

Miljøverndepartementet
Postboks 8013 Dep
0030 Oslo

Også sendt pr. e-post til postmottak@md.dep.no

Deres ref:
200701180

Vår ref: #77921v1/th-th

Saksbehandler: Trude Hafslund
th@jus.no T +47 22 03 50 61

02.03.2009

Høringsuttalelse - endring i lov nr. 71 i plan- og bygningsloven (plandelen) av 27. juni 2008 - forholdet mellom negative servitutter og reguleringsplan

Vi viser til departementets høringsbrev av 26. november 2008 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettssikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid reguleringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for bygningsrett og reguleringssspørsmål. Lovutvalget består av Ola Brekken (leder), Marianne Abeler, Per Conradi Andersen, Ola Mæland og Helge Skaaraas.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

1 Innledning

Miljøverndepartementet har utarbeidet forslag til endring av bestemmelser i den nye plandelen i plan- og bygningsloven på bakgrunn av henvendelse fra Stortingets energi- og miljøkomité. Forslaget innebærer at negative servitutter, særlig såkalte strøkservitutter, kan falle bort som følge av reguleringsplanvedtak, og at rettighetshavere som krever erstatning for bortfallet, må kreve erstatning fastsatt ved rettslig skjønn.

Forslaget har sin bakgrunn i flere dommer fra den senere tid, spesielt Høyesteretts dom inntatt i Rt-2008-362, som har behandlet forholdet mellom reguleringsplaner og negative servitutter. I den siste dommen, som opprettholdt servitутten, uttalte Høyesterett:

"Dersom det anses som ønskelig med den generelle ordning at strøkservitutter skal vike for reguleringsplan, anser jeg det for en lovgiveroppgave å vurdere lovendringer, for eksempel i tråd med de danske reglene jeg har gjengitt."

2 Behovet for endring av loven

2.1 Generelle synspunkter

Lovforslaget drøfter ikke den generelle problemstilling som forslaget er en del av, nemlig forholdet mellom reguleringsplaner og privatrettslige rettigheter som må fjernes for at planene skal kunne gjennomføres. Etter Advokatforeningens oppfatning er det en svakhet ved forslaget.

Prinsipielt er det i denne sammenheng ingen forskjell på om det er negative servitutter, eiendomsrett, totale bruksretter eller positive servitutter som står i veien for gjennomføringen. Det er i alle tilfelle tale om privatrettslige rettigheter til eller over fast eiendom, som må fjernes før reguleringsplanen kan gjennomføres.

Den ordinære fremgangsmåten som følges etter gjeldende rett, er at slike hindringer fjernes gjennom vedtak om ekspropriasjon til gjennomføring av planen, med mindre det oppnås ved minnelig ordning. Det kan skje med hjemmel i plan- og bygningsloven eller areigningsloven. For at ekspropriasjon skal kunne finne sted, skal det foretas en interesseavveining. Ekspropriasjon kan etter alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper bare finne sted dersom inngrepet er nødvendig og det foreligger tilstrekkelig interesseovervekt. Grunneier eller rettighetshaver har krav på full erstatning for ekspropriasjonsinngrep etter Grl § 105, og erstatningen fastsettes ved rettslig skjønn etter ekspropriasjonsrettslige regler.

En alternativ fremgangsmåte er at servitутten omskipes eller avskipes etter reglene i servituttloven §§ 5 – 7, som også har regler om interesseavveining med ulike krav til overvekt avhengig av hvor inngripende endringen er.

Forslaget reiser to problemstillinger. Den ene er om gjeldende ordning for gjennomføring av reguleringsplaner bør endres. Den andre er om det er tilstrekkelig grunn til å stille negative servitutter i en særstilling.

2.2 Gjennomføring av reguleringsplaner

Høyesterett har i dom inntatt i Rt-1998-416 uttalt:

"Fra kommunens side er det imidlertid anført at ekspropriasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven § 35 nr 1 ikke forutsetter en selvstendig interesseavveining og vurdering av inngrepets nødvendighet fordi de tilstrekkelige vurderinger er foretatt i og med vedtakelsen av reguleringsplanen. Jeg er enig i at det normalt neppe vil bli plass for en ny selvstendig vurdering i forbindelse med ekspropriasjonsvedtak til gjennomføring av planen. Men situasjonen kan ligge slik an at det på grunn av spesielle forhold må foretas en ny vurdering når ekspropriasjonsvedtaket treffes."

Advokatforeningen slutter seg til denne uttalelsen, men bemerker at plan- og bygningslovens regler om reguleringsplanvedtak ikke inneholder bestemmelser med tilsvarende kriterier som oreigningsloven § 2 første og siste ledd, som i tråd med alminnelige ekspropriasjonsrettslige prinsipper setter nødvendighet og interesseovervekt som vilkår for å fatte vedtak om ekspropriasjon. Bestemmelsen i oreigningsloven § 2 gjelder også for ekspropriasjon med hjemmel i plan- og bygningsloven.

På denne bakgrunn burde man etter Advokatforeningens oppfatning ha vurdert problemstillingen i et videre perspektiv, og ikke bare i relasjon til det svært begrensede sakskompleks de negative servitutene tross alt representerer, geografisk og saklig. Sakskomplekset har for øvrig blitt enda mer begrenset etter at Oslo kommune har vedtatt endringer i Småhusplanen.

Når den rettslige situasjonen er som Høyesterett påpeker, burde man ha reist spørsmålet om reguleringsvedtak generelt skal innebære at det gis samtidig samtykke til gjennomføring ved ekspropriasjon, slik situasjonen er for konsesjoner etter vassdragsreguleringsloven av 1917, se § 16. En tilsvarende ordning ble drøftet i forbindelse med vannressursloven, men ikke gjennomført. I denne sammenheng kunne det også ha vært vurdert å innføre kriterier i samsvar med alminnelige ekspropriasjonsrettslige kriterier for å vedta reguleringsplaner som forutsetter ekspropriasjonsinngrep for å bedre rettssikkerheten for de berørte, jf avsnittet ovenfor.

2.3 Behovet for særlig regulering av negative servitutter

Det som har vært omtvistet i Høyesterettsdommene som det er vist til, gjelder spørsmålet om negative servitutter faller bort dersom de er i strid med reguleringsplaner, men også om de har falt bort på privatrettslig grunnlag. Advokatforeningen kan ikke se at dette i seg selv begrunner særlige bestemmelser i plan- og bygningsloven om denne formen for privatrettslige rettigheter som hindrer gjennomføring av reguleringsplaner.

I brevet fra Stortingets energi- og miljøkomité er det uttalt:

"Servitutene fratar i realiteten også kommunestyret reguleringsmyndigheten for store deler av Oslo."

I høringsnotatet heter det under pkt 6:

"Slike servitutter har karakter av regulering, og vil, dersom de blir påberopt, kunne hindre kommunen i å nå frem med sin reguleringsmyndighet etter plan- og bygningsloven."

Dette må bygge på en misforståelse. Servitutene griper ikke inn i kommunens reguleringsmyndighet, og det samme kommunestyre som vedtar reguleringsplaner, kan vedta å gi samtykke til ekspropriasjon til gjennomføring av reguleringsplaner etter plan- og bygningsloven § 35, herunder av negative servitutter. Også Fylkesmannen kan gi ekspropriasjonstillatelse, jf oreigningsloven § 2 nr 31.

At kommuner av ulike grunner vegrer seg for å gi samtykke, kan etter Advokatforeningens oppfatning ikke være tilstrekkelig begrunnelse for å endre loven for denne typen privatrettslige rettigheter.

Det er heller ikke særegent at det må foretas undersøkelser av grunnboksbladene og dokumenter som knytter seg til eiendommene som utbyggers eiendom er skilt ut fra. Enhver som skal bygge ut en eiendom må foreta slike undersøkelser, ikke bare hva angår negative servitutter, men også andre forhold. At heftelser og andre rettstiftelser står seg når de er tinglyst, er en sentral del av

tinglysingssystemet. Advokatforeningen kan derfor ikke se at dette momentet kan begrunne en særlig regulering.

2.4 Alternativ lovregulering

Selv om det kan hevdes at klausulene man i første rekke tar sikte på å ramme har preg av privat regulering, mener Advokatforeningen at det er prinsipielt uheldig og lite hensiktsmessig at det i plan- og bygningsloven, som i utgangspunktet ikke regulerer privatrettslige forhold, tas inn en særregel om én type private rettigheter. Det bør derfor vurderes andre løsninger, dersom man ikke går inn for å styrke muligheten for å få ekspropriasjonstillatelse, jf ovenfor.

Bakgrunnen for lovforslaget er problemer og usikkerhet som kan oppstå for utbyggere når forholdet til servituttene ikke er avklart før utbyggingsprosjektet settes i gang. Bakgrunnen kan være at utbygger anser at servituttene er bortfalt, eller anser bebyggelsen å ligge innenfor det som er tillatt. Lovforslaget vil også beskytte utbyggere som ikke er klar over servituttene eller bygger uten å ta hensyn til begrensningene. Problemene oppstår ved at utbyggingen blir møtt med trussel om søksmål, ofte kombinert med begjæring om midlertidig sikring, før eller etter at prosjektet er igangsatt.

En ekspropriasjonsprosess er tids- og kostnadskrevende, og ekspropriasjon kan ikke vedtas etter at byggearbeider er igangsatt. Samtidig stilles utbyggerne overfor dilemmaet om de skal søke om ekspropriasjon eller gå inn for skjønn til omskiping eller avskipping av servituttene som hindrer utbyggingen, jf servituttloven §§ 5-7, når det kan være tvil om servituttene hindrer utbyggingen. Det kan ikke søkes om ekspropriasjon eller kreves servituttskjønn, samtidig som man hevder at servituttene er bortfalt.

Et problem som kan oppstå med den ordningen som gjelder nå, er at man risikerer å ha parallelle eller etterfølgende prosesser i gang om det samme sakskompleks; ordinært søksmål om servituttens eksistens og innhold, og et servituttskjønn som går etter skjønnslovens regler. Situasjonen var den samme for spørsmål om veirett før veiloven § 53 ble endret i 1996. Etter lovendringen kan skjønnet både ta standpunkt til veirettens eksistens og innhold og eventuelt gi veirett eller endre den.

På bakgrunn av innvendingene som kan reises mot forslaget, bør man etter Advokatforeningens oppfatning vurdere å gjøre en lignende endring i servituttloven, i stedet for å innføre en særlig regulering av negative servitutter i plan- og bygningsloven. Skjønnsrettene vil i samme sak ta standpunkt til om servituttens eksistens og innhold, og eventuelt gjøre de endringer i servituttene som er påkrevd for å gjennomføre reguleringsplanen som ligger til grunn for skjønnet. Foreligger det en reguleringsplan, må det legges til grunn at skjønnsrettene følger den rettsoppfatning Høyesterett har gitt uttrykk for og fjerner eller endrer servituttene.

Ordningen har også den fordel at domstolene ikke må ta stilling til de avgrensningsspørsmål som forslaget reiser. Samtidig sikres begge parters interesser på en måte som er i tråd med behandlingen av lignende spørsmål i gjeldende rett.

3 Nærmere om lovforslaget

Advokatforeningen har ikke merknader til dette punktet i høringsnotatet.

4 Nordisk rett

Det bemerkes at fremstillingen av dansk rett synes å være noe upresis. Den danske lovs

§ 18 sier at det ikke er adgang til å etablere servitutter i strid med planen etter bekjentgjørelsen av planen, det vil si med virkning fremover. Eksisterende servitutter viker derfor ikke, med mindre de er uttrykkelig nevnt. Karnovs lovsamling utlegger videre bestemmelsen slik at det må være umulig å oppfylle både plan og servitutt samtidig for at den skal vike. Forslaget går etter Advokatforeningens oppfatning vesentlig lenger enn dette.

5 Lovforslag med generelle merknader

5.1 Reguleringsplan som hjemmel for bortfall av negative servitutter

Ordningen som foreslås vedtatt er særegen. Forutsatt at rettighetene ikke er bortfalt, innebærer den at privatrettslig bindende særlige rettigheter over fast eiendom fjernes gjennom et reguleringsplanvedtak. Etter Advokatforeningens oppfatning er det rettslig sett tale om ekspropriasjon. De nærmere konsekvenser av dette omtales nedenfor.

Forslaget til bestemmelse har fått en generell form. Imidlertid går det frem av høringsnotatet at man har hatt en helt spesiell problemstilling for øye; typiske strøkservitutter i eldre villaområder i Oslo. Som nevnt ovenfor under pkt 2.2, er forutsetningen for forslaget endret i og med vedtakelsen av endringer i Småhusplanen. Advokatforeningen stiller spørsmål ved om man med dette har tatt høyde for at strøkservitutter kan være svært ulike både med hensyn til alder, innhold og aktualitet. Når det kan vedtas at strøkservitutter faller bort uten at de for så vidt trenger å ha vært fremme i reguleringsplanbehandlingen, kan bestemmelsen ha fått en for generell utforming. Det bør derfor vurderes tatt inn kriterier som må være oppfylt for at strøkservitutter kan bortfalle, i tråd med de retningslinjer Høyesterett har gitt anvisning på i sine dommer.

Det sies i uttalelsen at man med lovregelen vil oppnå at reguleringsplanen alene gir en uttømmende angivelse av arealutnyttelsen. Imidlertid vil andre privatrettslige rettigheter enn strøkservitutter og andre negative servitutter kunne legge begrensninger på arealutnyttelsen, som for eksempel en veirett. Det vises i denne sammenheng til de generelle merknader til forslaget under pkt 2 om særlig regulering av negative servitutter.

Etter Advokatforeningens syn reiser forslaget om at servitutter kan falle bort selv om de ikke har vært behandlet eller endog kjent under planprosessen, rettsikkerhetsmessige problemer. Som bemerket ovenfor, vil det være tale om et ekspropriasjonsinngrep, som med dette gjennomføres uten at verken saksbehandlingsreglene eller de materielle regler om vilkårene for ekspropriasjon følges. Etter Advokatforeningens oppfatning er begrunnelsen som er gitt for å fravike disse prinsippene ikke tilstrekkelig. At det kan være tvil om strøkservitutter er falt bort, kan ikke føre til at rettigheter som består, stilles i en så mye dårligere rettslig stilling enn andre rettigheter.

Forslaget legger opp til at det må foretas en avgrensning mellom strøkservitutter og andre negative servitutter. Hvorvidt servitutter faller inn under den ene eller andre kategori, er ikke utdypet nærmere, og det vil i siste instans være domstolene som må trekke grensen. Henvisningen til Bortelid-dommen som et grensetilfelle, er i denne sammenheng illustrerende. Servitutter, som klart nok må betraktes som strøkservitutter, kan også være av nyere dato og ha et berettiget formål, mens det kan være bedre grunner til å fjerne andre typer servitutter.

Advokatforeningen mener derfor at man i alle tilfelle bør endre forslaget i samsvar med ordningen i dansk rett. Det innebærer at det ikke skilles mellom strøkservitutter og andre negative servitutter, og at servituttene må være behandlet i reguleringsplanprosessen for at de skal falle bort. Det er ikke noe urimelig krav at utbyggere må foreta undersøkelser av eiendommene, på linje med det enhver eiendomsmegler er forpliktet til å gjøre ved salg, for å avdekke hvilke heftelser som hviler på dem.

Det er videre Advokatforeningens oppfatning at forslaget må inneholde en regel som sikrer at det er foretatt den interesseavveining som kreves ved ekspropriasjon av private rettigheter. I den sammenheng pekes det på at det vil være i strid med disse grunnleggende prinsippene dersom man krever at rettighetshaver må vise til tungtveiende grunner for å unngå at rettigheten bortfaller, jf notatet side 4 øverst. Dette har prinsipielle implikasjoner, som i alle fall bør overveies.

5.2 Sikring av rettighetshaver etter servitutten

Det vises for så vidt til bemerkningene ovenfor når det gjelder sikring av rettighetshaver etter servitutten, og de innvendinger Advokatforeningen har mot forslaget. I denne sammenheng er det pekt på at fjerning av negative servitutter vil være ekspropriasjon etter definisjonen i blant annet oreigningsloven.

I notatet drøftes hvorledes eventuelt erstatningskrav skal fremmes og mot hvem, men ikke de materielle regler som skal gjelde ved erstatningsbedømmelsen – ekspropriasjonerstatningsloven, servituttløven eller alminnelige erstatningsregler. Det er i denne sammenheng uklart når det i pkt 7, siste avsnitt, sies at det ikke gjøres noen endringer i rettstilstanden, siden man kan få bortfall bedømt etter ekspropriasjonerstatningsloven eller servituttløven.

Det er heller ikke sagt noe om hvilken del av skjønnsprosessloven som skal følges. For rettighetshaver og tiltakshaver er dette av stor betydning, blant annet når det gjelder reglene om saksomkostninger, jf skjønnsprosessloven §§ 42, 43 og 54. Etter Advokatforeningens oppfatning vil det være rimelig at søksmålsbyrden legges på tiltakshaver, som er den som har interessen i å få servitutten fjernet.

6. Merknader til de enkelte bestemmelser

Merknader til § 12-7 Bestemmelser i reguleringsplan, nr 15

Som påpekt ovenfor, er det uriktig at negative servitutter vil ”*kunne hindre kommunen i å nå frem etter sin reguleringsmyndighet etter plan- og bygningsloven*”. Advokatforeningen stiller seg derfor kritisk til at dette brukes som et sentralt element i begrunnelsen for lovforslaget.

Det vises for øvrig til de generelle bemerkninger ovenfor.

Merknader til § 15-3 Erstatning for tap ved reguleringsplan, nytt siste ledd

Det vises til bemerkningene ovenfor, særlig pkt 5.2.

7. Administrative, økonomiske og miljømessige konsekvenser

Dersom kommunen, uten å ha undersøkt om det foreligger strøkservitutter, fatter vedtak om at de faller bort, kan det hevdes at man vil oppnå en forenkling. Etter Advokatforeningens syn er det imidlertid grunn til å tro at bestemmelsen vil føre til økt oppmerksomhet omkring slike og andre negative servitutter. Det vil kunne føre til økt arbeidsbelastning, og at plan- og bygningsmyndighetene må gå inn i problemstillinger som ikke ligger innenfor deres kompetanseområde.

8. Lovforslaget

§ 12-7 Bestemmelser i reguleringsplan, nr. 15

Som påpekt ovenfor, oppstår det et avgrensingsproblem mellom strøkservitutter og "*andre uttrykkelig angitte servitutter*".

Bestemmelsen oppfattes slik at det ikke er noe i veien for å nevne også strøkservitutter særskilt.

Kriteriet etter forslaget er at servitutten må være til hinder for gjennomføring av planen. Et aktuelt spørsmål som denne formuleringen reiser, er om utbygging av for eksempel et mindre antall boliger eller boliger med lavere etasjeantall hindrer utbygging av et område som er regulert til boligformål. En reguleringsplan er bare en tillatelse til å bygge ut maksimalt i henhold til planen, men ingen plikt til det.

§ 15-3 Erstatning for tap ved reguleringsplan, nytt siste ledd

Det vises til bemerkningene ovenfor, særlig til pkt 5.2. Slik bestemmelsen er formulert, oppstår spørsmålet om tiltaket rammes av servitutten, tolket i samsvar med gjeldende rett. Det vil være skjønnsretten som i tilfelle må ta prejudisielt stilling til dette.

Vennlig hilsen

Berit Reiss-Andersen
leder

Merete Smith
generalsekretær