Vindeløv

2013 s. 131). Med andre ord øker partene størrelsen på kaken som fordeles, noe som gjerne karakteriseres som vinn-vinn-forhandlinger.

I de forhandlingssituasjonene hvor forutsetningene for integrasjon er til stede, vil man ved bruk av integrativ fremgangsmåte legge til rette for bedre avtaler enn ved fordelingsforhandlinger (Rognes, 2016 s. 62).

I denne sammenheng kan «vinn-vinn»-begrepet oppfattes slik at konkurranseelementet opphører. I de fleste tilfeller vil det likevel være konfliktdimensjoner som oppstår, og som må behandles innenfor rammene av integrasjonsforhandlinger. På bakgrunn av dette må partene håndtere både samarbeid og konkurranse i en og samme forhandlingsprosess. Dette aspektet trekkes likevel frem som en av de store fordelene ved integrasjonsforhandlinger. Bakgrunnen for dette er at partene viser større villighet til å etterfølge avtaler som skapes ved bruk av felles problemløsning, fremfor fordelingsbaserte maktkamper (Rognes 2015 s. 61).

4 Empiri

I det følgende kapittelet vil vi redegjøre for det empiriske materialet som er innhentet gjennom intervju og dokumentstudier. Gjennom teorikapittelet har vi redegjort for den aktuelle teorien som legger grunnlaget for den videre tolkningen av problemstillingene. Majoriteten av litteraturen er likevel mest egnet til å beskrive rammeverket for merverdiavgiftsproblematikken i utbyggingsavtaler, og i liten grad dekkende til å besvare oppgavens problemstillinger som helhet. Vi anser det som hensiktsmessig å forsøke å besvare hovedproblemstillingen ved hjelp av fem underproblemstillinger som samlet skal gi et tilstrekkelig grunnlag til å drøfte hovedproblemstillingen som er: «*Hvordan håndteres merverdiavgift ved inngåelse av utbyggingsavtaler i Oslo kommune?*»

De ulike underproblemstillingene vil forsøke å sammenfatte de ulike synspunktene fra våre empiriske funn, som vil samlet utgjøre utgangspunktet for våre drøftelser og avsluttende refleksjoner. Vi har som nevnt 6 ulike intervjuobjekter, med til dels ulik bakgrunn og forutsetninger, der underproblemstillingene vil besvares på bakgrunn av deres svar. Videre har vi valgt å ta med en rekke dokumenter og uttalelser som en del av empiri kapittelet. Mange av dokumentene vil på grunn av sin art befinne seg i skillet mellom empiri og teori. Eksempler på dette er diverse høringsuttalelser fra blant annet Finanskomiteen, Kommuneadvokaten, Byrådet, mm. Dette er dokumenter som vi har valgt å ta med i empirikapittelet.

Av praktiske hensyn har vi valgt å fremstille det empiriske materialet i delkapitler som bygger på de ulike underproblemstillingene. Kapittelet vil derfor ha ett underkapittel for hver underproblemstilling. Hver underproblemstilling vil bli presentert med en kort innledning som har til hensikt å sette leseren inn i den enkelte problemstillingen, samt etablere en kontekst for respondentenes uttalelser.

4.1 Dokumentstudier

For å belyse forskningsspørsmålet har vi tatt for oss en rekke dokumenter som vi anser som relevante i forhold til oppgavens tema og problemstillinger.

I innledning til oppgaven gjorde vi rede for ulike synspunkter i forbindelse med merverdiavgiftsdebatten. Vi anser de ulike artiklene som er presentert i aktualitetskapittelet som godt egnet til å belyse de ulike momentene som fremgår i merverdiavgiftsdebatten.

Kommuneadvokaten i Oslo har i sin uttalelse om merverdiavgift i utbyggingsavtaler gjort rede for sitt syn på saken. Uttalelsen vil bli brukt som et supplement til den øvrige empirien.

Vi har videre sett nærmere på sivilombudsmannens vurdering av «Sandnes-modellen». Uttalelsene inneholder nyttige betraktninger knyttet til rekkevidden av plan- og bygningsloven §17-3.

Norsk eiendom har i samarbeid med Deloitte advokatfirma utarbeidet et tolkningsnotat i forbindelse med bystyrets vedtak om – «Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune». Tolkningsnotatet inneholder handlingsalternativer for gjennomføring av «netto-kostnads prinsippet».

Samfunnsøkonomisk analyse har i samarbeid med Hjort advokatfirma utarbeidet en rapport om: «Finansiering av offentlig infrastruktur i utbyggingsområder». Rapporten tar blant annet for seg eksempler på hva de mener lovlig kan tas inn en utbyggingsavtale og eksempler på vilkår de anser som ulovlige.

4.2 Intervjuer

Vi har gjennomført fem semi-strukturerte intervjuer med aktører som på ulik måte har tilknytting til oppgavens tematikk. I den sammenheng har vi intervjuet:

- Knut F Rasmussen – seniorrådgiver Kommunal og moderniseringsdepartementet. Har arbeidet med innføring av lovreglene om utbyggingsavtaler, lang erfaring med arealplaner og utbyggingsavtaler.
- Jon Erik Lunøe – Prosjektleder OBOS Ulven. Utdannet sivilingeniør med lang erfaring med prosjektutvikling. Har representert OBOS i flere forhandlinger om utbyggingsavtaler.
- Dagrun Grønvik – Advokat OBOS BB og har bistått i forhandlinger om utbyggingsavtaler.

- Anne Sofie Bjørkholt – Partner BAHR Har bistått flere utbyggere i komplekse spørsmål knyttet til skatt og avgift i utbyggingsavtaler.
- Siv Merethe Øveraasen – Partner BDO Advokater. Bakgrunn NHO og bistår utbyggere i spørsmål knyttet til skatt og avgift i utbyggingsavtaler.
- Alexander With – Partner/Advokat Deloitte advokatfirma. Leder av avgiftsavdelingen i Deloitte advokatfirma. Sitter i utvalg for standardisering av utbyggingsavtaler. Bistår også utbyggere og kommuner i komplekse spørsmål knytte til skatt og avgift i utbyggingsavtaler.

4.3 Underproblemstilling A

Hva innebærer det nye bystyrevedtaket av Byrådssak 104 av 25.04.2018, og hvilken praksis legger Oslo kommune opp til med innføringen av begrepet «netto kostnader»?

Med utgangspunkt i det nye bystyrevedtaket er det flere faktorer som tilsier at Oslo kommune legger opp til en ny praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Med bystyrevedtak nr. 104 av 25.04.2018 uttrykker Oslo kommune at det skal «tas hensyn til effekten av merverdiavgiftskompensasjonen slik at det er netto kostnader som skal fordeles mellom partene». I mangel av utbyggingsavtaler som er inngått med utgangspunkt i det nye vedtaket, finnes det ingen fasit for hvilken praksis Oslo kommune legger opp til. I påvente av nye utbyggingsavtaler er det flere aktører som har gitt uttrykk for sin tolkning av vedtaket, og det eksisterer med dette flere ulike synspunkter for hva den nye praksisen vil føre til.

Når det gjelder de ulike synspunktene knyttet til virkningen av det nye bystyrevedtaket, er de basert på ulike tolkninger av ordlyden i vedtaket. Bakteppet for de ulike synspunktene er i hovedsak knyttet til forståelsen av begrepet «netto kostnader», og hva dette vil medføre i praksis. I tillegg omhandler noe av det empiriske materialet forhold som har å gjøre med praksisen etter det foregående bystyrevedtak av 12.11.2014, sak 309.

På bakgrunn av manglende intervju med Oslo kommune, vil det empiriske materialet på dette område kunne fremstå som ubalansert i den grad kommunens synspunkter ikke er representert. Det ville selvfølgelig vært ønskelig med et intervju med Oslo kommune. I

påvente av retningslinjer for hvordan merverdiavgift skal behandles som følge av bystyrevedtaket, var det ikke mulig for dem å stille til et intervju.

I mangelen av intervju med Oslo kommune har vi bedt om innsyn i en rekke dokumenter som har tilknytning til behandlingen av bystyrevedtaket. Dette er dokumenter som etter vår mening er egnet til å kaste lys over oppgavens tema og problemstillinger.

Vi har bedt om innsyn i følgende dokumenter:

- Vurdering av notifisering-mva-avtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur
- Forslag til oppfølging av bystyrets vedtak av 25.04.2018 - mva i utbyggingsavtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur
- Oppfølging av bystyrets vedtak av 25.04.2018 - vedtakspunkt 5 - mva i utbyggingsavtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur
- Vedr. henvendelse om avtalebestemmelse:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur
- Mva - midlertidig klausul i utbyggingsavtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur
- Vedr. spørsmål til byrådssak 138/17:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur

- Kopi: Forslag til ny klausul i utbyggingsavtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur

- Kopi: Utforming av rekkefølgebestemmelser og forholdet til utbyggingsavtaler:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur

- Gjennomføring av bystyrets vedtak av 25.04.2018:
2013/5161 - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved privat bygging av offentlig infrastruktur

Majoriteten av innsynskravene er blitt avslått, med begrunnelse i at hensynet til å sikre forsvarlige interne beslutningsprosesser veier tyngre enn hensynet til offentlighet. For enkelte innsynskrav har vi kun fått tilgang til enkelte vedlegg som er av tilnærmet ingen interesse. Dokumentet vi har fått innsyn i er «Brev fra kommuneadvokaten til finanskomiteen», datert 30.10.2017.

Manglende innsyn i aktuelle saksdokumenter tilknyttet bystyrevedtaket har ytterligere vanskeliggjort arbeidet med å sammenstille et helhetlig og balansert empirisk materiale. Med utgangspunkt i dette vil det empiriske materialet være basert på intervjuer med aktører som på ulik måte har tilknytning til oppgavens tema og formål. Som et resultat av dette vil det empiriske materialet fremstå som ufullstendig og lite nyansert.

Det følger av Bystyrets vedtak punkt 4 at det «ved inngåelse av utbyggingsavtaler skal det, ved fastsettelsen av størrelsen på utbyggers bidrag, tas hensyn til effekten av merverdiavgiftskompensasjonen slik at det er nette kostnader for offentlig infrastruktur som skal fordeles mellom partene».

Når det gjelder tolkningen av hvordan punkt 4 i det nye bystyrevedtaket skal forstås gir de fleste respondentene uttrykk for en felles forståelse av vedtaket. Selv om respondentenes tolkninger uttrykkes på litt ulike måter, er den innholdsmessige forståelsen relativt lik. Uenigheten er i større grad knyttet til hvordan bystyrets vedtak vil kunne gjennomføres i

praksis. På dette punktet presenterer respondentene ulike måter de ser for seg at vedtaket kan gjennomføres på, samt problemstillinger knyttet til dette.

Respondentenes syn på hvordan det nye vedtaket i Oslo bystyret skal tolkes, og hvordan begrepet «netto kostnader» skal forstås.

Alexander With argumenterer for at «netto kostnader» ikke kan forstås på en annen måte enn kostnader ekskludert merverdiavgift. Slik han ser det må «netto kostnad» sees i sammenheng med brutto kostnad, og dermed er dette den naturlige tolkningen. Dette synspunktet støttes av Anne Sofie Bjørkholt, som utaler at «netto kostnader i denne sammenheng må forstås som kostnader etter merverdiavgift, det kan ikke være noen annen netto enn det».

Siv Merethe Øveraasen er på sin side litt forsiktig med å tolke det nye bystyrevedtaket i den retning at utbygger vil fritas for kostnaden med merverdiavgift i forbindelse med etablering av offentlig infrastruktur. Hun begrunner sitt synspunkt i Oslo kummenes praksis etter det gamle vedtaket, og utaler at hun ikke finner holdepunkter i det nye vedtaket for at Oslo kommune legger opp til å fullstendig fritas utbygger i enhver utbyggingssammenheng.

Respondentenes syn på hvordan det nye vedtaket i Oslo bystyret skal gjennomføres i praksis.

Alexander With er av den oppfatning at gjennomføringen av det han omtaler som «netto kostnadsprinsippet» kan gjennomføres på 3 ulike måter, dette samsvarer med tolkningsnotatet fra Norsk Eiendom som han var med å utarbeide.

For det første skisserer han et opplegg hvor utbygger opparbeider infrastrukturen for egen regning og risiko, for deretter å overføre dette vederlagsfritt til kommunen. Deretter tilbakebetaler kommunen den kompenserte merverdiavgiften til utbygger, og på denne måten fritar utbygger for kostnaden forbundet med merverdiavgift. Dette opplegget omtaler han som realytelser.

For det andre presenterer han en praksis som går ut på at utbygger finansierer den offentlige infrastrukturen gjennom et kontantbidrag til kommunen. Denne praksisen forutsetter at kommunen benytter seg av Valdresmodellen, VPOR eller lignende, og på denne måten

viderefakturerer utbygger for kostnaden eksklusiv merverdiavgift. Dette opplegget omtaler han som kontantbidrag.

Det tredje alternativet innebærer en kombinasjon av realytelser og kontantbidrag.

With argumenterer videre for at en slik kombinasjon kan gjennomføres på ulike måter, for å sikre at den belastningen som utbygger skal bære representerer netto kostnad. Det opplegget han anser som mest realistisk, innebærer en praksis hvor effekten av merverdiavgiftskompensasjonen for realytelsene, «nettes opp mot kontantbidraget som skal ytes». Med andre ord ser han for seg en praksis hvor merverdiavgiften fra realytelsen motregnes med det som skal ytes som et kontantbidrag.

Disse betraktningene samsvarer med de forslagene som illustreres i «Tolkningsnotat om merverdiavgift og infrastruktur i Oslo kommune», som er utarbeidet av Norsk Eiendom. Alexander With har deltatt i utarbeidelsen av dette tolkningsnotatet. De skisserte alternativene tar imidlertid ikke høyde for hvor realistiske de er med tanke på praktisk implementering. Tolkningsnotatet er derfor å betrakte som en oppskrift for hvordan netto kostnadsprinsippet kan gjennomføres.

Anne Sofie Bjørkholt er i stor grad enig med de forslagene for gjennomføring som skisseres i tolkningsnotatet til Norsk Eiendom, men utaler «at det er vanskelig å tolke betydningen av vedtaket». Med utgangspunkt i forståelsen av at «netto kostnader» må tolkes som kostnader eksklusiv merverdiavgift, er hun enig i at den nye praksisen innebærer et opplegg hvor merverdiavgiften ikke belastes utbygger, og på denne måten løftes bort fra kostnadsbildet.

Siv Merethe Øveraasen sier at på sin side at vedtaket er utformet på en slik måte at det reiser en rekke spørsmål. Øveraasen er i likhet med With av den oppfatning at den nye praksisen legger opp til en «netting» av realytelser og kontantbidrag. Med andre ord ser hun for seg at det må gjennomføres en form for motregning. Videre problematiserer hun de tilfellene hvor det ikke skal ytes både realytelser og kontantbidrag. I mindre utbyggingsprosjekter hvor utbygger står ansvarlig for hele utbyggingen, argumenterer hun for at det «ikke vil være noe å nette mot». Som et resultat av dette vil det ikke være mulig å gjennomføre noen form for motregning.

4.4 Underproblemstilling B

Hva kan inngå som momenter i utbyggingsavtaler, og hvilke juridiske skranker foreligger?

Som det fremgår av teorikapittelet er rammene for hva som kan inngå som momenter i utbyggingsavtaler utformet med hensyn til fleksibilitet. Det er likevel på det rene at loven oppstiller materielle rammer for hva som kan avtales i en utbyggingsavtale. Hvordan disse materielle rammene skal forstås er det derimot ulike oppfatninger om. Dette gjelder særlig forhold knyttet til håndtering av merverdiavgift.

Hvis man tar utgangspunkt i noen av de utbyggingsavtalene som er inngått med Oslo kommune de siste årene, er det flere likhetstrekk med hensyn til flere av de momentene som inngår i utbyggingsavtalen. Med hensyn til merverdiavgiftsspørsmålet, kan det virke som om klausulen vedrørende overdragelse av justeringsrett og -plikt i forbindelse med ferdigstilling av anlegget i stor grad inntas som en standardbestemmelse i utbyggingsavtaler.

Nedenfor følger et typisk eksempel på hvordan Oslo kommune håndterer spørsmålet om merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Ordlyden er hentet fra utbyggingsavtalen for Nycoveien 2 Gnr./bnr 77/119 i Oslo kommune. Følgende eksempel ble fremlagt ved samtlige intervjuer.

«7.7 Overdragelse av justeringsrett og – plikt for infrastruktur

I forbindelse med at den offentlige infrastrukturen overdras til Oslo kommune vil også justeringsrett og -plikt for merverdiavgift som er påløpt i forbindelse med utbyggingen av infrastrukturen overtas av kommunen.

Utbygger skal i denne forbindelse fremlegge dokumentasjon av utgifter og merverdiavgift i forbindelse med den infrastrukturen kommunen har overtatt. Dokumentasjonen skal tilfredsstillе dokumentasjonskravene i merverdiavgiftslovens kap. 9, merverdiavgiftsforskriften §§ 9-1-2, 9-3-3 og 9-3-5.

Dokumentasjonen skal være bekreftet av utbyggers revisor.»

Selv om gyldigheten av denne type bestemmelser i utbyggingsavtaler står uprøvd for de norske domstolene, er det delte meninger når det gjelder graden av lovlighet som er forbundet med denne typen bestemmelser.

Bakteppet for de ulike synspunktene har å gjøre med plan- og bygningslovens bestemmelse vedrørende innholdet i utbyggingsavtaler. De ulike synspunktene på dette område er i stor grad basert på ulike oppfatninger av ordlyden i § 17-3 første ledd, som sier at utbyggingsavtaler «kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan». Med andre ord går uenigheten ut på om denne bestemmelsen skal forstås i sin bokstavelige form, med det resultat at klausuler i utbyggingsavtaler som ikke omfatter forhold som faller inn under kommunens reguleringsmyndighet må anses som ulovlige:

§ 17-3 Avtalens innhold

«En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan»

Respondentenes syn på hva som kan inngå som momenter i utbyggingsavtaler, og hvilke juridiske skranker som foreligger.

Knut F. Rasmussen stiller seg tvilende til bruken av vilkår ved forhandling om utbyggingsavtaler, dersom vilkårene omfatter andre ting enn det som kan reguleres, spesielt dersom bestemmelsen framstår som et absolutt vilkår. På den annen side ser han ingen problemer med at merverdiavgiftsbestemmelser som vist ovenfor, kan inngå som en del av forhandlingsspillet, gitt at effekten av merverdiavgiftsbelastningen blir tatt høyde for i forholdsmessighetsvurderingen, eller kommer til fradrag på annen måte.

Han er på sin side tydelig på at reglene ikke åpner for at avtalen kan vektlegge fiskale hensyn. Avtalen skal som utgangspunkt regulere hvilken belastning som kan pålegges utbygger i forbindelse med utbyggingene, sett i lys av skrankene for nødvendighet og forholdsmessighet. Dersom disse vilkårene skulle vise seg å være oppfylt, er det ingen holdepunkter for at utbygger kan pålegges ytterligere byrder, som del av utbyggingsavtalen.

Anne Sofie Bjørkholt har på sin side en litt annen tilnærming til spørsmålet om hva som kan avtales i utbyggingsavtaler, og uttaler at bestemmelsen i plan- og bygningsloven § 17-3 første ledd ikke kan tolkes i snever forstand. Bjørkholt viser til at mange utbyggingsavtaler inneholder bestemmelser som vil være ulovlig, hvis man baserer seg på en snever tolking av § 17-3 første ledd. Hun trekker særlig frem de avtaletekniske bestemmelsene om frister,

mislighold, kostnader til tinglysning og lignende. På lik linje med bestemmelser om merverdiavgift, er dette forhold som kommunen ikke kan gi bestemmelser om i reguleringsplan, men som inngår i utbyggingsavtalen av rent praktiske årsaker. Hun argumenterer videre for at denne typen bestemmelser ikke må regnes som selvstendige bestemmelser, men heller anses som utfyllende bestemmelser som står i direkte sammenheng med de tiltakene som utbyggingsavtalen regulerer. Bjørkholt, som på sin side karakteriserer merverdiavgiftsbestemmelser i utbyggingsavtaler som «haler» til rekkefølgebestemmelsene, uttaler at det ikke finnes holdepunkter for at plan- og bygningsloven § 17-3 første ledd skal forstås i en så snever forstand. For å underbygge dette trekker hun frem at merverdiavgift bare er én av mange kostnadskomponenter som inngår i det totale regnestykket. Og siden plan- og bygningsloven ikke har til formål å regulere flere av disse komponentene, anser hun det som naturlig at de ikke blir behandlet i loven eller dens forarbeider.

Alexander With har på sin side en mer overordnet tilnærming til hva som ligger i begrepet utbyggingsavtale, og hvilke skranker som legger føringer for innholdet i slike avtaler. Han argumenterer for at det ikke bør være av praktisk betydning om merverdiavgiften håndteres i utbyggingsavtalen eller som separat merverdiavgiftsavtale. Så lenge den separate merverdiavgiftsavtalen regulerer håndteringen av den refunderte merverdiavgiften som følger av de tiltakene som er avtalefestet i utbyggingsavtalen, har det ingen betydning om avtalen kalles for utbyggingsavtale eller en merverdiavgiftsavtale. Men andre ord, mener With at det er avtalen som sådan, som legger føringer for hvilke lovskranker som legger begrensninger på innholdet, og ikke hvilken «merkelapp» som settes på avtalen. Han utaler likevel at han tror det ville vært «lettere å prosedere saken for retten», dersom merverdiavgiftsavtalen inngikk som del av utbyggingsavtalen, men at det rent juridisk ikke skal ha noen betydning.

With problematiserer også det han karakteriserer som prinsippvedtak for avtaleklausuler, og mener at bruken av slike prinsippvedtak i seg selv er egnet til å gjøre «avtalen mer forvaltningsrettslig». Ved at innholdet i utbyggingsavtaler blir gjenstand for politisk behandling, og at bystyret på bakgrunn av dette velger å treffe prinsippvedtak, bidrar dette på mange måter til at avtalen blir forvaltningsrettslig. Som en konsekvens av dette mener han at avtalen i større grad også reguleres av de forvaltningsrettslige reglene for hva det offentlige kan kreve i en avtale.

Når det gjelder avtaleklausuler som sier at utbygger skal utarbeide justeringsoppstilling som tilfredsstillere reglene i merverdiavgiftsforskriften, mener With at dette ikke er noe kommunen har hjemmel til å kreve. Selv om kommunen ikke får noen justeringsrett, med mindre utbygger lager en slik justeringsoppstilling, finner han ingen holdepunkter i lovverket for at kommunen kan pålegge utbygger å utarbeide en slik oppstilling som del av utbyggingsavtalen.

Kommuneadvokaten er i sitt brev av en annen oppfatning enn det With og Rasmussen er, og argumenterer for at plan- og bygningsloven § 17-3 ikke er til hinder for inngåelse av utbyggingsavtale som inneholder en klausul som innebærer at kommunen overtar justeringsretten. Videre trekker Kommuneadvokaten frem at fordelene for kommunen er vesentlig større enn den arbeidsbyrden som pålegges utbygger, og anfører at det skal «noe til før en slik avtale blir kjent ugyldig» (Vedlegg 3 s. 11). Når det gjelder avtaleklausuler om overføring av justeringsrett er Kommuneadvokaten av den oppfatning at dette ikke kan betegnes som «fiskale hensyn». Såfremt utbyggingsavtalen er begrunnet i planfaglige vurderinger, og ikke utelukkende med at den er økonomisk gunstig, vil ikke avtaleklausulen være å betegne som et «fiskalt hensyn». Kommuneadvokaten virker likevel å være av den oppfatning at kommunen ikke kan pålegge en ensidig klausul om overføring av justeringsrett i de tilfeller utbygger påtar seg å oppfylle allerede vedtatte rekkefølgekrav og vilkår fullt utenfor utbyggingsavtale.

4.5 Underproblemstilling C

«På hvilken måte inngår effekten av merverdiavgiftskompensasjonen ved fastsettelse av hva som er forholdsmessig i lys av plan- og bygningsloven § 17-3.»

Som det fremgår av teorigapittelet fungerer forholdsmessighetskriteriet som en sikkerhetsventil der hensikten er at utbygger ikke blir påført byrde ut over de behovene som direkte følger av utbyggingen. Selv om forarbeidene i stor grad redegjorde for hensikten bak innføringen av forholdsmessighetskriteriet, finnes det få kilder som sier noe om hvordan denne avveiningen blir gjennomført i praksis. Vi har i dette avsnittet forsøkt å tilnærme oss hvordan merverdiavgiften behandles i forbindelse med fastsettelsen av hva som er forholdsmessig i lys av § 17-3.

Det empiriske materialet på dette område har til tider vært krevende å innhente. Materialet er basert på uttalelser fra intervjuobjektene, samt høringsuttalelser i forbindelse med det nye bystyrevedtaket. De aktuelle høringsuttalelsene som vi har valgt å legge vekt på, omfatter Kommuneadvokatens uttalelse om «merverdiavgiftsklausuler i utbyggingsavtaler», (Vedlegg 3), saksfremstillingen til byrådssak 138/17 om «Utbyggingsavtaler – Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune», (Byrådet, 2017), samt finanskomiteens merknader til byrådssak 138/17, datert 07.03.2018, (Finanskomiteen, 2018).

På bakgrunn av manglende intervju med Oslo kommune, vil det empiriske materialet på dette område kunne fremstå som ubalansert i den grad kommunens synspunkter ikke er representert. Det ville selvfølgelig vært ønskelig å ha gjennomført et intervju med Oslo kommune, men i påvente av retningslinjer for hvordan merverdiavgift skal behandles som følge av bystyrevedtaket, var det ikke mulig å få til et intervju.

Respondentenes syn på hvilken måte effekten av merverdiavgift inngår ved fastsettelsen av hva som er forholdsmessig i lys av plan- og bygningsloven § 17-3.

Knut Rasmussen opplyser at han har vanskelig for å se merverdiavgift opp mot forholdsmessighetskriteriet. Han problematiserer videre at utbygger og kommune har mulighet til å inngå merverdiavgiftsavtale separat, frittstående fra utbyggingsavtalen. I slike tilfeller der merverdiavgiftsavtalen ikke inngår i utbyggingsavtalen, hverken implisitt eller eksplisitt, argumenterer Rasmussen for at rammene etter §17-3 ikke er gjeldende. På en annen side er han av den oppfatning at dersom merverdiavgiftstematikken inngår som en del av utbyggingsavtalen, «må de refunderte midlene spille inn på en eller annen måte». Med dette sikter han til en form for motregning, tilsvarende effekten av det kompenserte beløpet. Dette synspunktet støttes av Anne Sofie Bjørkholt som er av den oppfatning at ettersom «forholdsmessigheten henspiller på kostnaden, og kostnaden inkluderer moms, så må momsen være med».

Finanskomiteen for Oslo kommune har i sine merknader til bystyrevedtaket vedrørende «Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune – Byrådssak 104 av 25.04.2018» på side 2 tredje avsnitt uttalt følgende:

«Etter disse representantenes oppfatning, er det avgjørende at den merkompensasjon kommunen på slik måte får tilført fra staten kommer den aktuelle infrastrukturen i

området til nytte. For å tilfredsstillere kravet i Pbl § 17.3 om nødvendighet, rimelighet og forholdsmessighet, må den refunderte momsen gjenspeiles i kostnadsfordelingen i utbyggingsavtalen for infrastrukturiltakene som følger av den aktuelle utbyggingen. På en slik måte forventes at de reelle kostnadene til fordeling oppleves rettferdig og synlig for partene». (Finanskomiteen, 2018 s. 2).

Dette utsagnet må leses i sin helhet, og komiteen peker videre på at det er viktig at «kostnadsfordelingen mellom kommune og utbygger oppfattes som rimelig, og at byrdefordelingen fremkommer på en transparent måte». På bakgrunn av slike utsagn vil det være nærliggende å anta at Finanskomiteen er av den oppfatning at merverdiavgiften bør inngå som en del av det totale kostnadsbildet som utgjør utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen.

På den annen side trekker Rasmussen frem at det ikke finnes holdepunkter, i hverken lov eller forarbeider som tilsier at merverdiavgiften skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen. Han opplyser videre at han deltok i forbindelse med utarbeidelsen av lovforslaget, og at «moms ikke var vurdert som en del av lovforarbeidene, og kom først som en overraskelse noen år senere».

Jon Erik Lunøe er av den oppfatning at merverdiavgiften ikke inngår som en del av det totale kostnadsbildet ved forholdsmessighetsvurderingen, og anser den avgiftsmessige siden ved utbyggingsavtalen som en konsekvens av skattesystemet. Slik han oppfatter merverdiavgiften blir den en «tilleggskostnad for de private aktørene, som i realiteten belastes boligkjøperen».

4.6 Underproblemstilling D

Hvordan utspiller forhandlingssituasjonen om utbyggingsavtaler seg, og på hvilken måte inngår merverdiavgift i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen?

Når det gjelder forhandlingssituasjonen knyttet til utbyggingsavtaler, er det flere dimensjoner det er rom til å forhandle om. Forholdsmessighetskriteriet er en av de viktigste skrankene som sikrer at utbygger ikke pålegges urimelige byrder i forbindelse med utbyggingsavtalen. Hensikten er at den totale belastningen «må stå i forhold til den belastningen som den aktuelle utbyggingen påfører kommunen». Spørsmålet i denne sammenheng retter seg mot hvordan partene tilnærmer seg forholdsmessighetskriteriet i forhandlingssituasjonen.

Respondentenes syn på hvordan forhandlingssituasjonen om utbyggingsavtaler utspiller seg, og på hvilken måte merverdiavgift inngår i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen.

Jon Erik Lunøe fra OBOS utaler at forhandlingssituasjonen knyttet til utbyggingsavtaler er utfordrende sett fra et utbyggerperspektiv, og at rammeverket rundt disse forhandlingene ikke kan sammenlignes med andre forretningspregede forhandlinger.

Dagrun Grønvik fra OBOS uttaler at kommunen på mange måter sitter i en monopolsituasjon når det kommer til inngåelse av utbyggingsavtaler, og at forhandling om utbyggingsavtaler på mange måter ikke oppfyller kravene til en reell forhandlingssituasjon. Med dette sikter hun til at man som utbygger er «låst til å forhandle med den kommunen utbyggingen foregår i», og at det ikke finnes noen reelle alternativer til å inngå forhandlinger.

Lunøe legger særlig vekt på at maktposisjonene i forhandlingene fremstår som veldig skjeve, og at det reelle handlingsrommet for forhandling i praksis er veldig lite. Særlig i forbindelse med det han karakteriserer som mindre eller bagatellmessige endringer, opplever de at kommunens krav for å godta endringene «ofte ikke står i stil med de endringen som det er snakk om». Med dette sikter han til endringer som ikke nødvendigvis fører til merutnyttelse av prosjektet, men endringer som ville bidratt til bedre og helhetlige løsninger på prosjektet, som i mange tilfeller ville kommet område som helhet til gode. Han stiller seg kritisk til det han oppfatter som en lite fleksibel tilnærming med tanke på denne typen endringer, og opplever at kommunen på sin side benytter dispensasjoner som et pressmiddel for å reforhandle vilkårene i avtalen.

Lunøe trekker videre frem tidsaspektet som en utfordring med disse forhandlingene, og viser i den sammenheng til OBOS sin utbygging på Ulven. For Ulven-prosjektet pågikk forhandlingene om utbyggingsavtalen over neste 3 år, «og da var det egentlig momsens som var det viktigste punktet».

Lunøe problematiserer videre at bruken av justeringsklausuler som sikrer kommunen retten til det refunderte merverdiavgiftsbeløpet, bidrar til å vanskeliggjøre arbeidet med å skape balanserte avtaler. Slik han ser det er «litt av problemet med denne måten å håndtere merverdiavgiften på, er at det kan virke som et incitament for kommunen til å få bakt så mye som mulig inn i utbyggingsavtalen». Dette synspunktet støttes av Siv Merethe Øveråsen, som

sier at Oslo kommunes praksis på dette område, i liten grad virker som et incitament til å innnta balanserte krav i utbyggingsavtalen.

Advokat Morten Steenstrup stiller seg også kritisk til at klausuler om justeringsrett fremstår som en forpliktelse i utbyggingsavtalen. Han problematiserer også det faktum at forhandlinger om utbyggingsavtaler i mange tilfeller gjennomføres parallelt med reguleringsprosessen, og stiller spørsmål ved om dette kan få uheldige virkninger. Steenstrup antyder på sin side at det er «nærliggende å tro at utbyggere vil være tilbakeholdene med å protestere mot slik momsklausuler, i frykt for å oppnå et dårligere reguleringsresultat» (Steenstrup, 2018).

Når det gjelder tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen, sier Grønvik at det i stor grad er enkelttiltakene som er gjenstand for vurdering. De forsøker «å se om tiltaket er nødvendig i lys av utbyggingen, eller om behovet ville vært der uavhengig av utbyggingen». Når det gjelder forhandlingene knyttet til selve forholdsmessighetsvurderingen, er denne langt vanskeligere å fastslå. Lunøe presenterer et scenario for å illustrere problemstillingen, og viser til en forhandling vedrørende en rekkefølgebestemmelse knyttet til en planbestemt undergang.

Undergangen var tatt inn som en rekkefølgebestemmelse i et planområde, men på tidspunktet for inngåelse av utbyggingsavtalen, var det ikke avklart hvordan undergangen skulle utformes. Lunøe sier at OBOS hadde prosjektert med en undergang som sto i stil til det behovet som fulgte av utbyggingen, mens Oslo kommune la til grunn at undergangen skulle være betydelig større.

Forhandlingene for å komme frem til hva som skulle være OBOS sin forholdsmessige andel av kostnadsbilde, blir av Lunøe karakterisert som utfordrende. Dette synspunktet støttes av Grønvik som sier at selv om skrankene for nødvendighet og forholdsmessighet fremgår direkte av loven, er det liten grad av forhandlingsrom når det gjelder vurderingen av hva som er forholdsmessig. På den annen side legger hun til at det er utfordrende å fastslå hvor stor andel av bruken som faktisk kan knyttes til et konkret utbyggingsprosjekt.

5 Drøfting, analyse, og konklusjoner

5.1 Innledning

I det følgende kapittelet vil vi drøfte og analysere det empiriske materialet som er presentert i kapittel 4, og knytte dette opp mot relevant teori. Vi har valgt å organisere kapittelet med utgangspunkt i de aktuelle underproblemstillingene, med ett delkapittel for hver underproblemstilling.

Med tanke på at Oslo kommune ikke har hatt anledning til å utale seg om oppgavens tema og forskningsspørsmål, forblir de uttalelser som omhandler Oslo kommunes praksis, i stor grad uimotsagt. Vi har etter beste evne forsøkt å gjennomføre drøftelsene på en balansert og nyansert måte.

5.2 Underproblemstilling A

Hva innebærer det nye bystyrevedtaket av Byrådssak 104 av 25.04.2018, og hvilken praksis legger Oslo kommune opp til med innføringen av begrepet «netto kostnader»?

Med bystyrevedtak av byrådssak 104 av 25.04.2018, Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune, vedtok Oslo kommune en endring av praksisen for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. I punkt fire i det nye vedtaket slås det fast at det ved fastsettelsen av størrelsen på utbyggers bidrag, skal tas hensyn til effekten av merverdiavgiftskompensasjonen slik at det er «netto kostnader» som skal fordeles [...] mellom partene. Med dette innfører Oslo kommune et nytt begrep i forbindelse med inngåelsen av utbyggingsavtaler, «netto kostnader». Det er begrepet «netto kostnader» som danner utgangspunktet for de ulike oppfatningene knyttet kommunens fremtidige praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler.

Med tanke på at det nye bystyrevedtaket i skrivende stund (24.04.2019) ikke er implementert, finnes det ingen praksis for gjennomføringen av vedtaket. Som en konsekvens av dette finnes det heller ingen etablert praksis som kan knyttes sammen med det empiriske materialet. Det empiriske materialet på dette området gir i stor grad uttrykk for en felles forståelse av begrepet «netto kostnader», uenigheten dreier seg i hovedsak om hvordan bystyrets vedtak vil kunne gjennomføres i praksis.

Respondentenes oppfatning av «netto kostnader» er at begrepet må leses med utgangspunkt i en alminnelig språklig forstand. Flere av intervjuobjektene underbygger dette med at «netto kostnader» må sees i sammenheng med begrepet brutto kostnader, og at bystyrevedtaket må tolkes i lys av dette perspektivet. Etter vår oppfatning er det nærliggende at «netto kostnader» må leses i sin alminnelige språklige forstand, og vi finner heller ingen holdepunkter som tilsier at en annen forståelse skal legges til grunn.

Når det gjelder gjennomføringen av vedtaket, har respondentene ulike oppfatninger av hvordan dette lar seg gjøre i praksis. Flere av intervjuobjektene tar utgangspunkt i at Oslo kommune legger opp til en praksis som innebærer at effekten av merverdiavgift blir hensyntatt i en form for motregning. Alexander With anser det som en mulighet at effekten av merverdiavgift som oppstår som følge av oppføring av realytelser, kommer til motregning ved fastsettelse av kontantbidrag. Siv Merethe Øveraasen deler With sitt resonnement på dette området, men problematiserer de tilfeller der det ikke skal ytes både realytelser og kontantbidrag. Samtlige av respondentene utaler at det er vanskelig å tolke betydning av vedtaket, og med dette hvilken praksis kommunen legger opp til. Et resultat av dette er at respondentenes uttalelser i liten er egnet til å avklare hvilken praksis Oslo kommune legger opp til med hensyn til håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Vi vil derfor forsøke å tilnærme oss problemstillingen med utgangspunkt i andre kilder.

Etter vår oppfatning er det ikke sannsynlig at Oslo kommune legger opp til en praksis hvor utbygger får tilbakebetalt hele eller deler av det refunderte merverdiavgiftsbeløpet. Bakgrunnen for dette har å gjøre med det uavklarte spørsmålet om lovligheten av tilbakebetaling av refundert merverdiavgift, i lys av reglene om ulovlig statsstøtte. Kommuneadvokatens vurdering av dette spørsmålet fremgår i brev til finanskomiteen datert 30.10.17 og er særlig relevant i denne sammenheng. Kommuneadvokaten uttaler i sin vurdering at:

«det er vanskelig å gi en sikker beskrivelse av rettstilstanden. [...] Legges synspunktet i ESAs uttalelse til grunn, betyr dette at kommunen ikke kan yte støtte utover det som tilsvarende arbeidet for utbygger med å utarbeide nødvendig dokumentasjon for at kommunen skal ha justeringsrett». (Vedlegg 3 s. 8).

Såfremt rettstilstanden knyttet til spørsmålet om reglene om ulovlig statsstøtte ikke er endelig avklart, anser vi det som lite sannsynlig at Oslo kommune legger opp til en praksis med

tilbakebetaling av refundert merverdiavgift. Hvorvidt reglene om ulovlig statsstøtte er til hinder for at kommunen kan tilbakebetale den refunderte merverdiavgiften, er et spørsmål vi ikke vil ta standpunkt til. Vi er likevel av den oppfatning at den uavklarte rettsstilstanden vil være avgjørende for den praksisen som Oslo kommune legger opp til.

Kommuneadvokaten problematiserer ikke de tilfeller hvor infrastruktur finansieres utelukkende ved bruk av kontantbidrag. Spørsmålet i denne sammenheng er om statsstøtteproblematikken er like aktuell i slike tilfeller. Slik vi forstår kommuneadvokatens vurdering, må regelverket tolkes i lys av den støtteeffekten avgiftsbesparelsen har for mottaker. Videre vises det til ESAs konklusjon om at:

«forholdet ser ut til å utgjøre statsstøtte fordi utbygger her får en fordel utbygger ikke har krav på etter merverdiavgiftsregelverket, og en støtte andre utbygger i Norge ikke har krav på» (Vedlegg 3 s. 8).

Med utgangspunkt i kommuneadvokatens uttalelse, er det få holdepunkter for at Oslo kommune legger opp til en praksis hvor utbygger yter kontantbidrag eksklusive merverdiavgift. Uten å ta stilling til det rettslige spørsmålet vil en slik løsning etter vår mening medføre en tilsvarende støtteeffekt som ved en ren tilbakebetaling.

Slik vi ser det vil en praksis som innebærer en form for motregning derfor være å betrakte som et sannsynlig scenario. Flere av respondentene benytter begrepet «motregning» for å illustrere hvordan merverdiavgift kan hensyntas ved inngåelse av utbyggingsavtaler. Motregning i denne sammenheng må ikke forveksles med motregning i alminnelig juridisk forstand, slik som motregning i konkurs m.m. Med motregning i forbindelse med utbyggingsavtaler sikter vi til at effekten av merverdiavgiften skal kunne hensyntas ved fastsettelsen av størrelsen på partenes ytelser etter avtalen. Det er denne forståelsen av begrepet «motregning» som danner utgangspunkter for den videre drøftelsen. De ulike måtene dette kan gjennomføres på, kommer vi tilbake til i problestilling D.

5.3 Underproblemstilling B

Hva kan inngå som momenter i utbyggingsavtaler, og hvilke juridiske skranker foreligger?

Dette avsnittet har til hensikt å drøfte håndtering av merverdiavgift, opp mot de skranker som legger føringer for hva som kan inngå som momenter i en utbyggingsavtale. For å kunne tilnærme oss dette er det etter vår mening nødvendig å drøfte de generelle rammene som regulerer innholdet i utbyggingsavtalen, for deretter å vurdere merverdiavgift opp mot disse.

Som det fremgår av teorikapittelet er det vanskelig å finne tydelige retningslinjer for hvor grensen går mellom det som lovlig kan avtales i en utbyggingsavtale, og de momentene som ikke kan avtales i lys av lovens bestemmelse. Slik det fremgår av forarbeidene, er det få holdepunkter for at lovreglene som er utarbeidet for å regulere innholdet i utbyggingsavtaler, har til hensikt å legge absolutte rammer for hva som kan inngå som momenter i en utbyggingsavtale (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64). Med unntak av forbud mot sosial infrastruktur⁶, samt de tiltakene som følger direkte av opparbeidelsesplikten etter plan- og bygningslovens kapittel 18, oppstiller loven ingen konkrete føringer for hvilke tiltak en utbygger kan pålegges. Selv om ordlyden i lovregelen setter materielle rammer for hva avtalen kan gå ut på, er forarbeidene tydelige på at reglene skal være fleksible og dynamiske. Hensikten med reglene er å legge til rette for at partene skal komme frem til avtaler som er egnet til å få gjennomført planen og utbyggingsprosjektet.

Slik det fremgår av empirikapittelet har respondentene til dels ulike oppfatninger, knyttet til hvilke momenter som kan inngå som i en utbyggingsavtale. Siden respondentenes synspunkter er uttalt i ulike kontekster, må uttalelsene sees i sammenheng med dette. Flere av uttalelsene kan derfor ikke betraktes som direkte motstridende argumenter, selv om de gir uttrykk for ulike oppfatninger av problemstillingen.

Flere av respondentene problematiserer hvorvidt man skal legge en snever eller vid tolkning av plan- og bygningsloven §17-3 første ledd til grunn. Bestemmelsen sier at en *«utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen*

⁶ Forskrift om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler, FOR-2006-04-20-453.

til kommuneplan eller reguleringsplan». Sagt på en annen måte, er det ulike oppfatninger knyttet til hvilke momenter som kan inngå i en utbyggingsavtale. I tillegg til dette har respondentene ulike synspunkter vedrørende begrepet «utbyggingsavtaler», og hvilke avtaleformer som faller inn under dette begrepet. Hvilken forståelse det enkelte intervjuobjektet har av begrepet «utbyggingsavtaler», legger langt på vei føringer for hvilke momenter de mener kan inntas i utbyggingsavtaler.

Slik det fremgår av plan- og bygningsloven § 17-3 (1) kan en utbyggingsavtale «*gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan*». Med utgangspunkt i lovens ordlyd, er det lite som taler i retning av at regelen kan benyttes som selvstendig hjemmel til å regulere merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Det er derfor vanskelig å se for seg at man med utgangspunkt i plan- og bygningsloven 17-3, har noen hjemmel til å innta bestemmelser i utbyggingsavtalen som omhandler overføring av justeringsrett og justeringsplikt. Særlig gjelder dette bestemmelser om at utbygger skal fremlegge dokumentasjon av utgifter og merverdiavgift i forbindelse med den infrastrukturen kommunen har overtatt, og at dokumentasjonen skal tilfredsstillе dokumentasjonskravene i merverdiavgiftsloven og merverdiavgiftsforskriften. Dette synspunktet støttes av Alexander With, som på sin side ikke finner noen hjemmel for at kommunen kan kreve at utbygger utarbeider og bekoster justeringsoppstilling i forbindelse med overdragelse av infrastruktur. Kommuneadvokaten er på sin side av en annen oppfatning, og mener at det ikke er noe i veien for at en slik bestemmelse om overføring av justeringsrett kan inntas i utbyggingsavtalen. Kommuneadvokaten gir derimot uttrykk for at det ikke kan pålegges en ensidig klausul om overføring av justeringsrett i de tilfeller utbygger påtar seg å oppfylle allerede vedtatte rekkefølgekrav og vilkår fullt ut, utenfor utbyggingsavtalen (Vedlegg 3 s. 11). Sagt på en annen måte må utbyggingsavtalen være forankret i planfaglige vurderinger.

Til tross for dette inneholder mange utbyggingsavtaler en rekke forhold som vil være ulovlig, hvis man legger en slik snever tolking av plan- og bygningsloven § 17-3 til grunn. With sikter her til bestemmelser om frister, mislighold, kostnader til tinglysning og lignende. På lik linje med håndteringen av merverdiavgift, er dette forhold som kommunen ikke gir bestemmelser om i reguleringsplan, men som inngår i utbyggingsavtalen av praktiske årsaker. Det kan derfor argumenteres for at denne typen bestemmelser ikke må regnes som selvstendige bestemmelser, men heller anses som utfyllende bestemmelser som står i direkte sammenheng

med de tiltakene som utbyggingsavtalen regulerer. Dette synspunktet støttes av Anne Sofie Bjørkholt, som betegner denne typen merverdiavgiftsbestemmelser som «haler» til rekkefølgebestemmelsene, og ikke som selvstendige vilkår. Hun er derfor av den oppfatning at bestemmelser om merverdiavgift i utbyggingsavtaler ikke er i strid med § 17-3. Men tanke på at merverdiavgift befinner seg et stykke utenfor virkeområdet til plan- og bygningsloven, er det nærliggende å tro at reglene i kapittel 17 uansett ikke ville inneholdt bestemmelser om merverdiavgift. Fraværet av merverdiavgift i lovens forarbeider, kan derfor ikke brukes som et argument for at merverdiavgiftsklausuler i utbyggingsavtaler strider med lovens intensjon.

Konsekvensene av å legge en snever tolkning til grunn, vil innebære at en rekke av vilkårene som inngår etter dagens praksis gjøres i strid med lovens ordlyd. Med dette sikter vi blant annet til bestemmelser om tinglysning, frister, mislighold, mm. På en annen side vil en vid tolkning av hva som kan inngå som momenter i en utbyggingsavtale i større grad legge til rette for fleksibilitet ved avtaleinngåelsen. Dersom man legger en slik tolkning til grunn, har partene større frihet til å inngå avtaler som inneholder bestemmelser som er hensiktsmessige for den konkrete utbyggingen. Flere av respondentene er likevel av den oppfatning at enkelte bestemmelser i utbyggingsavtaler inntas som følge av praktiske årsaker, og derfor ikke kan vurderes selvstendig opp mot de lovmessige skrankene som følger av plan- og bygningsloven §17-3. Etter vårt syn er merverdiavgiftsklausuler å regne som en slik bestemmelse som ikke kan vurderes selvstendig opp mot de lovmessige skrankene som regulerer avtalens innhold. Slik vi ser det må merverdiavgiftsklausulene vurderes i sammenheng med de konkrete tiltakene hvor merverdiavgiften påløper. Denne tilnærming til merverdiavgiftsspørsmålet er i tråd med Anne Sofie Bjørkholts oppfatning, som betegner dette som «haler» til de øvrige bestemmelsene.

I denne sammenheng kan det stilles spørsmål ved om skrankene som regulerer innholdet i utbyggingsavtalen, gjør seg gjeldende uavhengig av måten utbyggingsavtalen formaliseres. For å illustrere problemstillingen ser vi for oss en utbyggingsavtale hvor spørsmålet om merverdiavgift er formalisert som en del av utbyggingsavtalen, sammenlignet med en utbyggingsavtale hvor merverdiavgiften er formalisert i en separat merverdiavgiftsavtale. Spørsmålet som reiser seg i denne sammenheng er om begrepet «utbyggingsavtaler» omfatter begge disse måtene å håndtere merverdiavgift på. Etter vår mening er det gode holdepunkter for at den praktiske måten merverdiavgiften blir håndtert på, ikke bør være avgjørende for hvilket regelverk som skal gjelde. Dette synspunktet finner vi støtte for i Ot.prp.nr.22 (2004-

2005) s. 67, der det uttales at «det ville kunne føre til omgåelse av reglene» dersom enkelte elementer holdes utenfor utbyggingsavtalen, og dermed skrankene som regulerer avtalens innhold. I forarbeidene blir dette illustrert med et eksempel om en utbyggingsavtale som blant annet regulerer en eiendomsoverdragelse. I denne sammenheng uttales det at «private motytelser for slike forpliktelser for kommunen blir dermed ikke underlagt begrensningene i § 64 b tredje ledd». (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 67). Etter vårt syn innebærer dette at avtaleklausuler av mer privatrettslig karakter ikke er underlagt de samme begrensningene som de avtaleelementene som begrunnes i kommunens rolle som planmyndighet. Med andre ord bør det ikke ha noen rettslig betydning om merverdiavgiften håndteres som del av utbyggingsavtalen eller som separat avtale.

En motsatt forståelse vil etter vårt syn kunne bidra til å vanskeliggjøre prosessen med å skape forutsigbarhet i forhold til håndteringen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler, samt bidra til å gjøre utfallet av slike avtaler både uoversiktlig og vilkårlig.

Vi finner støtte for vårt synspunkt i uttalelsene fra Alexander With. Han viser til at bestemmelser om overdragelse av eiendom i mange tilfeller inngår som et element i utbyggingsavtalen, uten at eiendomsoverdragelsen blir av forvaltningsrettslig karakter. Med andre ord er det avtalen som sådan som legger føringer for hvilke lovregler som legger begrensninger for avtalen, og ikke måten avtalen er formalisert på, eller avtalens «merkelapp».

5.4 Underproblemstilling C

På hvilken måte inngår effekten av merverdiavgiftskompensasjonen ved fastsettelse av hva som er forholdsmessig i lys av plan- og bygningsloven § 17-3?

Siden den følgende underproblemstillingen er utformet som et rettslig spørsmål, anser vi det som mest hensiktsmessig å tilnærme oss problemstillingen ved bruk av juridisk metode. På tross av at det empiriske materialet ikke har noen juridisk tyngde i denne sammenheng, vil enkelte deler av drøftelsen bygge på de samme rettskildene som danner utgangspunktet for flere av respondentenes uttalelser.

I det følgende vil vi ta stilling til hvorvidt effekten av merverdiavgiftskompensasjon skal inngå i som et element i forholdsmessighetsvurderingen etter plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd?

Reglene om utbyggingsavtaler følger av plan- og bygningsloven kapittel 17. Definisjonen av en utbyggingsavtale følger av plan- og bygningsloven § 17-1, og lyder som følger:

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

Den sentrale bestemmelsen som tar sikte på å regulere innholdet i utbyggingsavtaler, følger av plan- og bygningsloven § 17-3:

«En utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan.»

Avtalen kan også regulere antallet boliger i et område, største og minste boligstørrelse, og nærmere krav til bygningers utforming der det er hensiktsmessig. Avtalen kan også regulere at kommunen eller andre skal ha fortrinnsrett til å kjøpe en andel av boligene til markedspris.

Avtalen kan også gå ut på at grunneier eller utbygger skal besørge, eller helt eller delvis bekoste, tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtaket. 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.

Avtalen kan uansett gjelde forskuttering av kommunale tiltak som er nødvendige for gjennomføringen av planvedtak».

De bestemmelsene som er relevante for å besvare oppgavens problemstilling, følger av første og tredje ledd i overnevnte paragraf. Det er disse bestemmelsene som utgjør det rettslige utgangspunktet for den videre drøftelsen.

For å besvare spørsmålet om hvorvidt effekten av merverdiavgiftskompensasjon skal inngå som et element i forholdsmessighetsvurderingen etter plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd, er det først nødvendig å ta standpunkt til om merverdiavgift faller inn under de «forhold» som kan presiseres i utbyggingsavtalen.

Vi vil først ta for oss ordlyden i plan- og bygningsloven § 17-3 første ledd.

Ordlyden i første ledd gir føringer for hvilke forhold en utbyggingsavtale kan gjelde. Med denne bestemmelsen oppstiller loven materielle rammer for hva som kan avtales i en utbyggingsavtale. Lovens ordlyd gir med dette føringer om at utbyggingsavtalens bestemmelser begrenses med de samme rammene som kommunen må forholde seg til i kraft av sin rolle som planmyndighet. Med andre ord kan en utbyggingsavtale i utgangspunktet gjelde forhold som ligger innenfor rammen av kommunens plankompetanse. I denne sammenheng er det viktig å ha for øyet at kommunens plankompetanse innebærer en stor grad av skjønnsutøvelse. Dette trekkes også frem i Bygningslovutvalgets forslag i odelstingsproposisjonen, som uttrykker at kommunens skjønnskompetanse også omfatter inngåelsen av utbyggingsavtaler.

I forarbeidene til reglene om utbyggingsavtaler blir graden av skjønnsutøvelse problematisert i sammenheng med behovet for fleksibilitet. Hensynet til fleksibilitet ble av departementet anset til å veie tyngre enn behovet for en kasuistisk formulering av utbyggingsavtalers begrensinger, og departementet utaler at:

«Både konkrete forbud og angivelser av konkrete tillatte tiltak innebærer en klar fare for å utelukke tiltak som begge parter kan anse som hensiktsmessige og riktige i forhold til utbyggingsprosjektet» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64).

Med andre ord er det holdepunkter for at fleksibilitet skal ilegges vesentlig betydning i vurderingen av hvilke forhold som kan inngå i utbyggingsavtaler.

Etter ordlyden kan utbyggingsavtaler gjelde «forhold» som kommunen har gitt bestemmelser om i plan. Lovteksten gir ingen nærmere føringer for hvor langt begrepet «forhold» skal forstås i denne sammenheng.

Forarbeidene gir heller ingen tydelig redegjørelse på hvordan begrepet «forhold» skal tolkes. Likevel uttrykkes det at:

«avtalen ikke kan utvide kommunens planmyndighet eller legge strengere føringer for det enkelte prosjekt enn det som ligger i planen. Avtalen kan imidlertid presisere innholdet i planbestemmelser» (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 64).

Med andre ord er det holdepunkter for at de «forhold» som reguleres i utbyggingsavtalen, ikke kan gå utover det mandatet som kommunen har i kraft av sin rolle som planmyndighet.

Det er likevel på det rene at kommunen har anledning til å detaljere betingelsene i utbyggingsavtalen i en videre utstrekning enn det de har adgang til gjennom planverktøyet. En forutsetning for dette er at de «forhold» som detaljeres har nær tilknytning til kommunens rolle som planmyndighet.

Når det gjelder betydningen av begrepet «bestemmelser», er dette et begrep som går igjen i flere av plan- og bygningslovens regler. Lovens plandel inneholder flere kasuistiske lovregler for hva kommunen kan innta av bestemmelser i regi av plan. Forarbeidene gir ikke uttrykk for at «bestemmelser» skal tolkes på en annen måte i forbindelse med reglene om utbyggingsavtaler. Det er derfor klare holdepunkter for at begrepet «bestemmelser» i § 17-3 første ledd, må vurderes i lys av lovens øvrige lovregler.

Spørsmålet i denne sammenheng er om effekten av merverdiavgift som påløper i forbindelse med etablering av rekkefølgebestemmelser, faller inn under de «forhold» som kommunen har anledning til å presisere i utbyggingsavtalen. En forutsetning er at merverdiavgiften har tilstrekkelig tilknytning til bestemmelsen som «forholdet» skal forankres i.

Med utgangspunkt i lovens system og formål er vi av den oppfatning at begrepet «forhold», må forstås i vid utstrekking. Departementet legger vesentlig vekt på behovet for fleksibilitet i utbyggingsavtaler. Dette er etter vårt syn en indikasjon på at begrepet «forhold» må tolkes i

bred forstand. Dette taler i retning av at merverdiavgift faller inn under de forhold som kan presiseres i utbyggingsavtalen.

På den annen side må skatte- og avgiftsregimet betraktes som et nokså annet lovsystem enn plan- og bygningslovgivningen. Med dette sikter vi til at plan- og bygningsloven på mange områder er skjønnsbasert, mens skatte- og avgiftsregimet i stor grad betrakter verden i svart og hvitt.

Med tanke på forskjellene i de to lovsystemene, medfører en koordinering av disse lovsystemene en rekke utfordringer. Dersom det var lovgivers intensjon at plan- og bygningslovens bestemmelser om utbyggingsavtaler skulle gripe inn i virkeområdet til merverdiavgiftsloven, burde dette vært uttrykkelig kommentert i forarbeidene.

Det er på det rene at hensikten med merverdiavgiftsloven er å skattlegge hvert ledd i omsetningskjeden slik at avgiftsbelastningen bæres av sluttbrukeren. Dersom lovgiver hadde til hensikt å legge opp til en praksis hvor utbyggingsavtaler kan benyttes som verktøy til å omplassere avgiftsbelastningen, er dette noe som etter vårt syn burde vært tydelig adressert i forarbeidene. Noen slike signaler har ikke lovgiver gitt. Dette er momenter som etter vårt syn peker i retning av at merverdiavgift ikke faller inn under de forhold som kan presiseres i utbyggingsavtalen.

Likefult er det etter vårt syn viktig å ha for øyet at lovbestemmelsene som regulerer bruken av utbyggingsavtaler har stått uendret over lengere tid. Det faktum at utbyggingsavtaler i flere år har blitt benyttet til omplassering av merverdiavgiftsbelastning, uten at myndighetene har grepet inn, er etter vårt syn et argument for at håndtering av merverdiavgift kan reguleres i utbyggingsavtaler.

Ett ytterligere argument i den retning er at lovgiver har åpnet for at det kan gis «ytterligere regler om krav til avtaleinngåelsen» for utbyggingsavtaler jf. plan- og bygningsloven § 17-6, uten at dette er innført på dette området.

I lys av de overliggende hensynene har vi kommet frem til at merverdiavgift faller inn under de forhold som kan presiseres i utbyggingsavtaler. Hensynene til fleksibilitet i avtalesituasjonen, og det faktum at lovreglene ikke inneholder forskrifter eller ytterligere bemerkninger av hensyn til merverdiavgift, har blitt ilagt vesentlig vekt i denne vurderingen.

Vi går da over til å vurdere hvorvidt effekten av merverdiavgiftskompensasjonen skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen etter plan- og bygningslovens § 17-3 tredje ledd.

Vi vil først ta for oss ordlyden i plan- og bygningsloven § 17-3 tredje ledd.

De sentrale bestemmelsene for å avgjøre hvorvidt effekten av merverdiavgiftskompensasjonen skal inngå i forholdsmessighetsvurderingen følger av paragrafens tredje ledd.

Med denne bestemmelsen oppstiller loven flere kriterier for hvilke byrder som kan pålegges utbygger i forbindelse i med utbyggingsavtalen, samt omfanget av disse.

Loven oppstiller to skranker som legger begrensninger for omfanget av de ytelsene som følger av utbyggingsavtalen. Disse omtales ofte som nødvendighets- og forholdsmessighetsskranken. I spørsmålet om merverdiavgift i utbyggingsavtaler er det forholdsmessighetsskranken som danner utgangspunktet for den rettslige vurderingen.

Forholdsmessighetsskranken kommer til uttrykk i plan- og bygningslovens § 17-3 tredje ledd, andre og tredje punktum, som sier at:

«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».

Ordlyden i § 17-3 tredje ledd fokuserer i all hovedsak på de vurderingen som danner utgangspunktet for yttergrensen for partenes ytelser etter avtalen. Loven oppstiller krav om at tiltakene som utbygger skal bidra med etter utbyggingsavtalen må stå i «rimelig forhold» til partenes ytelser etter avtalen, samt de behov som oppstår som følge av utbyggingen. Med dette gir loven føringer for at det skal være likevekt mellom partenes ytelser i avtalen. «Rimelig forhold» må i denne sammenheng forstås som forholdet mellom den økonomiske belastningen som følger av partenes ytelser etter avtalen, og de ulemper og behov som skapes som følge av utbyggingen. Hvilke kostnadskomponenter som skal inngå i denne likevektsvurderingen, gir lovteksten ingen klare føringer på. Det er med dette ingen retningslinjer for hvordan merverdiavgift skal betraktes i forbindelse med denne

likevektsvurderingen. Det er heller ingen rettspraksis som belyser spørsmålet vedrørende betydningen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler.

Det underliggende spørsmålet er om merverdiavgiften inngår som en av flere kostnadskomponenter som danner utgangspunktet for likevekten som ligger til grunn i forholdsmessighetsvurderingen, eller om den avgiftsmessige siden ved slike tiltak må betraktes som en konsekvens av avgiftsregimet, og derfor skal holdes utenfor forholdsmessighetsvurderingen.

I likhet med lovteksten gir forarbeidene til reglene om utbyggingsavtaler ingen ytterligere beskrivelse av hvilke kostnadskomponenter som danner utgangspunkt for likevektsvurderingen som inngår i forholdsmessighetsvurderingen. På bakgrunn av mangelen på tungtveiende rettskildefaktorer, anser vi det som nødvendig å se hen til reelle hensyn for å tilnærme oss problemstillingen.

Utfordringer med å oppnå likevekt i forholdsmessighetsvurderingen, gjør seg særlig gjeldende i de tilfeller hvor partene bringer merverdi til avtalen ved bruk av privatrettslige tilleggsytelser. Med dette sikter vi til avtalevilkår som går lenger enn det som kan kreves som følge av loven. Et eksempel på dette kan være at kommunen stiller nødvendig grunn til disposisjon som riggareal, eller bidrar med tilleggsareal. Denne type ytelse kan skape skjevhet i likevektsvurderingen. På lik linje må også effekten av tilbakebetalt merverdiavgift kunne betraktes som en ytelse som skaper skjevhet i likevekten. Med dette sikter vi til de tilfeller hvor utbygger overfører justeringsretten til kommunen, eller der kommunen tilbakebetaler hele eller deler av det kompensasjonsberettigede beløpet. I hvilken grad effekten av merverdiavgiften gir utslag i likevektsvurderingen finner vi ikke nødvendig å gå nærmere inn på. Spørsmålet dreier seg om merverdiavgiftseffekten som følger av avgiftshåndteringen skal hensyntas i forholdsmessighetsvurderingen eller ikke.

Med utgangspunkt i en rimelighetsvurdering, er det lite som taler i retning av at merverdiavgift som kostnadskomponent skal holdes adskilt fra det totale kostnadsbildet i tilnærming til likevekten. Dersom dette var lovgivers ettertrykkelige intensjon, burde dette kommet til uttrykk i lovens forarbeider. Siden merverdiavgift utgjør én av flere komponenter i kostnadsbildet, virker det lite hensiktsmessig å løfte den avgiftsmessige siden bort fra de øvrige kostnadskomponentene. Dette argumentet underbygges av at merverdiavgiften i like stor grad som de øvrige kostnadene utgjør en reell kostnad for utbygger.

Utfordringen med merverdiavgiften er etter vår oppfatning ikke knyttet til kostnadselementet for utbygger, men det faktum at kommunen i enkelte tilfeller oppnår en «gevinst» som følge av avtalen. Dersom denne gevinsten ikke tas høyde for i likevektsvurderingen, vil dette kunne stride mot lovens hensyn om balanserte avtaler, og urimelige avtalevilkår. I tillegg vil det kunne medføre en kostnadsovervelting på boligkjøperne, noe som er stikk i strid med kommunal- og regionaldepartementets begrunnelse for å lovregulere bruken av utbyggingsavtaler: (Ot.prp.nr.22, 2004-2005 s. 5).

På den annen side vil det kunne argumenteres for at merverdiavgift er å betrakte som en konsekvens av avgiftsregimet, og derfor må holdes utenfor det øvrige kostnadsbildet. Med tanke på at merverdiavgiftsregelverket er å regne som et premiss lagt av staten, kan det derfor stilles spørsmål ved om det er opp til kommunen å bøte på eventuelle uheldige virkninger som følger av dette. Dette er et argument som det er vanskelig å ilegge betydelig vekt. Dersom en slik begrunnelse skal kunne gjøres gjeldende, må det samme kunne sies om kostnadselementer av tilsvarende karakter slik som dokumentavgift, byggesaksgebyrer med mer. En slik tilnærming vil være lite hensiktsmessig i den grad den vil kreve en kasuistisk tilnærming, som på mange måter vil gå på bekostning av den fleksibiliteten som lovgiver har lagt opp til.

Konklusjon

På bakgrunn av en samlet vurdering har vi kommet frem til at effekten av merverdiavgift må inngå som et element i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen. Vi mener at lovens system og formål er til støtte for en slik forståelse. Lovgivers intensjon om balanserte avtalevilkår er ilagt vesentlig vekt i denne vurderingen, og det vil etter vår mening ikke være hensiktsmessig å legge opp til en praksis der enkelte kostnadselementer holdes utenfor forholdsmessighetsvurderingen.

5.5 Underproblemstilling D

Hvordan utspiller forhandlingssituasjonen om utbyggingsavtaler seg, og på hvilken måte inngår merverdiavgift i tilnærmingen til forholdsmessighetsvurderingen?

I dette avsnittet vil vi først se på hvordan forhandlingssituasjonen om utbyggingsavtaler utspiller seg, for deretter å drøfte hvordan effekten av merverdiavgift inngår som del av forhandlingsspillet. Dagens praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler er basert på et politisk vedtak. Den praksisen som følger av vedtaket, innebærer at Oslo kommune ikke tilbakebetaler det refunderte merverdiavgiftsbeløpet som følger av avtalen. Det kan derfor stilles spørsmål ved om effekten av merverdiavgiften er løftet bort fra forhandlingsbordet i utbyggingsavtaler, eller om effekten gjør seg gjeldende på andre måter. Hensikten er å belyse hvorvidt effekten av merverdiavgift inngår som en komponent i forhandlingsspillet om utbyggingsavtaler.

Etter vår oppfatning vil det være vanskelig, og lite hensiktsmessig, å behandle spørsmålet om merverdiavgift i forhandlingssituasjonen som et isolert tema. Vi har derfor valgt å tilnærme oss problemstillingen med utgangspunkt i en generell problematisering av forhandlingssituasjonen i utbyggingsavtaler. Vi vil deretter knytte funnene fra empiridelen opp mot den aktuelle teorien, for avslutningsvis å forsøke å komme med en konklusjon på hvordan merverdiavgift inngår i forhandlingssituasjonen.

Som det fremgår av teoridelen, eksisterer det lite tilgjengelig litteratur når det kommer til utbyggingsavtaler generelt, og særlig knyttet til forhandlingssituasjonen, som i liten grad belyses. Forarbeidene er tydelig på at hensikten med lovreglene er å motvirke urimelig avtalevilkår i utbyggingsavtaler, samt motvirke urimelig kostnadsovervelting fra kommunen til utbygger i forbindelse avtaleinngåelsen. Når det gjelder spørsmål knyttet til selve avtalesituasjonen er dette momenter som i begrenset grad blir problematisert i proposisjonen. I de avsnittene som belyser inngåelsen av utbyggingsavtaler, er fokuset i stor grad rettet mot de formelle rammene for oppstart, inngåelse og kunngjøring av utbyggingsavtaler, og ikke mot selve forhandlingssituasjonen.

Det faktum at avtalesituasjonen i stor grad skiller seg fra alminnelige forhandlinger, blir til en viss grad omtalt i proposisjonen. Denne oppfatningen deles av flere av intervjuobjektene, som uttrykker at forhandlinger om utbyggingsavtaler på mange måter ikke oppleves som reelle

forhandlinger. Videre gir respondentene uttrykk for at forhandlingssituasjonen knyttet til utbyggingsavtaler oppleves som utfordrende, der det er vanskelig å komme frem til balanserte avtaler. Dette momentet er også belyst i forarbeidene, og det vises blant annet til at kommunens «monopolsituasjon» kan gi grunnlag for uforholdsmessig ensidige avtaleforhandlinger (Ot.prp. nr. 22, 2004-2005, s. 13).

Det er vanskelig å finne holdepunkter for at kommunen bevisst utnytter denne monopolsituasjonen, og at avtalene som inngås i mange tilfeller er uforholdsmessige og ensidige. Det er likevel på det rene at kommunen i stor grad har anledning til å definere premissene for avtaleforhandlingene, som følge av sin kombinerte rolle som planmyndighet og kontraktsmotpart.

Det faktum at ingen utbyggingsavtaler har blitt prøvd for domstolene, kan også tale for at bruken av sterkt urimelige avtalevilkår i utbyggingsavtaler i stor grad tilhører sjeldenheten. Det er derfor stor spenning knyttet til domstolsbehandlingen om gyldigheten av rekkefølgekrav og utbyggingsavtale etter plan- og bygningsloven, som skal behandles for Oslo tingrett i juni 2019 (18-132587TVI-OTIR/07).

Til tross for den manglende rettspraksisen på området, er det flere som stiller seg kritisk til måten forhandlingene gjennomføres på. Dette kommer tydelig til uttrykk i aktualitetskapitlet som er presentert tidligere i oppgaven. Kritikken retter seg mot at forhandlinger om utbyggingsavtaler i mange tilfeller gjennomføres parallelt med reguleringsplanarbeidet. Dette synspunktet løftes frem av mindretallet i finanskomiteen, som uttrykker at det «ikke kan utelukkes at utbyggere vil være tilbakeholdene med å protestere mot overføring av justeringsrett for merverdiavgift av frykt for at en slik protest kan gi et dårligere reguleringsresultat» (Finanskomiteen, 2018 s. 3).

Det at utbyggingsavtalen i mange tilfeller forhandles parallelt med reguleringsplanarbeidet, bidrar etter vårt syn til å viske ut skillet mellom planarbeidet og utbyggingsavtalen. Selv om det ikke finnes noen holdepunkter for at utfallet av reguleringsprosessen brukes som et pressmiddel i forbindelse med forhandlinger om utbyggingsavtalen, er det ikke vanskelig å se for seg at denne typen parallelle prosesser kan bidra til at forhandlingssituasjonen blir mer kompleks.

Det er likevel på det rene at en fordel ved å gjennomføre disse prosessene parallelt, er at det blir lettere å påse at de rekkefølgebestemmelsene som følger av plan, faller innenfor lovens rammer for balanserte avtalevilkår. På den måten blir det lettere å sikre at rekkefølgebestemmelsene lar seg gjennomføre som del av utbyggingsavtalen, samt hindre at planen inneholder bestemmelser som i praksis er å regne som byggehindrende.

Etter vårt syn vil det derfor ha betydning for kommunens forhandlingsposisjon om reguleringsplanen er vedtatt i forkant av forhandling om utbyggingsavtalen eller ikke.

Med dette sikter vi til at forhandlingsrommet for avtaleinngåelsen vil være påvirket av om reguleringsplanen er vedtatt eller ikke.

Når det gjelder respondentenes syn på forhandlingsrommet i utbyggingsavtaler, gir de uttrykk for at det er få dimensjoner som det i praksis åpnes for å forhandle om. Lunøe legger særlig vekt på at maktposisjonene i forhandlingssituasjonen oppleves som skjeve, og at det reelle handlingsrommet i praksis er lite.

Når det gjelder behandlingen av merverdiavgift, virker prinsippvedtaket om håndtering av merverdiavgift etter vårt syn som en begrensning for Oslo kommunes forhandlingsrom.

I mange kommuner brukes den kompenserte merverdiavgiften som et element i forhandlinger, mens for Oslo kommunes vedkommende setter prinsippvedtaket en stopper for at merverdiavgiften kan brukes til å skape fleksibilitet i forhandlingene.

Oslo kommunes prinsippvedtak vedrørende håndtering av merverdiavgift, blir av respondentene oppfattet som et incitament for kommunen til å få bakt så mye som mulig inn i utbyggingsavtalen. Med dette sikter de til at den refunderte merverdiavgiften kan virke som et incitativ for å øke belastningen i utbyggingsavtalen, for derved å sikre kommunen en større sum av tilbakebetalt merverdiavgift.

Det er likevel slik at kommunen må forholde seg til skrankene som følger av plan- og bygningsloven § 17-3 om nødvendighet og forholdsmessighet, og det kan derfor stilles spørsmål ved om overnevnte scenario kan betraktes som reelt.

En mulig forklaring kan som nevnt være at reguleringsarbeidet, og forhandling om utbyggingsavtalen i mange tilfeller foregår parallelt. Det er derfor nærliggende å tro at utbygger i enkelte tilfeller velger å «bite i det sure eple», i frykt for et dårligere reguleringsresultat. Et ytterligere argument for at utbygger i enkelte tilfeller godtar det de opplever som urimelige avtalevilkår, er etter vårt syn at den økonomiske konsekvensen knyttet til tidsbruken for en eventuell etterprøving av avtalevilkår, i mange tilfeller overgår kostnaden av det urimelige vilkåret. I slike tilfeller vil det være irrasjonelt å overprøve vilkårene i utbyggingsavtalen. Særlig gjelder dette vilkåret om at utbygger skal fremstille justeringsoppstilling som oppfyller kravene etter merverdiavgiftsloven kapittel 9, med tilhørende forskrifter. Bakgrunnen for dette er at kostnaden forbundet med å fremstille revisorgodkjent justeringsoppstilling, i de fleste tilfeller vil være beskjeden. Til tross for dette vil gevinsten for kommunen ved å motta justeringsoppstillingen i de fleste tilfeller være betydelig større enn utbyggers kostnad ved å fremstille den.

På mange måter åpner dette opp for en integrativ tilnærming til forhandlingene ved at utbygger bringer merverdi til forhandlingsbordet. Ingen av partene bør neglisjere de positive virkningene av denne typen merverdi. Partene bør derfor etterstrebe å legge til rette for avtaler som tilgodeser den enkelte part, uten å gå på bekostning av den annen.

Et eksempel på dette vil være tilfeller hvor kommunen vederlagsfritt stiller kommunal grunn til rådighet som riggareal i byggeperioden, og der merverdien dette tilfører avtalen blir reflektert i byrdefordelingen.

På denne måten kan partene gjøre nytte av integrative løsninger til å flytte fokus fra et nullsumperspektiv, over til et flerdimensjonalt tankemønster. Ved å benytte seg av en slik problemløsende strategi, gjøres partene i stand til å skape avtaler som tilgodeser både kommunens og utbyggers behov.

Med utgangspunkt i saksfremstillingen til byrådssak 138/17 kan det likevel virke som at Oslo kommuner betrakter avtaler om merverdiavgiftskompensasjon som en måte å skaffe mer ressurser i kommunekassen, fremfor som et virkemiddel til å skape og tilrettelegge for integrative løsninger i utbyggingsavtaler. Dette kommer blant annet til uttrykk ved at byrådet i Oslo kommune ønsker å «ivareta kommunens økonomiske stilling på en best mulig måte for byens innbyggere» ved at «kommunen sikrer seg disse midlene slik regelverket legger opp til» (Byrådet, 2017 s. 4).

På den annen side gir det nye bystyrevedtaket indikasjoner på at Oslo kommune legger opp til opp til en praksis hvor effekten av merverdiavgiftskompensasjonen skal hensyntas ved fastsettelsen av byrdefordelingen mellom partene. Etter vår mening vil en slik praksis innebære at effekten av merverdiavgiftskompensasjonen bringes inn som et element på forhandlingsbordet. Ved å bringe merverdiavgiften inn i forhandlingsspillet åpner det for at avgiftselementet kan benyttes som en brikke i en integrativ løsning.

På bakgrunn av usikkerheten knyttet til reglene om ulovlig statsstøtte, er det få holdepunkter for at kommunen legger opp til en umiddelbar praksis med tilbakebetaling av den refunderte merverdiavgiften. I tråd med flere av respondentene er vi av den oppfatning at effekten av det refunderte merverdiavgiftsbeløpet vil bli hensyntatt gjennom en form for motregning.

Dersom Oslo kommune legger opp til en slik praksis, vil dette åpne for at motregning kan inngå som et element i en integrativ avtale.

Det er på det rene at motregning vil være hensiktsmessig dersom man opererer med både kontantbidrag og realytelse i samme utbyggingsavtale. I slike tilfeller vil effekten av merverdiavgiftskompensasjonen som følger av realytelsen kunne komme til motregning ved fastsettelsen av størrelsen på kontantbidraget. En forutsetning for en slik løsning er at nødvendighets- og forholdsmessighetsvurderingen er gjennomført og fastslått, før partene kan anvende motregning på utbyggers samlede belastning. Med dette sikter vi til at omfang og standard på rekkefølgebestemmelser er tilstrekkelig beskrevet og fastslått i nødvendig detalj.

På den annen side vil det være langt mer utfordrende å gjennomføre motregning i utbyggingsprosjekter der utbygger står for hele utbyggingen. Det samme vil gjelde de tilfeller hvor utbygger bare skal yte en realytelse.

Flere av respondentene problematiserer hvordan motregningen skal gjennomføres i slike tilfeller. Advokat Siv Merethe Øveraasen utaler i den sammenheng at:

«Ved snakk om mindre utbyggingsprosjekter hvor utbygger står for hele utbyggingen, av altså vei- og V/A anlegg, har man ingenting å «nette» i, slik at man ikke får gjort en motregning».

Etter vår mening er det flere momenter i utbyggingsavtalen som kan inngå i en form for motregning. Med dette sikter vi til at flere av ytelsene som avtales i utbyggingsavtalen i flere tilfeller egner seg for motregning. Eksempler på dette er kontantbidrag, tomteavståelse, tilgang til kommunal grunn for riggareal i byggeperioden, prosjekt- og byggeledelse, kostnader til tinglysning, m.m.

For å illustrere ytterligere kan man tenke seg et scenario der utbygger realiserer teknisk infrastruktur for 12,5 millioner inklusiv merverdiavgift, i form av en realytelse. Samtidig er utbygger avhengig av å overta en kommunal eiendom for å kunne realisere prosjektet. Den kommunale eiendom har en markedsverdi på 5 millioner. For å hensyntas effekten av merverdiavgiftskompensasjonen, kan det refunderte merverdiavgiftsbeløpet brukes som motregning i forbindelse med oppgjør for den kommunale eiendommen. Utbygger må i dette tilfellet betale det resterende beløpet på 2,5 millioner.

Det kan også tenkes at kommunen vil kunne benytte sosial infrastruktur som et element i forbindelse med motregning i utbyggingsavtaler. En slik praksis vil være problematisk i den grad den etter vår mening undergraver hensynet som ligger bak forskrift om forbud mot sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler.

Etter vår oppfatning vil avtalepartene ha en større grad av fleksibilitet i forhandlingssituasjonen, dersom den refunderte merverdiavgiften kunne inngå som et moment i forhandlingene. Slik vi ser det må effekten av merverdiavgiften inngå som et moment i forholdsmessighetsvurderingen jf. underproblemstilling B. Gitt at effekten av merverdiavgiften skal hensyntas i forhandlingssituasjonen, er det flere måter dette kan gjennomføres på. Dette kan eksempelvis gjøres som en ren tilbakebetaling fra kommunen. Alternativt kan effekten utlignes i form av motregning i forbindelse med finansiering og etablering av andre tiltak. Uansett vil det etter vårt syn være hensiktsmessig om avtalepartene sto friere i måten merverdiavgiften blir hensyntatt på. Dette vil etter vårt syn bidra til fleksibilitet i avtaleinngåelsen.

Hensynet til fleksibilitet taler etter vårt syn for at effekten av merverdiavgiftskompensasjonen bør kunne komme til motregning på flere dimensjoner i utbyggingsavtalen. Forarbeidene er også tydelige på at lovreglene er utarbeidet med hensyn til å legge opp til «*fleksibilitet i forhold til ulike situasjoner og endrede behov i fremtiden*». Vi er klar over at verdifastsettelsen av de ulike ytelseskompomentene i utbyggingsavtalen i mange tilfeller vil

være vanskelig å fastslå. Likevel er vi av den oppfatning at jo flere ytelseskomponenter som kan innlemmes i en motregning, desto bedre utgangspunkt vil partene ha for å skape integrative avtaler.

6 Avsluttende drøfting og refleksjon

«Hvordan håndteres merverdiavgift ved inngåelse av utbyggingsavtaler i Oslo kommune?»

6.1 Konklusjon

Håndteringen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler befinner seg på mange måter i skjæringspunktet mellom juss, politikk, privat autonomi og forvaltningsrett. Gjennom de ulike underproblemstillingene har vi forsøkt å belyse de ulike forholdene som danner bakteppet for dette skjæringspunktet, og dermed vår hovedproblemstilling. I det følgende vil vi gi en oversikt over de funn og konklusjoner som vil benyttes til å besvare hovedproblemstillingen.

- I lys av det empiriske materialet har vi kommet frem til at begrepet «netto kostnader» må forstås i sin alminnelig språklige forstand. Etter vår mening innebærer dette at Oslo kommune legger opp til en praksis hvor effekten av merverdiavgift i utbyggingsavtalen blir hensyntatt gjennom en form for motregning.
- Vi har videre kommet frem til at merverdiavgift faller inn under de forhold som kan presiseres i en utbyggingsavtale.
- Videre har vi konkludert med at effekten av merverdiavgift må inngå som et element i forholdsmessighetsvurderingen etter plan- og bygningslovens § 17-3. Det er denne forståelsen som etter vår mening samsvarer med lovens system og formål.
- Håndteringen av merverdiavgift kan både formaliseres som del av utbyggingsavtalen, eller som en separat merverdiavgiftsavtale. Etter vårt syn er det innholdet i den enkelte utbyggingsavtalen som skal være avgjørende for hvor langt de lovmessige skrankene går i å regulere innholdet i utbyggingsavtalen. På bakgrunn av dette har vi kommet

frem til at den praktiske gjennomføringen for håndteringen av merverdiavgift i utbyggingsavtaler ikke skal være avgjørende for hvilke lovregler som skal gjelde.

- Videre har vi kommet frem til at merverdiavgift bør benyttes som et element i forhandlingssituasjonen for å legge til rette for integrative løsninger, som skaper merverdi til avtalen.

I lys av hovedproblemstillingen har vi først konkludert med det vi anser som et sannsynlig utfall av Oslo kommunes nye praksis for håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. Med utgangspunkt i det empiriske materialet har vi kommet frem til at den praksisen Oslo kommune legger opp til må innebære at effekten av merverdiavgiften blir hensyntatt i en form for motregning. Det er likevel vanskelig å si med sikkerhet at det er denne praksisen Oslo kommune legger opp til som følge av det nye bystyrevedtaket. Det spørsmålet vil stå ubesvart inntil det nye bystyrevedtaket er implementert. De øvrige underproblemstillingene vil derfor være egnet til å kaste lys over de ulike hensynene som gjør seg gjeldene ved håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler.

I forhold til hovedproblemstillingen har vi avdekket en rekke forhold som må hensyntas ved håndtering av merverdiavgift i utbyggingsavtaler. I første rekke har vi kommet frem til at merverdiavgift faller inn under de forhold som kan presiseres i en utbyggingsavtale. Videre har vi ved bruk av juridisk metode konkludert med at effekten av merverdiavgift må inngå som et element i forholdsmessighetsvurderingen etter plan- og bygningslovens § 17-3. Avslutningsvis er vi av den oppfatning at merverdiavgift bør benyttes som et element i forhandlingssituasjonen for å legge til rette for integrative løsninger, som skaper merverdi til avtalen.

6.2 Forslag til videre undersøkelser

Med utgangspunkt i punkt 5 i bystyrevedtaket er det signalisert et politisk ønske om at private utbyggere som står for oppføring av offentlig infrastruktur skal få den samme retten til merverdiavgiftskompensasjon som kommuner og fylkeskommuner har. Dette er en videreføring fra det foregående bystyrevedtaket av 12.11.2014 sak 309, som inneholdt en tilsvarende bestemmelse i punkt 4. Likevel er det ikke gitt signaler om at gjennomføringen av

en slik prosess er iverksatt. Forslaget innebærer at private utbyggere av offentlige infrastruktur skal innlemmes i en såkalt «nettoføringsordning».

Det kan stilles spørsmål ved om en slik løsning vil være hensiktsmessig, på hvilken måte dette kan gjennomføres på i praksis, samt hvor realistisk en slik løsning vil være. Dette er i seg selv omfattende problemstillinger som etter vårt syn danner gode utgangspunkter for videre forskning.

7 Kilder

7.1 Lovregister

Kong Christian Den Femtes Norske Lov av 15. april 1687.

Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34 (forbrukerkjøpsloven).

Lov om kompensasjon av merverdiavgift for kommuner, fylkeskommuner mv. av 12. desember 2003 nr. 108 (merverdiavgiftskompensasjonsloven).

Lov om merverdiavgift av 19. juni 2009 nr. 58 (merverdiavgiftsloven).

Lov om planlegging og byggesaksbehandling av 27. juni 2008 nr. 71 (plan- og bygningsloven).

Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22. juni 1962 nr. 8 (sivilombudsmannsloven).

7.2 Forskrifter

Forskrift om forbud mot vilkår om sosial infrastruktur i utbyggingsavtaler av 20. april 2006 nr. 453 (forskrift om vilkår i utbyggingsavtaler).

Forskrift om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser av 03. august 2009 nr. 1028 (byggherreforskriften).

Forskrift til merverdiavgiftsloven av 15. desember 2009 nr. 1540 (merverdiavgiftsforskriften).

7.3 Domsregister

Lagmannsrettsavgjørelser

LG-2012-106554

Sivilombudsmannsuttalelser

SOM-2015-1194

7.4 Lovforarbeider og andre offentlige publikasjoner

Byrådet. (2017). Utbyggingsavtaler – Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune – Byrådssak 138 av 27.06.2017. Tilgjengelig fra:

https://tjenester.oslo.kommune.no/ekstern/einnsyn-fillager/filtjeneste/fil?virksomhet=976819853&filnavn=vedlegg%2F2017_06%2F1207122_1_1.pdf (Lest 15.02.2019)

Direktoratet for økonomistyring. (2019). - Nettoføringsordning for budsjettering og regnskapsføring av merverdiavgift. Tilgjengelig fra:

<https://dfo.no/fagomrader/%C3%B8konomiregelverket/nettofo%C3%B8ringsordning-for-budsjettering-og-regnskapsfo%C3%B8ring-av-merverdiavgift> (Lest 28.03.2019)

Finansdepartementet. (2015). - Nettoføringsordning for budsjettering og regnskapsføring av merverdiavgift i statsforvaltningen. Tilgjengelig fra:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/vedlegg/okstyring/rundskriv/faste/r_116_2015.pdf (Lest 17.03.2019)

Finanskomiteen. (2018). Sak 29 Utbyggingsavtaler – Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune – Byrådssak 138 av 27.06.2017.

Tilgjengelig fra: https://tjenester.oslo.kommune.no/ekstern/einnsyn-fillager/filtjeneste/fil?virksomhet=976819853&filnavn=finanskomiteen%2F2018_03%2F1240835_1_1.pdf (Lest 15.02.19)

Kommunal- og moderniseringsdepartementet. (2006). Veileder utbyggingsavtaler.

Tilgjengelig fra:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/krd/vedlegg/boby/utbyggingsavtaler/281000-veileder_utbyggingsavtaler_bm2.pdf (Lest: 21.03.2019)

NOU (2003:24). Mer effektiv bygningslovgivning. Oslo: Kommunal- og regionaldepartementet, KRD Bygningslovsutvalget.

Ot.prp.nr.1 (2003-2004). Skatte- og avgiftsopplegget – lovendringer. Oslo:

Finansdepartementet.

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

Ot.prp.59 (2006-2007). Om lov om endringer av lov 19. juni 1969 nr. 66 om merverdiavgift. Oslo: Finansdepartementet.

Samfunnsøkonomisk analyse. (2018). Finansiering av offentlig infrastruktur i utbyggingsområder. Tilgjengelig fra:

https://www.regjeringen.no/contentassets/fa31cb1519af4aa0a9080d5521e96bb6/rapport_finansiering_av_offentlig_infrastruktur_i_utbyggingsomraderpdf.pdf (Lest: 02.03.2019)

Trondheim kommune. (2017). Saksprotokoll - *Orientering rundt kommunens risiko knyttet til bruk av utbyggingsavtaler etter anleggsbidragsmodellen, samt beh påslag for inndekning av merarbeid*. Sak nr. 138/17. Tilgjengelig fra:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjv497c3rjhAhWu1aYKHXPAnEQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.trondheim.kommune.no%2Fglobalassets%2F10-bilder-og-filer%2F10-byutvikling%2Ffeierskapsenheten%2Futbyggingsavtaler%2Fsak-ps-0138-17---paslag-anleggsbidragsmodellen-2.pdf&usq=AOvVaw0y8di3hTO_mkcVFKB5WAQd (Lest: 28.02.2019)

Trondheim kommune. (u.å). Eksempel på utbyggingsavtale etter anleggsbidragsmodellen. Tilgjengelig fra: <https://www.trondheim.kommune.no/globalassets/10-bilder-og-filer/10-byutvikling/eierskapsenheten/utbyggingsavtaler/eksempel-pa-utbyggingsavtale-etter-anleggsbidragsmodellen-1-2.pdf> (Lest: 17.02.2019).

7.5 Artikler

Bjørkholt, A, S. (2018) Oslo kommune og mva-kompensasjon: – Ikke så galt allikevel. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <https://www.estatenyheter.no/2018/05/02/sa-galt-allikevel/> (Lest 24.01.2018)

Gjertsen, T. & Øveraasen, S. (2016a) Utbyggingsavtaler og momskompensasjon. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <http://www.estatenyheter.no/2016/10/03/utbyggingsavtaler-og-momskompensasjon/> (Lest 24.01.2019)

Gjertsen, T. & Øveraasen, S. (2016b) Fundamental misforståelse av regelverket årsak til kommunens moms-policy?. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <https://www.estatenyheter.no/2016/11/30/fundamental-misforstaelse-av-regelverket-arsak-til-kommunens-moms-policy/> (Lest 24.01.2019)

Gjertsen, T. & Øveraasen, S. (2017) Nytt forslag til momsavtaler: – Vil gi forskjellsbehandling av utbyggere. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <https://www.estatenyheter.no/2017/08/30/gjenganger-utbyggingsavtaler-moms/> (Lest 24.01.2019)

Rønne, S. (2016) Utbygger må bære kostnaden. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <https://www.estatenyheter.no/2016/11/29/utbygger-ma-baere-kostnaden/> (Lest 24.01.2019)

Steenstrup, M. (2018) Uryddig momspress fra Oslo kommune. Dagens Næringsliv. Tilgjengelig fra: <https://www.dn.no/innlegg/politikk/bygg-og-anlegg/byggesaksbehandling/uryddig-momspress-fra-oslo-kommune/2-1-279065> (Lest 24.01.2019)

Øveraasen, S, M. (2018) Svært negativt vedtak for utbyggere. Estate Nyheter. Tilgjengelig fra: <https://www.estatenyheter.no/2018/04/27/svaert-negativt-vedtak-utbyggere/> (Lest 24.01.2018)

7.6 Literatur

Aulestad, J, G. (2005). Kommunale utbyggingsavtaler. Bergen: Fagbokforlaget

Auran, J, O. (2016). Merverdiavgiftskompensasjon – vurdering av endret praksis i skatteetaten. Larvik: Ernst & Young. Tilgjengelig fra: https://www.ks.no/contentassets/86e398eccff94d678b85f9b4fb00a96c/ey-rapport--mva-kompensasjon--vurdering-av-endret-praksis-i-skatteetaten.pdf?fbclid=IwAR3hM_sQDUN-WV39pOmrYsjmFm7F5V8wTow8Uiw4MS2FgOtAK-_LwDuIJs (Lest 22.01.19).

Boe, E. (2014) Innføring i juss Bind 2. Oslo: Tano.

Boe, E, M. (2012) Grunnleggende juridisk metode – En introduksjon til rett og rettstenkning. 3 utg. Oslo: Universitetsforlaget.

Brinkmann, S. & Tanggaard, L. (2012). Hva kjennetegner kvalitativ forskning og kvalitative forskningsmetoder?. 1. utg. Oslo: Gyldendal akademisk.

Carmines, E, G & Zeller, R, A. (1979). Reliability and Validity Assessment. California: Sage Publications.

Creswell, J, W & Clark, V, L, P. (2011). Designing and conducting mixed methods research. London: Sage Publications.

Gjems-Onstad, O. (2017). Lærebok i merverdiavgift. 5. utg. Oslo: Gyldendal juridisk.

Golafshani, N. (2003). Understanding Reliability and Validity in Qualitative Research. *The Qualitative Report*, 8 (4), 597-606. Tilgjengelig fra:
<https://nsuworks.nova.edu/tqr/vol8/iss4/6/?&sa=U&ei=ysMjVIynMZHd7Qay44H4DQ&ved=0CEEQFjAI&usg=AFQjCNFpuZ6PjJRw2DDeLP5vBVIRU5O79A/> (lest 23.02.19).

Hauge, M, J, L. (2018). Rammer for utbyggingsavtalers innhold. *Tidsskrift for eiendomsrett*, 14 (1): 82-107. Tilgjengelig fra:
https://www.idunn.no/tidsskrift_for_eiendomsrett/2018/01/rammer_for_utbyggingsavtalers_innhold (Lest 28.03.19)

Kristoffersen, T. (2011). Innføring i merverdiavgift. Bergen: Fagbokforlaget.

Krumsvik, R, J. (2014). Forskningsdesign og kvalitativ metode - Ei innføring. Bergen: Fagbokforlaget.

Kvale, S. & Brinkmann, S. (2014). Det kvalitative forskningsintervju. 3 utg. Oslo: Gyldendal Akademisk.

Leikvam, G. & Olsson, N. (2014). Eiendomsutvikling. Bergen: Fagbokforlaget.

Rognes, J, K. (2015). Forhandlinger. 4 utg. Oslo: Universitetsforlaget.

Silverman, D. (2014). Interpreting qualitative data. 5 utg. California: Sage publications.

Vindeløv, V. (2013). Konflikt mægling en refleksiv model. 3 utg. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.

Woxholth, G. (2014). Avtalerett i et nøtteskall. Oslo: Gyldendal juridisk.

8 Vedlegg

8.1 Vedlegg 1: Svar på innsynsbegjæring



Oslo kommune

Ole Martin Ødegårdstuen

Svar på innsynsbegjæring

Deres ref:	Vår ref (saksnr):	Saksbeh:	Dato: 11.04.2019
	201305161-82	Cecilie Due	Arkivkode: 514

SVAR PÅ BEGJÆRING OM INNSYN I DOKUMENTENE 201305161-35, 47, 48, 55, 66, 67, 68, 69, 71, 72

Vi viser til din henvendelse om innsyn i ovennevnte dokumenter.

Vi kan ikke gi innsyn i alle dokumentene du ber om. Dokument 47 og 48 er brev fra Kommuneadvokaten til finanskomiteen. Dokumentene er opprinnelig påført unntatt offentlighet. Begge brevene ble imidlertid offentliggjort og lå som vedlegg til byråds sak 137/17 ved sakens behandling i finanskomiteen og Oslo bystyre. Dokument 47 med vedlegg og dokument 48 følger vedlagt.

Vi kan ikke gi innsyn i øvrige av hoveddokumentene du ber om. Dokumentene er dels dokumenter som er utarbeidet for egen saksbehandling eller dokumenter som er innhentet fra underordnet organ til bruk i kommunens interne saksforberedelse. Dokumentene kan unntas fra offentlighet etter henholdsvis offentleglova § 14, første ledd og § 15, første ledd og vi har besluttet at vi i dette tilfellet ikke kan gi merinnsyn i opplysningene. I merinnsynsvurderingen etter offentleglova § 11 har vi lagt vekt på at hensynet til forsvarlig saksbehandling veier tyngre enn hensynet til offentlighet.

Av de dokumenter det ikke gis innsyn i, har dokument 35 ett vedlegg, dokument 55 har ett vedlegg, dokument 68 har to vedlegg, dokument 69 har 9 vedlegg og dokument 71 har to vedlegg. Det gis innsyn i vedlegg til dokument 55, det ene vedlegget til dokument 69 og vedleggene til dokument 71, to kartutsnitt. Dokumentene følger vedlagt.

Vi kan ikke gi innsyn i de øvrige vedleggene. Dokumentene kan unntas fra offentlighet etter offentleglova § 14, første ledd og § 15, første ledd og vi har besluttet at vi ikke kan gi merinnsyn i opplysningene. I merinnsynsvurderingen etter offentleglova § 11 har vi lagt vekt på at hensynet til forsvarlig saksbehandling veier tyngre enn hensynet til offentlighet.

Avslaget kan påklages til Fylkesmannen i Oslo og Viken innen tre uker fra underretning om avgjørelsen er kommet frem, jf. offentleglova § 32. Eventuell klage sendes sammen med dette dokument pr. brevpost til: Byrådsavdelingene, Rådhuset, 0037 Oslo eller pr. e-post til:

innsyn@byr.oslo.kommune.no

Postadresse:
Rådhuset, 0037 Oslo
E-post: innsyn@byr.oslo.kommune.no
Org.nr.:

Med hilsen

Elisabeth Eidså Dale
fung. kommunaldirektor

Kristin Skumsnes-Daae
konst. eiendomssjef

Godkjent elektronisk

- Vedlegg:**
1. Kopi: Merverdiavgiftsklausuler i utbyggingsavtaler
 2. E-post 28 (DokID 1377434)
 3. Kopi: Forslag til ny klausul i utbyggingsavtaler
 4. Spørsmål til byrådet fra Morten Steenstrup(H) - Bruk av merverdiavgiftsavtaler ved bygging av infrastruktur
 5. Bystyrets vedtak av 25. april 2018 - sak 104
 6. Utviklingsområder 2030 (1552819).pdf
 7. Utviklingsområder 2050 (1552820).pdf

8.2 Vedlegg 2: Bystyrevedtak



Oslo kommune
Bystyret

[14/01740-9]

Sak 104 Utbyggingsavtaler - Bestemmelse om overføring av justeringsrett for merverdiavgift til Oslo kommune - Byrådssak 138 av 27.06.2017

Sendt til byrådet

Bystyret har behandlet saken i møtet 25.04.2018 sak 104

FORSLAG:

Forslag fremmet i komiteen:

Frode Jacobsen på vegne av A, Shoaib Sultan på vegne av MDG, Toril Berge Flatabø på vegne av V og Ivar Johansen på vegne av SV fremmer følgende alternative forslag:

1.
Følgende vedtak oppheves:
Bystyrets vedtak av 12.11.2014, sak 309.
2.
Følgende bestemmelse tas inn i utbyggingsavtaler hvor utbygger skal etablere offentlig infrastruktur som skal overtas av Oslo kommune:

«Når den offentlige infrastrukturen overdras til Oslo kommune skal kommunen overta justeringsrett for merverdiavgift som er påløpt i forbindelse med utbyggingen av infrastrukturen. Utbygger skal i denne forbindelse framlegge dokumentasjon av utgifter og merverdiavgift i forbindelse med den infrastrukturen kommunen overtar. Dokumentasjonen skal tilfredsstillende dokumentasjonskravene i merverdiavgiftslovens kap. 9, merverdiavgiftsforskriftens §§ 9-1-2, 9-3-3 og 9-3-5. Dokumentasjon skal være bekreftet av utbyggers revisor.»
3.
Byrådet delegeres myndighet til å justere bestemmelsen ved behov, f.eks. ved lovendring/endrede myndighetskrav slik at Oslo kommunes rettslige stilling til å overta justeringsrett opprettholdes.
4.
Ved inngåelse av utbyggingsavtaler skal det, ved fastsettelsen av **størrelsen på utbyggers bidrag**, tas **hensyn til effekten av merverdiavgiftskompensasjonen** slik at det er **netto kostnader** for offentlige infrastruktur som **skal fordeles mellom partene**.
- 5.

Byrådet bes ta kontakt med statlige myndigheter med formål å gi private som bygger offentlig infrastruktur samme mva-kompensasjon som det kommuner og fylkeskommuner får.

Forslag fremmet i bystyret:

Øystein R. Sundelin og Morten Steenstrup på vegne av H fremmet følgende forslag:

Byrådet bes arbeide for at utbygger ved inngåelse av utbyggingsavtaler ved overdragelse av justeringsrett for merverdiavgift, som er påløpt i forbindelse med utbyggingen av infrastrukturen, skal få kompensert mest mulig av merverdiavgiftstilbakebetalingen som kommunen vil motta. Byrådet bes utarbeide forslag til slike retningslinjer. Byrådet bes gjennomføre en såkalt pre-notifisering av slike retningslinjer overfor ESA før saken fremmes for bystyret.

Eivor Evenrud på vegne av R fremmet følgende tilleggsforslag til komiteens innstilling punkt 3.

Finanskomiteen informeres ved bruk av fullmakten.

Eivor Evenrud på vegne av R fremmet følgende tilleggsforslag:

Bystyret ber byrådet arbeide for at mest mulig infrastruktur bygges ut i kommunal regi.

Eivor Evenrud på vegne av R fremmet opprettholder følgende forslag fra byrådets innstilling (byrådets innstilling pkt. 4):

Byrådet utreder om det er juridisk grunnlag for å forhandle med utbyggere som har inngått utbyggingsavtaler uten bestemmelse om overdragelse av justeringsrett – og plikt for infrastruktur om at klausul som nevnt i vedtakspunkt 2 inngås for disse avtalene. Byrådet delegeres myndighet til å inngå avtalene, under forutsetning av at det er juridisk grunnlag.

Votering:

Hs forslag ble forkastet mot 23 stemmer (H og F)
Finanskomiteens innstilling pkt 1-3 ble vedtatt mot 23 stemmer (H og F)
Rs forslag til pkt 4 ble forkastet mot 3 stemmer (R)
Finanskomiteens innstilling pkt 4 ble vedtatt mot 26 stemmer (H, F og R)
Finanskomiteens innstilling pkt 5 ble vedtatt mot 3 stemmer (R)
Rs tilleggsforslag til pkt 3 ble forkastet mot 26 stemmer (H, F og R)
Rs tilleggsforslag ble forkastet mot 3 stemmer (R)

Etter dette er bystyrets vedtak:

1.
Følgende vedtak oppheves:

Bystyrets vedtak av 12.11.2014, sak 309.

2.

Følgende bestemmelse tas inn i utbyggingsavtaler hvor utbygger skal etablere offentlig infrastruktur som skal overtas av Oslo kommune:

«Når den offentlige infrastrukturen overdras til Oslo kommune skal kommunen overta justeringsrett for merverdiavgift som er påløpt i forbindelse med utbyggingen av infrastrukturen. Utbygger skal i denne forbindelse framlegge dokumentasjon av utgifter og merverdiavgift i forbindelse med den infrastrukturen kommunen overtar. Dokumentasjonen skal tilfredsstillende dokumentasjonskravene i merverdiavgiftslovens kap. 9, merverdiavgiftsforskriftens §§ 9-1-2, 9-3-3 og 9-3-5. Dokumentasjon skal være bekreftet av utbyggers revisor.»

3.

Byrådet delegeres myndighet til å justere bestemmelsen ved behov, f.eks. ved lovendring/endrede myndighetskrav slik at Oslo kommunes rettslige stilling til å overta justeringsrett opprettholdes.

4.

Ved inngåelse av utbyggingsavtaler skal det, ved fastsettelsen av størrelsen på utbyggers bidrag, tas hensyn til effekten av merverdiavgiftskompensasjonen slik at det er netto kostnader for offentlig infrastruktur som skal fordeles mellom partene.

5.

Byrådet bes ta kontakt med statlige myndigheter med formål å gi private som bygger offentlig infrastruktur samme mva-kompensasjon som det kommuner og fylkeskommuner får.

Oslo bystyres sekretariat, den 26. april 2018

Siv Songedal

Godkjent og ekspedert elektronisk

8.3 Vedlegg 3: Brev fra Kommuneadvokaten til Finanskomiteen



Oslo kommune
Kommuneadvokaten

**Unntatt offentlighet hos Kommuneadvokaten
jf. § 13 og § 15. 1. ledd**

Finanskomitéen
Komitésekretær Inger Kvannes
Rådhuset
0037 OSLO

Deres ref.:

Vår ref.:
16/916 - 52 / EH
(Bes oppgitt ved henvendelse)

Dato:
30.10.2017

MERVERDIAVGIFTSKLAUSULER I UTBYGGINGSAVTALER

1. Innledning

(1) Jeg viser til henvendelse fra komitésekretæren i etterkant av Finanskomiteens møte 12. oktober 2017 der det ble bedt om KAOs redegjørelse for de rettslige rammene for hva kommunen kan avtale om merverdiavgift i utbyggingsavtaler med private utbyggere som oppfører infrastrukturiltak som senere overføres til kommunen. KAO har ved flere tidligere anledninger utredet ulike spørsmål knyttet til såkalte merverdiavgiftsklausuler i utbyggingsavtaler. Da materien dels er komplisert og flere av uttalelsene er utformet som svar på enkeltspørsmål, er det avtalt med komitésekretæren at det er mest hensiktsmessig å besvare Finanskomiteens forespørsel med et notat som oppsummerer de vurderingene som er gjort tidligere og som er relevante for byrådsaken som nå er til behandling. Det er derfor ikke i tillegg lagt opp til å oversende alle de tidligere uttalelsene herfra til komitéen.

(2) I punkt 2 skisseres grovt bakgrunnen for at spørsmålet om bruk av merverdiavgiftsavtaler oppstår. Deretter – i punkt 3 – kommenteres kort hvordan kommunen tidligere har behandlet problemstillingen. I pkt 4 og 5 er det gitt en noe grundigere beskrivelse av merverdiavgiftsregelverket og grunnlaget for utbyggingsavtalene. Formålet med redegjørelsen er å klarlegge premissene som ligger til grunn for spørsmålet om å inngå merverdiavgiftsavtaler. De rettslige vurderinger om adgangen til å inngå slike avtaler er behandlet i pkt 6. Til slutt i punktene 7 og 8 omtales kort noen særlige spørsmål knyttet til inngåelse av utbyggingsavtalen.

Kommuneadvokaten

Postadresse:
Rådhuset, 0037 OSLO
Kontoradresse:
E-postadr.:

Telefon: 23 46 15 22
Telefaks: 23 46 15 31
Olav Vs gt 4, 0161 Oslo
postmottak@kao.oslo.kommune.no

Bankgiro: 1315 01 02264
Org.nr.: 958 935 420

2. Bakgrunnen for spørsmålet om bruk av merverdiavgiftsavtaler – noen hovedtrekk

- (1) Spørsmålet om bruk av merverdiavgiftsavtaler oppstår når den som gjennomfører en utbygging, betaler merverdiavgift på sine kostnader ved utbyggingen. Avhengig av hva som bygges eller hvem bygget overdras til, kan utbygger registreres i merverdiavgiftsregisteret og ha krav på å få den betalte merverdiavgiften tilbake fra staten. Det skjer der utbygger overdrar eller leier ut til noen som driver merverdiavgiftspliktig aktivitet. I så fall kan utbygger trekke den inngående merverdiavgiften (den han har betalt i forbindelse med inngående fakturaer fra f.eks håndverkerne) fra den utgående merverdiavgiften som er lagt på hans utgående fakturaer til for eksempel leietaker. Dette innebærer at utbygger i praksis ikke vil ha utgifter til merverdiavgift.
- (2) Boligutbyggere kan ikke registrere seg frivillig i merverdiavgiftsregisteret. For disse vil det derfor ikke eksistere noen fradragsrett. Konsekvensen av det er at den merverdiavgiften som er betalt i forbindelse med utbyggingen, blir en endelig kostnad i boligprosjektet. Dette gjelder tilsvarende ved utbygging av en vei eller en park.
- (3) Merverdiavgiftsloven inneholder i tillegg såkalte justeringsregler. Disse reglene medfører at utbyggers fradrag for inngående merverdiavgift ikke vil være endelig. Dersom bruken av den faste eiendommen endres slik at vilkårene for fradragsrett ikke lenger er til stede eller eiendommen overdras, skal det skje en etterfølgende justering av den opprinnelige fradragførte merverdiavgiften. At utbygger skal dekke merverdiavgiften er således en premiss som er bestemt av lovgiver, se nærmere om dette i punkt 5 nedenfor.
- (4) I tillegg til merverdiavgiftsloven gjelder momskompensasjonsloven for kommunene. Det følger av denne at kommunen har rett til å få kompensert (tilbakebetalt) fra staten merverdiavgift som er betalt for bestemte varer og tjenester som kommunen skal bruke i egen virksomhet. Merverdiavgiftskompensasjonsloven inneholder tilsvarende justeringsregler som merverdiavgiftsloven. Kommunen kan med andre ord få tilbake den merverdiavgiften utbygger har betalt i forbindelse med f.eks byggingen av en vei selv om utbygger selv ikke har krav på dette etter merverdiavgiftsregelverket. Begrunnelsen for dette er å likestille bruk av egenregi (at arbeidet utføres av kommunen selv) og bruk av private leverandører ved utbygging av kommunale tiltak. Ved bruk av private påløp ellers merverdiavgift (ekstra kostnad for kommunen) i motsetning til når kommunen utførte arbeidet i egen regi, noe som ville gjøre det økonomisk mer fordelaktig for kommunen å utføre utbygging selv.
- (5) Om kommunen bør overføre deler av det beløpet kommunen får tilbakebetalt etter kompensasjonsloven for kommuner og fylkeskommuner, til utbygger, er bare delvis et rettslig spørsmål. Blant annet vil jeg anta at oppfattet rimelighet, vektlegging av hva som følger av de nasjonale regler og hva kommunen forventer utført som ledd i utbyggingen, bør inngå i denne vurderingen.
- (6) Det som derimot er et rettslig spørsmål, er om og i så fall hvor mye kommunen kan overføre til utbygger av den kompensasjon (tilbakebetaling) kommunen mottar uten at en slik overføring er i strid med forbudet mot offentlig støtte (statsstøtteregelverket). Dette behandles nærmere i punkt 6.

3. Kommunens behandling

(1) I bystyrets vedtak av 12.11.2014, sak 309, ble det vedtatt å at kommunen skulle legge til rette for bruk av merverdiavgiftsavtaler slik at kommunen får fradrag for påløpt merverdiavgift (tilbakebetalt/kompensert påløpt merverdiavgift). Det var imidlertid lagt opp til at utbygger kunne få tilbakebetalt en del av dette beløpet dersom utbygger bidro med ekstra ytelser i form av infrastruktur med mer. Jeg er kjent med at andre kommuner praktiserer ordninger hvor utbygger får tilbake en andel av merverdiavgiften fra kommunen, men ikke omfanget og det nærmere innholdet av disse ordningene.

(2) I Byrådssak 138/17 foreslås det at utbyggere etter avtale plikter å overføre dokumentasjon slik at kommunen kan nyttiggjøre seg justeringsretten for merverdiavgiften, men byrådet går ikke inn for at utbygger skal få tilbakebetalt deler av merverdiavgiftsbeløpet.

Konsekvensen av en slik avtale vil som nevnt være at kommunen (fordelt over en periode på 10 år), får fradragført (kompensert) den merverdiavgiften som påløp og ble betalt av utbygger i forbindelse med oppføringen av infrastrukturtiltakene. Dette utgjør til dels store beløp i merverdiavgiftskompensasjon for kommunen.

Uten en plikt for utbygger til å overdra justeringsretten/dokumentasjon for påløpt merverdiavgift til kommunen, vil verken utbygger eller kommunen få fradragført den påløpte merverdiavgiften som således blir en endelig inntekt for staten.

4. Grunnlaget forplikten til å opparbeide infrastruktur – utbyggingsavtalen

(1) Etter plan- og bygningsloven kapittel 17 kan kommunen inngå utbyggingsavtale med utbygger. Dette er særlig praktisk ved større utbygginger hvor det er rekkefølgetiltak som må oppfylles. Sentralt i utbyggingsavtalen vil være å regulere fordelingen av ansvaret mellom utbygger og kommunen for gjennomføring og finansiering av infrastrukturtiltak. Etter plbl § 17-3 er det inntatt en skranke mot hva som kan kreves av utbygger, og det er også et generelt forbud mot å kreve at utbygger bidrar med utbygging av sosial infrastruktur (skole, barnehage med mer).

(2) Ved utbygging til bolig eller næringsformål, kan utbygger måtte bygge ut infrastruktur som senere skal overtas av det offentlige. Dette kan være opparbeidelse av vei eller vann- og avløpsanlegg som pålegges i medhold av plan- og bygningslovens kapittel 18. Utgangspunktet her er at utbygger må opparbeide dette til en minstestandard om dette ikke allerede er på plass, med mindre kommunen gi dispensasjon fra kravet.

(3) Videre kan reguleringsplanen inneholde rekkefølgebestemmelser om opparbeidelse av infrastrukturtiltak. Dette er krav som må være oppfylt for det kan gis nødvendige tillatelser til de byggeprosjekter utbygger ønsker å gjennomføre.

(4) Spørsmålet som aktualiseres i Byrådssak 138/17 er for det første om Oslo kommune kan innta en bestemmelse i utbyggingsavtalene om at utbygger skal overføre justeringsrett for merverdiavgift, herunder nødvendig dokumentasjon til kommunen, slik at kommunen kan fremsette krav om merverdiavgiftskompensasjon overfor staten. For det andre er det spørsmål om kommunen kan avtale at hele eller deler av kompensasjonsbeløpet skal tilbakebetales utbygger..

(5) Før jeg går nærmere inn på dette i punkt 6 er det nødvendig å redegjøre noe nærmere for merverdiavgiftsregelverket og utbyggers/kommunens krav på fradrag/kompensasjon for merverdiavgift i forbindelse med byggeprosjektet.

5. Merverdiavgiftsregelverket

(1) Til byrådssaken er det vedlagt et notat med en grundig redegjørelse for merverdiavgiftsregelverket. KAO vil her gi en kort oversikt over det relevante merverdiavgiftsregelverket.

(2) I merverdiavgiftsretten oppstilles det som nevnt et sentralt skille mellom virksomhet med fradragsrett for inngående merverdiavgift og virksomhet uten slik fradragsrett.

Da merverdiavgiften er en forbruksavgift, kan ikke boligutbyggere frivillig registrere seg i merverdiavgiftsregisteret og fradragsføre merverdiavgiften. Denne vil derfor fortløpende være innbetalt til staten. Det oppstår dermed aldri et spørsmål om fradragsrett eller tilbakebetalingsplikt som følge av overføring av infrastrukturtiltaket. Merverdiavgiften vil tilfalle staten med mindre kommunen krever kompensasjon.

(3) Utbyggere av bygg som skal brukes av leietakere som driver avgiftspliktig virksomhet (næringsbygg), kan derimot registrere seg i merverdiavgiftsregisteret og oppnå rett til å fradragsføre inngående merverdiavgift.

(4) Fradragsreglene for inngående merverdiavgift suppleres med generelle bestemmelser om justering når forutsetningene for fradraget faller bort eller endrer seg. Et eksempel på en justeringshendelse er at leietaker byttes ut eller endrer sin avgiftspliktige virksomhet. Overføring av et infrastrukturtiltak til kommunen er en annen justeringshendelse som innebærer at utbyggeren ikke lenger har rett til å beholde fradraget for merverdiavgift. Dette skal dermed tilbakeføres til staten.

(5) Slike infrastrukturtiltak har så langt vært ansett som «kapitalvare» i relasjon til merverdiavgiftsloven § 9-1 som er inngangsvilkåret for at reglene om justeringsrett og justeringsplikt kommer til anvendelse. I korthet innebærer dette at påløpt merverdiavgift på «kapitalvarer» kan kreves fradragsført forutsatt at kapitalvaren fysisk benyttes i merverdiavgiftspliktig virksomhet i en 10 årsperiode. Benyttes den aktuelle kapitalvaren i merverdiavgiftspliktig virksomhet i en kortere periode, foretas en forholdsmessig avkortning.

(6) Kommunens rett til kompensasjon fra staten etter merverdiavgiftskompensasjonsloven gjelder uavhengig av om utbygger opprinnelig hadde krav på fradragsrett for merverdiavgift eller ikke.

(7) Ved innføringen av merverdiavgiftskompensasjonsloven av 12.12.2003 fikk kommunene kompensasjon for innbetalt merverdiavgift på varer og tjenester, forutsatt at dette benyttes i kommunens «*kompensasjonsberettigede virksomhet*». Dette inkluderer blant annet kommunens ordinære virksomhet, med visse unntak i lovens § 4.

Formålet med loven er å som allerede nevnt å sikre avgiftsmessig likebehandling mellom utføring i egenregi eller anskaffelse fra private aktører.

Det følger av merverdiavgiftskompensasjonsloven § 16 at reglene om justeringsrett og justeringsplikt i merverdiavgiftsloven kommer tilsvarende til anvendelse for merverdiavgiftskompensasjon.

(8) Praktiseringen av reglene om justeringsrett- og plikt etter merverdiavgiftskompensasjonsloven er forskjellig avhengig av om virksomheten som opprinnelig pådrar seg utgiftene er merverdiavgiftspliktig eller ikke. Når infrastrukturiltaket utføres av en utbygger uten at dette har tilknytning til avgiftspliktig virksomhet, som er tilfellet for boligutbygging, kan som nevnt ikke utbygger fradragføre denne merverdiavgiften fortløpende.

Dersom bruken av «kapitalvaren» endres eller overføres til ny eier slik at den benyttes i merverdiavgiftspliktig virksomhet – hvilket vil være tilfellet for kommunen –, foreligger det *justeringsrett*. Det betyr at det nå er adgang for kommunen til å fradragføre inngående merverdiavgift med 1/10 årlig for den resterende del av 10 årsperioden.

For at ny eier skal få justeringsrett etter overdragelsen, er det et vilkår at partene må ha avtalt dette samt at det overføres tilstrekkelig dokumentasjon for fradraget til nye eier. Det følger av merverdiavgiftsloven § 9-3 at det kan inngås avtale om overføring av justeringsrett. Den nærmere fremgangsmåten, herunder hvilke krav som gjelder til avtale om overføring av justeringsretten, er regulert i merverdiavgiftsloven §§ 9-3-4 og 9-3-5, jf. 9-3-3. Det er dette den foreslåtte klausulen i utbyggingsavtalene skal sikre.

(9) «Næringsutbygger» vil derimot fortløpende kunne fradragføre merverdiavgiften på de varer og tjenester som kjøpes for å gjennomføre utbyggingen, men dersom det ikke inngås avtale om justeringsplikt vil utbygger måtte tilbakebetale den fradragførte merverdiavgiften. Det kan da også her inngås avtale om justeringsrett, og situasjonen vil da bli nøyaktig som beskrevet for utbyggere av bolig eller annen ikke-merverdiavgiftspliktig virksomhet.

(10) Høyesterett har i uke 42 behandlet den såkalte Avinor-saken. Avinor hevder at utgifter til infrastrukturiltak som forutsetning for egne byggearbeider, ikke er å anse som «kapitalvare». Konsekvensen av at Avinor eventuelt får medhold i dette vil være at reglene om justeringsrett og justeringsplikt ikke lenger kommer til anvendelse. En merverdiavgiftspliktig utbygger vil da kunne fradragføre inngående merverdiavgift fortløpende, uten senere tilbakebetalingsplikt. En utbygger som ikke driver merverdiavgiftspliktig virksomhet (boligutbyggere) vil som nå ikke få fradrag. I begge tilfeller bortfaller muligheten for kommunen til å få merverdiavgiftskompensasjon idet det ikke lenger vil være snakk om en justeringshendelse.

Avinor fikk medhold i sitt synspunkt i tingretten, men tapte i lagmannsretten. Høyesteretts dom vil foreligge om kort tid.

(11) Uavhengig av utfallet i denne saken er det anledning for kommunen til å benytte seg av den såkalte anleggsbidragsmodellen. Etter denne modellen står kommunen som byggherre, mens utbygger betaler. Kommunen vil da få fradrag for inngående merverdiavgift direkte, siden infrastrukturiltakene som bygges skal benyttes i kommunens kompensasjonsberettigede virksomhet.

Modellen har i andre kommuner ofte vært praktisert slik at utbygger reelt er byggherre, men at det er kommunen som formelt sett innehar denne posisjonen og betaler de løpende utgifter – som så refunderes fra utbygger etter eventuelt fradrag for den andel av merverdiavgiftsfradragene utbygger skal ha. Skattemyndighetene har ikke godtatt dette uten videre, men satt som vilkår at kommunen må ha et byggherreansvar av en viss realitet for å få fradragene. Av denne grunn har jeg oppfattet at ordningen ikke anses som så aktuell i Oslo kommune, og jeg går ikke inn på de nærmere vilkårene for å kunne anvende ordningen.

6. Den rettslige adgangen til å betale deler av fradragene tilbake til utbygger – reglene om statsstøtte.

6.1 Innledning

(1) Det kan være et legitimt politisk ønske å kunne overføre deler av kommunens merverdiavgiftskompensasjon til utbygger. Som gjennomgangen over viser, er dette penger utbygger ikke har krav på. Siden det i så fall vil være snakk om en frivillig ordning fra kommunens side, aktualiseres spørsmålet om en slik overføring er i strid med statsstøttereglene. Min konklusjon nedenfor er at dette antakelig er tilfellet fordi utbygger får en fordel utbygger ikke har krav på etter merverdiavgiftsregelverket, og som andre utbyggere i Norge ikke har krav på. Bagatelmessig støtte er likevel lovlig innenfor statsstøttereglerverket, og vil derfor kunne være en måte å overføre en andel av merverdiavgiftskompensasjonen på.

For at kommunens skal ha krav på merverdiavgiftskompensasjon for merverdiavgift for kostnader knyttet til infrastrukturiltak kommunen har fått overført fra utbygger, må kommunen kunne dokumentere disse overfor staten. Kommunen er derfor, som nevnt, avhengig av en avtale med utbygger som sikrer at slik dokumentasjon fremskaffes og overdras. Kostnader for utbygger forbundet med dette kan dekkes av kommunen uten å komme i konflikt med statsstøttereglene (ytelse-mot-ytelse). Et annet spørsmål er om plan- og bygningslovens åpner for å innta et slikt krav i utbyggingsavtale med utbygger. Jeg antar at dette vil være lovlig.

(2) Ved fremforhandling av en ny utbyggingsavtale kan kommunen uansett hensynta den økonomiske ulempen det er for utbygger at han ikke har fradragsrett for inngående merverdiavgift i prosjektet.

(3) For jeg behandler disse spørsmålene nærmere i punktene 6.3 – 6.5 nedenfor vil jeg i punkt 6.2 si noe om betydningen av eventuelle innvendinger mot merverdiavgiftsreglene.

6.2 Det er en konsekvens av merverdiavgiftsregelverket at merverdiavgiften tilfaller kommunen og ikke utbygger

(1) I et brev til kommunen datert 27. mars 2017 har Norsk Eiendom tatt til orde for at det er uriktig/urimelig at merverdiavgiftskompensasjonen tilfaller kommunen og ikke (nærings)utbygger. Det er vist til tilsvarende argumenter i en artikkel av advokat Trond Larsen i Estate 16.10.2017.

Hvorvidt det er kommunens oppgave å bote på eventuelle urimeligheter som følger av merverdiavgiftsregelverket, er primært et politisk spørsmål. Jeg peker nedenfor likevel på noen momenter av rettslig art som det kan være grunn til å ha med seg inn i denne vurderingen.

(2) Norsk Eiendoms argumentasjon bygger for det første på en allerede eksisterende forskjellsbehandling av næringsutbyggere og boligutbyggere, da boligutbyggeren aldri vil ha krav på fradragsrett. Den er derfor bare relevant for næringsutbygging.

(3) Norsk Eiendom hevder at det strider med merverdiavgiftsregelverkets intensjoner at merverdiavgiftsfradraget ikke tilfaller utbygger. Det er i brevets pkt 3 særlig vist til Prop 1 LS (2012-2013), som gjaldt opphevelse av fritaket for merverdiavgift for veiutbygging. Det trekkes frem en uttalelse om at denne opphevelsen ikke skulle medføre noen reelle kostnadsøkninger ettersom staten, fylkeskommunene og kommunene vil få tilbakebetalt merverdiavgiften.

(4) Jeg tilføyer imidlertid at det i samme proposisjon er uttalt:

« i den grad offentlig vei bygges av private som ikke er merverdiavgiftspliktige, kan opphevelse av fritaket innebære en reell kostnadsøkning. Dette synes å forekomme sjelden, og det antas derfor at opphevelsen av fritaket for slike tilfeller vil få en begrenset økonomisk virkning. »

Uavhengig av synspunkter på dette, er det på det rene at lovgiver har vært klar over at lovendringen vil medføre en reell kostnadsøkning for private som bygger vei, og men likevel valgt å la dette bli stående. Jeg tilføyer også at denne lovendringen kun gjelder utbygging av vei, og ikke annen teknisk infrastruktur hvor det har påløpt merverdiavgift hele tiden, dvs også før lovendringen for vei i 2013.

(5) Videre påpeker Norsk Eiendom i brevets pkt 4 at det ikke er i tråd med intensjonene i merverdiavgiftsregelverket at utbygger ikke får beholde merverdiavgiftsfradragene. Jeg oppfatter at det i dette punktet igjen rettes innvendinger mot selve merverdiavgiftsregelverket.

(6) Gode grunner tilsier at disse innvendingene ikke er kommunens anliggende. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, vil kommunen både kunne og måtte hensynta hvem som nyttiggjør seg av merverdiavgiftsfradragene når utbyggingsavtaler forhandles. Selve merverdiavgiftsregelverket ligger imidlertid som et premiss lagt av staten, og det er i utgangspunktet ikke kommunens oppgave å gjøre endringer i eller bote på eventuelle uheldige konsekvenser av dette. Som nevnt ville det dessuten ført til forskjellsbehandling av «næringsutbygger» og boligutbygger dersom kun førstnevnte fikk «beholde» fradraget.

6.3 En generell ordning der merverdiavgiften tilbakebetales til utbygger er antakeligvis i strid med statsstøtteregelverket

(1) Selv om merverdiavgiftsregelverket forutsetter at utbygger skal tilbakebetale fradragsført merverdiavgift ved overdragelse til kommunen, kan det politisk være et ønske å inngå avtale med utbygger om overføring av justeringsplikten eller tilbakebetaling av (deler av) merverdiavgiftsfradraget.

Dette reiser spørsmål om ulovlig statsstøtte.

(2) ESA har i en uformell uttalelse (vedlagt) kommet med innvendinger til en utbyggingsavtale Stavanger kommune hadde inngått, og hvor fradraget for inngående merverdiavgift skulle deles likt mellom kommunen og utbygger. ESA konkluderte ikke i saken, men uttrykte skepsis begrunnet i at avtalen antagelig utgjorde ulovlig statsstøtte.

(3) ESA uttalte først at dersom kommunen ved en slik avtale oppnår en fordel – det vil si at kommunens andel utgjør mer enn kommunens kostnader ved å inngå og administrere avtalen - vil det kunne anses forretningsmessig motivert å inngå en slik avtale siden kommunen kommer bedre ut enn uten slik. Avtaleklausuler som er velbegrunnet i forretningsmessige hensyn, utgjør normalt ikke statsstøtte.

ESA tilføyer imidlertid at avtalen ikke bør vurderes så snevert, og konkluderer med at riktig innfallsvinkel antagelig er å se på hvilken støtteeffekt dette har for mottakeren, løst fra betydningen for kommunen. ESA konkluderer med at forholdet ser ut til å utgjøre statsstøtte fordi utbygger her får en fordel utbygger ikke har krav på etter merverdiavgiftsregelverket, og en støtte andre utbyggere i Norge ikke har krav på.

ESA konkluderer, etter mitt syn med rette, med at selv om en slik klausul fremstår som økonomisk gunstig for kommunen, så vil det dette ikke være situasjonen for det offentlige som helhet siden både utbygger og kommunens gevinst ved avtalen i realiteten finansieres av staten. I statsstøttesammenheng identifiseres de forskjellige offentlige organ, slik at det nok her er den samlede effekt for det offentlige som må vurderes. Realiteten vil da være at det offentlige samlet sitter igjen med mindre penger enn om en klausul om tilbakebetaling til utbygger ikke ble inngått, og dette vil trolig anses som ulovlig statsstøtte.

(4) Jeg tror ESAs synspunkt har gode grunner for seg, men det er vanskelig å gi en sikker beskrivelse av rettsstillingen. ESAs uttalelse har begrenset rettskildemessig vekt, men er samtidig den eneste relevante rettskilden som direkte berører denne problemstillingen. Legges synspunktet i ESAs uttalelse til grunn, betyr dette at kommunen ikke kan yte støtte utover det som tilsvarende arbeid for utbygger med å utarbeide nødvendig dokumentasjon for at kommunen skal ha justeringsrett, jf. ytelse-mot-ytelse-prinsippet.

(5) Min konklusjon er derfor at en ordning hvor utbyggerne får en fast proSENTSATS av merverdiavgiftsfradraget tilbakebetalt antakelig vil utgjøre ulovlig statsstøtte.

(6) Jeg vil imidlertid tilføye at plikten for utbygger til å utføre infrastrukturiltak forutsetningsvis er nedfelt i en utbyggingsavtale som reguleres av plan- og bygningsloven kapittel 17, og utbyggingsavtalen kan i visse tilfeller hensynta hvem som nyttiggjør seg av merverdiavgiftsfradraget, jfr pkt 7 nedenfor.

6.4 Godtgjørelse for utbygger arbeid med å fremskaffe dokumentasjon utgjør ikke statsstøtte

Det kan avtales at utbygger skal få godtgjørelse for det arbeid som nedlegges for å gi kommunen den nødvendige dokumentasjon for påløpt merverdiavgift, enten som en proSENTSATS av

merverdiavgiftsfradraget eller som et fast beløp. En slik godtgjørelse vil trolig ikke anses som statsstøtte. Dette arbeidet vil normalt være relativt begrenset etter det jeg forstår. Jeg vil derfor anta at tilbakeføring av mer enn ca. 10 % av merverdiavgiften neppe vil være lovlig etter statsstøtteregele.

6.5 Unntaket for bagatellmessig støtte

(1) Videre viser jeg til regelverket for bagatellmessig støtte, som innebærer at det lovlig kan gis statsstøtte til enkeltstående støttmottakere på inntil 200 000 Euro.

(2) Det er nettostøttebeløpet som skal vurderes opp mot beløpsgrensene, så beløpene som eventuelt kan gis som godtgjørelse for utbyggers arbeid med å utarbeide dokumentasjon, skal holdes utenfor beregningen av hva som kan gis i slik bagatellmessig støtte.

Beløpsgrensen gjelder ikke for den enkeltstående støtten som gis, men den gjelder for all bagatellmessig støtte gitt til det samme foretaket fra enhver offentlig støttegiver i løpet av en treårsperiode, som er rullerende og regnes fra hvert kalenderår.

(3) Det er også knyttet prosedyreregler til bagatellmessig støtte. Det må i det enkelte tilfelle synliggjøres hva som utgjør støtteelementet, og dette må meddeles skriftlig til støttmottaker som på sin side må erklære til støttegiver hva foretaket har mottatt i bagatellmessig støtte det siste året.

(4) Det vil ofte være vanskelig å beregne hva som utgjør netto støttebeløp, så i praksis vil det lett bli slik at beløpsgrensene for bagatellmessig støtte likevel utgjør begrensningen for hva som kan gis til utbygger. Om en utbygger har mottatt annen bagatellmessig støtte de siste tre år utgjør dette en ytterligere begrensning på hva som kan gis fra kommunen i denne sammenheng.

(5) Dersom utbyggere gis støtte innenfor regelverket for bagatellmessig støtte, så krever dette en viss oppfølging fra utbyggers og spesielt kommunens side for å sikre at man følger de nevnte prosedyreregler.

7. Utbyggingsavtalen kan hensynta at merverdiavgiftsfradraget tilfaller kommunen og ikke utbygger

(1) Utbyggingsavtaler som nedfeller plikten til å oppføre eller finansiere infrastrukturiltak, har gjerne flere elementer i seg.

(2) I en del tilfeller går utbyggers forpliktelse ut på å gjennomføre krav om veiopparbeidelse etter plbl § 18-1 eller å oppfylle rekkefølgebestemmelser som det er opplagt at utbygger må bære i sin helhet – for eksempel tilførselsveier, parkanlegg eller annen infrastruktur hvor behovet utelukkende er utløst ved den aktuelle utbyggingen. I disse tilfellene har utbyggingsavtalen ikke som formål å regulere omfanget av ytelsen fra utbygger, som skal betale alt. Utbyggingsavtalens formål vil da primært være å regulere gjennomføringen av tiltaket, så som kvalitetskrav, frister med mer.

(3) En utbyggingsavtale kan imidlertid gå ut på at utbygger gjør noe mer enn det utbygger strengt tatt må for å oppfylle planens rekkefølgekrav, gjerne fordi kommunen samtidig utfører tiltak, og partene ser en felles interesse i å utføre tiltakene. Det kan også være at kommunen yter et kontantbidrag til utbygger for å få tiltaket gjennomført.

I disse tilfellene har avtalen et preg av å regulere balanseforholdet i ytelsene partene står for. I så fall vil det være relevant å se hen til hvem som nyttiggjør seg merverdiavgiftsfradraget. Når kommunen får dette fradraget, vil det kunne anses naturlig at kommunen yter mer, også i form av et kontanttilskudd til utbygger, enn det som ville vært tilfellet om utbygger allerede hadde fått tilbake deler av fradraget gjennom en standardklausul om merverdiavgift.

(4) Etter plbl § 17-3 tredje ledd er det nedfelt følgende begrensning i kommunens adgang til å kreve at utbygger finansieres tekniske infrastrukturtiltak:

«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.»

Når utbygger bare skal utføre deler av infrastrukturtiltakene, vil utbyggingsavtalen også ha et element av å regulere gjensidig bebyrdende ytelser. Tilsvarende vil det også her måtte hensyntas hvem som nyttiggjør seg merverdiavgiftsfradraget. Når kommunen mottar dette, er det etter mitt syn klart at grensene for hva kommunen kan kreve av utbygger vil påvirkes av hvem som nyttiggjør seg av merverdiavgiftsfradraget. Grensen for hvilken økonomisk belastning som pålegges utbygger, må derfor hensynta om utbygger belastes merverdiavgift som en endelig kostnad eller indirekte får deler av dette tilbake fra kommunen.

(5) I de to sistnevnte typetilfellene vil det slik jeg ser det, være relevant å hensynta merverdiavgiftsfradraget ved vurderingen av hvilke ytelser kommunen kan yte, og hvilke byrder utbygger kan pålegges.

8. Kan det lovlig inntas en klausul om at utbygger plikter å overlevere dokumentasjon til utbygger?

(1) Plbl § 17-3 tredje ledd begrenser kommunens adgang til å stille krav i utbyggingsavtaler, men bestemmelsen er i utgangspunktet ikke til hinder for inngåelse av utbyggingsavtale som inneholder en klausul som innebærer at kommunen overtar justeringsretten. Bestemmelsens krav til forholdsmessighet innebærer likevel at kommunen ikke kan benytte utbyggingsavtaler til å «presse» igjennom gunstige avtalevilkår for kommunen, men at det må være samsvar mellom det utbygger yter sett opp mot de fordelene utbygger får av tiltakene og mot kommunens bidrag til tiltakene.

(2) Kommunen kan ikke stille som vilkår for byggetillatelse at det inngås en utbyggingsavtale, jf. Ot prp nr 22 (2004-2005) s 50 tredje siste avsnitt. I situasjoner hvor utbygger selv fullt ut oppfyller de rekkefølgekrav som følger av planen og eventuelle veipålegg i medhold av plbl § 18-1, vil utbygger normalt ha krav på byggetillatelse. Utbygger vil derfor i prinsippet ikke ha behov for å inngå en utbyggingsavtale for å få byggetillatelse, men kan likevel se seg tjent med dette

siden avtalen også kan regulere andre forhold eller presisere innholdet i planbestemmelser, herunder rekkefølgekravene.

I Ot prp 22 (2004-05) er det på s 49 nest siste avsnitt uttalt at dersom utbyggingsavtalen ikke gir utbygger en større fordel enn det utbygger uansett ville ha krav på, så kan det heller ikke avtales økonomiske ytelser utover det kommunen ensidig kan pålegge. I Ot prp 22 (2004-2005) på s 17 tredje siste avsnitt er uttalt at rent fiskale hensyn er utenforliggende. Antagelig betyr det kun at kommunen ikke kan begrunne en utbyggingsavtale utelukkende med at den er økonomisk gunstig, der den etter en planfaglig vurdering ellers ikke ville blitt vedtatt – det vil si at kommunen tillater en «ekstra» utbygging fordi utbygger betaler godt.

(3) Kommunen kan ikke ensidig pålegge en slik klausul, og i de utbyggingsavtalene hvor utbygger påtar seg å oppfylle rekkefølgekrav og andre vilkår fullt ut, kan det derfor stilles spørsmål ved om kommunen kan innta en klausul om at merverdiavgiftsfradraget fullt ut skal tilfalle kommunen. En slik klausul innebærer imidlertid en begrenset byrde på utbygger ved krav om utarbeidelse av nødvendig dokumentasjon, og et spesielt forhold ved disse klausulene er at arbeidsbyrden for utbygger er liten, mens fordelene for kommunen er vesentlig større (forutsatt at hele merverdiavgiftsfradraget tilfaller kommunen).

Jeg tror derfor det skal noe til før en slik avtale blir kjent ugyldig siden byrden som pålegges utbygger er begrenset. I de andre tilfeller hvor utbyggingsavtalen også regulerer partenes forpliktelser utover dette, kan jeg vanskelig se at en slik klausul kan være i strid med plbl § 17-3.

Med hilsen
KOMMUNEADVOKATEN

Espen Hansen
advokat

Ekspedert elektronisk

Vedlegg:
E-post 28. august 2012 fra ESA

Kopi til:

Byrådsavdelingene	Rådhuset	0037	OSLO
Byrådsavdelingene	Rådhuset	0037	OSLO

8.4 Vedlegg 4: Meldeskjema NSD

Meldeskjema for behandling av personopplysninger

about:blank



Meldeskjema 199331

Sist oppdatert

28.11.2018

Hvilke personopplysninger skal du behandle?

- Navn (også ved signatur/samtykke)
- Lydopptak av personer

Type opplysninger

Skal du behandle særlige kategorier personopplysninger eller personopplysninger om straffedommer eller lovovertridelser?

Nei

Prosjektinformasjon

Prosjektittittel

Masteroppgave

Prosjektbeskrivelse

Håndtering av mva i forbindelse med utbyggingsavtaler. Med fokus på oppføring av teknisk infrastruktur.

Fagfelt

Samfunnsvitenskap

Dersom opplysningene skal behandles til andre formål enn behandlingen for dette prosjektet, beskriv hvilke

Nei

Begrunn behovet for å behandle personopplysningene

Valdiditet og reliabilitet for masteroppgaven. Vi behandler kun personopplysninger som er nødvendige for å

gi oppgaven den tyngden og troverdigheten som er nødvendig. Eksempelvis vil dette være navn og stilling knyttet mot et konkret utsagn.

Ekstern finansiering

Type prosjekt

Studentprosjekt, masterstudium

Kontaktinformasjon, student

Fredrik Blich , frbl@nmbu.no , tlf: 92238701

Behandlingsansvar

Behandlingsansvarlig institusjon

Norges miljø- og biovitenskapelige universitet / Fakultet for landskap og samfunn / Institutt for eiendom og juss

Prosjektansvarlig (vitenskapelig ansatt/veileder eller stipendiat)

Fredrik Holth, fredrik.holth@nmbu.no, tlf:

Skal behandlingsansvaret deles med andre institusjoner (felles behandlingsansvarlige)?

Nei

Utvalg 1

Beskriv utvalget

Aktører med kunnskap innenfor feltet utbyggingsavtaler. Dette vil være representanter fra kommuner samt private selskaper.

Rekruttering eller trekking av utvalget

Dette vil gjennomføres ved forespørsel ved mail, eventuelt telefon. Vi vil forsøke å få en representativ fordeling fra ulike aktører.

Alder

20 - 67

Inngår det voksne (18 år +) i utvalget som ikke kan samtykke selv?

Nei

Personopplysninger for utvalg 1

- Navn (også ved signatur/samtykke)
- Lydopptak av personer

Hvordan samler du inn data fra utvalg 1?

Personlig intervju

Grunnlag for å behandle alminnelige kategorier av personopplysninger

Samtykke (art. 6 nr. 1 bokstav a)

Informasjon for utvalg 1

Informerer du utvalget om behandlingen av opplysningene?

Ja

Hvordan?

Skriftlig informasjon (papir eller elektronisk)

Tredjepersoner

Skal du behandle personopplysninger om tredjepersoner?

Nei

Dokumentasjon

Hvordan dokumenteres samtykkene?

- Elektronisk (e-post, e-skjema, digital signatur)

Hvordan kan samtykket trekkes tilbake?

Vi opplyser om at samtykket kan trekkes tilbake dersom nødvendig, dette kan gjøres over e-post.

Hvordan kan de registrerte få innsyn, rettet eller slettet opplysninger om seg selv?

Vi gir de registrerte anledning til å lese igjennom deres "utsagn" og informasjon som berører de i forkant av innlevering. Dersom det er ønskelig med korrigering gjennomfører vi det.

Totalt antall registrerte i prosjektet

1-99

Tillatelser

Skal du innhente følgende godkjenninger eller tillatelser for prosjektet?

Behandling

Hvor behandles opplysningene?

- Ekstern tjeneste eller nettverk (databehandler)

Hvem behandler/har tilgang til opplysningene?

- Prosjektansvarlig
- Student (studentprosjekt)

Tilgjengeliggjøres opplysningene utenfor EU/EØS til en tredjestat eller internasjonal organisasjon?

Nei

Sikkerhet

Oppbevares personopplysningene atskilt fra øvrige data (kodenøkkel)?

Nei

Begrunn hvorfor personopplysningene oppbevares sammen med de øvrige opplysningene

Fordi informasjonen er ikke av en slik sensitiv karakter som gjør dette nødvendig. f.eks navn i forbindelse med utsagn

Hvilke tekniske og fysiske tiltak sikrer personopplysningene?

- Andre sikkerhetstiltak

Hvilke

Passordbeskyttelse av elektroniske enheter

Varighet

Prosjektperiode

01.01.2019 - 15.05.2019

Skal data med personopplysninger oppbevares utover prosjektperioden?

Nei, data vil bli oppbevart uten personopplysninger

Hvilke anonymiseringstiltak vil bli foretatt?

Vil de registrerte kunne identifiseres (direkte eller indirekte) i oppgave/avhandling/øvrige publikasjoner fra prosjektet?

Ja

Begrunn

Intervjuobjekter som kommer med sitater og direkte uttalelser vil bli identifisert med navn. For de som ikke ønsker at det skal gjengis med navn vil de ikke kunne identifiseres.

Tilleggsopplysninger

8.5 Vedlegg 5: Intervjuguide 1

Intervjuguide – Knut F Rasmussen fra KMD

1. Introduksjon av oppgaven og tema.
2. Hvor godt kjent er du med problematikken knyttet til mva. ved håndtering av utbyggingsavtaler etter kapittel 17?
3. I hvilken grad er du kjent med Oslo-kommunes bystyre-vedtak av 25.04.2018 sak 104 om utbyggingsavtaler og det nye «netto-kostnadsprinsippet».
 - a. Hvilke tanker gjør du deg omkring hvilke hensyn som ligger bak innføringen av netto-kostnadsprinsippet?
4. Er det noen holdepunkter for å si at vedtaket vil medføre noen praktiske endringer for valg av gjennomføringsmodell?
 - a. Med tanke på at Oslo kommune hovedsakelig har benyttet justeringsmodellen, er det noen holdepunkter for å si det nye bystyrevedtaket vil åpne for bruk av andre gjennomføringsmodeller?
 - b. Er det noen holdepunkter for å si at netto-kostnadsprinsippet vil føre til en endring på det totale kostnadsbildet for utbygger?
 - c. Ser du for deg noen utfordringer i forbindelse med innføringen av netto-kostnadsprinsippet?
5. Hvordan tolker du plan- og bygningslovens §17-3 vedrørende «nødvendighet», hvilke momenter inngår i nødvendighetsvurderingen i praksis?
 - a. Hvilke tanker gjør du deg om nødvendighetskravet sett i lys av rekkefølgebestemmelser, er det innenfor lovens rammer at rekkefølgebestemmelser automatisk gjør et tiltak «nødvendig»?
6. Hvordan tolker du plan- og bygningslovens §17-3 vedrørende «forholdsmessighet»?
 - a. Hvordan ser du på mva. i forhold til vurdering av forholdsmessighet som påløper i utbyggingsavtaler ved oppføring av teknisk infrastruktur.
 - b. Hvilke argumenter er det for at kommunen skal sitte igjen med den refunderte MVA'en?
 - c. Videre er det noen skranker for kommunens bruk av de refunderte midlene?
 - i. f.eks lekeplass bekostet på mva. fra seniorboliger.
 - ii. Hvilke tanker gjør du deg om at kommunens bruk av de refunderte midlene kan benyttes i forhandlingssituasjonen
 - d. Har bestemmelsene om forholdsmessighet gjort det lettere for utbygger å komme fram til balanserte avtaler?
7. Hvilke tanker gjør du deg om Sandnes-modellen i den grad formålet tar sikte på å løse en del av de mest sentrale problemene knyttet til uforutsigbarhet, gratispassasjerer, og kompliserte rutiner for refusjon?
8. I sivilombudsmannens vurdering av Sandnes-modellen blir planbestemmelsene om satser for infrastrukturbidrag ansett som ulovlige på bakgrunn av reglene i §17-3.
 - a. Hvilke tanker gjør du deg om at bestemmelsen i §17-3, som er myntet på å regulere innholdet i utbyggingsavtaler brukes som argument for at planbestemmelsene i «modellen» var ulovlige - sikter da til hvorvidt Sandnes-modellen faller inn under «avtalebegrepet».
9. Burde man lettere kunne kombinere ulike modeller for etablering av teknisk infrastruktur for å skape en mer fleksibel forhandlingssituasjon?

8.6 Vedlegg 6: Intervjuguide 2

Intervjuguide – OBOS

1. Introduksjon av oppgaven og tema.
2. Hvor godt kjent er dere med problematikken knyttet til mva. ved håndtering av utbyggingsavtaler etter kapittel 17?
3. I hvilken grad er dere kjent med Oslo-kommunes bystyre-vedtak av 25.04.2018 sak 104 om utbyggingsavtaler og det nye «netto-kostnadsprinsippet».
 - a. Hvordan forstår dere nettokostnadsprinsippet? Hva innebærer dette?
 - b. (Hvis kjent) - hvilke tanker gjør dere omkring hvilke hensyn som ligger bak innføringen av netto-kostnadsprinsippet?
 - c. Er det noen holdepunkter for å si at netto-kostnadsprinsippet vil føre til en endring på det totale kostnadsbildet for utbygger? Jf punkt 4.
4. Hvordan tolker dere plan- og bygningslovens §17-3 vedrørende «nødvendighet», hvilke momenter inngår i nødvendighetsvurderingen i praksis?
 - a. Hvilke tanker gjør dere omkring nødvendighetskravet sett i lys av rekkefølgebestemmelser, er det innenfor lovens rammer at rekkefølgebestemmelser automatisk gjør et tiltak «nødvendig»?
5. Hvordan gjennomføres avtalene om momsrefusjon i praksis?
 - a. På hvilken måte formaliseres håndteringen av moms.
6. Hvordan tolker dere plan- og bygningslovens §17-3 vedrørende «forholdsmessighet»?
 - a. Hvordan ser dere på mva. i forhold til vurdering av forholdsmessighet som påløper i utbyggingsavtaler ved oppføring av teknisk infrastruktur.
 - b. Hvilke argumenter er det for at kommunen skal sitte igjen med den refunderte MVA'en?
 - i. Videre er det noen skranker for kommunens bruk av de refunderte midlene?
 - ii. Ville det vært enklere å godta at kommunen beholder momsbeløpet dersom man hadde skranker for bruken av disse pengene?
 - c. Gjør bestemmelsen om forholdsmessighet det lettere for dere som utbygger å komme fram til balanserte avtaler?
7. Hvordan opplever dere forhandlingssituasjonen knyttet til utbyggingsavtaler?
 - a. Hvilke dimensjoner føler dere det er rom til å forhandle om?
 - b. På hvilken måte opplever dere at momstematikken er åpen for forhandling?
 - c. (Aktuelt for næringsbygg) I litteratur knyttet til merverdiavgifts-håndtering snakkes det om en potensiell likviditetsfordel, dersom overføringen av justeringsrett og plikt gjennomføres på riktig måte? Opplever dere Oslo kommune er bevist de grepene som kan sikre ytterligere gevinst i forbindelse med håndteringen av merverdiavgift.
8. Hvilken funksjon har forbudet mot sosial infrastruktur, i utbyggingsavtaler etter kapittel 17, den dag i dag?
 - a. Hvilket synspunkt har dere på om forbudet bør opprettholdes eller avskaffes?
9. Hvor godt kjent er dere med Sandes-modellen og den etterfølgende uttalelsen fra sivilombudsmannen.
 - a. Hvis nei/tja kjør videre: Hvilke tanker gjør dere om Sandnes-modellen i den grad formålet tar sikte på å løse en del av de mest sentrale problemene knyttet til uforutsigbarhet, gratispassasjerer, og kompliserte rutiner for refusjon?
 - b. Burde det gjøres endringer i lovverket som åpner for at denne type modeller kan anvendes?

8.7 Vedlegg 7: Intervjuguide 3

Intervjuguide for advokater– Anne Sofie Bjørkholt, Siv Merethe Øveraasen og Alexander With.

1. Introduksjon av oppgaven og tema
2. I hvilken grad er du kjent med Oslo-kommunes bystyre-vedtak av 25.04.2018 sak 104 om utbyggingsavtaler og det nye «netto-kostnadsprinsippet».
 - a. Hvilke tanker gjør du omkring hvilke hensyn som ligger bak innføringen av netto-kostnadsprinsippet?
 - b. Er det noen holdepunkter for å si at vedtaket vil medføre noen praktiske endringer for valg av gjennomføringsmodell.
 - c. Er det noen holdepunkter for å si at netto-kostnadsprinsippet vil føre til en endring på det totale kostnadsbildet for utbygger? Jf. punkt 4.
 - d. Har du gjort noen vurderinger knyttet til punkt 5 i vedtaket?
3. I bystyrets vedtak blir det av Sundelin og Steenstrup forslått at «utbygger skal få kompensert mest mulig av mva. som kommunen vil motta», men det ble nedstemt. Har du gjort deg noen tanker om hva som skiller dette forslaget fra punkt 4 i bystyrets vedtak.
4. Hvordan tolker du plan- og bygningslovens §17-3 vedrørende «forholdsmessighet»?
 - a. Hvordan ser du på mva i forhold til vurdering av forholdsmessighet som påløper i utbyggingsavtaler ved oppføring av teknisk infrastruktur. Med dette sikter vi til hvorvidt merverdiavgiften inngår i kostnadsbildet ved forholdsmessighetsvurderingen.
 - b. Hvilke argumenter er det for at kommunen skal sitte igjen med den refunderte MVA'en?
 - c. Hvilke argumenter er det for at utbygger skal sitte igjen med den refunderte MVA'en?

«Legg frem eksempel på justeringsbestemmelse i utbyggingsavtale»

5. Er dette en vanlig måte å gjennomføre avtale om momsrefusjon i praksis?
 - a. På hvilken måte formaliseres håndteringen av moms.
 - b. Kan man med utgangspunkt i pbl § 17-3 inngå utbyggingsavtaler med bestemmelser om håndtering av merverdiavgiften. Sikter med dette til at lovbestemmelsen fastslår at «utbyggingsavtale kan gjelde forhold som kommunen har gitt bestemmelser om i arealdelen til kommuneplan eller reguleringsplan». Faller moms inn under slike bestemmelser?
6. Hvor godt kjent er du med Sandes-modellen og den etterfølgende uttalelsen fra sivilombudsmannen.
7. I sivilombudsmannens vurdering av Sandnes-modellen blir planbestemmelsene om satser for infrastrukturbidrag ansett som ulovlige på bakgrunn av reglene i §17-3.
 - a. Hvilke tanker gjør du deg om at bestemmelsen i §17-3, som er myntet på å regulere innholdet i utbyggingsavtaler brukes som argument for at planbestemmelsene i «modellen» var ulovlige - sikter da til hvorvidt Sandnes-modellen faller inn under «avtalebegrepet».



Norges miljø- og biovitenskapelige universitet
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003
NO-1432 Ås
Norway