

## D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 16. desember 2009 í máli nr. E-6971/2009:

**Hugur ehf.**

*(Ólafur Thóroddsen hrl.)*

**gegn**

**Reykjavíkurborg**

*(Kristbjörg Stephensen hdl.)*

Mál þetta, sem höfðað var 2. júní 2009, var dómtekið 12. nóvember sl. Málið var endurupptekið og dómtekið á ný 16. desember 2009.

Dómkröfur stefnanda, Hugur ehf., eru:

**Aðallega** að staðfest verði riftun stefnanda á úthlutunargerð borgarráðs stefnda þann 6. september 2007 á lóðinni nr. 5 við Hádegismóa í Reykjavík, landnúmer 213066, við Léttkaup ehf., kt. 470898-2409, sem stefnandi er kominn að um réttindi og skyldur með framsali frá Léttkaupum ehf. og skv. heimild stefnda þann 25. febrúar 2008 og að stefnda beri að greiða stefnanda kr. 296.650.343,00 verðtryggt með áfallandi vísitöluálagi á grunnvísitölu skv. vísitölu neysluverðs til verðtryggingar, 276,70 stig auk 9,80% vaxta á verðtryggðan höfuðstól frá 25. október 2007 til greiðsludags – allt gegn skilum stefnanda á lóðinni til stefnda og gegn aflýsingu á veðskuldabréf til BYR-sparsjóðs, útgefnu 19. október 2007, verðtryggðu með grunnvísitölu NVT 276,70 stig, upphaflega kr. 266.879.108,00 með 9,80% vöxtum ofan á verðtryggðan höfuðstól frá útgáfudegi til greiðsludags og sem tryggt er með 1. veðrétti í Hádegismóum 5, Reykjavík.

**Til vara** er þess krafist, að staðfest verði riftun stefnanda á úthlutunargerð borgarráðs stefnda þann 6. september 2007 á lóðinni nr. 5 við Hádegismóa í Reykjavík, landnúmer 213066, við Léttkaup ehf., kt. 470898-2409, sem stefnandi er kominn að um réttindi og skyldur með framsali frá Léttkaupum ehf. og skv. heimild stefnda þann 25. febrúar 2008 og að stefnda beri að greiða stefnanda kr. 338.247.861,00 sem verðbættan höfuðstól miðað við 20. nóvember 2008 eða kr. 296.650.343,00 / 276,7 x 315,5, sem er NVT í nóvember 2008 eða kr. 338.247.861,00 auk 9,80% vaxta á þá fjárhæð frá 25. október 2007 til 20. nóvember 2008 eða kr. 35.448.375,00 auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 af samtölu uppfærðs höfuðstóls þá, kr. 338.247.861,00, og vaxta, þá kr. 35.448.375,00, eða af kr. 373.696.236,00 frá 20. nóvember 2008 til greiðsludags – allt gegn skilum stefnanda á lóðinni til stefnda og gegn aflýsingu á veðskuldabréf

til BYR-sparsjóðs útgefnu 19. október 2007 verðtryggðu með grunnvísitölu NVT 276,70 stig, upphaflega kr. 266.879.108,00 með 9,80% vöxtum ofan á verðtryggðan höfuðstól frá útgáfudegi til greiðsludags og sem tryggt er með 1. veðrétti í Hádegismóum 5, Reykjavík.

**Til þrautavara** er þess krafist, að nefnd úthlutunargerð, sem lýst er í aðalkröfu og varakröfu, og stefnandi er kominn að um rétt og skyldur skv. framsali og með heimild stefnda, verði ógilt og krafist dóms um það, að stefndi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda.

**Til þrautaþrautavara** er krafist dóms um það, að stefndi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda fyrir það að hafa mismunað stefnanda og brotið á honum rétt í málsmeðferð sinni, svo og fyrir vanrækslu og handvömm og fyrir að hafa af sinni hálfu brotið niður forsendur fyrir verslunarrekstri í Hádegismóum.

Ef dómurinn dæmir stefnanda ekki í hag í aðalkröfu eða varakröfu, en dæmir að stefndi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda í kröfu til þrautavara eða til þrautaþrautavara, er þess krafist með hliðsjón af 2. mgr. 31. gr. laga nr. 91/1991, að ákveðin verði í dómi hæfileg fjárhæð, sem stefnda beri að greiða stefnanda upp í væntanlegar skaðabætur.

Þá krefst stefnandi málskostnaðar úr hendi stefnda að viðbættum virðisaukaskatti, hver sem niðurstaða málsins verður.

Stefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda. Þá er krafist málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnanda hvernig svo sem málið fer.

I.

### **Málsatvik.**

Þann 18. janúar 2007 samþykkti borgarráð að gefa Léttkaupum ehf. fyrirheit um úthlutun á lóð í Hádegismóum fyrir starfsemi sína. Þann 6. september 2007 samþykkti borgarráð að úthluta félaginu byggingarrétti á lóð nr. 5 við Hádegismóa. Lóðarstærð var um 17.000 ferm. Verð fyrir byggingarrétt var kr. 296.532.343,-. Gatnagerðargjald kr. 93.234.412,- var innifalið. Þá var fráveituheimæðargjald áætlað kr. 118.000,-. Athygli var vakin á því, að stærð og lega lóðar gæti breyst. Að öðru leyti var vísað til almennra lóða- og framkvæmdaskilmála stefnda frá maí 2007 og deiliskipulags fyrir lóðir við Hádegismóa.

Hádegismóar 5 er ein af fimm lóðum sem úthlutað var við þá götu sumarið og haustið 2007 á grundvelli gildandi deiliskipulags sem gildi tók 23. júlí 2007.

Með bréfi borgarstjóra frá 6. september 2007 var vakin athygli á því, að lóðir við Hádegismóa væru ekki byggingarhæfar, en lóðarhöfum yrði send sérstök tilkynning, þegar lóðirnar teldust það, en áætlað að það yrði í ágúst/september 2008, sbr. gr. 1.6. í almennum lóða- og framkvæmdaskilmálum. Þá var og í bréfinu vísað til deiliskipulagsskilmála fyrir lóðir við Hádegismóa.

Með veðleyfi, dagsettu þann 19. október 2007, heimilaði stefndi Hug ehf. að þinglýsa veðskuldabréfi að fjárhæð kr. 266.879.108,- á 1. veðrétt í Hádegismóum 5, Reykjavík. Var það skilyrði sett fyrir þinglýsingu að BYR-sparisjóður staðfesti með áritun sinni á veðheimildina að BYR greiddi kr. 296.532.343,- inn á reikning stefnda eftir móttöku veðskuldabréfsins úr þinglýsingu. Veðskuldabréf að fjárhæð kr. 266.879.108,- var gefið út af stefnanda 19. október 2007 með grunnvísitölu 276,70 NVT og 9,80% vöxtum. Sú upphæð sem uppá greiðsluna til stefnda vantaði var fjármögnuð með sömu kjörum og veðskuldabréfið. Greiðslur til stefnda voru inntar af hendi þann 22. og 25. okt. 2007. Greiðslukvittanir voru stílaðar á Léttkaup ehf. Kveður stefnandi það hafa verið gert þar sem það félag var þá lóðarhafi, en stefnandi hafi í reynd verið greiðandi eins og ljóst sé af gögnum og atvikum.

Eigendur Hugar ehf. og Léttkaua ehf. eru þeir sömu. Kveður stefnandi félögin, með vísan til þess og einnig með hliðsjón af því að hagkvæmara væri að hafa framkvæmdir á lóðinni í sér félagi, hafa óskað eftir því að lóðina nr. 5 við Hádegismóa mætti framselja til Hugar ehf. Samþykkti stefndi það hinn 25. febrúar 2008 og með öllum sömu réttindum og skyldum og giltu gagnvart fyrri lóðarhafa.

Stefnandi kveður það hafa verið forsendu Léttkaua ehf. fyrir að sækja um lóð við Hádegismóa að reka þar verslun. Ein meginstoðin undir ásættanlegum rekstri verslunar sé að verslunin sé í þekkilegu umhverfi. Með því að tveir lóðarhafar afþökkuðu úthlutun og stefndi heimilaði tveimur úthlutunarhöfum að skila lóðum, hafi forsendur fyrir rekstri Léttkaua ehf. við Hádegismóa verið brostnar. Þótt Hugar ehf. hefði haldið áfram með framkvæmdir, væri allt óljóst um aðra framvindu við Hádegismóa og ekki vænlegt að reka verslun við uppgröft og byggingaframkvæmdir.

Samkvæmt úthlutunarbréfi var áætlað að lóðirnar við Hádegismóa yrðu byggingarhæfar í ágúst/september 2008. Lóðirnar urðu hins vegar ekki byggingarhæfar fyrr en í desember 2008. Liggur fyrir að enginn lóðarhafanna sótti um byggingarleyfi.

Af þeim fimm sem fengu úthlutað lóð við Hádegismóa ákváðu tveir að þiggja ekki úthlutunina, en aðrir greiddu tilskilin lóðagjöld, þ.m.t. Léttkaup ehf. Bakarameistarinn ehf. óskaði eftir að skila lóð nr. 1 við Hádegismóa með ódagsettu bréfi sem barst skrifstofu Framkvæmda- og eignasviðs Reykjavíkurborgar í lok júlí 2008 og var endurgreiðsla lóðargjalda innt af hendi 8. ágúst 2008. Bréf Sláturfélags Suðurlands svf., með ósk um skil á lóð nr. 7 við Hádegismóa, er dagsett 1. október 2008 og var endurgreiðsla lóðargjalda innt af hendi 6. október 2008. Við endurgreiðslu á fyrrgreindum lóðum voru reiknaðar verðbætur samkvæmt breytingu á vísitölu neysluverðs þann tíma sem lóðarhafi var með lóðina. Endurgreidd voru öll gjöld vegna lóðanna með verðbótum en til frádráttar kom 300.000 kr. umsýslugjald ásamt verðbótum af þeirri fjárhæð og fjármagnstekjuskattur af verðbótum.

Stefndi kveðst hafa um mánaðarmótin september/október 2008 tekið fyrir öll skil á lóðum og gildi það m.a. um lóðir fyrir atvinnuhúsnaði.

Með bréfi Léttkaua ehf. og stefnanda, dags. 20. október 2008, var óskað eftir því að verð lóðarinnar yrði lækkað og miðað við áþekkt verð lóða á öðrum stað í

Reykjavík eða að fá að skila lóðinni og fá lóðagjöld endurgreidd. Í bréfinu kemur skýrt fram að það væri óbreyttur vilji lóðarhafa að reist yrði bygging í Hádegismóum 5 til nýtingar á þeim forsendum sem upphaflega voru lagðar fram við umsóknina um lóðina, þ.e. lóð undir lager, verslun og skrifstofur.

Frá því að stefndi varð við ósk Sláturfélags Suðurlands svf. um skil og endurgreiðslu og fram að erindi Léttkaupa ehf. og stefnanda, höfðu fjórir lóðarhafar óskað eftir að skila lóðum og var ekki orðið við þeim óskum.

Erindi Léttkaupa ehf. og stefnanda var fyrst lagt fram á fundi borgarráðs 23. október 2008 og þá vísað til umsagnar borgarlögmanns. Áður en til umsagnar borgarlögmanns kom samþykkti borgarráð á fundi sínum 20. nóvember 2008 tillögur borgarstjóra um breyttar forsendur varðandi lóðaúthlutanir. Erindi Léttkaupa ehf. og stefnanda var lagt fram á ný á fundi borgarráðs 20. nóvember 2008 og vísað til meðferðar Framkvæmda- og eignasviðs.

Stefndi kveður ekki mörg dæmi vera um skil á atvinnuhúsalóðum en í þeim fáu tilfellum sem til séu hafi lóðahafar snúið sér til Framkvæmda- og eignasviðs (áður embætti borgarverkfræðings) og óskað eftir að skila og fá endurgreitt. Slík erindi hafi ekki þurft að fara fyrir borgarráð en til séu dæmi um að erindi hafi borist borgarráði, sem vísað hefur þeim til meðferðar Framkvæmda- og eignasviðs, eins og í þessu máli.

Þann 20. nóvember 2008 samþykkti borgarráð tillögu borgarstjóra um lóðamál en þar sagði um lóðir fyrir atvinnuhúsnaði: *Ekki verði heimilt að skila lóðum sem úthlutað hefur verið undir atvinnuhúsnaði nema sérstök heimild borgarráðs komi til hverju sinni. Lóðarhöfum þessara lóða verður tryggður réttur til framsals á lóðarréttindum.*

Stefndi kveður borgarráð með þessari samþykkt hafa áréttað þá reglu sem gilt hafi um atvinnuhúsalóðir, að ekki sé heimilt að skila þeim, þ.e.a.s. að lóðarhafar geti ekki upp á sitt eindæmi ákveðið að skila lóðunum. Borgarráð geri þó ráð fyrir þeim möguleika, að slíkt verði heimilað í einstökum óskilgreindum tilvikum með sérstakri heimild borgarráðs. Meginreglan sé eftir sem áður sú, að lóðarhafar atvinnuhúsalóða geti ekki ákveðið einhliða að skila lóðum ef þeim sýnist svo.

Í kjölfar samþykktar borgarráðs var öllum lóðarhöfum atvinnuhúsalóða sent bréf, dags. 27. nóvember 2008, þar sem gerð var grein fyrir samþykktinni.

Framkvæmdastjóri Léttkaupa ehf. og lögmaður félagsins funduðu þann 5. desember 2009 með skrifstofustjóra Framkvæmda- og eignasviðs, þar sem sá síðarnefndi kynnti og gerði þeim grein fyrir framangreindri samþykkt borgarráðs, þ.á m. um sérstaka heimild borgarráðs til að samþykkja skil á atvinnuhúsalóðum. Benti skrifstofustjórinn á að leggja þyrfti fram frekari rökstuðning til þess að borgarráð gæti vikið frá þeirri meginreglu að ekki er hægt að skila atvinnuhúsalóðum. Stefnda barst nýtt erindi frá Léttkaupum ehf. og stefnanda, dags. 10. desember 2008, þar sem færð voru fram frekari rök fyrir þeim kröfum sem fram komu í erindinu frá 20. október 2008.

Stefnandi sendi borgarstjóra bréf, 15. apríl 2009, þar sem óskað var eftir því að ákvörðun yrði tekin um erindi Léttkaupa ehf./Hugar ehf. Framkvæmdastjóri

Léttkaupa ehf. og stefnanda átti fund með borgarstjóra um málið í apríl. Jafnframt áttu framkvæmdastjórinn og lögmaður félagsins fund með borgarlögmanni í apríl sl. Erindum Léttkaupa ehf. og stefnanda, dags. 20. október og 10. desember 2008, var svarað með bréfi stefnda, dags. 18. maí 2009, þar sem hafnað var ósk stefnanda/Léttkaupa ehf. annars vegar um lækkun á kaupverði byggingarréttar og hins vegar um skil á lóðinni og endurgreiðslu kaupverðsins.

Með tilkynningu stefnanda, dags. 19. maí 2009, var lýst yfir ritun á lóðaúthlutuninni að Hádegismóum 5. Riftuninni var svarað með bréfi skrifstofustjóra Framkvæmda- og eignasviðs, dags. 20. maí 2009, og því hafnað að fullnægjandi ástæður væru til riftunar á kaupum stefnanda/Léttkaupa ehf. gagnvart stefnda á byggingarrétti á Hádegismóum 5.

II.

### **Málsástæður stefnanda.**

Stefnandi byggir á að hann sé réttur aðili að höfðun máls þessa. Stefndi hafi veitt stefnanda veðheimild í Hádegismóum 5 og stefnandi hafi greitt stefnda gatnagerðargjöld og fyrir byggingarrétt. Stefndi hafi heimilað Léttkaupum ehf. að framselja rétt sinn til stefnanda, sem jafnframt hafi tekist á hendur allar skyldur gagnvart stefnda. Hvorki geti verið um að ræða samaðild né samlagsaðild skv. 16. og 19. gr. eml. Léttkaup ehf. hafi hvorki orðið fyrir tjóni af völdum stefnda né heldur hafi það fyrirtæki valdið stefnanda tjóni. Stefnandi byggir rétt sinn á atvikum og málsástæðum sem til séu komin eftir úthlutunargerðina um Hádegismóa 5, en reisi ekki rétt sinn á því að meinbugir hafi verið á úthlutunargerðinni sjálfri.

Stefndi, Reykjavíkurborg, sé stjórnvald, jafnframt því að vera lögaðili í samningum við viðsemjanda, eins og til hátti hér að nokkru. Viðsemjandi borgarinnar verði í flestu að hlíta ákvörðunum stjórnvaldsins og beygja sig undir þær. Þannig séu úthlutunarhöfum að lóðum settar ýmsar einhliða kvaðir, t.d. um tímamörk og aðlögun að skipulagi. Sala og veðsetning á úthlutuðum lóðum hafi verið óheimilar án samþykkis borgarinnar, þar til lóðarleigusamningi hefur verið þinglýst. Borgin geti og rift úthlutun við vanskil lóðarhafa. Þetta sé um sumt lögfest, en annað hafi mótast í framkvæmd og hafi verið talið íslenskur réttur. Stjórnvald geti því ekki skyndilega skipt um stefnu og sé bundið af fyrri ákvörðunum um áþekk efni, sem til hafi komið um líkt leyti. Skylda stjórnvalds til að gæta þess jafnræðis, sem einna skýrast sé kveðið á um í 11. gr. stjórnslulaga, felist meðal annars í þessu. Þá megi stjórnvald að lögum og íslenskum rétti ekki haga málsmeðferð sinni að geðþótta eða láta mál liggja í salti og allra síst setja afturvirkar og íþyngjandi reglur.

1. Framkvæmd og fordæmi. Í umsögn skrifstofustjóra framkvæmda- og eignasviðs stefnda, sem lögð var fram í borgarráði 19. janúar 2008, komi efnislega fram að borgin hafi áður leyst til sín atvinnulóðir, hafi þess verið óskað, enda hafi ekki verið vandkvæðum bundið að ráðstafa þeim á ný. Jafnframt segi að með samþykkt borgarráðs, þann 20. nóvember 2008, hafi einungis verið áréttáðar þær reglur sem áður giltu um lóðaskil. Stjórnvaldi sé heimilt að breyta framkvæmd

sinni, ef sú breyting sé almenn. Vegna versnandi efnahagsástands sé borginni ekki hagur í því að sitja uppi með lóðir. Þetta séu áþekkar röksemdir og fram komi í bréfi skrifstofustjórans 20. maí 2009.

Stefndi geti ekki þótt stjórnvald sé, í gerningum sem séu af viðskiptalegum toga að nokkru, eingöngu tekið mið af eigin hagsmunum, en ekkert tillit til hagsmuna gerningsþega og viðsemjanda.

2. Samþykkt borgarráðs 20. nóvember 2008. Í tilvitnaðri umsögn komi fram að borgin hafi áður tekið við atvinnulóðum, þegar þess hafi verið óskað. Þetta virðist hafa verið næsta auðsótt og hafi tveir lóðarhafa sem fengu úthlutað lóðum um sama leyti og stefnandi fengið að skila lóðum sínum. Annar þeirra, Bakarameistarinn ehf., hafi óskað eftir að skila lóðinni nr. 1 við Hádegismóa í lok júlí 2008 og fengið endurgreiðslu lóðargjalda þann 8. ágúst 2008. Hinn, Sláturfélag Suðurlands svf., hafi óskað eftir að skila lóð nr. 7 við Hádegismóa 1. október 2008 og fengið endurgreiðslu lóðargjalda þann 6. október 2008. Erindi lóðahafanna hafi ekki verið ekki lögð fyrir borgarráð. Að þessu virtu megi undrast þau ummæli skrifstofustjórans, að samþykkt borgarráðs 20. nóvember 2008 hafi verið árétting á þeim reglum, sem áður giltu um lóðaskil. Sönnu nær sé það, að borgarráð hafi þá ákveðið nýja framkvæmd og breytt reglum. Enn yfirgnæfi það meginsjónarmið í íslenskum rétti að stjórnvald geti ekki sett afturvirk og íþyngjandi ákvæði. Stefnandi hafi óskað eftir því að mega skila lóð sinni með bréfi til borgarráðs þann 20. október 2008, þ.e. fyrir samþykkt borgarráðs þann 20. nóvember 2008. Þá sé á það að líta að borgarráð samþykkti fyrst almennar, en undanþægar reglur um synjun á fundi sínum þann 20. nóvember 2008, en vísaði eftir það fyrirbyggjandi erindi stefnanda til meðferðar í borgarkerfinu. Stefnandi telji að með þessari málsmeðferð hafi honum verið gefin vísbending og ádráttur um að hin almenna samþykkt tæki ekki til erindis hans. Þetta eigi sér og stoð í því, að stefnanda hafi verið tilkynnt sérstaklega um það, að erindi hans hefði verið vísað til meðferðar framkvæmda- og eignasviðs.

3. Jafnræðisreglan. Hún er lögfest í 11. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, og hljóðar 1. mgr. svo: *Við úrlausn mála skulu stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti.* Stefnandi hafi þverbrotið jafnræðisregluna á stefnanda. Vísað sé til þess sem segi að ofan um afgreiðslu á erindum Bakarameistarans ehf. og Sláturfélags Suðurlands svf. Stefnandi rengi ekki heimildir stefnda til þess að taka ákvarðanir skv. 12. gr. laganna, meðalhófsreglunni, enda verði lögmætu markmiði ekki náð með öðru og vægara móti og skuli þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til. En stefndi geti ekki skákað í skjóli meðalhófsreglunnar með því að brjóta jafnræðisregluna á stefnanda.

4. Málsmeðferð. Stefnandi hafi einnig brotið ákvæði 9. gr. stjórnisýslulaga og jafnframt 10. gr., því að ekki virðist hafa verið hugað að því, þegar hinar almennu reglur voru settar á áður nefndum fundi borgarráðs, að erindi stefnanda lá þar þegar fyrir og dráttur á málsmeðferð eftir það aðfinnsluverður. Ágallar stefnda á allri málsmeðferð gagnvart stefnanda séu einnig brot á jafnræðisreglunni.

5. Engir tálmar á skilum á úthlutuðum atvinnulóðum fyrir samþykkt borgarráðs 20. nóvember 2008. Réttur lóðarhafa til slíkra skila sé ekki lögfestur beinum orðum né heldur hafi verið kveðið á um hann í úthlutun til Léttkaupa ehf. þann 6. september 2007, né í almennum lóða- og framkvæmdaskilmálum stefnda frá því í

maí 2007. Þessu hafi verið breytt með margnefndri samþykkt borgarráðs frá 20. nóvember 2008. Í þessu sambandi beri að nefna að þegar lóðinni nr. 5 við Hádegismóa var úthlutað höfðu lög um gatnagerðargjald nr. 153/2006 tekið gildi 1. júlí 2007. Í 9. gr. laganna sé kveðið á um það að endurgreiða skuli gatnagerðargjald innan 30 daga ef lóðaúthlutun sé afturkölluð eða ógilt eða lóð sé skilað. Ákvæðið sé nokkru ítarlegra en 2. mgr. 1. gr. eldri laga nr. 17/1996 sem hljóðaði svo: „*Nú er lóðarúthlutun afturkölluð, lóð skilað, byggingarleyfi afturkallað eða ekki nýtt af viðkomandi lóðarhafa og ber sveitarfélagi að endurgreiða gatnagerðargjald af viðkomandi lóð*“. Í athugasemdum við þetta lagaákvæði sagði: „*Í 2. mgr. er kveðið á um endurgreiðsluskyldu sveitarstjórnar í þeim tilfellum þegar sá sem fengið hefur lóð úthlutað kys að skila henni eða þegar byggingarleyfi fellur úr gildi eða er fellt úr gildi þegar greitt hefur verið gatnagerðargjald í tengslum við útgáfu þess. Er hér um að ræða tæmandi talningu á þeim tilfellum þegar sveitarstjórn er skylt að endurgreiða gatnagerðargjald.*“ Þegar þetta sé virt, verði að telja, að löggjafinn hafi þá gengið út frá því, að úthlutunarhafi hefði einhliða rétt til skila úthlutaðri lóð og talið óþarft að kveða á um það með beinum orðum. Ekki verði séð, að á þessu hafi orðið breyting með setningu laga nr. 153/2006.

6. Úthlutunin á Hádegismóum 5 var kvaðabundinn stjórnvaldsgerningur. Eins og áður hafi komið fram setji sveitarstjórn, hér stefndi, leikreglurnar í samskiptum við úthlutunarhafa og beri að fara að íslenskum rétti. Fráleitt sé að tala um úthlutun á atvinnulóð með sama hætti og um væri að ræða venjuleg fasteignaviðskipti milli tveggja aðila, sem þá lytu einkaréttarlegum sjónarmiðum að öllu leyti. Í bréfi borgarstjóra, frá 6. september 2007, hafi verið tilgreint að sala á byggingarétti væri kr. 296.532.343,-, þ.m.t. gatnagerðargjald kr. 93.234.412,-. Í 4. gr. 1. mgr. með frumvarpi til laga um gatnagerðargjald nr. 153/2006 hafi þess verið getið að í frumvarpinu væri sett fram sú grundvallarskilgreining að gatnagerðargjald teldist skattur og meðal annars vísað til hæstaréttardóms nr. 415/2005. Það væri fráleitt túlkun að fella gatnagerðargjöld og skyldu sveitarfélags til endurgreiðslu þeirra undir stjórnarsýslurétt, en sölu á byggingarétti undir einkaréttarleg sjónarmið um fasteignakaup án nokkurra tengsla. Hér verði ekki skilið á milli eins og atvikum sé háttað. Hins vegar haldi Ágúst Jónsson fram annarri skoðun, og vísi til úrskurðar félagsmálaráðuneytis frá 2. september 2003. Ályktanir hans séu of víðtækar og einsleitar. Sveitarfélag, stjórnvald eins og stefndi, sé við lóðaúthlutun og eftirfarandi málsmeðferð bundið af skyldum sínum sem stjórnvald. Þær skyldur hafi stefndi brotið gagnvart stefnanda, og sé það þungamiðjan í málinu.

7. Brostnar forsendur. Breytingar í íslensku efnahagslífi haustið 2008 séu það þekktar, að um þær þurfi ekki að hafa mörg orð. En forsendurnar fyrir verslunarrekstri í Hádegismóum hafi einnig verið brostnar þar sem tveimur lóðum þar var skilað og stefndi heimilaði skil á tveimur öðrum. Þá hafi stefndi ekki unnið deiliskipulag í samræmi við úthlutunina á Hádegismóum 5. Forsendur fyrir því að sækja um lóð við Hádegismóa hafi verið að reka verslun í viðskiptavænu umhverfi, en stefndi hafi fyrir sitt leyti skorið á þær forsendur. Forsendubresturinn sé þannig almennur vegna efnahagsástandsins og einnig sértækur hvað varðar Hádegismóa.

Stefnandi reisir kröfu um málskostnað á 130., sbr. 129. gr. laga nr. 91/1991. Kröfu um virðisaukaskatt á málsþóknun reisir stefnandi á ákvæðum laga nr. 50/1988 með síðari breytingum og kröfu um dráttarvexti á 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001. Þá byggir stefnandi á ákvæðum stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, einkum 11., 9. og 10. gr.

### III.

Stefndi krefst sýknu af öllum kröfum stefnanda fyrst og fremst vegna aðildarskorts stefnda á grundvelli 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Ef ekki verði fallist á þá málsástæðu, sé á því byggt að skilyrði fyrir riftun úthlutunargerðar borgarráðs stefnda samkvæmt aðal- og varakröfu stefnanda séu ekki fyrir hendi. Krafa stefnda um sýknu á þrauta- og þrautaþrautavarakröfu stefnanda byggi á því ekki séu neinir form- eða efnisannmarkar á úthlutunargerð borgarráðs stefnda sem leitt geti til ógildingar hennar. Þá séu skilyrði fyrir skaðabótaskyldu stefnda ekki fyrir hendi, hvorki á grundvelli sakarreglunnar né annarra bótareglna um sök og ólögmati.

#### ***Krafa um sýknu á grundvelli aðildarskorts***

Upphaflega lóðarhafanum, Léttkaupum ehf., hafi verið seldur byggingarréttur á lóðinni með samþykkt borgarráðs 6. september 2007 og greiddi félagið tilskilin gjöld, m.a. gatnagerðargjald og kaupverð byggingarréttar 22. og 25. október 2007. Forsvarsmenn Léttkaua ehf. hafi með bréfi, dags. 5. desember 2007, óskað eftir samþykki stjórnar eignarsjóðs Reykjavíkurborgar fyrir því að í stað Léttkaua ehf. yrði stefnandi lóðarhafi lóðarinnar að Hádegismóum 5 enda vakti fyrir forsvarsmönnum félaganna að stefnandi annaðist byggingarframkvæmdir á lóðinni þótt Léttkaup ehf. yrði svo með rekstur í húsinu. Þessi aðilaskipti hafi verið samþykkt á fundi stjórnar eignarsjóðs 25. febrúar 2008 og áréttað að sömu skilmálar skyldu gilda gagnvart nýja lóðarhafanum. Engar greiðslur hafi gengið til stefnda frá stefnanda af því tilefni en ætla verði að við yfirtöku lóðarinnar hafi stefnandi greitt Léttkaupum ehf. það sem síðargreinda félagið hafði greitt stefnda vegna lóðarinnar. Í samþykkt eignarsjóðs hafi ekki falist sala stefnda á byggingarrétti til stefnanda, enda hafði stefndi þegar selt byggingarréttinn og Léttkaup ehf. greitt fyrir hann, en með samþykktinni hafi verið fallist á að gerður yrði leigusamningur um lóðina við nýja lóðarhafann. Dómkröfum beri stefnanda því að beina til Léttkaua ehf., sem það sæki rétt sinn til. Stefnandi hafi ekki greitt stefnda neitt fyrir umræddan byggingarrétt og geti þ.a.l. ekki gert endurgreiðslukröfu. Yfirlýsing forsvarsmanna stefnanda breyti engu þar um, enda óumdeilt að úthlutunarhafi og greiðandi voru Léttkaup ehf., eins og skýrt komi fram í bréfum þeirra til stefnda, dags. 5. desember 2007, og 20. október 2008. Af framanröktu sé ljóst að ekkert samningssamband sé milli stefnanda og stefnda. Beri því að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda á grundvelli aðildarskorts stefnda, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

#### ***Skilyrði riftunar ekki fyrir hendi***

Lóðaúthlutun og sala byggingarréttar séu í eðli sínu einkaréttarlegir samningar, þar sem sveitarstjórn sé fyrst og fremst í hlutverki landeiganda. Landeiganda, hvort sem hann er opinber aðili eða einkaaðili, sé frjálst að ráðstafa lóðum á landi sínu, svo fremi að þær ráðstafanir séu í samræmi við skipulag. Sveitarfélögum sé heimilt að úthluta byggingarlóðum líkt og þeim sé heimilt að taka ákvarðanir um aðra fjárhagslega hagsmuni sína, sbr. einkum 7. og 9. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998. Með samþykkt borgarráðs á sölu byggingarréttar á lóðinni og með samþykki

Léttkaupa ehf. á þeim skilmálum sem um þá sölu giltu, hafi komist á kaupsamningur um þau fasteignatengdu réttindi, sem byggingarréttur sé. Slíkur samningur sé einkaréttarlegur samningur, sbr. m.a. úrskurð félagsmálaráðuneytisins frá 2. september 2003 og dóm Hæstaréttar frá 21. september 2000 í máli nr. 150/2000. Jafnframt sé vísað til bókar Páls Sigurðssonar, Leiguréttur I, þar sem segi að samningar þar sem landeigandi selur land á leigu séu einkaréttarlegir samningar. Um þennan samning gildi því allar sömu meginreglur og gildi almennt um kaupsamninga um fasteignir. Byggingarrétti sé unnt að ráðstafa með sölu og veðsetningu eins og fasteignum almennt. Um þetta nægi hér að vísa til sölu Léttkaupa ehf. á byggingarrétti á Hádegismóum 5 til stefnanda og veðsetningar á þeim byggingarrétti.

Kaupsamningum um byggingarrétt verði ekki rift eða byggingarrétti einhliða skilað nema um það hafi verið samið eða að fyrir hendi séu riftunarástæður. Þannig sé t.d. í almennum lóða- og framkvæmdaskilmálum, sem gildi um Hádegismóa 5, kveðið á um heimild stefnda til að rifta samningi um sölu byggingarréttarins ef lóðarhafinn standi ekki við þá skilmála sem um lóðina gilda. Á sama hátt geti lóðarhafi rift kaupsamningi um byggingarrétt á lóðinni og krafist endurgreiðslu, að öðrum skilyrðum uppfylltum, ef stefndi hefur ekki staðið við sinn hluta sammingsins. Stefnandi geti hins vegar ekki ákveðið einhliða, án slíkrar riftunarástæðu, að skila lóð og krefjast endurgreiðslu. Það sé heldur ekki viðurkennt sjónarmið í fasteignakauparétti að einhver almennur skilaréttur sé til staðar ef forsendur breytast, s.s. efnahagslegt ástand á markaði.

Samkvæmt meginreglum fasteignakauparéttar og kröfuréttar þurfi vanefnd að vera veruleg svo riftun geti farið fram, sbr. m.a. 42. gr. laga nr. 40/2002 um fasteignakaup. Vanefnd þurfi þannig að fela í sér verulegt frávik frá þeim skyldum sem átti að efna. Stefnandi hafi í málatilbúnaði sínum með engu móti sýnt fram á neinar vanefndir af hálfu stefnda, í tengslum við úthlutunargerðina, sem heimili riftun og þannig skil á lóð og fulla endurgreiðslu. Stefnandi beri enn fremur sönnunarbyrði fyrir að stefndi hafi brotið gegn samningsskyldum sínum með þeim hætti að réttlætt geti riftun.

Það liggi fyrir að tveir lóðarhafanna við Hádegismóa skiluðu lóðum sínum gegn endurgreiðslu þess sem þeir greiddu á sínum tíma, auk verðbóta. Þau sjónarmið og þær áherslur, sem áður réðu för þegar stefndi samþykkti skil á þessum tveimur atvinnuhúsalóðum hafi ekki lengur verið til staðar eftir efnahagshrunið í október 2008. Stefnandi, sem stjórnvald, sé ekki bundið til eilífðar af tiltekinni stjórnvísulfrankvæmd við úrlausn tiltekinnna mála, þegar ekki séu lengur til staðar þær forsendur og þær áherslur, sem ákvarðanir stjórnvaldsins hafi áður byggt á, ef ákvörðun styðst við frambærileg og málefnaleg sjónarmið. Sú staðreynd að stefndi hafi fallist á skil á tveimur lóðum við Hádegismóa, veiti stefnda engan rétt til riftunar á kaupum á byggingarrétti fyrir lóðina. Skipti jafnframt engu máli í því sambandi þó erindi þessara lóðarhafa hafi ekki verið lögð fyrir borgarráð til afgreiðslu enda hafi slík erindi ekki þurft að fara fyrir borgarráð eins og rakið hafi verið hér að framan.

Í jafnræðisreglu 11. gr. stjórnvísululaga nr. 37/1993 felist að sambærileg tilvik skuli afgreiða á sambærilegan hátt, en ekki að afgreiða beri öll mál eins. Í þessu sambandi bendi stefndi á að umsókn stefnanda (Léttkaupa ehf.) um lækkan kaupverðs eða skil á lóð hafi borist eftir að ákveðið hafði verið að taka fyrir öll

lóðaskil, hvort sem um var að ræða lóðir fyrir íbúðarhúsnæði eða atvinnuhúsnæði. Þau megin sjónarmið sem réðu ákvörðunum um að veita viðtöku atvinnuhúsalóðum hafi byggst fyrst og fremst á því, að með því móti væri unnt að endurúthluta lóðum til annarra umsækjenda í því skyni, að á lóðunum yrði byggt, öllum aðilum til góðs en allt þar til mjög nýlega hafi eftirspurn eftir atvinnuhúsalóðum verið langtum meiri en framboðið. Forsendur fyrir viðtöku atvinnuhúsalóða hafi því verið viðskiptalegs og hagræns eðlis, þ.e. tilgangurinn hafi verið að taka við lóðunum og endurúthluta þeim til að stuðla að uppbyggingu á lóðunum. Í ljósi efnahagshrunsins haustið 2008, og að heita engrar eftirspurnar eftir lóðum af þessu tagi eftir það, hafi stefnda því verið heimilt að ákveða að taka ekki við fleiri atvinnuhúsalóðum. Stefndi hafi byggt ákvarðanir sínar á þessu tiltekna sjónarmiði og veitt því þannig aukið vægi. Þau sjónarmið og þær áherslur, sem áður hafi ráðið för, séu ekki lengur til staðar og sé því ekki lengur um sambærileg tilvik að ræða. Samkvæmt framansögðu sé ljóst að engin skylda hvíldi á stefnda að veita áfram viðtöku lóðum þegar þess var óskað.

Úthlutun byggingarréttar sé gerningur á einkaréttarlegu sviði, þar sem allar aðstæður og þar með forsendur fyrir tiltekinni framkvæmd hafi gjörbreyst á mjög skömmum tíma. Þessar breyttu kringumstæður hafi stefndi ekki á valdi sínu, ekki frekar en aðrir landeigendur. Ákvörðun stefnda um að samþykkja ekki frekari skil á atvinnuhúsalóðum í þessu ljósi sé almenn, þ.e. hún taki til allra slíkra lóða. Þá verði stefnda að sjálfsögðu ekki kennt um hið alvarlega ástand sem skapast hefur í efnahags- og atvinnulífi hér á landi, sem hafi með ýmsum hætti haft áhrif á áform lóðahafa varðandi húsbyggingar og starfsemi þeirra.

Þeirri staðhæfingu stefnanda að í samþykkt borgarráðs frá 20. nóvember 2008 felist afturvirk og íþyngjandi ákvörðun sé mótmælt og henni hafnað. Í samþykkt borgarráðs hafi ekki falist ný eða afturvirk regla varðandi skil á lóðum, enda hafi aldrei verið neinn skilaréttur vegna atvinnuhúsalóða. Hins vegar hafi borgarráð samþykkt að lóðarhöfum fyrir atvinnuhúsnæði yrði tryggður réttur til framsals lóðarréttinda á atvinnuhúsalóðum áður en lóðarleigusamningur hafi verið gerður. Almennum rétti til þess hafi ekki verið til að dreifa fyrir en með þessari samþykkt og fól því þessi hluti samþykktar borgarráðs í sér breytingar á skilmálum, sem séu lóðahöfum til hagsbóta. Jafnframt hafi borgarráð samþykkt að framlengja framkvæmdafrest um 2 ár, lóðarhöfum til hagsbóta.

Undantekningar frá þeirri meginreglu að enginn skilaréttur sé fyrir hendi varðandi atvinnuhúsalóðir verði að lúta með sértækum hætti að tiltekinni lóð eða lóðarhafa og eiga ekki almennt við um lóðahafa atvinnuhúsalóða, sbr. fyrrgreinda samþykkt borgarráðs. Undantekningar séu háðar sérstöku samþykki borgarráðs og í því sambandi hljóti stefndi m.a. að meta hagsmuni borgarinnar af því að leysa til sín lóðir, sem henni beri ekki skylda til að leysa til sín. Ljóst sé jafnframt að skýra verði undantekningarregluna þröngt. Ef þessi undantekningarregla eigi ekki við, verði að vera fyrir hendi gildar riftunarástæður sem heimili lóðarhöfum að krefjast endurgreiðslu. Stefndi hafi ekki sýnt fram á að aðstæður hans sem lóðarhafa að Hádegismóum 5 séu svo sérstaks eðlis miðað við aðstæður annarra, sem fengið hafa úthlutað lóð á undanförunum misserum, að það eigi að leiða til þess að víkja eigi frá þeirri meginreglu, sem undirstrikuð hafi verið með samþykkt borgarráðs. Tilvísanir stefnanda í ríkjandi efnahagskreppu eigi ekki undir fyrrgreint undantekningarákvæði, enda snerti hún alla með einhverjum hætti og varði ekki eingöngu einstaka lóðahafa. Borgarráð hafi staðfest þennan skilning m.a. með

samþykkt sinni um samsvarandi erindi þann 29. janúar 2008. Þeirri málsástæðu stefnanda að stefndi hafi verið bundinn til 20. nóvember 2008, þ.e. fram að samþykkt borgarráðs, við að taka við lóðum, sé jafnframt hafnað, með vísan til framangreinds.

Af hálfu stefnanda sé á því byggt að í málsmeðferð stefnda á erindum stefnanda hafi verið brotið gegn ákvæðum 9. og 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Í þeim efnum vísi stefnandi til þess að á fundi borgarráðs 20. nóvember 2008 hafi erindi stefnanda um lækkun kaupverðs eða skil á lóð, þegar legið fyrir sem og að dráttur hafi orðið á málsmeðferðinni. Að öðru leyti sé þessi málsástæða að mati stefnda algjörlega vanreifuð og henni hafnað. Erindi stefnanda (Léttkaupa ehf.) frá 20. október 2008 hafi verið tekið fyrir í borgarráði af þeirri einföldu ástæðu að því var beint til borgarráðs. Á fundi borgarráðs 20. nóvember 2008 hafi verið ákveðið að vísa erindinu til Framkvæmda- og eignasviðs enda hafi falist í því ósk um lækkun kaupverðs eða skil á lóð gegn endurgreiðslu lóðagjalda. Erindið hafi því verið framsent til þess aðila innan borgarkerfisins sem hefur séð um afgreiðslu slíkra erinda hingað til. Sérfræðipækkingin sé jafnframt þar til staðar og því í fullu samræmi við þá rannsóknarskyldu sem hvíli á stefnda samkvæmt stjórnarsýslulögum að vísa erindi stefnanda þangað. Engin gögn sé að finna í málinu sem bendi til annars en að málið hafi verið rannsakað á tilhlýðilegan hátt.

Varðandi meint brot á málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga, sé því til að svara að strax í byrjun desember 2008 hafi skrifstofustjóri Framkvæmda- og eignasviðs átt fund með forsvarsmanni stefnanda (Léttkaupa ehf.) og lögmanni félaganna um erindið frá 20. október 2008 og þeim gerð grein fyrir stöðu mála eins og áður segi. Nýtt erindi hafi komið frá stefnanda fimm dögum eftir þennan fund, þar sem farið hafi verið fram á heimild til skila á lóðinni gegn endurgreiðslu kaupverðs. Á næstu mánuðum hafi aðilar átt í bréfaskriftum um tiltekin atriði, sem ávallt hafi verið svarað innan fárra daga af hálfu stefnda, eins og gögn málsins sýni skilmerkilega. Erindi stefnanda og Léttkaupa ehf. frá 20. október 2008 hafi verið svarað formlega þann 18. maí 2009 og riftunartilkyningu stefnanda frá 19. maí 2009 hafnað með bréfi stefnda 20. maí 2009. Þótt málsmeðferð stefnda hafi ekki að öllu leyti verið í samræmi við 3. mgr. 9. gr. stjórnarsýslulaga, verði að telja í ljósi samskipta fyrirsvarsmanns stefnanda og Léttkaupa ehf., lögmans félaganna og stefnda, sem og bréfs Framkvæmda- og eignasviðs til allra lóðahafa, dags. 27. nóvember 2008, að það hafi óumdeilt legið allan tímann fyrir hver afstaða stefnda væri til erindisins. Hér verði einnig að skoða þátt stefnanda sjálfs í því að erindi hans var stöðugt skoðað á ný, sem hafi leitt til þess að formlegt svar dróst.

Rétt sé, eins og komi fram í stefnu, að réttur lóðahafa til skila á atvinnuhúsaloð, sé hvorki lögfestur né kveðið á um slíkan rétt í úthlutunarbréfum. Almennir lóða- og framkvæmdaskilmálar stefnda frá maí 2007 kveði heldur ekki á um einhliða skilarétt lóðahafa. Stefnandi haldi því hins vegar fram, þrátt fyrir framangreinda afstöðu, að í ákvæði 9. gr. laga nr. 153/2006 um gatnagerðargjald, felist einhliða réttur lóðahafa til að skila úthlutaðri lóð. Í tilvitnuðu ákvæði laganna sé kveðið á um hvernig endurgreiða skuli gatnagerðargjald, sem sé sérstakur skattur sem innheimtur sé samhliða úthlutun/sölu lóða eða byggingarréttar, ef lóðaúthlutun er afturkölluð eða ógilt eða lóð skilað. Að mati stefnda geti stefnandi ekki byggt skilarétt á þessu lagaákvæði. Líta beri til þess að lögin fjalla um álagningu sérstaks skatts, álagningarstofn og hlutfall, og með hvaða hætti skuli ráðstafa honum. Lögin fjalli ekki um lóðaúthlutanir og beri að túlka ákvæði 9. gr. í því ljósi. Ákvæðið fjalli

einungis um hvað gera skuli sé lóð afturkölluð eða skilað og samkvæmt meginreglum fasteignakauparéttar sé það hverju sinni samningsatriði hvort fasteign fæst skilað og á hvaða kjörum, en lóð teljist fasteign og byggingarréttur fasteignatengd réttindi eins og áður segi. Um skil á réttindum sem keypt hafi verið með einkaréttarlegum gerningi fari því samkvæmt samningi milli aðila, þ.e. úthlutunarskilmálum en með greiðslu sinni á gatnagerðargjöldum og kaupverði byggingarréttarins, hafi stefnandi/Léttkaup ehf. lýst því yfir að hann myndi hlíta þeim skilmálum sem um lóðina gilda. Af hálfu stefnanda hafi engir fyrirvarar verið gerðir að þessu leyti eða áskilnaður um rétt til að skila lóðinni síðar. Lög um gatnagerðargjald fjalli ekki um lóðaúthlutanir eins og áður sagði eða undir hvaða kringumstæðum lóð verði skilað. Ákvæði 9. gr. laganna kveði hins vegar á um það að ef semst um skil á lóð eða ef skilyrði eru fyrir afturköllun eða ógildingun úthlutunar þá sé sveitarstjórn skylt að endurgreiða gatnagerðargjald með tilteknum hætti. Samkvæmt framansögðu hafni stefndi sjónarmiðum stefnanda er lúta að því að sérstakur skilaréttur verði byggður á 9. gr. laga nr. 153/2006. Ekki sé heldur að finna önnur lagaákvæði sem slíkur réttur verður byggður á.

Í stefnu séu rakin ákvæði varðandi endurgreiðslu gatnagerðargjalds í eldri lögum og komist að þeirri niðurstöðu að löggjafinn hafi gengið út frá því að úthlutunarhafi hefði einhliða rétt til að skila úthlutaðri lóð. Ekki sé hægt að fallast á þessi sjónarmið stefnanda enda séu eldri ákvæði efnislega eins og nógildandi ákvæði 9. gr. laga nr. 153/2006, þ.e.a.s. að þegar ákveðin skilyrði séu fyrir hendi skuli endurgreiða gatnagerðargjald. Í þeim sé hins vegar ekki að finna hvenær þær forsendur eru fyrir hendi að ráðstöfun á byggingarrétti verði rift, t.d. hvenær sveitarfélag geti einhliða afturkallað ráðstöfun byggingarréttarins og þar með svipt eiganda hans þeirri eign sinni né heldur hvenær eigandi byggingarréttarins geti krafist þess að fá að skila honum og fá gatnagerðargjaldið endurgreitt. Í þessu sambandi hljóti því að þurfa að líta til almennra riftunarregla.

Stefnandi byggir á því að til staðar sé bæði almennur og sértækur forsendubrestur. Hér að framan hafi þegar verið vikið að hinum almenna og komist að þeirri niðurstöðu að stefndi geti með engu móti borið ábyrgð á þeim breytingum sem hafi orðið á íslensku efnahagslífi. Þegar lóðunum hafi verið úthlutað á árinu 2007 megi nánast staðhæfa að enginn hafi leitt hugann að því að til þess gæti komið að efnahagsástandið í landinu yrði þeim hætti, sem raunin hafi orðið, og að það leiddi til þess að þeir sem fengu lóðir vildu ekkert frekar en að skila þeim en fram að þeim tíma hafði, eins og alkunna sé, illa gengið að mæta að því er virtist óendanlegri eftirspurn eftir lóðum. Þá sé heldur ekki viðurkennt sjónarmið í fasteignakauparétti að einhver almennur skilaréttur sé til staðar ef forsendur breytist, s.s. efnahagslegt ástand á markaði.

Hinn sértæki forsendubrestur sem stefnandi byggir á, lúti að því að þar sem enginn lóðarhafi sé eftir við Hádegismóa, séu allar forsendur fyrir verslunarrekstri á svæðinu brostnar. Stefndi bendir hins vegar á að það, að enginn lóðarhafi sé eftir, geti engan veginn réttlætt undantekningu frá þeirri aðalreglu að ekki sé hægt að skila atvinnuhúsaloð. Hvorki í umsókn forsvarsmanna Léttkaupa ehf. eða viðræðum við stefnda um alla lóðina að Hádegismóum á árinu 2005 né í umsókn þeirra um lóð árið 2006, kom það nokkurn tímann upp, að óskir manna um úthlutun lóða væru háðar því skilyrði að aðrir væru líka með starfsemi á svæðinu. Það sé því algjörlega ósannað af hálfu stefnanda, að stefnda hafi verið eða mátt vera ljóst, að það hafi verið ákvörðunarástæða stefnanda og forsenda hans fyrir húsbyggingu á

lóðinni. Ljóst sé að deiliskipulag svæðisins geri ráð fyrir nokkrum lóðum þannig að hvað það varði séu fyrir hendi forsendur fyrir fleiri rekstraraðila á svæðinu. Það sé hins vegar ekki stefnda að koma þessum rekstri á fót heldur aðeins að skapa forsendur til þess með skipulagi. Á það sé jafnframt bent að forsvarsmenn stefnanda sóttu á árinu 2005 um að fá heildarsvæðinu að Hádegismóum úthlutað þannig að enginn annar kæmist að. Einnig beri í þessu sambandi að líta til erindis stefnanda (Léttkaupa ehf.) frá 20. október 2008, þar sem lýst hafi verið yfir vilja lóðarhafa til að byggja en á þeim tímapunkti hafi legið fyrir að hinir lóðarhafarnir voru þegar búnir að skila sínum lóðum, sá síðasti 1. október 2008.

Þótt stefnanda hafi ekki verið send tilkynning í desember sl. um að lóðin væri orðin byggingarhæf, skapi það stefnda ekki riftunarrétt, enda hafi ekki verið sýnt fram á að skortur á þessari tilkynningu eigi nokkurn þátt í því að uppbygging á svæðinu sé ekki enn hafin. Bent sé jafnframt á í því sambandi að stefnandi hefur ekki enn sótt um byggingarleyfi á lóðinni. Það sé ávallt forsenda riftunar að hvor aðili um sig verði því sem næst eins settur og ef kaupin hefðu aldrei átt sér stað. Stefndi hafi lagt miklar fjárfestingar í gatnagerð og aðrar framkvæmdir til þess að gera svæðið byggingarhæft og hafa gatnagerðargjöld og önnur lóðagjöld m.a. runnið til þessara verkefna. Það sé augljóst, að endurgreiðsla gjalda vegna þessarar lóðar myndi vera verulega íþyngjandi fyrir stefnda í því efnahagsumhverfi sem stefndi búi við þar sem engar líkur séu á að hægt verði að ráðstafa lóðinni aftur á næstunni. Loks sé á það bent að fjármögnun og bygging húss á lóðinni sjálfri, og lántaka stefnanda í því sambandi, sé að sjálfsögðu á ábyrgð stefnanda en ekki stefnda.

### ***Skilyrði fyrir ógildingu úthlutunargerðar eða skaðabótaskyldu stefnda ekki fyrir hendi***

Til að stjórnvaldsákvörðun teljist ógild, þurfi ákvörðun í fyrsta lagi að vera haldin annmarka að lögum, í öðru lagi þurfi annmarkinn að teljast verulegur og í þriðja lagi sé skilyrði að veigamikil rök mæli því ekki í mót að ákvörðunin sé ógilt. Stefnandi hafi hvorki sýnt fram á neina form- eða efnisgalla á þeirri ákvörðun borgarráðs stefnda að úthluta lóðinni til Léttkaupa ehf. né fært fram nein rök sem uppfylli framangreind skilyrði fyrir ógildingu. Teljist krafan því að mati stefnda verulega vanreifufð og sé henni hafnað. Bent sé á að þó að stjórnvaldsákvörðun teljist ógildanleg leiði það ekki eitt og sér til þess að stjórnvald verði skaðabótaskyld. Til að svo megi verða þurfa skilyrði almennu skaðabótareglunnar að vera uppfyllt.

Krafa um sýknu af þrautavarakröfu stefnanda sé einnig byggð á því að engar almennar eða sértækar forsendur, sem stefndi beri ábyrgð á, hafi brostið svo leitt geti til ógildingar á úthlutunargerð borgarráðs stefnda. Ágreiningslaust sé að Léttkaup ehf. hafi gengið að úthlutunarskilmálum stefnda með greiðslu á byggingarréttinum en í gr. 1.19. segi að greiðsla áætlaðs gatnagerðargjalds, eða eftir atvikum kaupverðs byggingarréttar, teljist um leið vera viðurkenning lóðarhafa á því, að hann hafi kynnt sér ítarlega alla skilmála, sem varði lóðina og hafi samþykkt að hlíta þeim. Beri að líta til þess að Léttkaup ehf. hafi verið frjálst að ákveða, hvort það gengi að þeim úthlutunarskilmálum sem stefndi setti og kynnti fyrir úthlutun lóðarinnar.

Öllum fullyrðingum stefnanda þess efnis að stjórnsýslulög hafi verið brotin sé hafnað með vísan til þess sem að framan hafi verið rakið. Hafi stefnandi ekki sýnt

fram á að ákvörðunartakan hafi verið saknæm og ólögumæt og valdið honum tjóni. Skilyrði skaðabótaábyrgðar á grundvelli sakarreglunnar eða annarra meginreglna skaðabótaréttar séu því ekki uppfyllt og hafni stefndi bótaábyrgð á þeim grunni. Því til stuðnings sé jafnframt vísað til þess sem rakið sé hér að framan varðandi málsástæður stefnda fyrir aðal- og varakröfu stefnanda.

Stefndi geri athugasemdir við útreikninga í aðal- og varakröfu en sú vaxtaþrósentá sem þar sé sett fram, þ.e. 9,8%, sé miðuð við þau kjör sem stefnandi fékk hjá sínum lánveitanda. Stefndi beri enga ábyrgð á fjármögnun stefnda eða hvaða kjör eru á henni og sé því mótmælt að þessir útreikningar verði lagðir til grundvallar ef fallist verði á aðal- eða varakröfu stefnanda. Þá sé upphafstíma dráttarvaxta í varakröfu sérstaklega mótmælt. Ef ekki verði fallist á sýknukröfu stefnda beri að miða upphafstíma dráttarvaxta við dómsuppsögu í fyrsta lagi.

Stefndi byggi málatilbúnað sinn m.a. á reglum fasteignakauparéttar, meginreglum samninga- og kröfuréttar um riftun, meginreglunni um skuldbindingargildi samninga, lögum um fasteignakaup nr. 40/2002, lögum um gatnagerðargjald nr. 153/2006 og lögum nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Kröfu um málskostnað byggi stefndi á 130. gr., sbr. 129. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

#### IV.

Á fundi borgarráðs, 6. september 2007, var samþykkt að úthluta Léttkaupum ehf., byggingarrétti fyrir starfsemi sína á lóð nr. 5 við Hádegismóa í Reykjavík. Þá liggur fyrir að stjórn eignasjóðs Reykjavíkurborgar samþykkti á fundi sínum 25. febrúar 2008 framsal byggingarréttar á lóðinni frá Léttkaupum ehf. til stefnanda, Hugar ehf., með öllum sömu réttindum og skyldum og giltu gegn fyrri lóðarhafa.

Verður því að telja að frá þeim degi hafi stefnandi komið að öllu leyti í stað Léttkaupta ehf. í lögskiptum aðila vegna lóðarinnar og sé því réttur aðili að máli þessu.

Með samþykkt borgarráðs á sölu byggingarréttar á lóðinni og með samþykki Léttkaupta ehf. komst á kaupsamningur um byggingarréttinn. Telja verður að slíkur samningur sé í eðli sínu einkaréttarlegur samningur þó að úthlutun byggingarréttarins sem slíks verði að teljast stjórnvaldsákvörðun.

Lúta aðal- og varakrafa stefnanda að því að staðfest verði riftun stefnanda á úthlutunargerð um lóðina nr. 5 við Hádegismóa en þrautavarakrafan að því að úthlutunargerðin verði ógilt og að stefndi verði dæmdur skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda. Þrautþrautavarakrafan lýtur hins vegar einungis að skaðabótaskyldu stefnda.

Með bréfi, dagsettu 20. október 2008, óskuðu Léttkaup ehf. og stefnandi eftir því að verð lóðarinnar við Hádegismóa 5 yrði lækkað eða heimiluð yrðu skil á lóðinni. Með bréfi, dagsettu 10. desember sama ár, var erindið um lóðarskil ítrekað.

Erindinu var hafnað með bréfi, dags. 18. maí 2009.

Með tilkynningu, dagsettri 19. maí 2009, lýsti stefnandi síðan yfir riftun á lóðaúthlutunargerningi stefnda um lóðina nr. 5 við Hádegismóa. Með bréfi stefnda, dags. 20. maí 2009, var því hafnað að fullnægjandi ástæður væru til riftunar á kaupum stefnanda/Léttkaupa ehf. gagnvart stefnda á byggingarrétti á Hádegismóum 5.

Ekki var kveðið á um skilarétt á byggingarréttinum í úthlutuninni til Léttkaupa ehf., né er kveðið á um slíkan rétt í almennum lóða- og framkvæmdaskilmálum stefnda. Verður því ekki talið að stefnandi geti einhliða ákveðið að skila lóðinni að Hádegismóum 5. Þá verður samningnum um byggingarréttinn ekki rift nema fyrir hendi séu riftunarástæður, þ.e. fyrir hendi séu vanefndir af hálfu stefnda er réttlætt geti riftun.

Fyrir liggur að stefndi heimilaði skil á lóðum nr. 1 og 7 við Hádegismóa og endurgreiddi lóðarhöfum lóðargjöld 8. ágúst og 6. október 2008. Heldur stefndi því fram að eftir það, eða um mánaðamótin september/október 2008, hafi verið tekið fyrir öll lóðarskil. Þá liggur fyrir að frá mánaðamótunum september/október 2008 og fram að erindi Léttkaupa ehf. og stefnanda um lóðarskil, höfðu fjórir lóðarhafar óskað eftir að skila lóðum og var ekki orðið við þeim óskum.

Á fundi borgarráðs 20. nóvember 2008 var samþykkt tillaga borgarstjóra um að ekki yrði heimilt að skila lóðum sem úthlutað hefði verið undir atvinnuhúsnæði nema með sérstakri heimild borgarráðs. Kveður stefndi borgarráð með samþykktinni hafa áréttað þá reglu sem gilt hafði um atvinnuhúsalóðir, þ.e. að lóðarhafar gætu ekki einhliða ákveðið að skila þeim. Stefnandi sem, eins og áður greinir, óskaði eftir því að mega skila lóð sinni með bréfi til borgarráðs þann 20. október 2008, byggir á að samþykkt borgarráðs verði ekki beitt afturvirk og því að erindi hans hafi þann 20. nóvember 2008 verið vísað til meðferðar í borgarkerfinu hafi gefið honum vísbendingu um að samþykktin tæki ekki til erindis hans.

Stefnandi virðist þannig byggja á að þar sem beiðni hans um lóðarskil kom fram fyrir samþykktina 20. nóvember 2008 eigi hann rétt á að skila lóðinni.

Eins og áður greinir verður ekki talið að um einhliða skilarétt á atvinnuhúsalóðum hafi verið að ræða fyrir samþykktina 20. nóvember 2008. Þá verður ekki fallist á að stefnandi geti byggt rétt á því að erindi hans var vísað til meðferðar í borgarkerfinu þar sem fyrir liggur að samþykktin frá 20. nóvember 2008 var ekki óundanhæf.

Stefndi hefur gert grein fyrir því að þau sjónarmið sem ráðið hafi för við lóðarskil fyrir efnahagshrunið hafi verið þau fyrst og fremst að með því móti væri unnt að endurúthluta lóðum til annarra umsækjanda í því skyni að á lóðunum yrði byggt, þ.e. forsendurnar hafi verið viðskiptalegs og hagræns eðlis. Þær forsendur hafi ekki verið lengur til staðar eftir efnahagshrunið.

Þó að telja verði samning um byggingarrétt einkaréttarlegs eðlis, eins og að framan greinir, þykir verða að líta svo á að við meðferð stefnda á beiðni um skil á lóð gildi óskráðar meginreglur stjórnisýsluréttar varðandi undirbúning og rannsókn máls, skyldu til að byggja ákvarðanir í stjórnisýslu á málefnalegum sjónarmiðum og

gæta jafnræðis á milli borgaranna.

Það er mat dómsins að stefndi hafi eftir efnahagshrunið ekki verið bundinn af að leggja sömu sjónarmið til grundvallar við ákvörðun um lóðarskil og fyrir það enda aðstæður allt aðrar. Því verði að telja að ákvörðun borgarráðs, 20. nóvember 2008, um að samþykkja ekki frekari skil á lóðum, nema með sérstakri heimild borgarráðs, hafi verið málefnalegs eðlis og almenn. Því verði ekki talið að með samþykktinni hafi verið brotið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993.

Af málsatvikalýsingu, sem ekki er ágreiningur um, verður ekki ráðið að sá dráttur hafi orðið á afgreiðslu erindis stefnanda að brjóti í bága við málshraðareglu 9. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Hins vegar þykir mega fallast á að skort hafi á að stefndi gætti ákvæðis 3. mgr. 9. gr. laganna eins og viðurkennt er af hálfu stefnda. Það eitt og sér getur aftur á móti ekki haft áhrif á gildi ákvörðunarinnar.

Engin rök eru færð fram fyrir því af hálfu stefnanda að stefndi hafi ekki séð til þess að málið væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun var tekin. Er því sú málsástæða hans að stefndi hafi brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga algerlega vanræifuð og kemur því ekki til álita við úrlausn málsins.

Ákvæði 9. gr. laga nr. 153/2006 um gatnagerðargjald þykir ekki verða skilið öðruvísi en svo að sveitarstjórn sé skylt að endurgreiða gatnagerðargjald með tilteknum hætti ef um lóðarskil semst eða ef skilyrði eru fyrir afturköllun eða ógildingu úthlutunar. Verður því ekki fallist á það með stefnanda að löggjafinn hafi með ákvæðinu, né ákvæði 2. mgr. 1. gr. eldri laga um gatnagerðargjald nr. 17/1996, gengið út frá því að úthlutunarhafi hefði einhliða rétt til lóðarskila.

Fyrir liggur að af hálfu stefnda var enginn fyrirvari gerður um að það væri forsenda af hans hálfu að efnahagsástand héldist óbreytt né að aðrir væru líka með starfsemi á svæðinu. Verður að telja ósannað, gegn mótmælum stefnda, að stefnda hafi mátt vera það ljóst að forsendur þessar væru ákvörðunarástæða af hálfu stefnanda og forsenda fyrir því að hann réðst í framkvæmdir á lóðinni. Í þessu sambandi er og rétt að líta til þess að í erindi Léttkaupa frá 20. október 2008 var lýst yfir vilja lóðarhafa til að byggja en þá lá fyrir að aðrir lóðarhafar voru búnir að skila lóðum sínum. Þá verður ekki talið að stefnandi geti byggt á því að honum hafi ekki verið tilkynnt um að lóðin væri orðin byggingarhæf, enda ekki sýnt fram á að það hafi haft nokkur áhrif á framkvæmdir. Verður því ekki talið að stefnandi geti byggt á forsendubresti.

Af öllu framanröktu þykir ljóst að stefndi hafi með engum þeim hætti brotið gegn skyldum sínum við stefnanda að heimili riftun úthlutunargerðarinnar.

Þá þykir stefnandi ekki hafa sýnt fram á neina form- eða efnisgalla á þeirri ákvörðun borgarráðs að úthluta lóðinni til Léttkaupa ehf. né fært fram nein önnur rök fyrir ógildingu.

Þá verður ekki talið að neinar almennar eða sértækar forsendur sem stefndi ber ábyrgð á hafi brostið svo leitt geti til ógildingar á úthlutunargerðinni.

Þá þykir stefnandi ekki hafa sýnt fram á að ákvörðunartakan hafi verið saknæm og ólögmæt og valdið honum tjóni. Eru því ekki uppfyllt skilyrði skaðabótaábyrgðar á grundvelli sakarreglunnar eða annarra meginreglna skaðabótaréttar.

Samkvæmt öllu framanröktu verður ekki hjá því komist að sýkna stefnda af öllum kröfum stefnanda.

Eftir niðurstöðu málsins verður stefnandi dæmdur til að greiða stefnda 500.000 krónur í málskostnað.

Þorgerður Erlendsdóttir héraðsdómari kveður upp dóminn.

Dómsorð:

Stefndi, Reykjavíkurborg, er sýkn af öllum kröfum stefnanda, Hugar ehf.

Stefnandi greiði stefnda 500.000 krónur í málskostnað.

Þorgerður Erlendsdóttir