

# Ansvarsgrunnlaget når reguleringsplan griper inn i servitutter

Endre Stavang

Vitenskapelig bedømt (refereed) artikkel

*Endre Stavang: The basis for liability when public land use plans intervene with servitudes*

KART OG PLAN, Vol 70, pp. 182–193. P.O.B 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

Negative servitudes (e.g. private building restrictions) may – under exceptional circumstances – be extinguished in situations where respecting both the plan and the servitude would imply letting the property fall into non-use. An example is when the plan prohibits anything but industry and the servitude prohibits anything but single-family residential housing, see Rt. 1953 p. 1360, Rt. 1995 p. 904, Rt. 2002 p. 145 and Rt. 2008 p. 362. In these and other situations of interference with servitudes, the government might be liable. We ask, with reference to Norwegian law, what is the principle (criterion, test) of civil liability, which will determine whether the local authority is liable for infringing on the rights of a servitude holder through prohibition (affecting positive servitudes) or permission (affecting negative servitudes that are extinguished under the exception). We find that servitudes are constitutionally protected rights. However, there is no liability for «minimal infringements.» The basis for liability must therefore be that a threshold level of harm/loss has occurred, just as in nuisance law (and in negligence for that matter, if one adopts an *ex ante* perspective). The contours of the law are described and discussed.

*Key words:* Public land use plans, servitudes, civil liability, constitutional protection of property, expropriation, regulatory takings, tolerance limits, termination.

*Endre Stavang.* Associate professor. Department of Private Law, P.O box 6706 St. Olavs plass 5, NO-0130 OSLO.  
E-mail: endre.stavang@jus.uio.no

## 1. Innledning

Tema for denne artikkelen er *kommunens* mulige erstatningsansvar i særlig to situasjoner hvor verken grunneieren eller kommunen sørger for at det treffes vedtak om å ekspropriere servitutter (eller andre begrensede retter) som er til hinder for gjennomføring av reguleringsplan.<sup>1</sup>

Den ene særlig interessante situasjonen hvor spørsmålet om kommunens ansvar kan oppstå, er når reguleringsplanen åpner opp for tiltak eller anlegg som servitutten forbyr (noe jeg kaller erstatning i *tillatelsestilfellene*). Når jeg legger særlig vekt på disse tilfellene, skyldes det at våre politikere overveier å gi kommunene adgang til å bestemme at negative servitutter skal falle bort uten erstatning for kommunen.<sup>2</sup> Spørsmålet om en

slik erstatningsregel er forenlig med erstatningsregelen i Grunnloven § 105, er derfor et meget aktuelt tema.

Den andre situasjonen jeg legger særlig vekt på å drøfte, er når forbud i planen rammer utøvelsen av positiv bruksrett (noe jeg kaller erstatning i *forbudstilfellene*). Dette temaet vektlegges fordi Stortinget våren 2009 med et pennestrøk opphevet de reglene som Høyesterett har utviklet om statens erstatningsansvar for rådhetsinnskrenkninger i form av naturvern, jf naturmangfoldloven § 50. Et svært aktuelt tema er da hvorvidt dette har konsekvenser for det kommunale planinngrepsansvaret.

Forskjellen på forbudstilfellene og tillatelsestilfellene er at de førstnevnte består i et problematisk forhold mellom et offentligret-

1. Jeg forutsetter altså at en begrenset rett eksisterer når man står foran gjennomføringen av en ny reguleringsplan som forutsetter en annen arealbruk enn tredjemanns rett legger til rette for, og at *grunneieren* (og eventuelt kommunen) på ulike måter kan «rense» eiendommen for dette hinderet på grunnlag av et uttrykkelig ekspropriasjonsvedtak.
2. Endre Stavang, Bør kommunene rå grunnen alene, Lov og Rett 2009, s. 1-2.

tslig forbud og en privatrettslig positiv rådighet/tillatelse (for eksempel en positiv servitutt), mens de sistnevnte består i et problematisk forhold mellom offentligrettslige tillatelser (og grunnei tiltak i henhold til dem) og private rådighetsforbud (for eksempel en negativ servitutt). Som det fremgår nedenfor, er tålegrensevurderingen litt forskjellig i de to typetilfellene.

Kommunens ansvar etter Grunnloven § 105 er ellers bare ett av mange grunnlag for krav og innsigelser som innehaveren av en begrenset rett kan ha. På den ene siden kan tredjemann gå på *grunneieren* istedenfor kommunen, og i den forbindelse fremsette krav om vederlag eller berikelse, se Rt. 1995 s. 904 *Gjensidige*.<sup>3</sup> De spørsmål som da oppstår, skal ikke behandles i denne artikkelen. På den andre siden kan tredjemann fremsette erstatningskrav mot kommunen på annet grunnlag enn at den hefter etter ansvaret på basis av Grunnloven § 105 for tillatelser som leder til bortfall av begrenset rett og for forbud som overstiger tålegrensen etter alminnelige rettsgrunnsetninger, for eksempel på grunnlag av at det *foreligger feil ved ett eller flere vedtak* i forbindelse med planen eller gjennomføringen av den. Heller ikke dette offentligrettslige ansvarsspørsmålet skal drøftes.

Det som da står tilbake, og som er tema her, er kommunens offentligrettslige ansvar for reguleringsplanen som en mulig form for erstatningsbetingende rådighetsregulering ifbm gjennomføringen. I tillatelsestilfellene er det tale om konsekvensene av en rådighetsutvidelse til fordel for grunneier, mens i forbudstilfellene er det tale om konsekvensene av en rådighetsinnskrenkning til skade for innehaveren av en begrenset rett.

Både i forbudstilfellene og i tillatelsestilfellene kan grunneieren tenke (kanskje med rette) at et eksplisitt ekspropriasjonsvedtak (eller jordskifteavgjørelse), ikke er nødvendig-

ge. Når det treffes ekspropriasjonsvedtak (eller fattes en jordskifteavgjørelse), kan erstatningen (i penger eller in natura) ofte virke konfliktdepdende og som en slags olje i systemet. Når det *ikke* treffes ekspropriasjonsvedtak (som er temaet her), ønsker kommunen og grunneieren gjerne å ta korteste vei, og da kan en diskusjon om erstatning kanskje virke konfliktskjerpene og som en slags sand i samfunnsmaskineriet.<sup>4</sup> Ved *statlig* naturvern gjelder nå bestemmelsen i naturmangfoldloven § 50, og etter plan- og bygningsloven 2009 § 15-3 første ledd skal kommunen – hvis den ikke erverver eiendommen – betale erstatning til *grunneieren* etter skjønn hvis reguleringsplanen eller gjennomføringen av den medfører at en eiendom blir ødelagt som byggetomt, så sant den heller ikke kan nyttes på annen regningssvarende måte. Det samme gjelder hvis reguleringsplan medfører at eiendom som bare kan nyttes til landbruksformål ikke lenger kan drives regningssvarende. – Derimot har vi ingen lovbestemmelse som direkte gjelder når gjennomføringen av en *reguleringsplan* griper inn i *tredjemanns rett*, i alle fall ikke når planen legger til rette for *utbygging* og ikke naturvern, se plan- og bygningsloven § 15-3 første ledd. I denne artikkelen er det først og fremst utbyggingstilfellene som has før øye.

I relasjon til vår problemstilling er nøkkelordene i Grunnloven § 105 «afgive» og «Eiendom». Ved analysen av disse vilkårene og de «alminnelige rettsgrunnsetninger» som må antas å gjelde på basis av § 105, er det som det vil fremgå nedenfor, riktig å trekke inn EMK P1-1 som tolkningsmoment. Det som da trekkes inn, er hvordan denne bestemmelsen i hovedsak forstås, og i hvilken retning denne forståelsen trekker som argument i slutninger om hva som følger av Grunnloven. Derimot vil det sprengre rammene for denne artikkelen å analysere EMK

3. Om grunneierens eller utbyggers ansvar uttalte retten: «Hvorvidt bortfall av en negativ servitutt som følge av reguleringsplan hindrer eieren av den herskende eiendom i å kreve erstatning fra eieren av den tjenende eiendom for mulig tap som følge av bortfallet, er lite belyst i rettspraksis. I den juridiske litteratur – både eldre og nyere – er imidlertid det fremherskende syn at det ikke oppstår noe erstatningskrav som følge av bortfallet. Jeg er enig i at dette må være hovedregelen. Reguleringen er begrunnet i offentlige hensyn og bindende for begge parter. Noe erstatningskrav mot det offentlige som reguleringsmyndighet oppstår i alminnelighet ikke. Det samme må gjelde i forhold til eieren av den tjenende eiendom. Jeg ser ikke bort fra at det i enkelte særlige tilfelle vil kunne være grunnlag for et erstatnings- eller vederlagskrav overfor grunneieren. Slike forhold gjør seg imidlertid ikke gjeldende i vår sak, der en står overfor svært gamle servitutter, pålagt under helt andre forhold enn i dag.»

4. Se uttalelser av Siewers i Rt. 1914 s. 177 på s. 205–206, jf Rt. 1918 s. 401 på s. 405.

P1-1 i detalj med henblikk på dens betydning som selvstendig rettsgrunnlag etter menneskerettsloven.

I det følgende drøftes først hvorvidt en begrenset rett som er avledet av grunneiendomsretten, er erstatningsrettslig vernet etter Grunnloven § 105, jf uttrykket «eiendom» (2). Deretter drøftes hvilken (ulovfestet) tålegrense som ligger innbakt i avgivelseskriteriet (3). Betydningen av EMK P1-1 som tolkningsmoment drøftes særskilt for hvert av disse kriteriene. Hvilket bidrag dette gir, fremgår av sammenheng. Videre diskuteres løsninger og momenter i de to situasjonstypene noe nærmere (4). Til slutt kommenteres kort forholdet til den gjeldende erstatningsbestemmelsen i plan- og bygningsloven (2008) § 15-3.

## 2. Er en begrenset rett av typen servitutt vernet etter Grunnloven § 105?

Ordlyden i Grunnloven taler for erstatning hvis tredjemanns rett, for eksempel en bruksrett, faller bort på grunn av en reguleringsplan. Det er språklig naturlig å betrakte overdragelige, privatrettslige rettigheter som *eiendom*, selv om dette ikke er kommet klart til uttrykk. I mellomkrigstiden var det aktuelt å slette krav knyttet til panterettigheter i forbindelse med odelsløsning, og da og siden har oppfatningen vært at slike posisjoner var vernet av Grunnloven § 105.<sup>5</sup> Det er ikke unaturlig å si at en bruksrettshaver eier en særskilt råderett, og dette taler for å oppstille en erstatningsregel som gir rett til erstatning hvis en reguleringsplan inneholder forbud mot at bruksretten utnyttes. Anta for eksempel at en bonde med hjemmel i planbestemmelser forbyr å la sine dyr beite på deler av utmarkstrekkningen av hensyn til det nye hyttefeltet. Hvorfor skulle ikke dette lede til et erstatningskrav for den økonomiske verdi-

en av den delen av beitet som rammes av forbudet? Elementet av rådighetsoverføringer er jo nærmest å sammenligne med når en huseier må avstå en stripe av sin tomt av hensyn til utvidelse av en vei som går forbi. Et argument i samme retning er vederlagslovens bestemmelser om hva fast eiendom er. Etter § 2 a) skal servitutter likestilles med eiendomsretten til grunn. Og det er mest i tråd med servituttloven §§ 5 til 7, som sier at privat omregulering eller avregulering av servitutter alltid skal skje mot (vederlags)erstatning, om det betales erstatning ved offentlige inngrep som kan sammenlignes med disse formene for privat ekspropriasjon.

Til dette kommer at eiendomsbegrepet i EMK P 1-1 er meget vidt. Det er «possessions» som er vernet mot inngrep etter denne bestemmelsen, og dette uttrykket er tolket slik at også rett som ligger fjernt fra den alminnelige bruk av eiendomsbegrepet omfattes.<sup>6</sup> En begrenset rett som er avledet av grunneiendomsretten, for eksempel servitutter, må da i alle fall i normaltillfellene falle inn under EMK P1-1, se for eksempel *Bruncola v. Finland*, hvor en begrenset leierett / et festeforhold til et landmråde ble ansett som «possessions» (klagerne ønsket at EMD skulle tilkjenne dem full eiendomsrett, men fikk ikke medhold i dette).<sup>7</sup> Etter mitt skjønn må denne bestemmelsen komme inn som et tolkningsmoment ved fastlegging av det erstatningsrettslige interessevernet på basis av uttrykket «eiendom» i Grl. § 105. Selv om § 105 og EMK P1-1 alltså kan sees som alternative grunnlag for krav, er det *ikke* et radikalt grep å lese den første bestemmelsen i lys av hva som følger av den siste.<sup>8</sup> Jan Erik Helgesen fremhevet fordelene ved type harmonisering av rettskildefaktorer allerede i 1976, og Høyesterett har fulgt opp ved fastlegging av ulovfestet statsrett, se Rt. 1997 s. 1821 Kjus (på s. 1833 og 1837).<sup>9</sup> Det kan også nevnes

5. Frede Castberg, *Norges statsforfatning II*, Oslo 1964, s. 244. At en *tomtefesterett* er vernet av Grl. § 105 går klart fram av Rt. 2007 s. 1308.

6. Se Rt. 2008 s. 1747 (41) hvor det også sies det at «det synes å være en rimelig sammenfatning av EMDs praksis at bestemmelsen i tillegg til rettigheter som faller innunder det tradisjonelle eiendomsrettsbegrep, også omfatter rettsposisjoner der innehaveren må sies å ha hatt en rimelig forventning om at rettsposisjonen vil kunne utnyttes som forutsatt.»

7. *Bruncona v. Finland*, Application no. 41673/98, Judgment of 16 November 2004.

8. Marius Stub, Om forbudet mot husinkvisisjoner i Grunnloven § 102, *TJR* 2009, s. 388–444, på s. 391–397.

9. Jan Erik Helgesen, Om den såkalte «konstitusjonelle sedvanerett», *Jussens Venner*, 1977, s. 193–240; Jan Erik Helgesen, Er det fruktbart å operere med begrepet «Motstrid mellom rettsregler», eller løses problemene best via harmonisering av rettskildefaktorer alene?, *Jussens Venner*, 1979, s. 1–13.

at Finn Arnesen og Are Stenvik sterkt betoner en tilsvarende teknikk med vekt på harmonisering av rettskildefaktorer også ved tolkning av vanlige lover.<sup>10</sup>

Konklusjonen er at en begrenset rett avledet av grunneiendomsretten, slik som servitutter, i utgangspunktet er erstatningsrettslig vernet etter Grl. § 105.<sup>11</sup>

### 3. Hvor skal tålegrensen ligge?

#### 3.1 Innledning

Når det gjelder *avgivelse* som grunnlag for ansvar, kan man først spørre om selv den minste avståelse (hva som enn ligger i det å avgi) skal utløse ansvar. Når det treffes ekspropriasjonsvedtak overfor en grunneier, gjelder i utgangspunktet intet slikt minstekrav. Det vil si at det skal betales full erstatning for avståelse av selv det minste stykke grunneiendom.

Hvis det ikke treffes ekspropriasjonsvedtak som uttrykkelig overfører eiendomsretten til en annen for en del av grunneiendommen, synes ikke ansvaret like absolutt. Tvert om er det i mange slike tilfeller av de facto ekspropriasjoner («ekspropriasjonsartede» inngrep i) grunneiendomsretten aktuelt i stille opp en tålegrense, dvs. en regel om at inngrepets virkning for rettighetshaveren må overstige en viss terskel for at det offentlige skal bli ansvarlig, se for eksempel Rt. 2004 s. 1985 *Barns fiskerett* hvor Høyesterett oppstilte en tålegrense selv om vedtaket i saken overførte rådighet fra grunneier til barn.

Ved *inngrep i begrenset rett* sies det følgende i forarbeidene til servituttolven:<sup>12</sup>

*«Eit særskilt slag omskifte som kan skipla rettshøve noko, er brigde i lov og rett. Det kan vera føresegner særskilt om det eine eller andre slag rettshøve eller føresegner*

*som set grenser for eigedomsrådveldet i det heile (jfr. ovanfor side 10 o.u.). Det er på det reine at den som er part i eit rettshøve, lyt bøya noko langt for slike føresegner utan at det kan reknast for ekspropriasjon så han får krav på vederlag etter Grunnlova § 105. Kor langt, kan det vera vandt å seia visst. Det rettar seg noko etter hva føremålet med lovbodet er. Går det ut på å stengja den utnyttinga som rettshavaren har, for å fremja ei anna som er på eigaren si hand, kan det vera rimeleg at rettshavaren får vederlag. Men jamvel slike lovbod lyt ein rettshavar i nokon mon bøya seg for vederlagsfritt.»*

Lovgiver mener altså at en tålegrensebeaktning er aktuell også ved tvangsmessig overføring av rådighet fra servitutthaver til andre.

Dette som nå er sagt, står i en viss kontrast til den vekt praksis har lagt på om et inngrep kan karakteriseres som en ekspropriasjon eller en rådighetsregulering. Etter denne praksis utløser normalt offentlige rådighetsreguleringer ikke erstatningskrav for rettighetshavere som lider tap som følge av reguleringene.<sup>13</sup> Den 22. januar 2002 ble imidlertid følgende private lovforslag fremmet i Stortinget:

*«Stortinget ber Regjeringen om å fremlegge de nødvendige forslag til lovendring for å sikre at det økonomiske tap som påføres grunneiere ved rådighetsinnskrenkninger som følge av vern til nasjonalpark og / eller landskapsvernområde, blir erstattet etter de samme prinsipper som for naturreservat.»<sup>14</sup>*

Forslaget ble avvist i Stortinget fordi miljøvernminister Børge Brende svarte med å vil-

10. Finn Arnesen og Are Stenvik, *Internasjonalisering og juridisk metode? særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*, Oslo 2009, s. 71 flg.

11. Slik også Carl August Fleischer, *Miljø- og ressursforvaltning. Grunnleggende forutsetninger*, 3. utgave, Oslo 1999, s. 21. Det er ikke dermed sagt noe om at eiendomsbegrepene i EMK P1-1 og Grl. § 105 nødvendigvis blir sammenfallende. Det følger ikke av min konklusjon at eksempelvis Utmål (Rt. 2008 s. 1747) eller selve patent-systemet og patent er grunnlovsmessig vernet selv om de er vernet etter EMK P1-1. Det er norsk statsrettslig metode som må anvendes, og den kan lede til nyanserte løsninger.

12. *Rådsegn 5*, s. 21 sp. 2 (med videre henvisning til og sitat fra forslaget til ny beitelov i Ot. prp. nr. 19 1959 s. 5).

13. Selv om det her kunne vært naturlig med et lengre ekskurs til praksis om grunneiererstatning for statlig naturvern for å få den rette bakgrunnen, må jeg av plasshensyn nøye meg med å vise til Endre Stavang, *Erstatningsrettslig analyse*, Oslo 2007, kapittel ni.

14. Dokument nr. 8:42 (2001–2002).

le forelegge spørsmålet for det såkalte Biomangfoldutvalget. Dette utvalget fikk 12. desember 2002 et tilleggsmandat der det blant annet heter at utvalget skal utrede «de spørsmål som knytter seg til Dok. Nr. 8-forslaget, det vil si verneformenes restriksjonsnivå sett i forhold til dagens regler om erstatning etter naturvernloven».<sup>15</sup> Biomangfoldutvalget kom til at ansvaret burde være ens for alle verneformer, noe som nå går frem av naturmangfoldloven § 50:

*«En eier eller rettighetshaver i eiendom som helt eller delvis blir vernet som nasjonalpark, landskapsvernområde, naturreservat, biotopvernområde eller marint verneområde, har rett til erstatning fra staten for økonomisk tap når et vern medfører en vanskeliggjøring av igangværende bruk.»*

Som Hans Chr. Bugge fremhever, kan forskjellen i erstatning ut fra vernekategori gi lite rimelige resultater fordi styrken i vernet og de økonomiske konsekvensene for grunneierne kan være nokså like.<sup>16</sup> Det er derfor en forbedring at det nå i stedet blir en felles erstatningsregel ved ulike typer av vern. Etter Bugges oppfatning er forslaget likevel oppsiktsvekkende fordi naturmangfoldloven § 50 innebærer at en lang og prinsipielt viktig linje i norsk rettspraksis, anført av Høyesterett, er blitt rettshistorie «ved et pennestrøk». På den ene siden utvides retten til erstatning kraftig i nasjonalparker og landskapsvernområder. På den annen side begrenses erstatningen i naturreservater ved at muligheten for å få erstattet bortfall av inntekt ved framtidige bruksendringer faller bort. På dette siste punktet bryter forslaget med prinsippet om at tapet skal beregnes ut fra en helhetsvurdering hvor den påregnelige utnyttelsen av eiendommen er et sentralt moment. Bugge antyder at bestemmelsens innhold på dette punktet strider mot Grunnloven § 105. Bugge er også opptatt av at regelen etter motivene ikke bør smitte over på erstatning for andre rådighetsreguleringer «som i dag skal vurderes med utgangspunkt i de prinsipper som følger av Grunnloven

§ 105, analogisk anvendt på rådighetsregulering». Han tviler på om dette er realistisk i det lange løp, siden regulering til naturvernområder etter plan- og bygningsloven til nå har gitt rett til erstatning etter de samme reglene som ved vern etter naturvernloven. Bugge mener at det kan bli vanskelig nå å forlate dette likebehandlingsprinsippet.

### **3.2 Noen generelle betraktninger om tålegrensen ved inngrep i begrenset rett**

#### **3.2.1 Problemstilling**

Etter denne ekskursen til skillet mellom ekspropriasjon og rådighetsreguleringer i saker om statlig naturvern, vender jeg nå tilbake til spørsmålet om avståelseskriteriets betydning for tålegrensen ved planinngrep i servitutter (eller annen begrenset rett). Spørsmålet er altså om *tredjemann* kan kreve erstatning når en *reguleringsplan* – eventuelt i kombinasjon med grunnei tiltak og mulige byggetillatelse – fører til at hans rådighet innskrenkes.

Hans Chr. Bugge har som nevnt ovenfor, stilt spørsmål om vi står ved et såkalt paradigmeskifte for erstatning for rådighetsinnskrenkninger. Mitt svar er at spørsmålet om kommunens erstatningsansvar etter Grunnloven § 105 for planinngrep i begrenset rett uten ekspropriasjonsvedtak, bør formuleres slik: *Hvor skal tålegrensen ligge? lavt* (som i dommen om barns fiskerett og Rådsegn 5) *eller meget høyt* (dvs. «sterkt urimelig»-kriteriet fra praksis om statlig naturvern)? Mellomløsninger kan naturligvis også tenkes, men mitt hovedsynspunkt er at tålegrensen ved inngrep i begrenset rett ligger klart nærmere den lave enn den meget høye grensen, dvs. at eksempelvis begrensninger i beiterett nær hytteområder lett kan føre til krav om erstatning. Dette synspunktet bygger på fire argumenter, se 3.2.2 til 3.2.5., og disse må etter min vurdering slå igjennom overfor mothensynene.

#### **3.2.2 Overføring av interesse**

Rettspraksis bygger som vi har sett på et grunnleggende skille mellom ekspropriasjon og rådighetsinnskrenkning. Ved en ekspro-

15. Tilleggsmandat for Biomangfoldutvalget av 12. desember 2002, se NOU 2004: 28 s. 62 første spalte,

16. Hans Christian Bugge, Erstatning for rådighetsinnskrenkninger: Står vi ved et «paradigmeskifte»? *Lov og Rett* 2009, s. 257–258.

priasjon skjer det en overføring av utnyttelsen fra bruksrettshaver til eieren eller andre, mens ved rådighetsreguleringer skjer det kun en begrensning i servitutthaverens rådighet. Ekspropriasjoner skal alltid erstattes, mens rådighetsinnskrenkninger bare unntaksvis skal erstattes. Mot erstatning taler altså – eventuelt – at eksempelvis et beiteforbud må anses som en rådighetsinnskrenkning. Men statlig naturfredning skjer til fordel for allmennheten, mens innskrenkninger av rådighet for innehaveren av en begrenset rett, lett innebærer utvidelser av grunneierens rådighet. Det følger av prinsippet om eiendomsrettens elasticitet.<sup>17</sup> Forbud mot utnyttelse av bruksretter får derfor mye av den samme virkning som en overføring av eiendomsretten fra ett rettssubjekt til et annet, og da taler hensynet til at like tilfeller bør behandles likt for at forbudene skal utløse rett til erstatning. Dette tilsier at tålegrensen ved grunneiererstatning for statlig naturvern ikke kan legges til grunn ved planinngrep i begrenset rett, verken i forbudstilfellene eller i tillatelsestilfellene.

Overføringssynspunktet slår til i særlig grad når en grunneier med hjemmel i en ny reguleringsplan og tillatelser til å bygge m.v. igangsetter et tiltaket i strid med en *negativ servitutt* som reguleringsplanen nå åpner for og forutsetter. Som nevnt kan negative servitutter under visse omstendigheter anses bortfalt på grunn av det problematiske forholdet til planen. Det er her klart at eieren av den tjenende eiendom får økt rådighet når den private byggeforbudet faller bort, det at han skal kunne bygge er jo hele poenget i denne situasjonen.

Også i forbudstilfellene er det rom for overføringssynspunkter, siden grunneieren lett kan komme til å utnytte mulighetene som ligger i at forbud rammer tredjemanns utnyttelse av en begrenset positiv rett. Med hjemmel i § 12-7 nr. 2 kan for eksempel en grusforekomst bli nektet utnyttet (slik eieren kan dyrke eller drive idrett på stedet) og veier kan bli stengt (slik at eieren kan pløye). Et annet eksempel er at ferdsel i et strandområde forbyes fordi forsvarlig drift av en barnehage tilsier at barna må få leke usje-

ner. Et tredje eksempel er at en gruveeier har lovet å produsere og levere over lang tid, og at kommunen regulerer eiendommen til annet formål – og vedtar en bestemmelse som sier eller innebærer at det ikke lenger skal være lov til å grave eller sprengne i grunnen. Et fjerde eksempel: Hvis kommunen har vedtatt et beiteforbud i nærheten av bebyggelse uten å si noe om de privatrettslige konsekvensene av dette, kan eieren i praksis innrette seg som om han nå har en utvidet rådighet som kan komme hytteutleie og hotell drift til gode. Reelt sett vil hytteeierens rådighet som regel øke når beiterettshaverens rådighet reduseres, og dette taler for erstatning.

Samtidig er det kanskje ikke så metodisk fruktbart å sette likhetstegn mellom overføring av interesse og ekspropriasjon. Mellom private parter kan det for eksempel etter alminnelige servituttrettslige prinsipper om tolkning og utfylling skje en reell overføring av interesse innenfor rammen av tålegrensbetraktninger forankret i servituttløven § 2. Og som nevnt må det mer generelt oppstilles en tålegrense også ved tvangsmessig overføring av rådighet fra servitutthaver til andre. Det blir derfor for enkelt å sette likhet mellom overføring av interesse og ekspropriasjon. Mer generelt synes det fruktbart å se grensen mellom ekspropriasjon og rådighetsreguleringer som en slags pedagogisk forenkling eller retorisk virkemiddel, og ikke som et kriterium som mer eller mindre avgjør erstatningsspørsmålet. I et rettskildeperspektiv kan vi tenke oss en glideskala av inngrep i rett der statlig rekvirering av privat eiendom er ett ytterpunkt og en prisregulering et annet, mens kommunale planinngrep i begrenset rett – som kan spenne fra å tilgodese den enkelte grunneier til å verne lokale naturkvaliteter – kommer i en mellomstilling.<sup>18</sup> Mellom ytterpunktene ligger dermed en mengde ulike inngrep som i varierende grad fortjener betegnelsen ekspropriasjon. En mulighet kunne være å kalle alle inngrep som utløser rett til erstatning for ekspropriasjon, men det er ikke vanlig juridisk språkbruk. En annen mulighet er å kalle alt som utløser erstatningsplikt etter Grl. § 105 for

17. Om dette prinsippet, se for eksempel Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, *Tingsrett*, 6. utg., Oslo 2006, s. 42.

18. Carl August Fleischer, *Norsk ekspropriasjonsrett*, 1978, s. 41–42.

ekspropriasjon, men det er heller ikke vanlig – dette i kontrast til i USA, hvor all regulering som betinger erstatning på grunnlag av «the Takings Clause», kalles nettopp «(regulatory) takings», dvs. ekspropriasjon.

### 3.2.3 EMK P1-1

I tillegg til at overføringssynspunktet langt oftere slår til ved planinngrep i begrenset rett enn ved statlige fredningsinngrep i grunneiendomsretten, må også tolknings-tendensen i EMD trekkes inn som et tolkningsmoment, særlig når det gjelder grensen for anvendelse av avståelsesregelen (hvor det skal gis erstatning som den klare hovedregel) i første ledd vis a vis kontrollregelen (som stiller opp et proporsjonalitetskrav som vilkår får erstatning) i annet ledd. Etter EMK P1-1 må inngrepet ha et legitimt formål, ha tilstrekkelig hjemmel og framstå som proporsjonalt.<sup>19</sup> Det er særlig proporsjonalitetsvurderingen som er interessant i forhold til spørsmålet om tålegrensen for planinngrep i begrenset rett. Det problem som oppstår i forhold til de alminnelige rettsgrunnsetninger (hvor skal tålegrensen ligge) oppstår også i forhold til EMK P1-1, og etter denne bestemmelsen er det *ikke* et enten/eller-spørsmål alt etter om inngrepet klassifiseres som ekspropriasjon eller rådighetsinnskrenkning. Høyesterett synes å innse i Rt. 2008 s. 1747 *Hopen* (46) til (49) at EMD legger mindre vekt på om det har skjedd en overføring av rett, rådighet eller interesse enn det som ligger i Høyesterett skarpe skille mellom ekspropriasjon og rådighetsregulering.<sup>20</sup> Dette trekker i retning av å myke

opp skillet også ved anvendelse av Grunnloven § 105. Konsekvensen blir i så fall at tålegrensen senkes noe i de tilfellene som tradisjonelt regnes som rådighetsreguleringer.<sup>21</sup>

### 3.2.4 Som regel utbyggingsinteresser, ikke verneinteresser

Det er også et vesentlig argument at planinngrep i begrenset rett til fordel for *utbyggingsinteresser* lett fører til at retten helt mister sin verdi for rettighetshaveren. Det gjør det naturlig å sammenligne situasjonen med *de facto ekspropriasjon* av grunneiendomsretten, dvs. såkalte ekspropriasjonsartede inngrep overfor eieren. Det er mindre naturlig å sammenligne med naturvernsakene, der grunneieren beholder en forholdsvis omfattende restrådighet.

### 3.2.5 Beskyttelsen av verdiene som oppstår når eiendom deles funksjonelt

Det er også et argument at summen av erstatningene til alle rettighetshaverne gjerne kan være *større* enn om eiendomsrettighetene var på én eller to hender, og at den privat rådigheten over fast eiendom i hvert fall ikke skal ha et *svakere* erstatningsrettslig vern når eierrådigheten er delt funksjonelt mellom flere. Det virker litt misforstått når Høyesterett i *Hopen-dommen* uttaler at tålegrensen ikke kan ligge lavere for inngrep i begrenset rett enn for inngrep i grunneiendomsretten når denne er udelt, fordi en oppsplitting av eierrådighet i flere funksjonelle deler forut for de offentlige vedtakene vil lede til et større samlet potensielt ansvar for det offentlige. De tingsrettslige regler legger

19. Om systematikken, se Stig H. Solheim, Konesjonsbetinget eiendomsavståelse og Den europeiske menneskerettskonvensjon, *TfEi* 2006, s. 22–42 og Stig H. Solheim, Nytt fra Den europeiske menneskerettsdomstolen i Strasbourg (EMD), *TfEi* 2008, s. 110–125.

20. Selv om mange dommer dokumenterer at «overføring av rett/rådighet/interesse» ikke er et nødvendig vilkår (*Sporrong, Pine Valley, Papamichalopoulos, Vasilescu og Brumărescu*) fastholder Høyesterett i *Hopen-dommen* at EMK må tolkes slik at avståelsesregelen forutsetter overføring av interesse.

21. Selve avgjørelsen i Rt. 2008 s. 1747 *Hopen* kan synes å trekke i motsatt retning, dvs. være et argument for å oppstille en forhøyet tålegrense også ved inngrep i en begrenset rett. Saken gjaldt om staten var erstatningspliktig fordi utmål for oljeleting ikke kunne utnyttes etter opprettelse av *Hopen naturreservat* på Svalbard. Høyesterett nektet erstatning etter en proporsjonalitetsvurdering basert på EMK P1-1 som tilsa at utmålhaver måtte tåle inngrepet. Resultatet kunne tyde på en høy tålegrense, men avgjørelsen er ikke noe prejudikat for tilfellene som her has for øye. Ved avveiningen la jo retten særlig vekt på de sterke verneinteressene (52)–(62) og det at naturinngrepet ville være irreversibelt (63), (64), mens i våre tilfeller skjer inngrepet normalt til fordel for utbyggingsinteressene på bekostning av verneinteressene. Videre er utmål en svakere beskyttet interesse enn en begrenset rett som er avledet av grunneiendomsretten, og i våre tilfeller står vi ofte overfor en avgrenset krets rettighetshavere som nyter nabolagslig vern etter naboloven § 2 fjerde ledd, dvs. at synspunktet om overføring av interesse er mer relevant ved kommunalt vern enn ved statlig vern, siden en større befolkningsgruppe i realiteten tilgodeses i det siste tilfelle. Alt dette taler for at tålegrensen bør ligge lavere ved kommunale planinngrep i en begrenset rett.

til rette for funksjonell eiendomsdeling, og rettighetsstrukturene som vi får på det grunnlaget, må ofte anses som samfunnsøkonomisk ønskelige.<sup>22</sup> Riktignok er det ikke sikkert at prevensjonshensynet står så sentralt i ekspropriasjonsretten generelt sett, men etter mitt skjønn kan det ikke være tvilsomt at retten til erstatning på dette spesielle området er viktig av prevensjonsgrunner. Situasjonen vil som nevnt ofte være at kommunen og utbygger har funnet sammen på utbyggers initiativ, og deres felles forståelse av hvordan arealet bør utnyttes, legges så til grunn til skade for tredjemann. Det sier seg selv at erstatningsfrihet i denne situasjonen eliminerer et viktig insentiv til å ta hensyn til interesser som faktisk har problemer med å gjøre seg gjeldende.<sup>23</sup>

### 3.2.6 *Mothensyn*

Selvsagt er det hensyn som taler mot erstatning også her, særlig de som knytter seg til å *unngå sand i maskineriet* i form av erstatningskrav som ikke tjener til noen nytte samfunnsmessig sett til kompensasjonskostnadene. Dette er klart nok et reelt hensyn, men det kan anføres i mange andre situasjoner som rammes av erstatningsplikten ved ekspropriasjon. Denne plikten må anses for å tjene fordelingshensyn også. En rent kynisk betraktning om at alt som teller, er hva arealet skal brukes til, er ikke i samsvar med gjeldende rett. Dette hensynet kan derfor ikke veie særlig tungt.

Et annet mulig argument mot at kommunen skal kunne bli ansvarlig, er at *ansvaret må kanaliseres til grunneieren*. Dette argumentet er tilsynelatende særlig tungveiede der grunneieren selv har tatt initiativet til (den nye) planen. Men det er ingen tvil om at selve planen og eventuelle etterfølgende tillatelser vil stå sentralt i det samlede årsaks-

bildet, og etter norsk rett må man kreve et særlig rettskildegrunnlag for en kanaliseringsregel, jf prinsippet i skadeserstatningsloven § 5-3. For rettsnaveren kan retten til saksøke kommunen ha stor verdi hvis grunneier er insolvent. Grunneieren kan også ha alliert seg med eiendomsutviklere som det føles ubehagelig å ligge i tvist med. Og ser vi saken fra kommunens side, trenger ikke et slikt ansvar å være så tyngende reelt sett. Når grunneiere og eiendomsutviklere presser på med forslag om (ny) reguleringsplan, sitter jo kommunen med beslutningsmyndigheten. Det burde da være mulig å bringe opp spørsmålet om eventuelle kostnader ved å «rense» eiendommen for rett som tredjemann eventuelt måtte ha i denne forhandlingslignende fasen. På denne måten kan «rensekostnadene» (knyttet til ordinær ekspropriasjon eller jordskifte) veltes over på grunneieren og eventuelle eiendomsutviklere ex ante. At grunneieren selv har et direkte ansvar, er derfor ikke noe argument for at kommunen skal være ansvarsfri. Tvert om er det mer nærliggende at kommunen har et selvstendig ansvar for bortfallet som forfaller når grunneier får alle tillatelser til sine tiltak, eller i all fall når grunneieren selv eller en eiendomsutvikler iverksetter tiltakene.

### 3.2.7 *Konklusjon*

Alt i alt kan læren om erstatning for kun sterkt urimelige inngrep som er utviklet av Høyesterett i forbindelse med grunneiererstatning for statlig naturvern, ikke ha noen betydelig overføringsverdi til spørsmålet om erstatning for planinngrep i servitutter (eller annen begrenset rett). Generelt sett er det etter mitt skjønn ikke riktig å legge et «sterkt urimelig»-kriterium til grunn når vi står overfor slike inngrep. Konklusjonen må

22. Herman Scheel, *Forelæsningsnotiser over norsk tingsrett*, Kristiania 1912, s. 12, jf Karl Broch, Nogen bemerkninger om allemansrettigheter efter norsk ret, Rt. 1920 s. 289 («i vore dage anerkjender (man) det socialøkonomiske spareprincip som ledende paa tingsrettens omraade»); Nikolais Gjelsvik, *Norsk tingsrett*, tredje utgave ved Erik Solem, Oslo 1936, s. 465 («Det socialøkonomiske grunnlag for en partiell bruksrett er at bruken er til større nytte for bruksrettsnaveren enn til skade for den eiendom bruksretten gjelder (den tjenende eiendom)»); Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge og London 2004, s. 31 («One would expect the actual division of property rights be private parties generally to reflect the socially optimal division. The fundamental reason is that when the transfer of certain rights would be socially desirable, there will typically exist a mutually beneficial private exchange involving the rights. (...) Furthermore, the law tends to aid the division of property rights that parties wish. Individuals are generally able to divide property rights as they please by means of contracts.»).

23. Sml. Carl August Fleischer, *Norsk ekspropriasjonsrett*, Oslo 1978 s. 415 (understrekning av prevensjonshensynets relevans i forhold til behandlingen av allemansretten).



bli at det må oppstilles en tålegrense ved planinngrep i servitutter, men at denne må ligge forholdsvis lavt.

Ved *praktiseringen* av tålegrensen blir generelt sett de nevnte reelle hensyn viktige, men i tillegg vil jeg prøve å presisere disse rettslige utgangspunktene noe, både i tillatelsestilfellene (3.3) og i forbudstilfellene (3.4).

### 3.3 Tillatelsestilfellene

Mot bakgrunn av overstående generelle analyse skal altså erstatning for bortfall av negativ servitutt når grunneierens rådighet utvides drøftes noe mer i detalj.

I Rt. 1953 s. 1360 *Kongsøredommen* falt servitutten bort, men det var ikke fremsatt noen erstatningspåstand. Retten gikk derfor ikke inn på spørsmålet om økonomisk kompensasjon.

Heller ikke er spørsmålet avgjort i og med Rt. 1995 s. 904 *Gjensidigedommen*. Servitutten falt bort også her, og retten uttalte:

*«Jeg bemerker at når rettstilstanden er slik at en negativ servitutt faller bort når det skjer utbygging i henhold til en reguleringsplan i motstrid med servitutten, skal det ikke skje noen ekspropriasjon av denne. Bortfallet har medført at det ikke er noe å ekspropriere. Mener rettighetshaveren etter servitutten at reguleringsplanen, eller den tillatelse som er gitt i henhold til reguleringen, er ugyldig, får han selv ta rettslige skritt til å få dette prøvet. Det samme må være situasjonen om han, tross bortfallet, likevel mener å ha et krav på erstatning.»*

Det fremgår tydelig at retten ikke tok standpunkt til om det kunne være grunnlag for et erstatningskrav mot kommunen, og hvilket rettslig grunnlag et slik krav eventuelt kunne bygges på. I lys av den generelle analysen ovenfor, har kommunen etter mitt skjønn med (en viss) forankring i GrL § 105 et selvstendig erstatningsansvar ved et eventuelt

bortfall av negative servitutter ved «kollisjon» med reguleringsplan.<sup>24</sup> Som en test på rimeligheten av dette synspunktet, kan vi tenke oss en villaeier som kjøper en tilgrensende villaeiendom og hefter på et forbud mot påbygning på bestemte måter som kan ta utsikt eller lys, sperre for satellitt-signaler eller virke sjenerende på andre måter. Deretter selger han eiendommen videre til en lavere pris enn han ellers ville fått. Eller at en stor utbygger som ønsker å maksimalisere verdien av sitt prosjekt, hefter på bygge- og deleforbud i et større område før salg. I disse tilfellene vil de private rådighetsforbudene for henholdsvis villaeieren og folk i området representere et økonomisk aktivum som de har betalt markedspris for. Hvorfor skulle ikke da dette være erstatningsrettslig vernet? – Et annet eksempel er at jordskifte-dommeren er usikker på hvor stor del av en utmarkstrekning som en rettighetshaver eier og isteden stifter et byggeforbud som dekker et passende areal rundt rettighetshaverens bygninger.<sup>25</sup> Det virker både rimelig og naturlig at en slik negativ servitutt har erstatningsrettslig vern mot planindusert bortfall.

MDs holdning og arbeid med nytt lovforslag reflekterer det syn at Stortinget står fritt til å utvide bortfallsregelen fra Kongsøredommen, og til å bestemme at kommunen selv skal være uten ansvar.<sup>26</sup> Det må her understrekes at Høyesterett aldri har drøftet spørsmålet om erstatningsplikt for kommunen inngående. Det eneste som sies i Gjensidigedommen om dette, er at «når rettstilstanden er slik at en negativ servitutt faller bort når det skjer utbygging i henhold til en reguleringsplan i motstrid med servitutten, skal det ikke skje noen ekspropriasjon av denne. Bortfallet har medført at det ikke er noe å ekspropriere.»

Sterke grunner taler imidlertid for at forslaget er grunnlovsstridig. En kommune kan ikke uten økonomisk ansvar ta retten til å bestemme over en eiendom fra den som har

24. Det følger av denne analysen at kommunen har et selvstendig ansvar for bortfallet. Men hvis servitutthaver ønsker å holde seg til grunneier eller utbygger, er det vel ikke noe i veien for det. Grunneier eller utbygger må kanskje bære ekspropriasjonskostnadene også i de tilfeller hvor kommunen er nominelt ansvarlig, men interessefellesskapet mellom kommunen og grunneier/utbygger kan kanskje føre til at ekspropriasjonskostnadene deles mellom partene. Slike avtaler vil kunne inngås uansett valg av ansvarssubjekt.

25. Jeg takker Geir Stenseth for dette eksemplet som er hentet fra hans egen advokatpraksis.

26. Se teksten vist til i note 2.

retten og gi den til utbyggere. Grunnloven § 105 påbyr økonomisk kompensasjon ved tvungen avståelse av eiendom. Servitutter, for eksempel en veirett eller en rett til utsikt, er en form for eiendom. Og i forslaget begrunnes ikke hvorfor en avtalt rett til å nekte naboen å bygge blokker i et villastrøk skal stå så mye svakere enn avtalte beiteretter eller en avtalt rett til vei over annen mands eiendom. I tillegg til denne vilkårlige forskjellsbehandlingen, er det også andre juridiske betenkeligheter ved forslaget. Forslaget vil forverre dagens problemer med at noen er på innsiden og andre står på utsiden i kommunale planprosesser, noe som nok lett fører til at utbyggere favoriseres på bekostning av servitutthavere og naboer. Forslaget reduserer også domstolenes muligheter til å nå frem til rimelige løsninger. I saker hvor utbygger har tatt seg til rette, men hvor det vil koste for mye å rive bygget, kan domstolene i dag velge å la den som har rettigheten, få del i utbyggingsprofitten. Forslaget vil frata domstolene denne muligheten. Departementets forslag innebærer også at rettighetshavere etter negative servitutter noe vilkårlig får en søksmålsbyrde som andre som fraektsproprieres rettigheter ikke har. Alt dette taler for at en lovbestemmelse som den foreslåtte, *ikke* kan anvendes fullt ut, jf. Grunnloven § 105 og EMK P1-1.<sup>27</sup>

### 3.4 Forbudstilfellene

I dette punktet skal det gås litt mer i detalj om tålegrensen anvendt i situasjoner hvor planforbud rammer utøvelse av positive servitutter (og annen utøvelse av bruksrett). Spørsmålet er hvilke mer konkrete momenter som kan være relevante spesielt for den tålegrensevurderingen som må foretas ved reguleringsplaninngrep i begrenset rett, og hvilken vekt de skal ha. Generelt må de reelle hensyn som er diskutert foran, tillegges vekt i forbindelse med den enkelte sak. Skjønnsmomentene som er lagt til grunn ved statlig naturvern må også komme inn. Hvis dette rettslige utgangspunktet oppleves som for vagt, kan kanskje følgende problemstil-

ling fange noe vesentlig: *Hvilken justering av rådigheten kunne vært oppnådd mellom berørte grunneierne og tredjemenn i slike trekantforhold som er drøftet i denne artikkelen, ved anvendelse av prinsippene i servituttløven § 2 og naboloven § 2?* Hvis de kommunale forbudene ikke griper klart mer inn i tredjemanns rettsposisjon enn det han må tåle på basis av en rimelig og fornuftig avveining etter prinsippene for de alminnelige, tingsrettslige tålegrensevurderingene, er det liten eller ingen grunn til å statuere ansvar for det offentlige eller grunneieren, hvis han gjennomfører tiltak i tillit til forbudene og de tillatelsene han måtte få. I tillegg er det særlig tre konkrete momenter som peker seg ut som viktige.

For det første er det moment av betydelig vekt om *tredjemanns aktivitet er igangsatt eller ikke*. Høyesterett har lagt til grunn at tålegrensen ligger høyere for nye bruksmåter enn for etablert bruk, se Rt. 1988 s. 890. Dette synspunktet er nå styrket, se naturmangfoldloven § 50. Bestemmelsen sier riktignok ikke noe om kommunens ansvar for rådighetsreguleringer, og etter motivene ønskes ikke lovgiver at den skal ha smitteeffekt. Jeg er imidlertid enig med Hans Chr. Bugge i at dette synspunktet er lite realistisk, blant annet fordi sterke likhetshensyn taler for å legge vekt på om tredjemanns aktivitet er igangsatt eller ikke. Spørsmålet er om vi kan gå lenger og stille opp et etableringskriterium som en fastere regel for når utøvelse av tredjemanns rett er erstatningsrettslig vernet. Det er ikke mulig. Alt i alt er det ikke mulig å stille opp noen skarpskåren regel. På den ene side har Høyesterett lagt til grunn at også forbud mot igangsatt utøvelse av rett kan være erstatningsfri – og det selv om forholdet inneholder elementer av overføring av rådighet, se Rt. 1973 s. 705 *Krokedal*. På den annen side er ansvar neppe helt er utelukket for nye bruksmuligheter. Når erstatning utmåles for ekspropriasjon, erstattes særulemper på resteiendommen, se vederlagsloven § 8. Om tredjemanns aktivitet er igangsatt eller ikke, blir til syvende og sist et

27. Det er mulig at forslaget kan «reddes» gjennom mer presise formuleringer om grunneierens ansvar for bortfallet kombinert med en ordning med at grunneier og/eller eiendomsutvikler stiller sikkerhet for eventuelle etterfølgende erstatningskrav. Loven bør gi veiledning i spørsmålet om vilkår for og utmåling av erstatning, og den bør være enkel og billig å praktisere.

moment i en mer helhetlig tålegrensevurdering.

For det andre er et meget viktig moment *om forbudene fremmer verne- eller utbyggingsinteresser*. Rettspraksis om statlig naturvern taler for dette, men man kan ikke anvende denne rettspraksis uten kritisk etterprøving i forhold til reguleringsplaninngrep i begrenset rett. Riktignok viser plan- og bygningsloven § 15-3 til naturvernloven § 20 b, og lovgiver har på denne måten ment å vise til praksis om statlig naturvern, der verneinteressene har vært tillagt meget stor vekt i interesseavveiningen. Men man kan ikke se bort fra at statens ansvar for sitt naturvern i og med naturmangfoldloven § 50 på en nokså drastisk måte nå er skjerpet. Selv om man etter forarbeidene har uttrykt et ønske om at denne bestemmelsen ikke skal ha smitteeffekt, krever grunnleggende likhetshensyn at igangsatt aktivitet etter en servitutt vernes sterkere når igangsatt aktivitet på grunnlag av grunneiendomsretten har fått et sterkere vern. Ellers ville det oppstå utålelige forskjeller mellom for eksempel tradisjonsrike bedrifter som har en særlig rett til å ta ut masse og tilsvarende bedrifter som selv eier grunnen der masseuttaket skjer. – At tålegrensen for det kommunale naturvern må ligge høyere enn forbud av hensyn til utbyggingsinteresser, er en annen sak. Selv om planformålet ikke er et avgjørende kriterium, er det som nevnt et meget viktig moment.

Et moment som man kunne tenke seg også var svært viktig, er *om tredjemanns rett faller bort eller ikke på grunn av planforbudet*. Hvilken betydning har det for tålegrensevurderingen at servituttten ikke er tapt for alltid? Det ser ut til å være delte meninger om *positive servitutter faller bort på grunn av forbud i reguleringsplanen*. Etter Robberstads oppfatning faller ikke servituttten bort selv om en lov forbyr servituttbruken. Han mener at den privatrettslige retten er i behold, og at den igjen kan bli aktuell ved ny lovgivning eller hvis servitutthaveren får dispensasjon.<sup>28</sup> Brækhus og Hærem har mot-

satt oppfatning. De mener det ikke er tilstrekkelig grunn til at servituttten fremdeles skal hvile som en uvirksom heftelse på den tjenende eiendom i påvente av at en mulig senere lov igjen skal oppheve forbudet.<sup>29</sup>

Hvis man følger Brækhus og Hærem og ikke Robberstad, styrkes argumentene for erstatning, men forskjellen mellom dem kan lett overdrives. Et viktig realøkonomisk poeng er her at nåverdien av en fremtidig rett kan være forbausende liten. På grunn av den allmennmenneskelige tendensen til å verdsette en krone (eller annen fordel) i dag høyere enn en krone (eller annen fordel) i morgen, må man finne *nåverdien* av fremtidige tap hvis man skal finne verdien av den fordel som går tapt på grunn av forbudet. En kapitalisering av den tapte fremtidige fordelsstrømmen er nødvendig.

Den kvantitative betydningen av kapitaliseringen kan belyses ved et enkelt eksempel.<sup>30</sup> Anta at bruksretten berøres av et forbud og dette leder til et tap i størrelsesorden 100.000 kroner per år. Med 5 % kapitaliseringsrente er et tap som følge av forbudet verdt ca. 2,1 millioner kroner, mens samme årlige tap i 40 år er ca. 1.8 millioner kroner. Den realøkonomiske forskjellen på et permanent og et midlertidig forbud som forventes å vare i 40 år, er altså under 20 %. Forskjellen blir riktignok større hvis det velges en lavere kapitaliseringsrente. Med en rente på 3 % er verdien hhv ca. 3,4 millioner kroner og ca. 2,4 millioner kroner, dvs. om lag 30 %, men så lav rente legges sjelden til grunn å norsk rett. Den såkalte «prejudikatrenten» ved utmåling av fremtidige inntektstap ved personskade og ekspropriasjonserstatning er 5 %, se for eksempel Rt. 2008 s. 195 (bruksverdiestatning av skog).

#### 4. Forholdet til erstatningsbestemmelsen i plan- og bygningsloven (2008) § 15-3

Jeg har nå gjort rede for mitt syn på ansvarsgrunnlaget når reguleringsplan griper inn i servitutter (og annen begrenset rett) etter det som gjerne kalles alminnelige retts-

28. Robberstad, *op. cit.*, s. 115.

29. Brækhus og Hærem, *op. cit.*, s. 267.

30. Beregningene er foretatt ved hjelp av elektronisk nåverdikalculator, se <http://freeonlinecalculator.net/calculators/financial/present-value.php>

grunnsetninger. Man kan imidlertid spørre om plan- og bygningsloven (2008) § 15-3 pretenderer å gripe inn i disse reglene. Ordlyden i denne bestemmelsen taler imidlertid for at det ikke er tilfellet. Riktignok gjelder første ledd etter en naturlig språklig forståelse også for tomtefeste. Men det er ingen ting i bestemmelsen som tyder på at lovgiver har hatt servitutter i tankene når de ga regelen. Forarbeidene gir ikke grunn til å tro at lovgiver har ment å fravike alminnelige rettsgrunnsetninger. De reglene og retnings-

linjene som det er redegjort for i denne artikkelen kommer derfor inn som en supplerende bakgrunnsrett.<sup>31</sup> Erstatningsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 15-3 kan med andre ord ikke tolkes antitetisk. Man må også være forsiktig med å analogisere, for eksempel kan ikke annet ledd gjelde ved bortfall av negative servitutter, siden kommunens (solidariske) erstatningsansvar for slikt bortfall som redegjort for i denne artikkelen først inntreer ved gjennomføringen av planen.

---

31. Mitt syn på trinnhøydesspørsmålet knyttet til slik bakgrunnsrett kommer til uttrykk i Endre Stavang, *Erstatningsrettslig analyse*, Oslo 2007, kapittel ni.