

NOTAT

OSLO, 26. APRIL 2012

ANSVARLIG ADVOKAT:
NIELSEN JAN-ERIKTIL:
**BORETTLAGET HAAKON
TVETERS VEI 8 C/O FOSS & CO**

FOR:

FRA:
**JAN-ERIK NIELSEN OG TERESE
NEGAARD SØRLI**

DERES REF.:

VÅR REF.:
2608266/1**EIENDOMMEN GNR 144 BNR 1317 I OSLO - EIENDOMSMESSIGE FORHOLD VED
REGULERINGSARBEID****1. Innledning**

I forbindelse med reguleringsplanarbeid for etablering av barnehage på del av eiendommen gnr 144 bnr 1317 har kommunen uttalt at det ikke er tilstrekkelig uteareal både boliger og barnehage ved en større barnehage, og at det ikke er anledning til å regulere det samme området til både barnehage og uteareal for boliger (kombinert formål).

Problemstillingen her er om det finnes noen mulighet for en sameksistens mellom boliger og den fremtidige barnehagen, som vil kunne aksepteres av kommunen og tinglysningsmyndighetene. Vi har vurdert overdragelse av eiendomsretten ved fradeling, og overdragelse av nærmere bestemt bruksrett (leieavtale/servituttavtale), se punkt 2 og 3. I tillegg har vi inntatt et eget punkt om spørsmålet om sambruk av utearealer, som er av betydning både når det gjelder reguleringsplanarbeid på eiendommen, og fradeling.

2. Fradeling av grunneiendom

Deling av grunneiendom er et søknadspliktig tiltak, jfr pbl § 20-1 litra m, og er følgelig underlagt kommunal behandling. Kommunen har gjennom sitt brev av 27.2.2012 gitt klart uttrykk for at det ikke vil tillates en regulering som fratår boligene hele utearealet. Ved saksbehandling i fradelingssak, skal formålet for den tomten som skal avstås oppgis, slik at det kun fradeles areal til en arealbruk som kommunen finner hensiktsmessig. Ut i fra de signaler kommunen har gitt, kan det ikke påregnes at søknad om fradeling av uteoppholdsarealet sammen med eller uavhengig av arealet til barnehagebygget vil bli godkjent uten videre.

Det kan imidlertid argumenteres for at gjennom bruk av vilkår til tillatelsen, vil de hensyn som kommunen mener taler imot sambruk kunne ivaretas på en adekvat måte. Vi mener følgelig at det bør være mulig å argumentere for sambruk, til tross for de signaler kommunen har gitt i brevet av 27.2.2012. Det vises til punkt 4 nedenfor.

Dersom en forsøker å dele opp eiendommen gnr 144 bnr 1317 i tre grunneiendommer: boliger, barnehage og uteoppholdsareal, vil det måtte legges klare føringer for bruken av uteoppholdsarealet, slik at tilfredsstillende sambruk oppnås. Vilkår og eventuell tinglysning av rettigheter vil være virkemidler som kan sikre at den fremtidige bruken blir i samsvar med det kommunen har vurdert som viktig i sin saksbehandling.

Vi bemerker for ordens skyld, at det avgjørende i denne sammenheng ikke vil være hvor eiendomsgrensene trekkes, og om gnr 144 bnr 1317 deles i to eller tre eiendommer. Det vil være *den faktiske bruken* av arealene som er avgjørende, og i hvilken grad kommunen vil kunne legge føringer på bruken – for fremtiden – som sikrer at de hensyn kommunen er opptatt av, blir ivaretatt.

3. Etablering av bruksrett

En annen mulighet er at kun areal til barnehagebygget fradeles som eget gnr/bnr, og at det for den delen av resteiendommen, som barnehagen trenger til utearealer, omfattes av en leieavtale/avtale om bruksrett (servituttavtale).

Dersom det skal etableres en bruksrettsavtale, vil denne – avhengig av løpetid og innhold – kunne utløse krav om etablering av grunnboksenhet iht matrikkelloven, og være underlagt behandling iht plan- og bygningsloven. Matrikkelloven § 5 angir at det finnes fem typer objekt som kan være gjenstand for matrikkelføring, hvorav et objekt er:

”festegrunn, del av grunneigedom eller jordsameige som nokon har festerett til eller som kan festast bort, eller som nokon har ein tilsvarande eksklusiv og langvarig bruksrett til.”

Det følger videre av matrikkelloven § 12 at for festeforhold med en varighet på over 10 år, skal matrikulering gjennomføres. På tilsvarende måte, må etablering av festeforhold på over 10 år behandles som delingssak etter plan- og bygningsloven § 20-1 litra m. Vi legger til grunn at dersom det skal inngås leieavtale, vil denne ha en varighet på over 10 år.

Spørsmålet blir så om en bruksrettsavtale om bruk av uteoppholdsareal til barnehageformål på bestemte tider, omfattes av festebegrepet. I matrikkellovens forstand er vurderingstemaet om det dreier seg om ”ein tilsvarande eksklusiv og langvarig bruksrett” som en festerett. Festebegrepet etter matrikkelloven er følgelig ikke sammenfallende med festebegrepet i tomtefesteloven.

Til dette nevnes at matrikkelforskriften § 30 har bestemmelser om unntak fra kravet om matrikulering av festegrunn, som innebærer at et dokument om *”leie av grunn som ikke er bebygd, eller skal bebygges, kan tinglyses uten at grunnen blir matrikulert som egen matrikkelenhet, når forholdet ikke gir rett til eksklusiv bruk av et bestemt areal og ikke er i strid*

med jordlova 12 (...). Det springende punktet når det gjelder om en eventuell bruksrettsavtale vil utløse krav om opprettelse av særskilt festenummer vil følgelig være hvorvidt det dreier seg om rett til eksklusiv bruk av et bestemt areal.

En bruksrettsavtale med vilkår om sambruk, se punkt 4, vil klart nok gjelde et bestemt areal, men vil ikke gi barnehagen en eksklusiv bruksrett til arealet idet det dreier seg om en tidsmessig avgrenset rett. I perioden hvor barnehagen har rett til å bruke arealet, er retten eksklusiv, men idet retten ikke gjelder hele døgnet og på annet enn hverdager, er det språklig sett ikke tale om en eksklusiv rett, totalt sett. Forarbeidene gir ingen føringer på hva som ligger i begrepet "eksklusiv". En tidsmessig avgrenset bruksrettsavtale hvor grunneier beholder arealet over 50 % av året, kan for øvrig ikke likestilles med en overdragelse, slik dette er forstått i konsesjonsrettslig sammenheng, jfr konsesjonsloven § 3 hvor vurderingstemaet er om det har skjedd en overdragelse av rettigheter som innebærer et inngrep i eierrådigheten som kan likestilles med et erverv. Etter vårt syn vil en leieavtale med tidsbegrenset bruk av arealet ikke omfattes av matrikkellovens festebegrep, idet det ikke dreier seg om noen eksklusiv rett.

Når det gjelder forholdet til saksbehandling etter plan- og bygningsloven, så er det heller ikke gitt noen klar definisjon av festebegrepet i § 20-1. I teorien er det lagt til grunn at samme definisjon på festebegrepet skal legges til grunn i plan- og bygningsloven som i matrikkelloven.

Følgelig mener vi at det kan inngås bruksrettsavtale om barnehagens bruk av uteoppholdsarealet, uten at dette vil føre til krav om matrikulering eller søknadsbehandling etter pbl § 20-1. Inngåelse av bruksrettsavtale vil imidlertid ikke løse de utfordringer som kommunen har tatt opp i forbindelse med reguleringsarbeidet, hvor problemstillingen er hvilken arealbruk som skal finne sted på eiendommen – ikke underliggende privatrettslige forhold.

Til dette kommer også hensynet til sikkerhetsstillelse. Dersom en velger å inngå en bruksrettsavtale, vil det kunne etableres pant i denne avtalen. Det er imidlertid ikke gitt at pantsetter vil akseptere sikkerhet i leieavtale/bruksrettsavtale, i stedet for sikkerhet i grunneiendom eller festeeiendom. Dette spørsmålet må følgelig avklares før en går videre med en bruksrettsavtale/leieavtale.

4. Sambruk av uteareal

Slik vi ser det, er det to sentrale forhold som må avklares for at sambruk kan være en mulig løsning. For det første må eventuell opparbeidelse av arealet foretas på en slik måte at det ikke utelukker en av partenes behov for uteoppholdsarealer. For det andre, må det avklares hvordan den tidsmessige fordelingen av uteoppholdsarealet skal gjøres.

Per i dag har boligenes utearealer kun en beskjedne opparbeidelse – i form av gress og noen trær. Ved etablering av barnehage vil uteoppholdsarealet måtte inngjerdes. I tillegg vil det finne sted en opparbeidelse med lekestativer, husker, sandkasser med videre. Det er imidlertid ikke

slik at det vil være behov eller ønskelig at hele uteoppholdsarealet blir gjenstand for slik opparbeidelse. Vi vurderer det som en forutsetning for at sambruk vil kunne aksepteres, at deler av uteoppholdsarealet ikke gjennomgår noen ny opparbeidelse, men fortsatt blir liggende med plen og annen vegetasjon. For ordens skyld bemerkes at vi ikke kan se at etablering av lekestativer mv. i seg selv vil være i konflikt med boligenes behov for uteoppholdsarealer – barnefamilier og gjester til boligene vil kunne ha vel så stor glede av en slik opparbeidelse som den som eksisterer i dag. En delvis endring av arealet som skissert over, vil etter vårt syn ivareta begge parters behov på en tilfredsstillende måte. For ordens skyld nevnes at inngjerdingen etter vårt syn ikke kan være av avgjørende betydning i denne sammenheng, så lenge boligene vil få tilgang til arealet ved sentralt plassert(e) port(er).

Når det så gjelder den tidsmessige fordelingen av arealet mellom barnehagen og boligene, så antar vi at barnehagen vil ha behov for eksklusiv bruk av arealet i tidsrommet 07:30 -17 på hverdager, mens boligene vil kunne disponere arealet for øvrig. Dette innebærer at beboerne vil kunne benytte arealet etter normal arbeidstid, kveldstid og i helgene. Dersom en tar utgangspunkt i normal arbeidstid, vil den "avståelsen" som faktisk finner sted, være av beskjeden karakter. For beboere som ikke har normal arbeidstid, ikke arbeidende eller skiftarbeidende, vil barnehagens bruk av arealet på dagtid innebære en reell innskrenkning i adgangen til bruk av uteoppholdsarealet. Som kommunen gir uttrykk for i sitt brev av 27.2.2012, vil kompensierende tiltak gi grunnlag for å fravike normen for uteoppholdsareal. Det vises til balkonger, umiddelbar nærhet til andre uteområder, eventuelle innvendige felleslokaler osv. I den grad slike muligheter finnes, må dette fremheves. I den grad det er mulig å vise til slike "avbøtende" tiltak, mener vi at tidsrommet barnehagen har eksklusiv rett til arealet ikke bør tillegges avgjørende vekt. Spørsmålet er imidlertid svært skjønnsmessig, og vi antar at omfang og kvalitet på eventuelle avbøtende tiltak vil være avgjørende.

Totalt sett er vi av den oppfatning at det kan argumenteres for at det er mulig å etablere sambruk som hensyntar både boligene og barnehagens behov.

5. Oppsummering

Etter vårt syn vil det ikke være avgjørende hvordan grensene trekkes eller om det inngås leieavtale/bruksrettsavtale eller ikke. Det som er helt avgjørende er hvorvidt en kan få til en løsning, hva enten gjennom deling eller gjennom bortleie, som ivaretar både barnehagens og boligenes interesser, slik at ordningen kan aksepteres av kommunen.

Kommunens anledning til å stille vilkår i fradelingstillatelse om bruken av arealet, herunder krav om tinglysning av rettigheter, vil langt på vei kunne sikre de hensyn som kommunen mener det er viktig å ivareta. Forutsetningen er selvsagt at kommunen finner å kunne godkjenne den sambruk som partene legger opp til. Dette vil i stor grad bli et politisk spørsmål, hvor vi antar at avbøtende tiltak for boligene og behovet for barnehageutbygging i området er de viktigste momentene som vil tale for en løsning med sambruk.