

MRF 2024C.3

Specialeafhandling om ekstinktion af utinglyst frihedshævd

Af cand.jur. Sibel Aktas

Forord af Peter Pagh

Denne specialeafhandling omhandler med udgangspunkt i U 2020.2356 H betingelserne for frihedshævd, dvs. de tilfælde, hvor en ejer af den tjenende ejendom grundet sin råden i hævdstid fortrænger en tinglyst servitut på den tjenende ejendom, og betingelserne for, at ejeren af den herskende ejendom kan ekstingvere en utinglyst frihedshævd. Selv om ejeren af den tjenende ejendom ikke får afløst servituten fra tingbogen, er frihedshævd (som anden hævd) indtrådt, når betingelserne for frihedshævd er opfyldt. Men hvis den herskende ejendom skifter ejer efter, at betingelserne for frihedshævd er opfyldt, og servituten ikke er afløst, opstår spørgsmålet om ekstinktion, dvs. om den nye ejer af den herskende ejendom kan ekstingvere den utinglyste frihedshævd, forudsat at de almindelige ekstinktionsbetingelser i tinglysningslovens (TL) §§ 1, stk. 2, og 26 er opfyldt. Disse spørgsmål blev besvaret forskelligt af byret, landsret og Højesteret i U 2020.2356 H og har tillige givet anledning til flere artikler i UfR om betingelserne for frihedshævd, jf. Broberg: U 2022B.347 og Gam Madsen: U 2023B.115, samt om forholdet mellem tinglysningslovens § 1 og § 27, jf. Millung-Christoffersen: U 2022B.309.

Afhandlingen udmærker sig ved at give en velstruktureret og overskuelig fremstilling af de ganske komplicerede juridiske problemstillinger, hvis besvarelse forfatteren sammenfatter således: »Med Højesterets afsigelse af dommen i U 2020.2356 H er det fastslået, at TL §§ 1, stk. 2 og 26, stk. 1 finder anvendelse på situationen, hvor der sker tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår i medfør af højesteretsdommen i U 1881.471 H. Det konkluderes, at der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, såfremt: (1) tinglyst servitut ikke er afløst ved tinglysning i medfør af TL §§ 10, stk. 1 og 1, stk. 1, eller vunden frihedshævd ikke er tinglyst i medfør af TL §§ 12, stk. 2 og 1, stk. 1, og (2) når ekstinktionsbetingelserne er opfyldt, herunder at aftaleerhververen på anmeldelsestidspunktet har været i god tro om hævdserhvervelsen i medfør af TL § 1, stk. 2, jf. § 5, samt (3) når ekstinktionsretten gøres gældende rettidigt, dvs. inden 2 år efter tinglysningstidspunktet i medfør af TL § 26, stk. 1. Sluttelig konkluderes det, at TL § 27, stk. 1 ikke finder anvendelse på situationen, hvor en begrænset ret er ophørt ved frihedshævd uden afløsning, hvilket bestyrkes af, at der hverken i den juridiske litteratur eller retspraksis - i mere end 90 år - er taget stilling til situationen«.

Afhandlingen kan med sine fyldige referencer til litteratur og retspraksis anbefales til advokater, som rådgiver i hævdsager.



Specialeafhandling:

Ekstinktion af utinglyst frihedshævd

Fagområde: Fast ejendom – regulering, forurening & Køb

Problemformulering: Afhandlingen vil undersøge muligheden for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom med henblik på at klarlægge gældende ret. Dette inkluderer en undersøgelse af i) hvad en servitut er, ii) betingelserne for stiftelse af en servitut og iii) hvornår der sker bortfald af en servitut.

Ovenstående undersøgelse vil ske med udgangspunkt i såvel ældre og nyere juridisk litteratur som seneste praksis på området med hovedfokus på U 2020.2356 H.

Navn	KU-brugernavn
Sibel Aktas	

Vejleder: Peter Pagh	Antal tegn:
-----------------------------	--------------------

Afleveringsdato: 23.05.2024	
------------------------------------	--

Abstract

This master thesis examines the possibility of extinguishing an unregistered adverse possession on a property by registering a right over another property with inclusion. First of all, the issue is whether the easements of conditions about planting height can be ceased by passivity or by adverse possession and in that case, what the conditions are. Secondly, the main issue is whether section 1 and section 26 of the Land Registration Act apply to the situation where there is registration of a different property than the one the unregistered adverse possession concerns and if so what are the conditions that are needed to be met.

The purpose of this thesis is to describe, analyze and systematize applicable law and it will make use of the legal dogmatic method. With the High Court's ruling in U 2020.2356 H, it has been stated that easements regarding planting heights can be lapsed through adverse possession by analogy of the rules regarding ordinary adverse possession. With the Supreme Court's ruling in U 2020.2356 H, it has been stated that section 1, and section 26 of the Land Registration Act applies to the situation where there is an easement on another registered property other than the one concerning the unregistered right pursuant to the ruling of the Supreme Court in U 1881.471 H.

It is concluded that easements of conditions about planting height can be ceased by ordinary adverse possession which is 20 years with visible actions contrary to adapting to easements according to (an analogy of) the Danish Act 5-5-1 and 5-5-2, if: i) the analogously applied common adverse possession conditions, including wrongful disposal and (less weight) subjective requirements of good faith are fulfilled, and ii) when it is in accordance with the consideration of adapting and the passivity that gives reasons for adverse possession, including the plaintiff's lack of interruption with legal actions during the adverse possession period.

It can be concluded that there is a possibility of extinguishing an unsecured right – through adverse possession – on a property by registering a right over different property, if: i) the easement has not been annulled by registration pursuant to section 10, and section 1 of the Land Registration Act, or if the adverse possession has not been registered, then it is pursuant to section 12, and section 1 of the Land Registration Act, and ii) when the conditions for extinction are fulfilled, including that the acquirer was in good faith during the time of notification pursuant to section 1, cf. section 5 of the Land Registration Act, and iii) when the right to extinction is applied rightfully, i.e. within 2 years after the time of registration pursuant to section 26 of the Land Registration Act.

Indholdsfortegnelse

1.	INDLEDNING	4
1.1	Problemstilling og problemformulering.....	5
2.	BEGRUNDET STRUKTUR FOR AFHANDLINGEN	6
3.	METODE	7
4.	AFGRÆNSNING	8
5.	GENERELT OM PRIVATRETTLIGE SERVITUTTER	9
6.	STIFTELSE AF PRIVATRETTLIG SERVITUT VED AFTALE	11
6.1	Gyldig aftale og kommunalbestyrelsens samtykke.....	12
7.	STIFTELSE AF PRIVATRETTLIG SERVITUT VED HÆVD	12
7.1	Hævdsbegrebet.....	12
7.2	Hævds erhvervelsen.....	13
7.3	Hævdstiden	14
7.4	Synbar eller usynbar servitutindretning	14
7.5	Hævdsbetingelserne.....	15
8.	PRIVATRETTLIG PÅTALE	18
9.	OPHØR AF PRIVATRETTLIG SERVITUT VED PASSIVITET	20
9.1	U 2020.2356 H (Byretten)	20
10.	OPHØR AF PRIVATRETTLIG SERVITUT VED FRIHEDSHÆVD	22
10.1	U 2020.2356 H (Landsretten).....	22
10.1.1	Ophør af tilstandsservitutter ved frihedshævd.....	22
10.1.2	Hjemlen til frihedshævd.....	25
10.1.3	Hjemlen til frihedshævd over tilstandsservitutter	29
10.1.4	Aktiv råden	31
10.1.5	God tro.....	37
10.1.6	Manglende påtale	43
10.2	U 2023.534 Ø.....	47
10.3	Sammenfattende betragtninger.....	55
10.4	Delkonklusion	57
11.	EKSTINKTION AF UTINGLYST FRIHEDSHÆVD	58
11.1	TL §§ 1 og 26.....	58
11.2	U 2020.2356 H (Landsretten).....	64
11.3	U 2020.2356 H (Højesteret).....	68
11.3.1	U 1881.471 H.....	70
11.3.2	God tro.....	74
11.4	U 2022B.309 (TL §§ 1 og 27).....	79
11.5	Sammenfattende betragtninger.....	89
11.6	Delkonklusion	93
12.	KONKLUSION	94
13.	REFERENCELISTE	95

1. Indledning

”Uretten bliver ret, når den bliver tilstrækkelig gammel”¹.

Sådan lyder grundsætningen til reglerne om hævd, når en person uberettiget har udøvet en faktisk rådighed gennem længere tid (20 år eller alderstid), uden at denne rådighed er blevet afbrudt på behørig vis (retligt eller faktisk), og såfremt det er sket i en vis god tro.²

Selvom Danske Lov (1683) er en meget gammel lov, finder lovens bestemmelser om ordinær hævd fortsat anvendelse. Hævdsinstituttet er ikke et fortidslevn, hvilket bestyrkes af, at der fortsat afsiges mange domme om hævd: fra tid til anden også af Højesteret,³ og at de nærmere betingelser for at vinde hævd fastlægges i retspraksis.⁴

Når der er vundet hævd, er det ikke ensbetydende med, at rettigheden over en fast ejendom er beskyttet mod ekstinktion af fremtidige aftaleerhververe. Retstilstanden forud for tinglysningslovens ikrafttræden 1. april 1927 var den, at vunden hævd ikke behøvede tinglysning for at være beskyttet over for en godtroende erhverver af ejendomme.⁵ Vunden hævd - efter ovenstående ikrafttrædelsesdato – som ikke er tinglyst, kan resultere i, at den utinglyste ret bliver ekstingveret af *godtroende* aftaleerhververe af rettigheder over fast ejendom, som lader deres ret tinglyse, jf. TL § 1, stk. 2. Denne regel modificeres dog af TL § 26, stk. 1 med en toårsfrist.

Det har derfor stor betydning - både for den, der har vundet (*friheds*)hævd og en godtroende fremtidig aftaleerhverver - om en usikret ret vundet ved *frihedshævd* er omfattet af bestemmelserne. I bekræftende fald vil den, der har vundet hævd, normalt være interesseret i at beskytte sig mod en risiko for ekstinktion, og aftaleerhverver vil typisk være interesseret i at kende sin ekstinktionsmulighed og betingelserne herfor.

¹ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 417.

² Evald, Servitutretten, 2021, s. 113.

³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 813.

⁴ U 2023.2074 H, s. 14.

⁵ Evald, Servitutretten, 2021, s. 133 og 139. Derfor bevarer disse rettigheder over fast ejendom også fremtidig deres gyldighed uden tinglysning, jf. TL § 52.

1.1 Problemstilling og problemformulering

Ovenstående har resulteret i følgende problemstillinger:

- i) om tilstandsservitutter om beplantningshøjde kan bortfalde ved passivitet og/eller ved frihedshævd, og i bekræftende fald, hvad betingelserne er herfor, og
- ii) om TL §§ 1 og 26 finder anvendelse på situationen, hvor der sker tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste frihedshævd angår, og i bekræftende fald, hvilke betingelser, der skal være opfyldt. Sidstnævnte er hovedemnet for denne afhandling.

I den juridiske litteratur og i visse juridiske artikler er der opstået forskellige opfattelser, der knytter sig til frihedshævd over tilstandsservitutter og ekstinktion af utinglyst frihedshævd. Der er afsagt nye domme af henholdsvis Østre Landsret om frihedshævd over tilstandsservitutter og af Højesteret om ekstinktion af utinglyst frihedshævd i U 2020.2356 H, som i afhandlingen vil analyseres og diskuteres nærmere med inddragelse af de forskellige fremstillinger i teorien og seneste retspraksis på området.

Afhandlingens undersøgelse af problemformuleringen skal resultere i en identifikation af: *for det første* muligheden og betingelserne for at vinde frihedshævd over tilstandsservitutter om beplantningshøjde, og *for det andet* muligheden og betingelserne for at fortrænge en allerede vundet, men utinglyst frihedshævd ved tinglysning af en ret over en anden ejendom.

Problemformulering

Afhandlingen vil undersøge muligheden for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom med henblik på at klarlægge gældende ret. Dette inkluderer en undersøgelse af i) hvad en servitut er, ii) betingelserne for stiftelse af servitut og iii) hvornår der sker bortfald af en servitut.

Ovenstående undersøgelse vil ske med udgangspunkt i såvel ældre og nyere juridisk litteratur som seneste praksis på området med hovedfokus på Østre Landsrets dom og Højesteretsdom i U 2020.2356 H.

2. Begrundet struktur for afhandlingen

I dette afsnit redegøres der kort for, på hvilken måde specialeafhandlingen vil behandle sin problemformulering.

Hovedformålet med afhandlingen er at undersøge, om der kan ske ekstinktion af en vundet, men utinglyst frihedshævd på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom. Men for overhovedet at komme frem til denne undersøgelse, kræver det en gennemgang og undersøgelse af de forudgående trin, da hovedproblemstillingen først og fremmest er relevant, hvis der er vundet frihedshævd over en tinglyst servitut.

Afsnit 5 vil beskrive definitionen af en servitut og de forskellige servitutretlige begreber, hvilket primært beskrives som sondringer mellem de forskellige begreber, da det kan være nyttigt til forståelse af, hvad en servitut er, og da nogle af de nævnte fagbegreber anvendes i afhandlingen.

Afsnit 6 vil undersøge betingelserne for at stifte en privatretlig servitut ved aftale. Dette er relevant for afhandlingen, da der i U 2020.2356 H er tale om en tilstandsservitut, som forudsættes at være stiftet ved gyldig aftale, der som udgangspunkt skal overholdes.

Afsnit 7 vil bl.a. undersøge betingelserne for at stifte en privatretlig servitut ved hævd. Dette er relevant for afhandlingen, da de almindelige betingelser for servituthævd finder analog anvendelse for frihedshævd.

Afsnit 8 vil kortfattet undersøge hvem, der har påtaleret og tingbogslegitimation. Dette er relevant ift. en senere uoverensstemmelse mellem legitimation og den materielle ret, da det alene er påtaleberettigede, der er legitimeret til at aflyse servitutter.

Afsnit 9 vil kortfattet undersøge ophør af privatretlige servitutter ved passivitet med inddragelse af byretsdommen i U 2020.2356 H for at danne et fundament for den videre analyse af Østre Landsrets dom i U 2020.2356 H.

Afsnit 10 vil undersøge muligheden og betingelserne for ophør af privatretlige servitutter ved frihedshævd, hvor Østre Landsrets dom i U 2020.2356 H behandles med inddragelse af artikel U 2022B.347 og U 2023B.115 samt landsretsdommen i U 2023.534 Ø.

Afsnit 11 vil undersøge muligheden og betingelserne for ekstinktion af utinglyst frihedshævd, hvor Østre Landsrets dom i U 2020.2356 H behandles for at skabe et grundlag for den videre analyse af Højesteretsdommen i U 2020.2356 H i relation til TL §§ 1 og 26. Efterfølgende inddrages U 2022B309 angående hjemmelsspørgsmålet i relation til TL §§ 1 og 27.

Afslutningsvis i afsnit 12 formuleres konklusionen, som vil indeholde konstateringer og elementer fra de ovenstående nævnte afsnit.

3. Metode

Afhandlingen har til formål at beskrive, analysere og systematisere gældende ret, og derfor anvendes den retsdogmatiske metode til belysning af afhandlingens problemformulering. Dette sker gennem en proces med inddragelse af relevant lovgivning, retspraksis og juridisk litteratur med henblik på fastlæggelsen af *retstilstanden, som den er* for ekstinktion af utinglyst frihedshævd.⁶

Den juridiske litteratur anses ikke for en *retskilde*.⁷ Men inden for servituturetten tillægger domstolene ældre juridisk litteratur vejledende betydning, jf. eksempelvis U 2020.2356 H, hvor der i domsnoten bl.a. henvises til juridiske litteraturer fra år 1884 og 1905,⁸ og derfor er det nødvendigt at orientere sig i den ældre tingsretlige litteratur, når man eksempelvis skriver om hævd.⁹

Afhandlingens primære retskilder er Danske Lov og Tinglysningsloven samt praksis. Ved gennemgang af retspraksis bliver der taget højde for præjudikatmæssig betydning, og at retten som udgangspunkt alene tager stilling til de påstande og anbringender, som er gjort gældende af parterne, jf. retsplejelovens § 338.

⁶ Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 40-41.

⁷ Evald, Servituturetten, 2021, s. 22.

⁸ Evald, Servituturetten, 2021, s. 21 og 24.

⁹ Retsdogmatisk forskning 2024, Madsen, s. 2-3. Madsen anfører følgende ”Se til illustration kritikken hos Lars Henrik Gam Madsen i U 2023B.115 af dels den anvendte metode, dels den manglende orientering i hovedværkerne om hævd i fremstillingen hos Morten Broberg i U 2022B.347” (Retsdogmatisk forskning 2024, Madsen, s. 3, fodnote, 5).

4. Afgrænsning

Afhandlingen fokuserer primært på Østre Landsrets dom og Højesteretsdom i U 2020.2356 H og de spørgsmål, der opstår i lyset af disse domme.

Servitutretten er ikke en selvstændig juridisk disciplin og kan behandles på flere retsområder, såsom *aftaleret, hævd, tinglysning og plan- og forvaltningsret*, hvilket indebærer, at de forskellige problemstillinger som hovedregel løses i overensstemmelse med de *retlige principper og hensyn*, som er på det retsområde, hvorunder det retlige problem hører.¹⁰

Derfor vil nærværende afhandling bl.a. overvejende fokusere på retsområdet hævd, herunder servituthævd og frihedshævd i sammenhæng med Danske Lovs bestemmelser om hævd og de almindelige hævdsbetingelser, herunder uretmæssig råden og god tro samt betingelserne for frihedshævd, herunder aktiv råden. Hertil vil inddrages grundsætningen og indretningshensyn samt den principielle passivitetsbetragtning, der begrundet hævd.

Nærværende afhandling vil endvidere overvejende fokusere på retsområdet tinglysning i relation til frihedshævd i sammenhæng med TL §§ 1, stk. 1 og 2 og 26, stk. 1 samt afgrænsningen mellem TL §§ 1 og 27. Hertil vil inddrages hensynene bag bestemmelserne og principperne om offentlighed i tingbogen samt tingbogens positive og negative troværdighed. Det skal bemærkes, at TL §§ 26, stk. 2 ikke behandles, da afhandlingen alene fokuserer på situationen, hvor hævdstiden er udløbet, når erhververen får tinglyst sin ret. Hævdens omfang ift. bortfald af eksisterende tinglyste og utinglyste rettigheder i ejendommen efter TL § 26, stk. 3¹¹ behandles heller ikke i denne afhandling.

Servitutretten omfatter tingsretlige emner som hævd og tinglysning, hvilket placeres i den juridiske systematik som en del af tingsretten, men servitutretten omfatter også obligationsretlige emner som f.eks. servitutaftaler.¹² Fokus for afhandlingen vil primært være på tingsretlige emner.

¹⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 15.

¹¹ W.E. von Eyben, formuerettigheder, 1983, s. 244 og Willumsen, tinglysning, 2004, s. 27.

¹² Evald, Servitutretten, 2021, s. 15-16. Servitutretten er en formueretlig disciplin, men også en offentligretlig disciplin, da offentlige myndigheder efter planloven har indseende med privatretlige servitutter (Evald, Servitutretten, 2021, s. 16).

I afhandlingen påpeges løbende visse emner, der ikke behandles nærmere. Dette skyldes dels specialets omfang, dels at emnerne ikke findes relevante for besvarelsen af afhandlingens problemformulering.

Af omfangsmæssige årsager vil der alene foretages dybdegående og selvstændige analyser af Østre Landsrets dom og Højesteretsdom i U 2020.2356 H, hvorfor resterende domme ikke analyseres selvstændigt eller behandles nærmere, bortset fra Østre Landsrets dom i U 2023.534 Ø, der analyseres kortfattet og selvstændigt, men dommene vil dog inddrages som fortolkningsbidrag.

Endvidere falder det uden for afhandlingens rammer at foretage en selvstændig analyse og nærmere behandling af Højesteretsdommen i U 2023.2074 H angående god tros betingelsen ved erhvervelse af ejendomshævd, hvorfor dommen og betingelsen alene analyseres kortfattet ved påpegning af de centrale problemer.

5. Generelt om privatretlige servitutter

En servitut defineres som en på særligt grundlag hvilende ret til at udøve en begrænset rådighed over en fast ejendom eller til at kræve opretholdt en tilstand på denne.¹³

Der sondres mellem *privatretlige og offentligretlige servitutter*. Servitutter kan stiftes både på privatretligt grundlag, f.eks. aftale eller hævd (privatretlige servitutter), og blive pålagt af en administrativ myndighed i henhold til lovgivningen (offentligretlige servitutter).¹⁴

Der sondres endvidere mellem en *almindelig brugsret* (leje eller lån) og en *begrænset brugsret*, hvor kun den sidste er en servitut.¹⁵ Der sondres endvidere mellem den *herskende ejendom*, dvs. den ejendom, for hvilken servitутten er stiftet, og den *tjenende ejendom*, dvs. den ejendom, som servitutforpligtelsen hviler på.¹⁶

¹³ Illum, Servitutter, 1943, s. 66. I samme retning se Evald, Servitutretten, 2021, s. 15.

¹⁴ Evald, Servitutretten, 2021, s. 15 og 49.

¹⁵ Munk-Hansen: Fast Ejendom III, 2018, s. 27.

¹⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 49

Servitutter inddeles i *personelle servitutter* og *reelle servitutter*. Med de personlige servitutter er den berettigede en bestemt person, og der er en tjenende, men ikke en herskende ejendom. De reelle servitutter er kendetegnet ved, at den til enhver tid værende ejer eller bruger af en ejendom er berettiget, og der er både en herskende og tjenende ejendom.¹⁷ I afhandlingen er det alene relevant at fokusere på reelle servitutter, hvor den berettigede - i henhold til servitutten - er den til enhver tid værende ejer af den herskende ejendom.

Den i servitutten indeholdte forpligtelse er *tinglig*, forstået på den måde, at den er kendetegnet ved at hvile som en rettighed på den tjenende ejendom, selv om ejendommen skifter ejer. Derfor er en tinglyst servitut ikke omfattet af forældelseslovens regler om forældelse af fordringer, jf. MAD 2015.510 V, ligesom servitutten ikke kan opsiges af ejeren af den tjenende ejendom,¹⁸ hvorfor den forpligter den til enhver tid værende ejer af den tjenende ejendom og berettiger den servitutberettigede. Almindelige brugsrettigheder er derimod opsigelige.¹⁹

Den begrænsede rettighed kan bestå i, at der er tillagt bestemte personer en bestemt rådighed over den tjenende ejendom som f.eks. at færdes på ejendommen, hvilket betegnes *rådighedsservitutter*.²⁰ Den berettigede opnår således en "*positiv rådighedsbeføjelse*" på den tjenende ejendom,²¹ hvorfor rådighedsservitutter undertiden betegnes "*positive servitutter*".²²

Den begrænsede rettighed kan også bestå i, at den påtaleberettigede har krav på, at der bevares en tilstand på den tjenende ejendom som f.eks. at træerne ikke overstiger en bestemt højde, eller at en ejendom ikke må anvendes til bestemte formål eller giver anledning til bestemte gener, hvilket

¹⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 49. I samme retning se Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 196 og Vinding Kruse, Ejendomsretten, 1951, s. 199.

¹⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185

¹⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185-186, fodnote 6. Det findes ikke relevant for afhandlingen at komme nærmere ind på almindelige brugsrettigheder eller at inddrage TL § 3 om brugsrettigheder, da servitutter ikke er omfattet af bestemmelsen, derimod er det relevant at inddrage TL § 1, hvorfor der henvises til afsnit 11.

²⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

²¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

²² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189, fodnote 11.

betegnes tilstandsservitutter.²³ Den forpligtede bliver således pålagt en ”*negativ rådighedsbegrænsning*” over sin egen ejendom,²⁴ hvorfor tilstandsservitutter kaldes ”*negative servitutter*”.²⁵

Det findes ikke relevant for afhandlingen at inddrage de forskellige servituttyper, herunder villaservitutter og tilegnelsesservitutter m.v.²⁶

Vinding Kruse modificerede sprogligt nogle af servituttens centrale begreber. Vinding Kruse mente, at betegnelsen negativ servitut var uheldig, da den var opstået ved, at man særlig havde fremhævet forpligtelsessiden og givet denne negativ form. Han foreslog i stedet at anvende udtrykket tilstandsservitutter, og at positive servitutter burde benævnes rådighedsservitutter.²⁷ I denne afhandling benyttes betegnelserne rådighedsservitutter og tilstandsservitutter, som blev foreslået af Frederik Vinding Kruse. Sondringen mellem tilstands- og rådighedsservitutter har betydning for, om der kan vindes hævd. Da hævd forudsætter en *uretmæssig råden*, kan der ikke ved hævd stiftes en tilstandsservitut.²⁸

6. Stiftelse af privatretlig servitut ved aftale

En servitut kan stiftes enten frivilligt eller tvangsmæssigt.²⁹ Når en servitut stiftes ved servituthævd, er der tale om en tvangsmæssig afståelse af dele af ejerens rådighedsbeføjelse over den faste ejendom.³⁰ Hvor en servitut stiftes ved aftale, er der derimod tale om en positiv viljeserklæring fra ejeren, hvorved ejeren frivilligt indskrænker sin ejendomsret over den tjenende ejendom.³¹ Hertil kan nævnes, at tilstandsservitutter stiftes ved aftale blandt andet i forbindelse med udstykning, jf. U 2020.2356 H.

²³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

²⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

²⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189, fodnote 11.

²⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 191.

²⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 38.

²⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 190.

²⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185.

³⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185.

³¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 194.

6.1 Gyldig aftale og kommunalbestyrelsens samtykke

For at stifte privatretlige servitutter ved aftale, er der visse betingelser, der skal være opfyldt.

For det første skal der være indgået en servitutaftale, og denne aftale skal være gyldig på stiftelsestidspunktet, dvs. på tidspunktet for aftalens indgåelse.³² Servitutaftaler er omfattet af de almindelige regler om aftalefrihed, derfor kan ejeren af den tjenende ejendom som udgangspunkt aftale at overlade en hvilken som helst af sine dispositionsbeføjelser til et andet retssubjekt.³³ Det gælder medmindre aftalen bl.a. er i modstrid med præceptiv lovgivning i medfør af DL 5-1-2 (lov om ærbarhed) eller aftalelovens ugyldighedsregler såsom aftalelovens § 36,³⁴ eller ikke respekterer bestående servitutrettigheder over den faste ejendom, for i så fald ville servitutaftalen anses for ugyldig.³⁵ For det andet skal der i medfør af planlovens § 42 være opnået samtykke fra kommunalbestyrelsen, hvis servitutaftalen regulerer forhold, som kan reguleres ved lokalplan.³⁶ Det findes ikke relevant for afhandlingen at redegøre nærmere herfor.

7. Stiftelse af privatretlig servitut ved hævd

7.1 Hævdsbegrebet

Hævd er betegnelsen for, at en person på grundlag af længere tids uberettiget råden over en anden mands ejendom opnår hel eller delvis ejendomsret (ejendomshævd) eller en begrænset ret (servituthævd) over ejendommen.³⁷ Ved hævd erhverver den, der i længere tid har udøvet en uberettiget råden over fremmed ejendom, således en ret over ejendommen svarende til den udøvede råden.³⁸ Retsvirkningen af servituthævd er, at den hævde vinder en begrænset ret over en fremmed ejendom.³⁹

³² Evald, Servitutretten, 2021, s. 95.

³³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 194-195.

³⁴ En aftale kan ændres eller tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handle måde at gøre den gældende. Det samme gælder andre retshandler, jf. aftalelovens § 36, stk. 1.

³⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 194-195 og Evald, Servitutretten, 2021, s. 97.

³⁶ Hertil kan der henvises til planlovens § 15, stk. 2 om forhold der kan reguleres ved lokalplan.

³⁷ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

³⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

³⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 250.

Hævd betegner også en ophørsgrund for begrænsede rettigheder over fast ejendom i tilfælde, hvor ejeren af den tjenende ejendom i en længere periode har hindret indehaveren af rettigheden i at udnytte den begrænsede ret over ejendommen. Dette kaldes frihedshævd.⁴⁰ ”Ved frihedshævd vinder den hævdende ret til at råde, svarende til den faktiske råden (brug/frihedsbrug), som han har udøvet i hævdstiden”.⁴¹

Hævd er fravigelsen af det almindelige udgangspunkt om, at ejeren har en eksklusiv ret til faktisk og retligt at råde over den faste ejendom,⁴² da ejerens råden begrænses faktisk, når der er tale om servituthævd.

Hævdsreglerne varetager bl.a. indretningshensynet forstået på den måde, at hvis en ejer over en meget lang periode har tolereret den hævdendes uretmæssige råden, må retsordenen på et tidspunkt afspejle de faktiske forhold.⁴³

7.2 Hævdserhvervelsen

Der sondres mellem tre typer hævdserhvervelser, hvilket er ejendomshævd, servituthævd og frihedshævd.⁴⁴ Det er karakteren af den udøvede råden, der er bestemmende for, hvilken ret den hævdende kan erhverve, hvilket også er forklaringen på, at tilstandsservitutter ikke kan stiftes ved (servitut)hævd.⁴⁵ Hævd er betinget af, at den hævdende faktisk har rådet, og derfor kan der i praksis alene vindes (servitut)hævd på rådighedsservitutter. Der kan således ikke vindes (servitut)hævd på tilstandsservitutter, jf. fx U 2001.2584 Ø.⁴⁶ Hævdserhvervelsen er ikke betinget af noget formelt, men indtræder, når hævdstiden er udløbet.⁴⁷ I nedenstående afsnit 7.5 redegøres alene for betingelserne for stiftelse af privatretlig servitut ved servituthævd.

⁴⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

⁴¹ U 2023B.115, s. 6.

⁴² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

⁴³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 811.

⁴⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 836.

⁴⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 812.

⁴⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 838. I samme retning se Evald, Servitutretten, 2021, s. 115.

⁴⁷ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 841.

7.3 Hævdstiden

I dansk ret sondres mellem to former for hævd: ordinær hævd og alderstidshævd. Denne sondring har betydning for, i hvor lang tid en faktisk, kontinuerlig råden skal være udøvet for, at der kan vindes servituthævd.⁴⁸

Regler om ordinær hævd bygger på DL 5-5-1 og DL 5-5-2,⁴⁹ hvoraf følgende fremgår:

D.L. 5-5-1 bestemmer: Hvis Gods og Ejendom nogen haver haft i Haand og Hævd i tyve Aar Ulast og Ukært til Tinge, det beholder hand, uden anden Adkomst at fremvise, angerløst og Uafvundet, med mindre det bevisis, at hand hafde det, enten til Pant eller i Forlæning, eller i Forsvar.

D.L. 5-5-2 bestemmer: Mand kand saa vel paa Brug som paa Ejendom fange Hævd

Ved ordinær hævd er hævdstiden således 20 år, jf. DL 5-5-2, som regnes fra det tidspunkt, da den påberåbte rådighed begynder.⁵⁰ Regler om alderstidshævd bygger derimod på de i retspraksis udviklede regler herom.⁵¹ Ved alderstidshævd er hævdstiden alderstid, dvs. mindst ca. 40-50 år, jf. U 2015.3602 Ø.⁵² Da alderstidshævd ikke er relevant for afhandlingen, vil det ikke blive behandlet yderligere.

7.4 Synbar eller usynbar servitutindretning

Der sondres mellem, om den pågældende rådighed kommer til udtryk ved en synbar servitutindretning eller usynbar servitutindretning.⁵³ Denne sondring har betydning for, om det er hævdstiden efter reglerne om ordinær hævd eller alderstidshævd, der finder anvendelse.

⁴⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 813.

⁴⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 811.

⁵⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 129. Ved hævd på synbare servitutter vil hævdstiden skulle regnes fra det tidspunkt, hvor der etableres en til servitutudøvelsen tjenende indretning (Evald, Servitutretten, 2021, s. 129).

⁵¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 813.

⁵² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 208. Med alderstid forstås en så lang tid, som nulevende menneskers erindring rækker (Evald, Servitutretten, 2021, s. 129).

⁵³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 813 og 839.

Ved servituthævd på bl.a. færdsel må der sondres mellem tre tilfælde:⁵⁴

- 1) Når den hævdedes råden har givet sig til kende ved en synbar indretning, idet hævdstiden så er 20 år, jf. DL 5-5-2 og U 1997.232 Ø.
- 2) Når den hævdedes råden ikke har givet sig til kende ved en synbar indretning, men dog er individualiseret, idet der så kan opnås hævd, men hævdstiden så er ca. 40-50 år, jf. U 2015.3602 Ø.
- 3) Når den udøvede råden hverken er synbar eller individualiseret, idet hævd så ikke kan opnås.

Baggrunden for sondringen må antages at være, at hvis ejeren af ejendommen ikke kender til eller burde kende til den hævdedes råden, har ejeren heller ikke anledning til at gribe ind over for denne råden, hvorefter hævdstiden er længere.⁵⁵

7.5 Hævdsbetingelserne

En privatretlig servitut kan stiftes ved hævd, når hævdsbetingelserne er opfyldt.⁵⁶ Hævdsbetingelserne har ikke hjemmel i Danske Lov, men betingelserne er et resultat af den efterfølgende teoriudvikling og dennes anerkendelse i retspraksis. Som Madsen anfører er udviklingen – som det også er tilfældet ved udviklingen af en lang række andre formueretlige regler – sket i et samspil mellem retspraksis og den juridiske litteratur.⁵⁷

Hævdsbetingelserne fastlægges i retspraksis, hvilket udtrykkeligt fremgår af højesteretsdommen i U 2023.2074 H: ”Efter Danske Lov 5-5-1 kan man efter omstændighederne opnå ejendomsret til et areal ved hævd (ejendomshævd), hvis man har rådet over arealet i 20 år. De nærmere betingelser for at vinde ejendomshævd må fastlægges i retspraksis”.⁵⁸

⁵⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 814 og 208.

⁵⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 814.

⁵⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 207.

⁵⁷ U 2023B.115, s. 2.

⁵⁸ U 2023.2074 H, s. 14.

Betingelserne for at vinde hævde kan kort sammenfattes i fire punkter: (1) at den rådende i hævdstid *kontinuerligt* har udøvet en *faktisk råden*, (2) at denne faktiske råden var *retsstridig* uden at være for uretmæssig, (3) at den faktiske råden lader sig *individualisere*, hvor senere ejere af herskende ejendom dog succederer i tidligere ejers uretmæssige råden, (4) at den faktiske råden ikke er blevet *afbrudt* af ejeren inden hævdstidens udløb. Derudover kræver det at hævde ikke er afskåret som følge af *lovgivningen*, jf. fx U 2002.297/2 H om motorkørsel i statsskove, hvilket ikke er relevant for afhandlingen at behandle yderligere.⁵⁹ Ligeledes, er det ikke relevant for afhandlingen at behandle individualiseret råden yderligere, da der i U 2020.2356 H ikke er tale om hævds erhvervelse til fordel for en nærmere afgrænset gruppe (gruppelhævde).⁶⁰ Faktisk, kontinuerlig råden behandles ikke nærmere grundet pladsmangel.⁶¹

Uretmæssig råden og god tro

Hævde forudsætter, at den hævdes råden er uretmæssig i den forstand, at den udøvede råden ikke er sket i henhold til en aftale med ejeren af den faste ejendom, *der rådes over*, jf. fx U 2021.3506 Ø, hvor råden i en del af hævdsperioden var sket i henhold til aftale (Sagen om Politiforbundet).⁶²

Hævde forudsætter et vist mål af god tro fra den rådendes sides.⁶³ Hævde er ikke udelukket, selv om den hævde ved, at der rådes over fremmed ejendom, jf. U 1992.887 V og MAD 2008.1891

⁵⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 208 og 818.

⁶⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 124. Da hævde er en ret for den hævde, følger heraf modsætningsvis, at der ikke kan vindes hævde for alle og enhver, men kun for en *velafgrænset gruppe*, jf. fx U 2005.2464 H (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 812). Almenheden kan ikke vinde hævde, hvorfor den, som vil påberåbe sig hævde, på en eller anden måde individualisere sin interesse. Dette er navnlig aktuelt ved hævde på færdselsret, hvor den hævde deler færdselsretten med en ubestemt kreds af personer [...] den udøvede råden skal have en *særlig interesse eller betydning for den hævde* (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 814).

⁶¹ Råden skal have været stadig og regelmæssig, jf. U 1998.120 V. Heri ligger et krav om, at det som udgangspunkt er den samme råden, der skal være udøvet i hævdstiden (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 818), at brugen skal som udgangspunkt være udøvet uafbrudt gennem hele hævdstiden og i væsentlig uforandret skikkelse (Evald, Servitutretten, 2021, s. 118). Kravet om stadig og regelmæssig rådighed indebærer, at den hævde skal have optrådt aktivt, og *der kan kun vindes hævde på det, som rådigheden i hele hævdsperioden har omfattet*, jf. U 1997.232 Ø (Evald, Servitutretten, 2021, s. 120).

⁶² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 819-820 og 208.

⁶³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 822.

Ø. Det er derfor formentlig tilstrækkeligt, at den hævden har haft grund til at tro, at rådigheden vil blive tolereret af ejeren.⁶⁴ Det anføres i MRF 2021.210, at ”*ejerens blotte tolerance af en fremmed råden bestyrker den gode tro hos den rådende om retmæssigheden heraf, uden at adfærden derved kan anses for retmæssig*”, hvilket er en kommentar til U 2021.3506 Ø (Sagen om Politiforbundet). Afhandlingen har ikke til formål at inddrage U 2021.3506 Ø nærmere. Ejers passivitet over for den fremmede råden vil kunne opfattes som en stiltiende accept, hvorfor den hævden i denne forstand kan siges at være i god tro.⁶⁵

Endvidere må den uretmæssige råden ikke være for uretmæssig, således at den udøves på en måde, der holdes skjult for ejeren af den tjenende ejendom, hvilket kaldes snighævd.⁶⁶ Er rådighedsudøvelsen ikke synlig for ejendoms ejeren, har ejeren ikke anledning til at skride ind derimod. Snighævd anerkendes ikke, jf. MAD 2019.215 Ø.⁶⁷

Endelig skal der ved uretmæssig råden være ”*udøvet en sådan retsstridig råden, som må kræves til servituthævd*”, hvilket ikke er tilfældet ved foretagelse af almindelig vedligeholdelse, jf. fx MAD 2013.837 Ø.⁶⁸

Afbrydelse

Hævd forudsætter, at den faktiske råden ikke er afbrudt inden udløb af hævdstiden. Ejeren kan gøre udenretlig påtale af servitutretten over for den rådende, hvorefter det ville være op til den rådende, om denne vil efterkomme ejers opfordringen. Derfor er udenretlig påtale ikke (altid) tilstrækkeligt til at afbryde hævdserhvervelsen. Efterkommes ejers opfordring ikke, har ejeren herefter kun to muligheder for at bringe hævdserhvervelsen til ophør. For det første kan ejeren iværksætte retlige skridt. For det andet kan ejeren fysisk hindre den hævdenes råden.⁶⁹

⁶⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 823.

⁶⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 822.

⁶⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 208 og 822.

⁶⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 120.

⁶⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 821.

⁶⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 828. Ejeren kan fysisk afskærme sin ejendom ved fx opsætning af hegn og lignende. Det er dog en forudsætning, at afspærringen er effektiv, og at det fremstår tydeligt, at ejeren blokerer den uretmæssige råden, jf. fx U 1992.887 V, hvor landsretten afviste, at plantning af træer i skel var tilstrækkelige fysiske skridt til at afbryde hævdserhvervelsen (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 828).

8. Privatretlig påtale

Betingelsen for, at den overtagne beføjelse kan tinglyses som servitut, er, at beføjelsen hviler som en forpligtelse på hele den faste ejendom, jf. enhedsgrundsætningen efter TL § 10.⁷⁰

”Et privat dokument skal for at kunne tinglyses efter sit indhold gå ud på at fastslå, stifte, forandre eller ophæve en ret over en bestemt fast ejendom [...] skal fremtræde som udstedt af den, der ifølge tingbogen er beføjet til at råde over den pågældende ret, eller som udstedt med hans samtykke”, jf. TL § 10, stk. 1.

Såfremt servitutten skal tinglyses, gælder der efter TL § 10, stk. 5 visse formkrav og indholdskrav.⁷¹ I medfør af TL § 10, stk. 5 skal et servituddokument altid angive den eller de påtaleberettigede. Konsekvensen af manglende angivelse af den eller de påtaleberettigede er, at servitutten afvises, jf. U 2005.778 V.⁷² Krænkelser af servitutten kan påtales af de påtaleberettigede.⁷³

De påtaleberettigede i henhold til en privatretlig servitut kan håndhæve servitutten ved et civilt søgsmål⁷⁴ og kræve en servitutstridig tilstand bragt til ophør og reetablering af den servitutmæssige tilstand.⁷⁵

Spørgsmålet er herefter, hvem de påtaleberettigede er. Dele af den juridiske litteratur mener, at TL § 10, stk. 5 udtømmende gør op med hvem, der har påtaleret, således at ingen andre end de udtrykkeligt nævnte har påtaleret (*eksklusiv påtaleret*).⁷⁶ Andre dele af den juridiske litteratur hævder dog, at TL § 10, stk. 5 alene er en tinglysningsregel, dvs. at angivelsen af påtaleberettigede

⁷⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 195. Evald anfører, at selv om en servitut hviler på hele ejendommen, jf.

TL § 10, stk. 1, vedrører den ofte geografisk kun *en del af ejendommen*, f.eks. en færdselsret. Hertil henvises til TL § 10, stk. 5, hvoraf fremgår, at servitutens geografiske udstrækning skal angives (Evald, Servitutretten, 2021, s. 138).

⁷¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 196.

⁷² Evald, Servitutretten, 2021, s. 137.

⁷³ Evald, Servitutretten, 2021, s. 137.

⁷⁴ Evald, Servitutretten, 2021, s. 165.

⁷⁵ Evald, Servitutretten, 2021, s. 168.

⁷⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 158.

gør op med, hvem der i medfør af TL § 10, stk. 1, er legitimeret til at ændre, tinglyse eller aflyse servitutten (*tingbogslegitimation*).⁷⁷

Pagh og Haugsted anfører, at ”Den eller de, som berettiges ved servitutten, betegnes den/de servitutberettigede, der i alle tilfælde omfatter den/de påtaleberettigede.⁷⁸ Der ville være tilfælde, hvor andre end den påtaleberettigede må anses for materielt begunstiget af en privatretlig servitut, jf. bl.a. Evald, s. 49 og 158 ff.”.⁷⁹ Evald anfører, at ”Den berettigede henhold til en servitut betegnes den servitutberettigede eller den materielt berettigede [...]”.⁸⁰ Von Eyben gør gældende, at servitutberettigede og materielt berettigede er sammenfaldende, da den servitutberettigede er materielt berettiget i henhold til servitutten.⁸¹

Hertil kan anføres, at der ikke (altid) er sammenfald mellem servitutberettigede, som omfatter påtaleberettigede, og materielt berettigede f.eks. hvor en servitutret er ophørt, men uden aflysning. Når påtaleberettiget er legitimeret ifølge tingbogen, betyder det ikke altid, at vedkommende også er materielt berettiget, da der kan være uoverensstemmelse mellem legitimationen og den materielle ret, hvilket analyseres i afsnit 11.4.

Det findes ikke relevant for afhandlingen at komme nærmere ind på civilretlig håndhævelse af servitutter og ”trepartsforhold”,⁸² det kan dog kort bemærkes, at der i den juridiske litteratur er uenighed om, hvorvidt materielt begunstigede kan håndhæve servitutretten.⁸³

⁷⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 158 og 160.

⁷⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 186.

⁷⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 186, fodnote 7.

⁸⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 49.

⁸¹ Evald, Servitutretten, 2021, s. 159.

⁸² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 219.

⁸³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 219 og Evald, Servitutretten, 2021, s. 158-159.

9. Ophør af privatretlig servitut ved passivitet

9.1 U 2020.2356 H (Byretten)

Privatretlige servitutter kan bortfalde ved passivitet, hvilket forudsætter, at den påtaleberettigede er klar over, at servitутten krænkes, og trods viden herom i længere tid forholder sig passiv.⁸⁴

Spørgsmålet er, om en tilstandsservitut kan bortfalde ved passivitet, hvilket blev prøvet i byretten ved den anlagte sag den 19. maj 2017. Ejere af herskende ejendom (A og B) havde nedlagt påstand ”om, at de sagsøgte, C og D, indenfor en af retten fastsat frist skal bringe det servitutbelagte område i overensstemmelse med servitутten dateret den 16. juni 1933”. Ejere af tjenende ejendom (C og D) havde nedlagt påstand om *frifindelse*.⁸⁵

Ejere af tjenende ejendom havde bl.a. gjort gældende:

*”at de ved frihedshævd er frigjort for den forpligtelse, der følger af udsigtsservitутten, [...] idet servitутten ikke er efterlevet eller påberåbt af den herskende ejendom i hvert fald i de sagsøgtes ejertid på ca. 35 år frem til, at sagsøgerne påtalte denne i april-maj 2017”.*⁸⁶

Af byrettens begrundelse fremgår der intet om, at servitутten var bortfaldet efter reglerne om hævd. Derimod fremgår det bl.a., at retten har lagt vægt på, at der ”ikke er fremført forklaringer eller bevis for, at overholdelse af servitутten er blevet påtalt” hverken af tidligere eller nuværende ejere af herskende ejendom før henvendelserne i april-maj 2017. Herefter frifandt byretten ejere af tjenende ejendom.⁸⁷ Af præmisserne kan det udledes, at retten har lagt vægt på passivitet, idet ejere af herskende ejendom ikke har påtalt servitутten, hvilket må hænge sammen med måden sagen blev procederet for retten.

⁸⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 251.

⁸⁵ U 2020.2356 H, s. 1.

⁸⁶ U 2020.2356 H, s. 4.

⁸⁷ U 2020.2356 H, s. 4.

Byrettens resultat er dog bemærkelsesværdigt, da der sker anerkendelse af passivitet som ophørsgrund, hvilket normalt ikke anerkendes, jf. U 1992.800 Ø om overskridelse af højdebegrænsning i 15 år.⁸⁸

Som nævnt i afsnit 5, er den i servituten indeholdte forpligtelse *tinglig* og hviler som en rettighed på den tjenende ejendom, hvorfor en tinglyst servitut ikke er omfattet af forældelseslovens regler om forældelse af fordringer, jf. MAD 2015.510 V.⁸⁹ Hertil kan bemærkes, at forældelsesreglerne alene er båret af passivitet.⁹⁰ Som hovedregel afvises passivitetsindsigelser, da passivitetshensynet som udgangspunkt varetages ved reglerne om frihedshævd, og da der er tale om en tinglyst ret som ikke forældes, jf. MAD 2015.510 V.⁹¹

Forældelsesfristen ved fordringer er som udgangspunkt 3 år, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1. Undtagelsen er dog bl.a. ved suspension af forældelsesfristen, hvorefter fristen udskydes til det tidspunkt, hvor fordringshaveren blev bekendt med eller burde kende til sit krav, jf. lovens § 3, stk. 2. Varigheden af suspensionen begrænses dog af en absolut frist, hvilket som hovedregel er 10 år, jf. lovens § 3, stk. 3, nr. 2-4.⁹² Retsvirkningen ved forældelse er, at fordringshaveren mister sin ret til at kræve opfyldelse, jf. lovens § 23, stk. 1.⁹³

⁸⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 252.

⁸⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185. ”En servitutret kan efter sit indhold ikke betegnes som en fordringsret og er derfor uforældelig” (Betænkning om forældelse, 2005, s. 379).

⁹⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 812.

⁹¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 251.

⁹² Fordringshaveren kan afbryde forældelsen inden 3 år eller senest inden 10 år, jf. § 15-18. Når forældelsen afbrydes, løber en ny forældelsesfrist, som er 10 år, jf. forældelseslovens § 5, jf. § 19, stk. 1.

⁹³ Der sondres mellem reklamationsfrist og forældelsesfrist, og den ene frist udelukker ikke den anden frist.

Eksempelvis efter AB 18 § 49, stk. 2, skal bygherren reklamere *inden rimelig tid* (efter, at manglerne er eller burde være opdaget), hvilket er ca. 3 måneder (relative reklamationsfrist) (Jost Buch, mfl., AB18, s. 2021, s. 769).

Efter AB 18 § 55, stk. 1, er den absolutte reklamationsfrist 5 år. Reklamationsfrist kan give fx en bygherre falsk tryghed om, at fordringsretten består (Jost Buch, mfl., AB18, 2021, s. 818). Selv om der er reklameret rettidigt skal der foretages afbrydelse inden forældelsesfristens udløb, for at undgå forældelse.

Ved fordringer beror det således på bl.a. forældelsesfristen efter forældelsesloven, hvor lang tid fordringshaveren skal forholde sig passiv for, at fordringsretten fortabes. Ved servitutter beror det på ”*servituttens indhold og krænkelsens karakter, hvor lang tid den påtaleberettigede skal forholde sig passiv for, at [servitut]retten fortabes*”.⁹⁴

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at en tinglyst servitut ikke er omfattet af forældelseslovens regler om forældelse af fordringer, jf. MAD 2015.510 V, hvorfor der ikke gælder nogen forældelsesfrister for servitutter. Endvidere kan det lægges til grund, at der for servitutter gælder reglerne om ordinær hævd i Danske Lov og hævdsbetingelserne, som er fastsat i retspraksis, der varetager passivitetshensynet, hvorfor passivitet som ophørsgrund afvises som hovedregel.

Hertil kan der henvises til afsnit 10.1.6 om landsrettens begrundelse og resultat vedrørende manglende påtale.

10. Ophør af privatretlig servitut ved frihedshævd

10.1 U 2020.2356 H (Landsretten)

10.1.1 Ophør af tilstandsservitutter ved frihedshævd

Spørgsmålet er herefter, om tilstandsservitutter (om beplantningshøjde) kan bortfalde som følge af frihedshævd, hvilket blev prøvet i landsretten.

Efter byretten afsagde dom om, at de servitutberettigede (A og B) ved passivitet havde fortabt retten til at påberåbe sig servitутten, ankede A og B sagen til landsretten med principal påstand om, at servitutforpligtede (C og D) skal ”[...] bringe det servitutbelagte område i overensstemmelse med servitутten [...]” og med subsidiær påstand om, at ”[...] beskære de af landsretten udpegede planter til en af landsretten udvalgt højde”.⁹⁵

⁹⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 251.

⁹⁵ U 2020.2356 H, s. 5.

C og D har overfor de servitutberettigedes påstand anført: ”i tilknytning til frifindelsespåstanden nedlagt selvstændig påstand om, at A og B tilpligtes at anerkende, at C og D [...] har vundet frihedshævd i relation til beskæring af vegetation i det omtvistede servitutareal[...]”.⁹⁶

Af landsrettens begrundelse og resultatet fremgår bl.a. følgende:

”at C og Ds svar på A og Bs henvendelser i maj 2017 er behæftet med sådanne forbehold, at svaret ikke kan anses for en accept af, at servituten fortsat var gældende [...],⁹⁷ at ejerne af den tjenende ejendom i relation til den herskende ejendom synbart og vedvarende har rådet i strid med servituten [...] - i hvert fald i mere end 20 år forud for den 1. juni 2015 [...],⁹⁸ og ”at den påberåbte forpligtelse efter servituten [ikke] er blevet påtalt af ejerne af den herskende ejendom på noget tidspunkt forud for april 2017, hvor A og B tidligst påtalte den manglede efterlevelse af servituten. Forpligtelsen for den tjenende ejendom til i medfør af servituten at sikre, at træer og planter m.v. i servitutområdet ikke overstiger tre meter i højden, er derfor bortfaldet ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd”.⁹⁹

Det må efter landsrettens dom antages, at det ikke kun er rådighedsservitutter, men også tilstandsservitutter, der kan bortfalde ved frihedshævd.¹⁰⁰

Ifølge Brobergs analyse er der i den juridiske litteratur uenighed om, hvorvidt der kan vindes frihedshævd mod tilstandsservitutter, jf. formuleringen ”Denne tilsyneladende uenighed i den juridiske litteratur er dog næppe reel”.¹⁰¹ Broberg antager, at ”frihedshævd alene kan gøres gældende over for rådighedsservitutter; ikke over for tilstandsservitutter”, og i denne opfattelse støtter sig til forfatterne Illum og Evald.¹⁰²

⁹⁶ U 2020.2356 H, s. 5.

⁹⁷ U 2020.2356 H, s. 9

⁹⁸ U 2020.2356 H, s. 9

⁹⁹ U 2020.2356 H, s. 10.

¹⁰⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 839.

¹⁰¹ U 2022B.347, s. 4.

¹⁰² U 2022B.347, s. 4.

Madsen påpeger, at ”En nærmere undersøgelse af litteraturen viser dog, at det generelt er opfattelsen, at der kan vindes frihedshævd mod tilstandsservitutter. Antagelsen er så massivt repræsenteret i teorien, at det i sig ville være bemærkelsesværdigt, hvis Illum og Jens Evald uden videre angivelser måtte mene noget andet, hvad de dog næppe heller gør”.¹⁰³

Ifølge Madsen er der ”en række forfattere [som] udtrykkeligt [anfører], at der kan vindes frihedshævd over en tilstandsservitut. Broberg nævner her Vinding Kruse, Krag Jespersen og Gam Madsen”.¹⁰⁴ Til de af Broberg anførte eksempler føjer Madsen af ældre juridisk litteratur: Ramhøj, Torp, Algreen-Ussing, Gram og Matzen, og af nyere juridiske litteratur, som har tiltrådt Østre Landsrets afgørelse, trykt i U 2020.2356 H, henvises til Jens Evald og Peter Pagh og Thomas Haugsted. Endvidere henviser Madsen til U 2023.534 Ø, hvor landsretten ligeledes antog, at der kunne vindes frihedshævd over en tilstandsservitut om højden på beplantning, hvilket i sagen medførte, at deklARATIONEN blev begrænset, men ikke faldt bort.¹⁰⁵

Evald anfører, at ”Det er fast antaget i den juridiske litteratur og i retspraksis, at servitutter kan bortfalde ved frihedshævd”.¹⁰⁶ Der er fast praksis for, at ejeren af den tjenende ejendom kan vinde frihedshævd i forhold til en rådighedsservitut, når hævdsbetingelserne er opfyldt, jf. fx MAD 2015.286 V.¹⁰⁷ Ifølge Peter Pagh, har det dog ”været uklart, om ejeren af den tjenende ejendom ved sin råden over den tjenende ejendom også kan vinde frihedshævd i forhold til en tilstandsservitut, der ikke giver den berettigede en råden over ejendommen, men alene forpligter ejeren af den tjenende ejendom til at undlade en bestemt råden [...]”.¹⁰⁸

Af ovenstående må det udledes, at der er enighed om, at der kan vindes frihedshævd over tilstandsservitutter, men at det - før landsretsdommen i U 2020.2356 H - har været uklart om der kunne vindes frihedshævd over tilstandsservitutter.

¹⁰³ U 2023B.115, s. 2.

¹⁰⁴ U 2023B.115, s. 8.

¹⁰⁵ U 2023B.115, s. 8.

¹⁰⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 237.

¹⁰⁷ MAD 2019.109/1, s. 4-5.

¹⁰⁸ MAD 2019.109/1, s. 5.

Madsen anfører, at Brobergs ”oplevede uenighed i teorien synes dog at skyldes, at forfatteren (Broberg) læser litteraturen i lyset af den af ham opstillede formodning om, 1) at hjemlen til frihedshævd skal findes i en analogi af Danske Lovs bestemmelser om ejendoms- og servituthævd, 2) at Danske Lovs bestemmelser om ejendoms- og servituthævd ikke omfatter tilstandsservitutter, og 3) at der for frihedshævd derfor heller ikke kan være hjemmel til at omfatte tilstandsservitutter”.¹⁰⁹

I det følgende argumenteres der for, 1) at hjemlen til frihedshævd findes i Danske Lovs bestemmelser om ejendoms- og servituthævd, 2) at Danske Lovs bestemmelser om ejendoms- og servituthævd ikke omfatter (servitut)hævd på tilstandsservitutter, og 3) Danske Lovs bestemmelser omfatter dog (friheds)hævd over tilstandsservitutter.

10.1.2 Hjemlen til frihedshævd

Spørgsmålet er herefter, 1) om hjemlen til ordinær frihedshævd skal findes i en analogi af reglerne om hævd i Danske Lov, som antaget af Broberg i U 2022B.347, eller direkte i Danske Lov, som antaget af Madsen i U 2023B.115.

Det fremgår af landsrettens resultat, at tilstandsservituten var bortfaldet ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd:

*”[...] Forpligtelsen for den tjenende ejendom til i medfør af servituten at sikre, at træer og planter m.v. i servitutområdet ikke overstiger tre meter i højden, er derfor bortfaldet ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd”.*¹¹⁰

Landsretten henviser således til ”en analogi af reglerne om ordinær hævd” og ikke direkte til DL 5-5-1 og 5-5-2. Hertil kan inddrages Brobergs artikel, hvor han antager, at dette ”mest nærliggende må forstås sådan, at de ulovbestemte regler om frihedshævd støttes på en analogi til reglerne om ordinær hævd i Danske Lov med de begrænsninger, som dette indebærer”.¹¹¹ Broberg anfører, at ”Ordinær ejendoms- og servituthævd er hjemlet ved Danske Lov, som fastslår, at der kan vindes

¹⁰⁹ U 2023B.115, s. 8.

¹¹⁰ U 2020.2356 H, s. 10.

¹¹¹ U 2022B.347, s. 4.

hævd »saa vel paa Brug som paa Ejendom«”.¹¹² Broberg antager således, som Madsen fremfører, *”dels at ejendoms- og servituthævd er hjemlet ved Danske Lov, dels at reglerne om frihedshævd hviler på en analogi af disse regler om hævd i Danske Lov”*.¹¹³

Som Madsen også anfører i sin artikel, underbygger Broberg ikke sin antagelse, *”hvorefter hjemlen for frihedshævd skal findes i en analogi af bestemmelserne i Danske Lov, med henvisninger til den juridiske litteratur”*.¹¹⁴ I det følgende inddrages ældre og nyere juridisk litteratur samt Danske Lov for at besvare spørgsmålet om, hvorvidt hjemlen skal findes i en analogi i Danske Lov eller direkte i Danske Lov.

Som tidligere nævnt, i afsnit 7.3, sondres der mellem to former for hævd: ordinær hævd og alderstidshævd, hvilket har betydning for, i hvor lang tid en faktisk, kontinuerlig råden skal være udøvet,¹¹⁵ og at de gældende regler om ordinær hævd bygger på DL 5-5-1 og DL 5-5-2.¹¹⁶

Madsen anfører, at *”bestemmelserne i Danske Lov ikke [kan] betragtes isoleret”*.¹¹⁷

Af D.L. 5-5-1 fremgår bl.a. følgende: *”Hvis Gods og Ejendom nogen haver haft i Haand og Hævd i tyve Aar. [...]”*.

D.L. 5-5-2 bestemmer: *”Mand kand saa vel paa Brug som paa Ejendom fange Hævd”*.

Bestemmelsen tager ikke stilling til, *”hvilke genstande der kan vindes hævd på (der tales almindeligt om »gods og ejendom«)*”.¹¹⁸ Vinding Kruse anfører bl.a., at *”D L 5-5-1 handler om ejendom, fast ejendom og løsøre [...]”*.¹¹⁹ Derimod fremfører Illum, at *”[...] DL 5-5-1 sigter*

¹¹² U 2022B.347, s. 3.

¹¹³ U 2023B.115, s. 5.

¹¹⁴ U 2023B.115, s. 5.

¹¹⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 813.

¹¹⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 811.

¹¹⁷ U 2023B.115, s. 2.

¹¹⁸ W.E. von Eyben, Miljøret, 1978, s. 359.

¹¹⁹ Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. bind, 1951, s. 527.

direkte kun mod hævd på fast ejendom".¹²⁰ Det antages, at der kan vindes hævd på rettigheder, der ikke består i rådighed over en ting, herunder panteret eller fordringsret.¹²¹

Heraf kan det udledes, at hævd kan vindes både på ting og rettigheder, og at en tinglig ret knytter sig til et formuegode, hvilket f.eks. kan være løsøre eller fast ejendom. En tinglig ret er derfor f.eks. en ejendomsret, panteret eller servitutret.¹²² Ud fra ovenstående kan det endvidere udledes, at der i den juridiske litteratur er uenighed om, hvilken aktivtyper der kan vindes hævd over efter DL 5-5-1, som Madsen ligeledes anfører i sin artikel.¹²³

Illum anfører, at "*Når der tales om, at nogen skal have ejendom i hånd og hævd, betyder det, at han skal have udøvet en ejers rådighed*".¹²⁴ Evald fremfører, at "*hovedreglen om (ejendoms)hævd findes i DL 5-5-1*".¹²⁵ Heraf kan udledes, at der kan opnås ejendomsret ved hævd, hvis der er udøvet en ejers råden, jf. U 1992.887 V, hvor den hævde havde vundet ejendomshævd på en jordstrimmel på naboens grund/side af det matrikulære skel, som den hævde havde benyttet til køkkenhave.¹²⁶

Ud fra ovenstående kan det udledes, at DL 5-5-1 omfatter ordinær ejendomshævd.

Hertil kan nævnes Illum, som påpeger, at "*Lovens hævd [...] næppe [har] været anvendt på servitutbrug i tiden før Danske Lov*".¹²⁷ Endvidere påpeges, at der "*I D. L. sker [...] en afgørende Forandring i de bestaaende Hævdsregler ved Bestemmelsen i 5-5-2 [...]. Nu overføres den tidligere tyveaarige Ejendomshævd til Servitutter*".¹²⁸ Det fremgår nu udtrykkeligt af DL 5-5-2, at reglerne

¹²⁰ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 428.

¹²¹ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 429.

¹²² Krag Jespersen, hævd, 1977, s. 1. Desuden kan der henvises til Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 185 (om "*tinglig*").

¹²³ U 2023B.115, s. 3.

¹²⁴ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 428.

¹²⁵ Evald, Servitutretten, 2021, s. 114.

¹²⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 822 og 836.

¹²⁷ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 421.

¹²⁸ Illum, Servitutter, 1943, s. 18 og senest gentaget i Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 421.

om ordinær hævd også gælder ”paa Brug”.¹²⁹ W.E. von Eyben anfører, at der med ”paa Brug” må ”*efter den tidligere sprogbrug tænkes på servitutrettigheder (»partielle brugsrettigheder«)*”.¹³⁰ Formuleringen ”paa Brug” og ”paa Ejendom” efter DL 5-5-2 må ifølge Peter Pagh forstås således, at (hævds)erhvervelsen både kan være til en begrænset rådighed (brug) og til ejendom.¹³¹ Heraf kan det udledes, at DL 5-5-2 omfatter såvel servituthævd som ejendomshævd.

På den ene side kan det argumenteres, at bestemmelserne i Danske Lov kan læses isoleret set som f.eks., når der er tale om ejendomshævd, da ejendomshævd både fremgår af DL 5-5-1 og 5-5-2. På den anden side kan det argumenteres, at bestemmelserne ikke kan betragtes isoleret set, når der f.eks. er tale om servituthævd, da DL 5-5-1 omfatter hævdstiden 20 år og DL 5-5-2 omfatter servituthævd, jf. formulering ”paa Brug” i DL 5-5-2.

Ud fra ældre og nyere juridiske litteratur og ud fra ordlydsfortolkning efter den tidligere sprogbrug, kan det lægges til grund, at ordinær servitut- og ejendomshævd har direkte hjemmel i Danske Lov, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2.

Spørgsmålet er herefter, om ordinær frihedshævd også har direkte hjemmel i Danske Lov.

Illum anfører, at ”*I dansk retslitteratur og retspraksis har det stedse været antaget, at bestemmelsen i D.L. 5-5-2 ikke blot hjemler, at rettigheder over en ting kan stiftes ved hævd, men tillige, at de kan bortfalde ved frihedshævd, når ejeren af tingen gennem hævdstid har rådet over tingen på en sådan måde, hvormed servituttens fortsatte udøvelse ville være uforenelig. Grundlaget er således den af ejeren udøvede brug*”.¹³² Endvidere anfører han, at ”*hjemmel for frihedshævd er D. L. 5-5-2, der ogsaa maa omfatte Hævd paa den af Ejeren udøvede Brug*”.¹³³ Grundlaget for frihedshævd er

¹²⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 838.

¹³⁰ W.E. von Eyben, Miljøret, 1978, s. 359.

¹³¹ Pagh, Miljøretten, 2006, s. 196.

¹³² Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 476 og gentaget i Illum, Servitutter, 1943, s. 249, hvor der her henvises til Algreen-Ussing s. 206 ff., Gram s. 484 ff., Matzen s. 443 ff., Torp S. 526 ff.

¹³³ Illum, Servitutter, 1943, s. 249.

således den af ejeren (af den tjenende ejendom) udøvede faktiske brug (frihedsbrug), som er uforenelig med servituttens fortsatte udøvelse, som Madsen også anfører.¹³⁴

Ud fra ovenstående kan det udledes, at frihedshævd forudsætter en ”brug” af ejeren af den tjenende ejendom, og at frihedshævd har direkte hjemmel i DL 5-5-2, da det omfatter den faktiske råden (brug/frihedsbrug), som ejeren har udøvet.

Madsen anfører, at det af Broberg fremførte synspunkt - om, at frihedshævd hviler på en analogi af reglerne om ordinær hævd i Danske Lov - ”*har begrænset støtte i litteraturen*”.¹³⁵

Ovenstående betragtninger viser, at ”*der i den juridiske teori ikke nødvendigvis er enighed om, hvorvidt hjemlen kan findes i Danske Lov, selvom der er enighed om indholdet af den pågældende hævdsregel*”, hvilket Madsen også anfører i sin artikel.¹³⁶ Men generelt er opfattelsen i den ældre juridiske litteratur, at hjemlen til frihedshævd følger direkte af Danske Lov 5-5-2.

Samlet set kan det lægges til grund, at der i den juridiske litteratur er en generel opfattelse af, at det ikke kun er ordinær servituthævd og ejendomshævd, som har direkte hjemmel i Danske Lov, men at ordinær frihedshævd også har direkte hjemmel i Danske Lov, jf. formuleringen ”paa Brug” i DL 5-5-2. Det er afhandlingens opfattelse, at synspunktet om, at hjemlen findes direkte i Danske Lov har generel støtte i den juridiske litteratur, hvorfor der ikke tilsluttes til Brobergs synspunkt.

10.1.3 Hjemlen til frihedshævd over tilstandsservitutter

Spørgsmålet er herefter, om der i Danske Lovs bestemmelser er hjemmel til at omfatte frihedshævd over tilstandsservitutter.

Broberg argumenterer for, at ”*frihedshævd alene kan gøres gældende over for rådighedsservitutter; ikke over for tilstandsservitutter*”.¹³⁷ I denne opfattelse støtter forfatteren sig til bl.a. Knud Illum,

¹³⁴ U 2023B.115, s. 6. Desuden kan der henvises til Evald, Dansk servitutret, 1992, s. 63.

¹³⁵ U 2023B.115, s. 2.

¹³⁶ U 2023B.115, s. 3.

¹³⁷ U 2022B.347, s. 4.

hvor der henvises til, at *"der efter D.L. ikke kan vindes hævd på en tilstand, men alene på en brug"*.¹³⁸ Hertil kan det kort bemærkes, at Illums citat er en indvending mod Vinding Kruses opfattelse af ejer af herskende ejendoms *"ikke-udøvelse"* i hævdstiden¹³⁹ - *"den faktiske tilstand"*¹⁴⁰ - af servitutten er tilstrækkelig til at vinde frihedshævd.¹⁴¹ Som Madsen også fremfører det, er det *"ikke retvisende, når Broberg til underbygning af sin udlægning af Illum [...]"* kommer med dette nævnte citat, da *"Det af [Broberg] indsatte citat fra Illum vedrører hverken tilstandsservitutter eller sondringen mellem rådighedsservitutter og tilstandsservitutter"*.¹⁴²

Heraf kan det udledes, at Brobergs opfattelse er, at da der ikke kan vindes (servitut)hævd på tilstandsservitutter, kan der heller ikke vindes (friheds)hævd på tilstandsservitutter. Som tidligere nævnt, er det Brobergs opfattelse, at servituthævd efter Danske Lov ikke omfatter tilstandsservitutter, og at der *derfor* heller ikke for frihedshævd over tilstandsservitutter kan være hjemmel i Danske Lov.¹⁴³

Pagh og Haugsted fremfører, at *"Ved [servitut]hævd erhverver den, der i længere tid har udøvet en uberettiget råden over fremmed ejendom, [...] en ret over ejendommen svarende til den udøvede råden"*.¹⁴⁴ Som en parallel mellem servituthævd og frihedshævd nævner Madsen, at *"Ved (friheds)hævd vinder den hævdeende ret til at råde, svarende til den faktiske råden (brug/frihedsbrug), som han har udøvet i hævdstiden"*.¹⁴⁵

Som tidligere nævnt i afsnit 7.2, er det karakteren af den udøvede råden, der er bestemmende for, hvilken ret den hævdeende kan erhverve, hvilket også er forklaringen på, at tilstandsservitutter ikke kan stiftes ved hævd.¹⁴⁶ For at vinde servituthævd er det en betingelse, at den hævdeende faktisk har

¹³⁸ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 477.

¹³⁹ Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. bind, 1951, s. 533.

¹⁴⁰ Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. bind, 1951, s. 526.

¹⁴¹ U 2023B.115, s. 2.

¹⁴² U 2023B.115, s. 8.

¹⁴³ U 2023B.115, s. 8.

¹⁴⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

¹⁴⁵ U 2023B.115, s. 6.

¹⁴⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 812.

rådet. Der kan ikke stiftes en tilstandsservitut ved hævde, da en tilstand på ejendommen som f.eks. beplantningshøjde på max 2 meter ikke skyldes den hævdedes uberettigede råden, men derimod ejeren af den tjenende ejendoms disponering over sin egen ejendom, når ejeren vælger at beskære sin beplantning til 2 meter i løbet af årene. Den hævdede udøver således ikke en råden, og derfor kan der i praksis kun vindes (servitut)hævde på rådighedsservitutter.¹⁴⁷ Der kan således tilsluttes det af Madsen fremførte, at *”en tilstandsservitut ikke etableres ved hævde, fordi en tilstand på ejendommen ikke skyldes den hævdedes uberettigede råden”*.¹⁴⁸

For at vinde frihedshævde er det *”en almindelig betingelse, at den hævdede udøver rådighed i strid med den berettigedes ret”*, som Madsen angiver i sin artikel.¹⁴⁹ Derfor kan frihedshævde fortrænge både rådighedsservitutter og tilstandsservitutter, da der i begge tilfælde kan udøves en råden.¹⁵⁰

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at der for frihedshævde er hjemmel til at omfatte tilstandsservitutter, da ejeren af den tjenende ejendom kan udøve en faktisk råden i strid med den berettigedes ret (brug/frihedsbrug) til at kræve en bestemt tilstand på ejendommen.

10.1.4 Aktiv råden

Spørgsmålet er herefter, hvad betingelserne er for at vinde frihedshævde.

Ifølge Illum,¹⁵¹ som ovenfor nævnt i afsnit 10.1.2, og som det også fremgår af nyere juridisk teori, er betingelserne for frihedshævde, at ejeren af den tjenende ejendom gennem hævdstiden har rådet over sin ejendom på en sådan måde, som er uforenlig med servitutens fortsatte udøvelse.¹⁵² Evald anfører, med henvisning til U 2020.2356 H, at ejeren af den tjenende ejendom skal råde aktivt, men

¹⁴⁷ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 838. I samme retning se Evald, Servitutretten, 2021, s. 115.

¹⁴⁸ U 2023B.115, s. 7.

¹⁴⁹ U 2023B.115, s. 7.

¹⁵⁰ Madsen stiller forholdet op således: Der kan vindes hævde over for rådighedsservitutter, da ejeren af den tjenende ejendom ved at råde over sin ejendom kan handle i strid med den servitutberettigedes rådighedsret. Der kan vindes hævde over for tilstandsservitutter, da ejeren ved at råde over sin ejendom kan handle i strid med den servitutberettigedes ret til at kræve en bestemt tilstand på ejendommen (U 2023B.115, s. 7).

¹⁵¹ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 476. I samme retning se Illum, Servitutter, 1943, s. 249.

¹⁵² Evald, Servitutretten, 2021, s. 237.

Evald forholder sig ikke til problemstillingen om tilstandsservitutter (om beplantningshøjde), hvilket der tages stilling til i det følgende.

Udover de nævnte betingelser anfører bl.a. Evald, at hævdsbetingelserne kommer ”analogt til anvendelse på frihedshævd”.¹⁵³ Hertil kan der henvises til afsnit 7.5 om hævdsbetingelserne. På baggrund af den juridiske litteratur kan det således udledes, at hævdsbetingelserne for servituthævd anvendes analogt på frihedshævd.

Betingelsen om, at ejeren af den tjenende ejendom skal have rådet over sin ejendom, betyder, at grundlaget er den af ejeren udøvede brug.¹⁵⁴ også kaldet ”frihedsbrug”¹⁵⁵ og ”modbrug”, og ikke ejeren af den herskende ejendoms manglende brug.¹⁵⁶ Pagh og Haugsted anfører, at ”*det kræves, at indehaveren af rettigheden effektivt har været afskåret fra at udøve sin begrænsede ret, og at denne hindring skyldes en aktiv råden fra ejeren af den tjenende ejendom*”.¹⁵⁷ Heraf kan det udledes, at ejeren af den tjenende ejendom selv skal udøve en råden/brug, men at det ikke er enhver form for brug, der opfylder betingelsen, da der heri ligger et krav om, at ejeren skal råde aktivt således, at den berettigede effektivt bliver afskåret fra sin begrænsede ret.

Det fremgår bl.a. af landsrettens præmisser at:

*”ejerne af den tjenende ejendom i relation til den herskende ejendom synbart og vedvarende har rådet i strid med servitутten [...] - i hvert fald i mere end 20 år [...]”,¹⁵⁸ og at ”servitутten [ikke] er blevet påtalt af ejerne af den herskende ejendom”, hvorfor en tinglyst tilstandsservitut, hvorefter ”*træer og planter m.v. i servitutområdet ikke overstiger tre meter i højden, er derfor bortfaldet ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd*”.¹⁵⁹*

¹⁵³ Evald, Servitutretten, 2021, s. 237. I samme retning se Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 478.

¹⁵⁴ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 476.

¹⁵⁵ U 2023B.115, s. 6.

¹⁵⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 238. Det af Evald anførte: ”Manglende brug” må forstås som ”ikke-udøvelse” (Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. bind, 1951, s. 533).

¹⁵⁷ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 839.

¹⁵⁸ U 2020.2356 H, s. 9.

¹⁵⁹ U 2020.2356 H, s. 10.

Peter Pagh anfører følgende til dommens præmisser: ”Holder man sig til almindelige betingelser for hævd og sidestiller ejeren af den tjenende ejendoms retsstridige råden med den retsstridige råden, der danner grundlag for servituthævd, kan denne del af dommen tiltrædes”¹⁶⁰ Ligeledes anfører Madsen: ”Tages der udgangspunkt i betingelserne for at stifte rettigheder ved hævd, og hvordan betingelserne med de fornødne tilpasninger kan overføres på frihedshævd, kan svaret forekomme nærliggende:

Det er en almindelig betingelse for at vinde hævd, at den hævdende udøver rådighed i strid med den berettigedes ret. [...]

*Det er en almindelig betingelse for at vinde frihedshævd, at den hævdende [dvs. ejeren af den tjenende ejendom] udøver rådighed i strid med den berettigedes ret (frihedsbrug)”.*¹⁶¹

Heraf kan det udledes, at det er den almindelige betingelse for servituthævd om uretmæssig råden, der begrundet frihedshævd, hvilket uddybes i analysen nedenfor.

U 2020.2356 H omhandler en tinglyst servitut i 1933, som blev lavet som en betingelse for udstykning af den herskende ejendom¹⁶². Efter servituttens stiftelse plantede ejeren af den tjenende ejendom - i forbindelse med anlæggelsen af haven i ca. 1934 – et takstræ.¹⁶³ Da træet blev plantet, var det ikke over 3 m over jordoverfladen. Ifølge sagkyndigerklæring vokser (taks) træer hurtigt i starten derefter langsommere og langsommere, og det vil ca. tage otte år for en taks at nå op i tre meters højde.¹⁶⁴ Skønsmanden vurderede, at taksen omkring 1942 har været højere end 3 meter.¹⁶⁵ Der er udarbejdet et skema, som beskriver vegetationen der er i servitutområdet, og heraf fremgår det, at taksen er 6 meter høj, og ca. 4 meter af kronen skærmer for udsyn til sø (ind over det servitutbelagte areal).¹⁶⁶ Af de servitutberettigedes forklaringer fremgår det, at de i 2017 besluttede sig for at gøre noget ved udsigten, da den manglende udsigt generede dem. Den største gene er bl.a. takstræet.¹⁶⁷

¹⁶⁰ MAD 2019.109/1, s. 5.

¹⁶¹ U 2023B.115, s. 7.

¹⁶² U 2020.2356 H, s. 3.

¹⁶³ U 2020.2356 H, s. 5.

¹⁶⁴ U 2020.2356 H, s. 8.

¹⁶⁵ U 2020.2356 H, s. 5.

¹⁶⁶ U 2020.2356 H, s. 1.

¹⁶⁷ U 2020.2356 H, s. 3.

Af sagsfremstillingen fremgår den tinglyste servitut af 22. juni 1933:

*”[...] Paa den Del af Ejendommens Grund [...], maa der ikke opføres noget Beboelseshus [...], [...] ej heller maa der [...] anbringes Plantninger, Hegn, eller nogetsomhelst andet af en større Højde end 3 m over de nuværende Terrainhøjder. Paataleberettiget efter denne Servitut er den til enhver Tid værende Ejer at nævnte Ejendom”.*¹⁶⁸

Som nævnt i afsnit 5, er der ved tilstandsservitutter tale om, at ejeren af den tjenende ejendom bliver pålagt en ”*negativ rådighedsbegrænsning*” over ejendommen.¹⁶⁹ Ved en tilstandsservitut er ejeren af den tjenende ejendom forpligtet til at opretholde en bestemt tilstand, f.eks. at træer ikke overstiger en bestemt højde,¹⁷⁰ eller ikke at etablere en bestemt tilstand, eksempelvis at der ikke må bygges over en vis højde, at der ikke må plantes høje træer,¹⁷¹ eller at en ejendom ikke må anvendes til bestemte formål.¹⁷²

Servitutaftaler fortolkes med udgangspunkt i ordlyd og formål. Er servitutaftalen uklar, finder de almindelige fortolkningsregler anvendelse, herunder uklarhedsreglen og minimumsreglen.¹⁷³ I forhold til den foreliggende situation fremgår det af den tinglyste servitut af 1933 - ud fra en ordlydsfortolkning - at ejeren af den tjenende ejendom ikke må anbringe plantninger mv. mere end 3 m over de nuværende terrainhøjder. Ordene skal forstås i den naturlige og sædvanlige forståelse af ord, begreber og vendinger i servitutaftalen, jf. MAD 2020.4303 Ø.¹⁷⁴ Ordet ”terrainhøjder” betyder jordoverfladens højde og ordet ”anbringes” i forhold til planter må forstås således, at der ikke må plantes beplantning mere end 3 m over de nuværende jordoverflader.

Ud fra ovenstående kan det udledes, at der er indgået en aftale om en tilstandsservitut, der efter en ordlydsfortolkning indeholder en forpligtelse for ejeren af den tjenende ejendom til at opretholde en

¹⁶⁸ U 2020.2356 H, s. 1.

¹⁶⁹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

¹⁷⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189.

¹⁷¹ Pagh, Miljøretten, 2006, s. 193 og Evald, Servitutretten, 2021, s. 38.

¹⁷² Pagh, Miljøretten, 2006, s. 193.

¹⁷³ Evald, Servitutretten, 2021, s. 67.

¹⁷⁴ Evald, Servitutretten, 2021, s. 69.

bestemt tilstand eller til ikke at etablere en bestemt tilstand således, at bl.a. træer ikke overstiger 3 meter. Der er således tale om en tilstandsservitut om beplantningshøjde.

Spørgsmålet er, om betingelsen om **aktiv råden** kan være opfyldt, når der er tale om tilstandsservitutter, der indeholder en forpligtelse til at opretholde bestemt tilstand (beplantningshøjde på 3 meter).

Der kan sondres mellem tilstandsservitutter om højdebegrænsning af bygninger og tilstandsservitutter om højdebegrænsning af beplantninger. Når der er tale om tilstandsservitutter, f.eks. om at der ikke må bygges over en vis højde, og ejeren i strid med servituttens indhold vælger at bygge over højdebegrænsningen, er det åbenlyst, at ejeren har valgt at råde aktivt i strid med servituttens indhold. Derimod kan det være tvivlsomt, om ejeren har udøvet en aktiv råden, når ejeren af den tjenende ejendom lader beplantningen vokse, fordi ejeren undlader at beskære beplantningen, når det overstiger højdebegrænsningen.

Servituttens indhold, hvorefter der ikke må plantes beplantning over 3 meter, indebærer, at der som tiden går sker en overtrædelse af servituttens indhold, hvis beplantningen ikke beskæres. Når der er tinglyst en servitut om, at der ikke må plantes beplantning højere end 3 m over nuværende jordoverflade, må det forstås således, at beplantningen ikke skal kunne udfolde sig frit og være over højdebegrænsningen, da der ellers ville ske en overtrædelse af servituttens indhold, kræver det at ejeren råder positivt ved at beskære beplantningen, når den kommer over højdebegrænsningen. Ellers kan ejeren ikke overholde servituttens indhold, medmindre beplantningen er af en sådan karakter, at de ikke vokser højere. For at opretholde en bestemt tilstand, må der derfor kræves en positiv råden fra ejeren af den tjenende ejendom. Omvendt kan det anføres, at ejeren af den tjenende ejendom er forpligtet til ikke at forholde sig passivt. Hvis ejeren af den tjenende ejendom vælger at lade beplantningen udfolde sig frit og undlader at beskære beplantningen, kan det antages, at der er tale om en **passiv råden**.

Ved tilstandsservitutter er ejeren pålagt en forpligtelse i form af en negativ rådighedsbegrænsning over ejendommen, fordi ejeren af den tjenende ejendom ikke må gøre noget nærmere bestemt. Men opfyldelsen af servituttens indhold – højdebegrænsning af planter - vil reelt kræve en **positiv råden**, selv om det kaldes en negativ servitut.

Den positive råden, som ejeren af den tjenende ejendom har, følger af servitutens indhold og ordlyd, da servituten ikke giver ejeren af den herskende ejendom ret til positiv råden, men derimod giver ejeren af den herskende ejendom krav på, at beplantningen ikke overstiger højdebegrænsningen (negativ råden).¹⁷⁵

Som Madsen anfører, opstiller Broberg ”et nyt kriterium for frihedshævd: *Kun hvis en tilstandsservitut efter sit indhold (tillige) pålægger ejeren at råde på en bestemt måde, kan ejeren vinde frihedshævd ved at råde på en anden måde*”.¹⁷⁶ Broberg anfører, at ”Selve det forhold, at der har foreligget en servitutstridig tilstand gennem hævdstid, kan således ikke alene begrunde frihedshævd. Derimod finder frihedshævden sin begrundelse i det forhold, at ejeren af den tjenende ejendom gennem hævdstid har handlet (rådet) på en måde, som strider mod tilstandsservituten”.¹⁷⁷ Hertil kan påpeges, at det er afhandlingens opfattelse, at retsstridig råden alene kan begrunde frihedshævd, hvilket uddybes nærmere nedenfor, hvorfor der ikke kræves hverken aktiv råden eller som Broberg anfører en råden ”på en anden måde”.

Evald anfører dog følgende: ”Har ejeren af den tjenende ejendom ikke aktivt rådet, men i stedet forholdt sig passiv, f.eks. undladt at beskære buske eller træer, således at færdsel ad en vej eller sti med tiden besværliggøres eller bliver umulig, vil dette ikke kunne begrunde frihedshævd, jf. U 1999.1295 Ø og U 2001.186 V”.¹⁷⁸ I dette tilfælde var der dog ikke tale om tilstandsservitutter, men rådighedsservitutter i form af en færdselsret og en vejret, hvorfor det kan anføres, at der ved rådighedsservitutter er mulighed for en aktiv råden, og at situationen ikke er sammenlignelig ved tilstandsservitutter (om beplantningshøjde).

¹⁷⁵ Tilstandsservitutter giver alene ejeren af den herskende ejendom en negativ råden over ejendommen (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 189).

¹⁷⁶ U 2023B.115, s. 7-8.

¹⁷⁷ U 2022B.347, s. 4. Se Morten Brobergs angivelse: ”[...] hvor der er tale om tilstandsservitutter, der ikke nødvendigvis kan blive genstand for frihedshævd (fordi krænkelse af servituten ikke kan anses for »aktiv råden«)” (U 2022B.347, s. 8, fodnote 64).

¹⁷⁸ Evald, Servitutretten, 2021, s. 239.

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at der ved tilstandsservitutter (om beplantningshøjde) foreligger en passiv råden og ikke en aktiv råden, når ejeren af den tjenende ejendom undlader at beskære træer. Med andre ord skyldes den servitutstridige tilstand (overskridelsen af beplantningshøjden) ikke ejerens aktive råden, men er en opstået tilstand ved ejerens passive råden, fordi træerne vokser af sig selv grundet naturens egen tilstand. Dette kan formentlig også kaldes for ”en opstået tilstand så at sige »tingenes tilstand«”, som Madsen anfører.¹⁷⁹

Det kan lægges til grund, at kategorien om aktiv råden kan være til nyttig forståelse, men ovenstående sondring mellem tilstandsservitutter om bygningshøjde og beplantningshøjde viser, at teoriens fremstilling ikke er anvendelig i virkeligheden, når der er tale om beplantningshøjde, da betingelsen ikke kan anses for opfyldt ved ejerens undladelse af at beskære beplantningen.

Af landsretsdommens præmisser fremgår, at ”ejerne af den tjenende ejendom [...] har rådet i strid med servituten ved [...] at have ladet træer og planter m.v. på servitutarealet overstige en højde på tre meter over terrænhøjde [...]”.¹⁸⁰ I præmisserne fremgår der intet om aktiv råden, hvilket må hænge sammen med, at problemstillingen - om en servitutstridig råden kan antages at udgøre en aktiv råden – ikke blev sat på spidsen af sagens parter. Af præmisserne kan det udledes, at grundlaget for frihedshævd er den af ejeren udøvede råden i strid med den berettigedes ret, hvorfor det kan anføres, at landsretsdommen må være udtryk for, at de almindelige betingelser for at vinde hævd med fornødne tilpasninger kan overføres på frihedshævd således, at ejeren af den tjenende ejendoms retsstridige råden sidestilles med den retsstridige råden, der danner grundlag for servituthævd.¹⁸¹

Ud fra ovenstående kan det derfor lægges til grund, at det er tilstrækkeligt for at vinde frihedshævd, at almindelige betingelser for hævd er opfyldt, herunder retsstridig råden.

10.1.5 God tro

Som nævnt i afsnit 7.5 er en af betingelserne for at vinde hævd, at den hævdedes råden er uretmæssig i den forstand, at den udøvede råden ikke er sket i henhold til en aftale. Samtidig forudsætter hævd et vist mål af god tro fra den rådendes side om retmæssigheden af adfærden. Der

¹⁷⁹ U 2023B.115, s. 9.

¹⁸⁰ U 2020.2356 H, s. 9.

¹⁸¹ MAD 2019.109/1, s. 5 og U 2023B.115, s. 7.

er således tale om et samspil, hvor der på den ene side skal være tale om en uretmæssig råden, og på den anden side skal der foreligge god tro om retmæssigheden af den uretmæssige råden.

Pagh og Haugsted anfører, ”at en servitut er tinglyst, betyder ikke, at frihedshævd er afskåret som følge af ond tro hos den rådende (ejereren af den tjenende ejendom)”.¹⁸² Pagh og Haugsted anfører, at ”det er [...] formentlig tilstrækkeligt, at den hævden har haft grund til at tro, at rådigheden vil blive tolereret af ejeren”.¹⁸³ Endvidere anføres det i MRF 2021.210, at ”ejerens blotte tolerance af en fremmed råden bestyrker den gode tro hos den rådende om retmæssigheden heraf, uden at adfærden derved kan anses for retmæssig”.

Evald henviser til von Eyben, hvor det fremhæves, ”at det rigtige sikkert er at kræve, at hævderen [med føje] har kunnet gå ud fra, at hans adfærd ville blive tolereret”.¹⁸⁴ I forlængelse heraf anfører W.E. Von Eyben desuden, at der ”Heri ligger den væsentlige tilføjelse, at domstolene kan udøve en censur, således at man kan tilsidesætte hævderens opfattelse af, hvad ejeren ville tolerere, hvis denne opfattelse hviler på et for løst grundlag. Hvis ejeren faktisk ikke kendte hævdsbrugen, feks fordi han bor i en anden by end den, hvori vedkommende ejendom ligger, og den hævden intet har gjort for at sætte sig i forbindelse med ejeren, udelukkes hævden, jfr den ovenfor nævnte U 1932.39 H”.¹⁸⁵ Heraf kan det udledes, at der til domstolene er overladt en vurdering af, om god tro ved hævden hviler på et løst grundlag, som i bekræftende fald kan udelukke hævds erhvervelsen. Dette inddrages nærmere i analysen nedenfor.

Ifølge Evald stilles der dog ikke krav om den hævdenes gode tro ved frihedshævd.¹⁸⁶ Endvidere anfører Evald, ”at der reelt ikke stilles krav om god tro [...] hvad angår servituthævd”.¹⁸⁷

¹⁸² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 840. Hertil henviser forfatterne til U 2000.2486 V, hvor færdselsretten over jordstrimmel i henhold til tinglyst servitut var bortfaldet, fordi ejeren i 1960'erne havde opført et hønsehus og en garage, der i praksis gjorde det umuligt at udøve færdselsretten (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 840).

¹⁸³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 823.

¹⁸⁴ Evald, Servitutretten, 2021, s. 129 og W.E. von Eyben, Miljøret, 1978, s. 371 og 373.

¹⁸⁵ W.E. von Eyben, Miljøret, 1978, s. 373.

¹⁸⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 237. Hertil henviser Evald til U 2000.2486 V, hvor landsretten udtalte, ”at de subjektive forhold ikke kan tillægges betydning med hensyn til spørgsmålet om erhvervelse af frihedshævd” (Evald, Servitutretten, 2021, s. 237). Pagh og Haugsted anfører dog, at udsagnet ”må ses i lyset af, at en ejer som følge af

Ud fra ovenstående kan det således udledes, som Pagh og Haugsted også anfører, at Evald anderledes antager, ”at der stilles krav om god tro (i sædvanlig forstand) ved ejendomshævd i modsætning til servituthævd og frihedshævd”.¹⁸⁸

Det kan lægges til grund, at der kan vindes frihedshævd, selvom den hævde (ejer af tjenende ejendom) er i *ond tro* som følge af, at den tinglyste servitut fremgår af tingbogen. Det er afhandlingens opfattelse, at der også ved frihedshævd stilles et subjektivt krav om *god tro* om retmæssigheden af adfærden, og at det formentlig er tilstrækkeligt, at den hævde har haft *grund til at tro, at rådigheden vil blive tolereret* af ejeren, da ejerens blotte tolerance *bestyrker den gode tro* hos den rådende om retmæssigheden af den uretmæssige råden.

I U 2020.2356 H tog landsretten ikke stilling til, om god tros betingelsen var opfyldt, hvilket må hænge sammen med, at parterne ikke gjorde noget gældende herom. I den foreliggende sag var der tale om en tinglyst servitut, som fremgik af den tjenende ejendoms tingbog, hvorfor det kan anføres, at ejerne af den tjenende ejendom sandsynligvis var bekendt med servituten og dermed var i *ond tro* om retmæssigheden af den uretmæssige råden. Men som ovenfor nævnt så udelukker *ond tro* ikke frihedshævd.

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt der ved frihedshævd gælder et lempeligere subjektivt krav end ved ejendomshævd.

Madsen anfører, at ”der for frihedshævd gælder særlige betingelser, som ikke gælder for ejendomshævd eller servituthævd, og dette kan indebære, at adgangen til frihedshævd er videre. Det væsentligste eksempel på dette er, at frihedshævd kan vindes, selvom den hævde er i ond tro”.¹⁸⁹ Hertil henviser Madsen til Evald,¹⁹⁰ hvorfor det må forstås således, at forfatteren mener, at

servituttens tinglysning altid vil være i ond tro, hvis ejeren råder i modstrid med servituten” (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 840).

¹⁸⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 129.

¹⁸⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 823, fodnote 203, hvor der henvises til Evald, Servitutretten, 2021, s. 129 og 237.

¹⁸⁹ U 2023B.115, s. 5.

adgangen til at vinde frihedshævd er videre end ved bl.a. ejendomshævd, fordi der ikke stilles krav om god tro ved frihedshævd.

I det følgende argumenteres der for, at der stilles et subjektivt krav om god tro, men at kravet er lempeligere ved frihedshævd, og derfor er adgangen for frihedshævd videre.

Hertil kan nævnes Højesteretsdommen i U 2023.2074 H, som omhandlede tre villaejere, som ikke havde vundet ejendomshævd over dele af et kommunalt beplantningsbælte, som de i 1960'erne og 1970'erne havde inddraget i deres haver. I 2013 havde kommunen anmodet villaejerne om at trække sig tilbage til det oprindelige skel, hvilket de afviste, hvorefter Stevns Kommune sagsøgte villaejerne. Højesteret fandt, ”at der som udgangspunkt ikke kan vindes ejendomshævd, hvis den rådende på det tidspunkt, hvor den pågældende begyndte at råde over arealet, vidste, at arealet tilhørte en anden, jf. [U 1932.39 H]. Dette udgangspunkt kan dog fraviges, hvis det efter en samlet vurdering findes godtgjort, at den rådende i en periode på mindst 20 år (hævdperioden) havde føje til at tro, at ejeren havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten til arealet”.¹⁹¹

Ved en samlet vurdering lagde Højesteret bl.a. vægt på følgende: (1) at de hævde (villaejerne) vidste, at arealerne var ejet af kommunen, da de inddrog dem som en del af deres haver, og (2) at det ikke var godtgjort at villaejerne i en periode på mindst 20 år har haft føje til at tro, at kommunen havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten til arealerne. Herudover lagde Højesteret navnlig vægt på, (3) at villaejerne let kunne have spurgt kommunen om, hvorvidt de kunne overtage ejendomsretten til arealerne, men at det ikke skete. Endvidere lagde Højesteret vægt på (4) at kommunen ikke har haft nogen anledning til at føre tilsyn med eller råde over arealerne. Desuden havde Højesteret lagt vægt på, (5) at der ikke har været tilkendegivelser fra kommunen, der kunne opfattes sådan, at kommunen var indstillet på at opgive sin ejendomsret.¹⁹²

På den ene side kan der argumenteres for, at der stilles et skærpet subjektivt krav ved ejendomshævd, da der kræves, at den hævde ”har haft føje til at tro, at kommunen havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten til arealerne”.¹⁹³ På den anden side kan der

¹⁹⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 237.

¹⁹¹ U 2023.2074 H, s. 14.

¹⁹² U 2023.2074 H, s. 14.

¹⁹³ U 2023.2074 H, s. 14.

argumenteres for, at der stilles et lempeligere krav ved frihedshævd, da det formentlig er ”tilstrækkeligt, at selve rådigheden accepteres af ejeren”.¹⁹⁴

Højesteret har lagt vægt på, at ejeren (kommunen) ”ikke har haft nogen anledning til at føre tilsyn med eller råde over arealerne” og at de hævdenne ikke har ”spurgt [...] om, hvorvidt de kunne overtage ejendomsretten til arealerne”.¹⁹⁵ Der lægges således vægt på, at kommunen ikke har haft anledning til at komme i området. Som det også er anført i en artikel fra Landinspektøren, peger dette på, at ejeren (kommunen) ikke har dokumenteret at have kendskab til den retsstridige råden, før kommunen i 2013 havde anmodede villaejerne om at trække sig tilbage til det oprindelige skel.¹⁹⁶

Udformningen af Højesterets præmisser må være udtryk for, at hævds erhvervelsen er udelukket, når hævderens opfattelse af, hvad ejeren ville tolerere hviler på et ”for løst grundlag”, når ”ejeren faktisk ikke kendte hævdsbrugen” og når ”hævderen intet har gjort for at sætte sig i forbindelse med ejeren”.¹⁹⁷ Når der er tale om en ejer (i dette tilfælde en kommune) med mange spredte jordbesiddelser, er det vanskeligt at føre en nogenlunde dækkende kontrol med, at der ikke rådes uberettiget over arealerne¹⁹⁸ som f.eks. beplantningsbælte (eller skovarealer). Derfor kan der argumenteres for, at når ejeren ikke kender til hævdsbrugen, fordi den ikke er blevet opdaget ved en dækkende kontrol af de spredte jordbesiddelser, kan den hævdenne ikke have ”haft føje til at tro, at kommunen havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten til arealerne”.¹⁹⁹

Det kan lægges til grund, at når der er tale om mange spredte jordbesiddelser og når ejeren ikke kendte hævdsbrugen, stilles der et skærpet subjektivt krav ved ejendomshævd.

¹⁹⁴ Hertil kan der henvises til MRF 2023.14, hvoraf følgende kommentar fremgår: ”Forbeholdet synes dog efter formuleringen af Højesterets dom skærpet derhen, at den rådende skal have haft føje til at tro, at ejeren havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten. Det er muligt, at de subjektive betingelser om god tro skal fortolkes mindre strengt ved servituthævd, hvor det formentlig er tilstrækkeligt, at selve rådigheden accepteres af ejeren”.

¹⁹⁵ U 2023.2074 H, s. 14.

¹⁹⁶ L. Skovgaard og Boe, Landinspektøren 2-2023, s. 10.

¹⁹⁷ W.E. von Eyben, Miljøret, 1978, s. 373.

¹⁹⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 824.

¹⁹⁹ U 2023.2074 H, s. 14.

Det kan kort bemærkes, at der i teorien anføres, at der muligvis bør stilles skærpede krav *over offentlige arealer*, men dette blev der ikke taget stilling til i Højesteretsdommen. Som det også er anført i teorien, kunne der lige så vel være tale *om private arealer* med mange spredte jordbesiddelser.²⁰⁰

Som det også er anført i en artikel i Landinspektøren, er denne forståelse i overensstemmelse med praksis i forhold til hævde i øvrigt. Eksempelvis ved usynbar indretning kræves der alderstid, da råden tager længere tid at ”opdage” for ejer,²⁰¹ og ved snighævd er rådighedsudøvelsen ikke synlig for ejendoms ejeren, og ejeren har ikke anledning til at skride ind imod det, hvorfor snighævd ikke anerkendes.²⁰²

På den anden side er det svært at forestille sig, at god tro ved frihedshævd hviler på et løst grundlag, fordi de servitutberettigede som naboer normalt kender brugen af naboejendommen som tjenende ejendom og dermed har mulighed for at reagere, hvis servituten overtrædes af den tjenende ejendom, hvilket kan begrunde lempeligere subjektive krav.

Når ejeren har haft kendskab til hævdsbrugen i over 20 år uden at foretage retlige skridt eller fysiske hindringer, da påtale hverken er tilstrækkelig til at afbryde hævds erhvervelsen eller til at bringe den hævde i ond tro,²⁰³ er det afhandlingens opfattelse, at den hævde med føje kan gå ud fra, at hans råden accepteres således, at der kan vindes hævde, selv om den hævde var i ond tro fra rådighedsudøvelsens begyndelsestidspunkt. Hertil kan nævnes, at Lars Ramhøj anfører tilsvarende i en artikel i Landinspektøren.²⁰⁴

²⁰⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 824.

²⁰¹ L. Skovgaard og Boe, Landinspektøren 2-2023, s. 10-11.

²⁰² Evald, Servitutretten, 2021, s. 120. Uredelighed. Hævde må også afvises, hvis den rådendes adfærd har en sådan karakter, at den berettigede, der rådes imod, som følge af svig eller lignende afskæres fra at blive opmærksom på den udøvede råden (snigråden eller snighævd), se Illum (Carstensen), Dansk Tingsret (1976, s. 442 og Pagh og Haugsted, Fast Ejendom (2022), s. 822 (Ramhøj, Landinspektøren 2-2023, s. 14).

²⁰³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 822 og 828.

²⁰⁴ Ramhøj, Landinspektøren 2-2023, s. 14. ”Spørgsmålet er herefter, om ejerens positive viden om, at der rådes over grundejerforeningens ejendom, udelukker hævde? Som udgangspunkt ja! Men hævde kan alligevel vindes, hvis den hævde ”i en periode på mindst 20 år har haft føje til at tro, at kommunen havde opgivet eller var indstillet på at opgive ejendomsretten” (citater fra højesteretsdommen). I den henseende er det væsentligt, at grundejerforeningen helt

Det kan lægges til grund, at frihedshævd kan vindes ved ond tro, og at der stilles et subjektivt krav om god tro ved hævd. Det er afhandlingens opfattelse, at der stilles et lempeligere subjektivt krav ved frihedshævd end ved ejendomshævd, da god tro ved frihedshævd normalt ikke hviler på et løst grundlag.

10.1.6 Manglende påtale

I den foreliggende sag var der tale om tilstandsservitutter (om beplantningshøjde), og ejeren af den herskende ejendom havde i over 20 år set overtrædelsen af servitутten - fordi der har været frit udsyn til servitutområdet - uden at reagere. Spørgsmålet er herefter om den servitутtberettigede kan håndhæve servitутten og kræve, at ejeren af den tjenende ejendom skal beskære beplantningen.

Ejere af tjenende ejendom (C og D) havde bl.a. anført at:

*”Ejerne af den tjenende ejendoms råden er ikke sket efter aftale med ejeren af den herskende ejendom. De har aldrig modtaget påtale om, at servitутten ikke blev efterlevet. Det har hele tiden været synligt, at servitутten ikke blev efterlevet, da alle træerne har været over tre meter høje. Ejerne af den tjenende ejendom har ved sin råden over servitутtarealet vundet hævd efter 20 år, subsidiært ved råden i alderstid. Det må efter skønsmandens erklæringer lægges til grund, at hævdstiden er påbegyndt omkring 1942. Det bestrides, at grundlovens § 13 eller kongelovens artikel 25 kan anvendes i en situation som den foreliggende. Fs ejertid skal derfor medregnes, når den samlede hævdstid skal vurderes”.*²⁰⁵

Af skønsmandens erklæringer fremgår bl.a., at:

”Han har vurderet, at taksen har været holdt på ca. 5 meter i højden. Der kan være op til 10 års forskel i alder på grantræerne, men de kan også have samme alder. Det bagerste grantræ er mindre, men har stået i skygge og kan derfor reelt have samme alder som de øvrige. Hvis et træ står i skygge, kan det vokse langsommere. Han er sikker på, at taksen i

fra rådighedsperiodens begyndelse var klar over, at grundejeren havde inddraget arealet. Det er endvidere væsentligt, at grundejerforeningen på trods heraf ikke tog skridt til at imødegå grundejerens arealannekering, men derimod forholdt sig passiv. I så fald mener, jeg, at grundejeren med føje kan gå ud fra, at hans råden accepteres. Således, at hævd kan vindes, på trods af, at den er indledt i åbenbar ond tro”. (Ramhøj, Landinspektøren 2-2023, s. 14).

²⁰⁵ U 2020.2356 H, s. 9.

1942 var højere end 3 meter. En taks vokser hurtigt i starten, men derefter langsommere og langsommere. Han kan også se, at taksen stort set er blevet klippet alle år. [...] Han har taget luftfotoet fra 1954 med i sin supplerende skønserklæring, da det viser beplantningen i 1954. [...] haven blev anlagt i 1934. Fotoet er dog ret utydeligt.²⁰⁶ Han har ikke brugt luftfotoet til at vurdere højde, men det giver et bedre indtryk af haven. Han vurderer, at der i hvert fald ikke siden 1960 har været planter i haven, som er blevet beskåret til under tre meter”.²⁰⁷

Efter skønsmandens erklæringer og forklaringer for retten finder landsretten det bevist, at:

”ejerne af den tjenende ejendom i relation til den herskende ejendom synbart og vedvarende har rådet i strid med servituten ved - i hvert fald i mere end 20 år forud for den 1. juni 2015, hvor A og B erhvervede den herskende ejendom - at have ladet træer og planter m.v. på servitutarealet overstige en højde på tre meter over terrænhøjde”²⁰⁸. Endvidere udtaler landsretten, at den manglende beskæring ikke er ”sket efter aftale med den tidligere ejer af den herskende ejendom”, og at ”servituten [ikke] er blevet påtalt af ejerne af den herskende ejendom”, hvorfor den tinglyste tilstandsservitut, hvorefter ”træer og planter m.v. i servitutområdet ikke overstiger tre meter i højden, er derfor bortfaldet ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd”.²⁰⁹

Landsretsdommen viser, at tilstandsservitut (om beplantningshøjde) var bortfaldet ved frihedshævd, da der var gået over 20 år, hvor de påtaleberettigede efter servituten ikke havde påtalt den manglende efterlevelse af servituten, hvilket Peter Pagh også påpeger i sin kommentar til dommen.²¹⁰

Sagen omhandlede som tidligere nævnt en tinglyst servitut d. 22. juni 1933 på den tjenende ejendom. Træerne var blevet plantet i haven i ca. 1934. Ifølge sagkyndigerklæringen vokser (taks) træer hurtigt i starten, derefter langsommere og langsommere, og desuden fremgår det af

²⁰⁶ U 2020.2356 H, s. 8.

²⁰⁷ U 2020.2356 H, s. 9.

²⁰⁸ U 2020.2356 H, s. 9.

²⁰⁹ U 2020.2356 H, s. 10.

²¹⁰ MAD 2019.109/1, s. 5.

sagkyndigerklæringen, at det ca. vil tage otte år for en taks at nå op i tre meters højde. Skønsmanden havde derfor vurderet, at taksen allerede omkring 1942 har været højere end 3 meter. Hævdstiden var derfor påbegyndt omkring 1942. De nye ejere af den tjenende ejendom havde købt ejendommen i 1983.²¹¹ Den servitutstridige tilstand havde således bl.a. stået på fra år 1942 til år 1983, dvs. i tidligere ejers ejertid i ca. 40 år og fortsatte i ny ejers ejertid fra 1983.

Landsretsdommen viser, at der forelå en uretmæssig råden i den forstand, at den udøvede råden ikke var sket i henhold til en aftale. Der var allerede tale om en uretmæssig råden af den tidligere ejer af den tjenende ejendom, og da de nye ejere af den tjenende ejendom succederer i tidligere ejers uretmæssige brug, jf. fx U 2013.921 V,²¹² kan det konstateres, at dette medregnes. At der er sket succession i den foreliggende sag, fremgår dog ikke direkte af landsrettens præmisser, ligesom det heller ikke eksplicit fremgår, hvornår hævdstiden var påbegyndt. Men af præmisserne kan det udledes, at landsretten har lagt vægt på bl.a. skønsmandens erklæring, og heraf fremgår - som ovenfor nævnt - at taksen allerede omkring 1942 har været højere end 3 meter. Derfor må det antages, at hævdstiden var påbegyndt i ca. 1942, hvilket indikerer, at den tidligere ejers uretmæssige råden medregnes. Det fremgår direkte af præmisserne, at der er tale om synbar servitutstridig indretning, hvorfor hævdstiden for ordinær (friheds)hævd er 20 år, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2.

Afgørende var, om ejere af herskende ejendom havde påtalt servitutten i hævdstiden, hvilket kan anføres at være ca. mellem år 1942-1962. Den herskende ejendom blev overtaget af nye ejere 1. juni 2015 og de fremsatte indsigelser i april 2017.²¹³ Af landsrettens præmisser fremgår, at ejere af den tjenende ejendom havde ”*rådet i strid med servitutten [...] - i hvert fald i mere end 20 år forud for den 1. juni 2015, hvor A og B erhvervede den herskende ejendom [...]*”,²¹⁴ og at ”*ejerne af den herskende ejendom har løbende haft mulighed for at påtale, at træer og planter m.v. ikke blev beskåret til en højde af tre meter*”.²¹⁵ Der var ikke ført bevis for, at servitutten var ”*påtalt af ejerne af den herskende ejendom på noget tidspunkt forud for april 2017, hvor A og B tidligst påtalte den*

²¹¹ U 2020.2356 H, s. 3.

²¹² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 825.

²¹³ U 2020.2356 H, s. 9.

²¹⁴ U 2020.2356 H, s. 9.

²¹⁵ U 2020.2356 H, s. 10.

manglende efterlevelse af servitutten".²¹⁶ Landsretsdommen må forstås således, at der var rådet i strid med servitutten i mere end 20 år, allerede inden nye ejere af herskende ejendom erhvervede ejendommen i 2015, og at (tidligere) ejere af den herskende ejendom ikke havde påtalt servitutten i hævdsperioden, men at der alene var sket påtale i 2017 efter hævdsperiodens udløb. Derfor udtalte landsretten, at "*manglende påtale er udtryk for afkald på en retting*".²¹⁷

Det kan udledes af landsretsdommen, at afgørende har været, at ejer af herskende ejendom ikke havde påtalt overtrædelsen i over 20 år, dvs. ikke havde reageret på overtrædelsen og således holdt sig passiv i hævdstiden, hvorfor dette var udtryk for afkald på servitutretten.

Ud fra landsretsdommen kan det lægges til grund, at der ikke kan ske håndhævelse af servitutten og kræves, at ejeren af den tjenende ejendom skal beskære beplantningen, når ejere af den herskende ejendom i en periode på mindst 20 år har konstateret en overtrædelse uden at reagere.

Det kan anføres, at landsretsdommen er udtryk for, at "*hævd ikke (alene) er båret af ejerens passivitet*",²¹⁸ hvorfor der skal mere til, nemlig både 1) at ejeren af den tjenende ejendom har udøvet retsstridig råden i den forstand, at den udøvede råden ikke er sket i henhold til en aftale (rådighedsbetragtning),²¹⁹ og 2) ejeren af den herskende ejendoms manglende påtale heraf (passivitetsbetragtning).

Landsretsdommen viser, at passivitetsindsigelsen ikke alene kan begrunde bortfald af servitut, men passivitetsindsigelsen og reglerne om (friheds)hævd til sammen kan begrunde bortfald af servitut, da passivitetshensynet varetages ved reglerne om (friheds)hævd.²²⁰ Med andre ord kan passivitet ved manglende påtale i over 20 år samt øvrige hævdsbetingelser, herunder uretmæssig råden, begrunde bortfald af servitut.

²¹⁶ U 2020.2356 H, s. 10.

²¹⁷ U 2020.2356 H, s. 10.

²¹⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 812.

²¹⁹ Hertil kan der henvises til afsnit 7.5 om uretmæssig råden.

²²⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 251.

Det kan lægges til grund, at en blanding af passivitetsbetragtninger og hævdsbetingelserne kan begrunde bortfald af servitut ved frihedshævd, hvorfor passivitet ved manglende påtale fra ejeren af den herskende ejendoms ikke alene er tilstrækkeligt.

Landsretsdommens resultat er i overensstemmelse med indretningshensynet og de principielle passivitetsbetragtninger, der begrundet hævde, som kortfattet er, at de retlige forhold efter meget lang tid må indrette sig således, at de på et tidspunkt afspejler de faktiske forhold. Den hævde indretter sig ofte på, at den udøvede råden er berettiget, når de berettigede over en lang periode ikke har reageret og således affundet sig med den uretmæssige råden.²²¹

Hertil kan desuden henvises til kommentar til lignende sag²²², hvor det fremgår, at: *”Hvis en indehaver af en tinglig rettighed gennem hævdstiden (her 20 år) har affundet sig med, at den tinglige rettighed er krænket, må dette tages som udtryk for, at der heller ikke er grund til, at domstolene skal håndhæve denne ret”*.²²³

10.2 U 2023.534 Ø

Landsretsdommen i U 2020.2356 H kan sammenholdes med U 2023.534 Ø. Landsretten fulgte resultatet i den tidligere landsretsdom i U 2020.2356 H, uden at problemstillingen - om en servitutstridig råden kan antages at udgøre en aktiv råden – blev sat på spidsen af sagens parter, som det også anføres i MRF 2022.272.

Af servitutten tinglyst den 28. marts 1961 fremgår bl.a. følgende:

”I alle parcelskel skal parcelejerne være pligtige at plante og vedligeholde levende hegn, der ikke må blive over 1½ m højt. Dog tillades det at plante enkelte birketræer med mindst 15 m afstand, hvilke træer må vokse frit, men tæt beplantning må ikke blive højere end 1½ m, idet udsigten skal bevares”.²²⁴

²²¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 811.

²²² U 2023.534 Ø

²²³ MRF 2022.272

²²⁴ U 2023.534 Ø, s. 1.

Byretten

De påtaleberettigede fremsatte fuldbyrdsespåstand om, at de forpligtede skulle beskære beplantningen i skel og anden beplantning på de tjenende ejendomme (bortset fra birketræer med en afstand på mindst 15 meter), således at beplantningen intet sted var højere end 1,5 meter over jorden. Herudover fremsatte de påtaleberettigede anerkendelsespåstand om, at de forpligtede skulle anerkende, at beplantningen i skel og anden beplantning på ejendommen (bortset fra birketræer med en afstand på mindst 15 meter) til enhver tid ikke måtte overstige en højde på 1,5 meter. De servitutforpligtede påstod frifindelse.²²⁵ Til støtte for deres påstand gjorde de servitutforpligtede blandt andet gældende, at servituttens var bortfaldet ved frihedshævd, da træerne i mere end 20 år havde oversteget højden på 1,5 meter, og da der var udvist passivitet af tidligere og nye ejere af herskende ejendom, da de nye ejere først 16 år efter overtagelsen havde taget retlige skridt og anlagt sag²²⁶.

Byretten fandt, at servituttens indhold om beplantningshøjde havde til formål at sikre udsigten, hvilket ud fra forklaringer var udsigten til fjorden, og derfor var servituttens ikke begrænset til beplantning i skel.²²⁷ Byretten lagde til grund, 1) at noget af beplantningen og nogle af træerne på de sagsøgte ejendomme er over 30 år gamle,²²⁸ 2) at servituttens om beplantningshøjde var kendt og delvist overholdt i den øvre del af grundejerforeningen,²²⁹ 3) at (tidligere) ejere af herskende ejendom fra 2000 havde påberåbt sig servituttens overfor de sagsøgte,²³⁰ og 4) at servituttens var lagt til grund for et indgået forlig fra 2018 under en anden sag anlagt mod en af ejerne af den tjenende ejendom.²³¹ Herefter fandt byretten således ikke, at ejere af herskende ejendomme havde udvist en sådan grad af passivitet, at de var afskåret fra at gøre deklarationen gældende.²³²

Byretten lagde således til grund, at der ikke var vundet frihedshævd, blandt andet med den begrundelse, at der var sket påtale, hvorfor der ikke var udvist en sådan grad af passivitet.

²²⁵ U 2023.534 Ø, s. 1.

²²⁶ U 2023.534 Ø, s. 2 og 3.

²²⁷ U 2023.534 Ø, s. 4.

²²⁸ U 2023.534 Ø, s. 4.

²²⁹ U 2023.534 Ø, s. 4.

²³⁰ U 2023.534 Ø, s. 5.

²³¹ U 2023.534 Ø, s. 5.

²³² U 2023.534 Ø, s. 5.

Landsretten

Efterfølgende ankede de påtaleberettigede dommen til landsretten, der lagde til grund, at beplantningen ifølge luftfoto i 1967 var sparsom, og at der ikke havde været en omfattende bevoksning siden servitutens stiftelse i 1961.²³³ Herudover lagde landsretten til grund, at servituten havde til formål at sikre udsigten til fjorden,²³⁴ hvilket indebærer, at der med tiden vil ske overtrædelse af servituten, medmindre beplantningen beskæres.²³⁵

Ydermere måtte det lægges til grund, at servituten havde været ”påberåbt gennem tiden som grundlag for nedskæring af beplantning, der i strid med deklARATIONEN skærmede for udsigten”,²³⁶ og at det var ”åbenbart, at deklARATIONEN ikke [var] blevet håndhævet i form af et mere konsekvent krav om overholdelse af højdegrænsen på 1½ m [...]”, hvilket måtte hænge sammen med, at ”området er skrånende, og at det således er forskelligt, hvornår en beplantning vil blive generende [...]”.²³⁷ Herefter fandt landsretten, at servituten ”i overensstemmelse med dens formål gennem frihedshævd er blevet begrænset således, at beplantning eller bevoksning, der er over 1½ m høj, alene kan kræves nedskåret i det omfang, den er generende for udsigten”.²³⁸ Landsretten afviste, at servituten var bortfaldet ved frihedshævd eller passivitet eller begrænset i yderligere i omfang, ligesom landsretten ikke fandt den vundne frihedshævd ekstingveret.²³⁹ Landsretten ændrede byrettens dom således, at ejere af de tjenende ejendomme blev frifundet for fuldbyrdelsespåstanden om, at de skulle beskære al beplantning over 1,5 meter (bortset fra birketræ). Men ejerne af de herskende ejendomme fik i stedet medhold i deres anerkendelsespåstande, men med den ændring i anerkendelsespåstanden, at ejere af de tjenende ejendom skulle ”anerkende, at anden beplantning [...] over 1½ meter, [kunne] kræves nedskåret i det omfang, den er generende for udsigten”.²⁴⁰ Slutteligt fremgår: ”I øvrigt frifindes [ejere af de tjenende ejendomme]”.²⁴¹

²³³ U 2023.534 Ø, s. 6.

²³⁴ U 2023.534 Ø, s. 5-6.

²³⁵ U 2023.534 Ø, s. 6. Endvidere kan der også henvises til MRF 2022.272.

²³⁶ U 2023.534 Ø, s. 6.

²³⁷ U 2023.534 Ø, s. 6.

²³⁸ U 2023.534 Ø, s. 6.

²³⁹ U 2023.534 Ø, s. 6.

²⁴⁰ U 2023.534 Ø, s. 6. Endvidere kan der også henvises til MRF 2022.272.

²⁴¹ U 2023.534 Ø, s. 6.

Indledningsvis, inden nærmere analyse, kan det kort bemærkes - hvad angår påstanden som blev ændret af landsretten - at det ikke findes relevant for afhandlingen at komme ind på retsplejelovens regler herom.²⁴²

Når der er tale om tilstandsservitutter om beplantningshøjde, kan der - som ovenfor nævnt - vindes frihedshævd, hvis der foreligger en servitutstridig tilstand (over beplantningshøjdebegrænsning) i mere end 20 år, uden at de servitutberettigede fremsætter påtale herom, og hvis øvrige betingelser er opfyldt, herunder at der ikke er foretaget afbrydelse i form af retlige skridt inden hævdstidens udløb.

I U 2023.534 Ø fulgte landsretten resultatet i den tidligere landsretsdom i U 2020.2356 H, da der skete (delvis) anerkendelse af *frihedshævd over en tilstandsservitut*, og da det blev vurderet, om servitutten havde været *påtal*t gennem hævdstiden. Til forskel fra U 2020.2356 H lagde landsretten i U 2023.534 Ø også vægt på, om der var foretaget retlige skridt.²⁴³

Til forskel fra U 2020.2356 H lagde landsretten i U 2023.534 Ø endvidere vægt på formålsfortolkningen af servitutten. Som ovenfor nævnt, fandt landsretten, at servitutretten i overensstemmelse med dens formål gennem frihedshævd var blevet begrænset²⁴⁴ således, at beplantning, der var over 1½ meter høj, alene kunne kræves nedskåret i det omfang, den var generende for udsigten. Dette må antages at hænge sammen med bl.a. de afgivne forklaringer for retten, da det fremgår af præmisserne, at de ”*påtaleberettigede, der har været generet af beplantning, der skærmede for udsigten, [havde] anmodet om, at der blev foretaget beskæring i overensstemmelse med deklarationens formål, således at beplantningen ikke længere var generende*”

²⁴² Der kan dog henvises til MRF 2022.272, hvoraf fremgår, at landsretsdommens resultat umiddelbart kan forekomme problematisk, da det afviger fra de af parterne nedlagte påstande, der efter dommens oplysninger ikke gav mulighed for en delvis anerkendelse af frihedshævd, hvilket dog kan hænge sammen med tilkendegivelser under den mundtlige forhandling

²⁴³ Forskellen må hænge sammen med, at der i U 2020.2356 H var tale om en tidligere ejer af herskende ejendom, som var en af kongehusets medlemmer, der nyder fritagelse for ordinær jurisdiktion i medfør af kongelovens artikel 25, hvorfor der blev lagt vægt på om der var sket udenretlig påtale.

²⁴⁴ U 2023.534 Ø, s. 6.

- og altså ikke nødvendigvis i form af en nedskæring til 1½ m".²⁴⁵ Landsretten bemærkede i den forbindelse, at "området var skrånende, og at det således var forskelligt, hvornår en beplantning ville blive generende, og at et sådant mere begrænset krav stemte overens med almindelige naboretlige grundsætninger om hensyntagen".²⁴⁶

Landsretten inddrager frihedshævd og formålsfortolkning i deres begrundelse, hvilket fører til, at dommen bliver uklar. Når der vindes frihedshævd, er retsvirkningen den, at en begrænset rettighed over den tjenende ejendom bortfalder, hvorfor der ikke længere ville være en forpligtelse for ejeren af den tjenende ejendom. På den ene side fastslår landsretten, at servitutten ikke er bortfaldet ved frihedshævd, hvilket kan hænge sammen med, at den servitutstridige tilstand var påtalt og dermed stadig er gældende. På den anden side fortolker landsretten den i servitutten indeholdte ret indskrænkende på baggrund af en formålsfortolkning af servitutten. Derfor bliver det uklart, om der er vundet (delvis) frihedshævd, eller om der blot er tale om en indskrænkende fortolkning af de påtaleberettigedes servitutrettigheder. Sammenblanding af frihedshævd og formålsfortolkning kan hænge sammen med den måde, som sagen blev procederet, da parterne har procederet både ud fra passivitet og frihedshævd samt fortolkning af servitutten.

Landsretsdommens præmis om, at "*deklarationen i overensstemmelse med dens formål gennem frihedshævd er blevet begrænset [...]*",²⁴⁷ må mest nærliggende forstås på den måde, at de påtaleberettigedes servitutrettigheder gennem frihedshævd er blevet begrænset, hvorfor dommen implicit viser, at der er mulighed for delvis anerkendelse af frihedshævd. Det kan kort bemærkes, at der i retspraksis ingen tidligere eksempler er på, at domstolene begynder at skære i servitutkravet, og at der delvis anerkendes frihedshævd.

På den ene side har delvis frihedshævd ført til, at påtaleberettigedes servitutrettigheder er blevet begrænset til kun at omfatte krav på beskæring af beplantning over 1,5 meter, i det omfang, den er generende for udsigten. På den anden side har delvis frihedshævd ført til, at ejere af tjenende ejendomme ikke skal beskære al beplantning over 1,5 meter. Træer, der er placeret på et skrånende

²⁴⁵ U 2023.534 Ø, s. 6.

²⁴⁶ U 2023.534 Ø, s. 6.

²⁴⁷ U 2023.534 Ø, s. 6.

område ned mod fjorden, skal vokse højere for at være generende for udsigten, hvorfor det giver mening, at det ikke er nødvendigt at beskære navnlig disse træer, når de er over 1,5 meter. Hvis et træ eksempelvis er placeret på det skrånende område og er på 2 meter, og ikke er generende for udsigten mod fjorden, kan der ikke kræves nedskæring. Hvis træet derimod er generende, når det er over 2 meters højde, kan de servitutberettigede kræve træet nedskåret for den del, der er generende for udsigten.

Den af landsretten valgte begrundelse *kunne være* udtryk for en forpligtelse, der er mindst byrdefuld for ejeren af den tjenende ejendom, da ikke al beplantning over 1,5 meter på den tjenende ejendom kan kræves beskåret, men kun de beplantninger der er over 1,5 meter og bliver til gene for udsigten. Men da landsretten støtter sin begrundelse på almindelige naboretlige grundsætninger om hensyntagen, må begrundelsen derimod være udtryk for en naboretlig ”beskyttelse af den enkelte ejers rådighed over og udnyttelse af [dennes] fast ejendom”.²⁴⁸ Med andre ord skal ejernes (i dette tilfælde ejere af den tjenende ejendom) udnyttelse af deres ejendomsret over fast ejendom ske med respekt af naboens ret til at bruge deres faste ejendom, herunder at der ikke foreligger naboretlige ulemper i form af udsigtsgener.²⁴⁹ Det findes ikke relevant for afhandlingen at komme nærmere ind på naboretten.

Landsretten er således kommet frem til deres begrundelse ved formålsfortolkning af servitutten med støtte i naboretlige grundsætninger, dvs. under hensyntagen til ejere af de herskende ejendomme. Spørgsmålet er herefter om landsretten kunne have nået frem til samme begrundelse ved formålsfortolkning af servitutten med støtte i minimumsreglen, dvs. under hensyntagen til ejere af de tjenende ejendomme.

²⁴⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 260.

²⁴⁹ Naboretten kan anskues som en negativ rådighedsindskrænkning over fast ejendom i den forstand, at den enkelte ejers udnyttelse af ejendomsretten over fast ejendom må ske med respekt af andres ejeres ret til at bruge deres faste ejendom (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 260). Det er den naboretlige tålegrænse, der afgør, om der foreligger en krænkelse (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 261). Hvis høje træer alene medfører udsigtsgener for naboejendommen, vil det være vanskeligt at komme igennem med, at den naboretlige tålegrænse er overskredet, jf. MAD 2017.97 V (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 275). Praksis tyder på, at der skal meget til, før udsigtsgener i sig selv overskrider tålegrænsen, når træets krone ikke overskrider skel (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 276).

Servitutaftaler fortolkes med udgangspunkt i ordlyd og formål. Men er servitutaftalens ordlyd uklar, finder minimumsreglen anvendelse.²⁵⁰ Evald anfører, at ”*Det er almindeligt anerkendt, at en aftale i tvivlstilfælde må fortolkes på den måde, som er mindst byrdefuldt for den forpligtede*”.²⁵¹ Der er således et særskilt hensyn til ejere af tjenende ejendomme, da de - under hensyn til servituttens formål – ikke skal pålægges unødige byrder.

Af servitутten tinglyst den 28. marts 1961 fremgår som tidligere nævnt følgende:

*”I alle parcelskel skal parcelejerne være pligtige at plante og vedligeholde levende hegn, der ikke må blive over 1½ m højt. Dog tillades det at plante enkelte birketræer med mindst 15 m afstand, hvilke træer må vokse frit, men tæt beplantning må ikke blive højere end 1½ m, idet udsigten skal bevares”.*²⁵²

Ejere af herskende ejendom havde bl.a. anført, at servitутten skulle ”forstås således, at al beplantning på grunden ikke måtte blive højere end 1,5 [bortset fra birketræ]”.²⁵³ Ejere af de tjenende ejendomme anførte derimod, at servitутten omfattede ”ifølge ordlyden alene hegn i skel, og regulerer således ikke øvrig beplantning på sagsøgtes ejendom. [...] Sagsøgernes påstande indebærer derimod en væsentlig udvidende fortolkning af servitутten, der ikke har hjemmel i servituttens ordlyd”.²⁵⁴

Da servituttens ordlyd giver tvivl om, hvilken beplantning uden for skel, der er omfattet af højdebegrænsningen, kunne landsretten have anvendt minimumsreglen. Ud fra en formålsfortolkning er servituttens formål at ”udsigten skal bevares”.²⁵⁵ Servituttens formål kunne opnås på anden måde – dvs. som er mindst byrdefuldt for ejere af tjenende ejendom - således, at det alene var beplantning, der generede udsigten, som var omfattet. Ud fra ovenstående kan det

²⁵⁰ Evald, Servitutretten, 2021, s. 67 og 75.

²⁵¹ Evald, Servitutretten, 2021, s. 75. Ligeledes anfører Pagh og Haugsted, at når den i servitутten indeholdte ret kan opnås på andre måder, er det som udgangspunkt den fortolkning, der er mindst byrdefuldt for ejeren af den tjenende ejendom, der gælder (Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 214).

²⁵² U 2023.534 Ø, s. 1.

²⁵³ U 2023.534 Ø, s. 1.

²⁵⁴ U 2023.534 Ø, s. 4.

²⁵⁵ U 2023.534 Ø, s. 1.

lægges til grund, at den af landsretten valgte begrundelse også kunne være nået ved formålsfortolkning af servitutten med støtte i minimumsreglen dvs. under hensyntagen til ejere af de tjenende ejendomme. Hertil kan der henvises til kommentar til dommen, hvor det også fremgår: ”Den af landsretten valgte begrundelse kunne nok også være nået ved formålsfortolkning af servitutten under hensyn til ejeren af de tjenende ejendomme, så det alene var beplantning, der generede udsigten, som var omfattet, hvilket i denne sag kan begrundes med, at servitutts ordlyd i sig selv giver anledning til tvivl om, hvilken beplantning uden for skel der er omfattet af højdebegrænsningen”.²⁵⁶

Selvom der er tale om delvis ordinær frihedshævd, skal hævdsbetingelserne være opfyldt for at vinde hævd, herunder at hævdstiden ikke er blevet afbrudt. Af landsretsdommens præmisser fremgår det blot, at ”Det er imidlertid efter bevisførelsen åbenbart, at deklARATIONEN ikke er blevet håndhævet i form af et mere konsekvent krav om overholdelse af højdegrænsen på 1½ m”.²⁵⁷

Ejere af herskende ejendom havde købt ejendommen i 2003 og sagen blev anlagt i 2019, dvs. 16 år efter overtagelsen.²⁵⁸ Efter de afgivne forklaringer blev det lagt til grund, at servitutten havde været påberåbt i hvert fald fra år 2000 overfor ejere af tjenende ejendom.²⁵⁹ Ifølge sagkyndigvurdering vokser et poppeltræ de første år ca. 20 cm, 50 cm og 1 meter, og de efterfølgende år måske 1½-2 meter. Når træet har fået en stor krone, vokser det mindre.²⁶⁰ Dommen indeholder ikke fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, men det må ud fra ovenstående antages, at det tager flere år for, at et træ vokser, hvorfor den servitutstridige tilstand (beplantningshøjde over 1½ m), må formodes at have været til stede før år 2000, dvs. før den servitutstridige tilstand blev påberåbt. Derfor kan det anføres, at den servitutstridige tilstand formentligt havde stået på i over 20 år, dvs. fra før 2000 til sagen blev anlagt for byretten i 2019. Da der først blev foretaget retlige skridt efter hævdstidens udløb i 2019, var hævdserhvervelsen ikke blevet afbrudt, hvilket opfylder betingelsen for at vinde frihedshævd. Samlet set er landsrettens resultat om (delvis) frihedshævd i overensstemmelse med hensynene bag hævdsinstituttet, når de servitutberettigede har holdt sig

²⁵⁶ MRF 2022.272.

²⁵⁷ U 2023.534 Ø, s. 6.

²⁵⁸ U 2023.534 Ø, s. 3.

²⁵⁹ U 2023.534 Ø, s. 5.

²⁶⁰ U 2023.534 Ø, s. 5.

passive i over 20 år og ikke har foretaget retlige skridt for at afbryde hævdserhvervelsen, selvom den servitutstridige tilstand (beplantningshøjde over 1½ m) er påtalt i hævdstiden.

Hertil kan der henvises til kommentar til dommen, hvor det også fremgår, at ”*dommens resultat [er] i overensstemmelse med de principielle betragtninger, der begrunder hævd og herunder også frihedshævd, som i korthed er, at de retlige forhold i det lange løb må indrette sig efter forholdene 'i marken', og at domstolenes og rettens opgave ikke er at give næring til yderligere konflikter. Hvis en indehaver af en tinglig rettighed gennem hævdstiden (her 20 år) har affundet sig med, at den tinglige rettighed er krænket, må dette tages som udtryk for, at der heller ikke er grund til, at domstolene skal håndhæve denne ret*”.²⁶¹

10.3 Sammenfattende betragtninger

Det kan anføres, at der i den juridiske litteratur er enighed i antagelsen om, at tilstandsservitutter kan bortfalde ved frihedshævd, men at retstilstanden dog har været uklar, da der i retspraksis ikke var taget stilling til problemstillingen før landsretsdommen i U 2020.2056 H. Det er nu i retspraksis fastslået, at tilstandsstandsservitutter kan bortfalde ved frihedshævd, jf. U 2020.2356 H og senest i U 2023.534 Ø.

På baggrund af den juridiske litteratur kan det anføres, at det generelt er opfattelsen, at hjemlen til ordinær frihedshævd følger direkte af DL 5-5-1 og 5-5-2, på trods af, at landsretten i U 2020.2356 H henviser til en *analogi* af reglerne om ordinær hævd. Dette begrundes med, at ordlyden ”paa Brug”, jf. DL 5-5-2 omfatter den faktiske råden (brug/frihedsbrug), som ejeren af den tjenende ejendom har udøvet i hævdstiden.

Endvidere kan det anføres, at Danske Lovs bestemmelser hjemler frihedshævd over tilstandsservitutter, da ejeren af den tjenende ejendom kan udøve en faktisk råden i strid med den berettigedes ret til at kræve en bestemt tilstand på ejendommen.

Det kan på baggrund af den juridiske litteratur anføres, at betingelsen for at vinde frihedshævd bl.a. er, at ejeren af den tjenende ejendom i hævdstiden skal råde aktivt over sin ejendom. I forlængelse

²⁶¹ MRF 2022.272

heraf anføres, at kategorien om aktiv råden ikke passer ind ved tilstandsservitutter (beplantningshøjde), da ejerens råden i strid tilstandsservituten er en passiv råden og ikke en aktiv råden, når ejeren af den tjenende ejendom undlader at beskære træer.

På baggrund af landsretsdommens præmisser vurderes det, at de almindelige betingelser for at vinde hævd - med fornødne tilpasninger – kan overføres på frihedshævd således, at ejeren af den tjenende ejendoms retsstridige råden sidestilles med den retsstridige råden, der danner grundlag for servituthævd. Det vurderes, at det er tilstrækkeligt for at vinde frihedshævd, at de almindelige betingelser for hævd er opfyldt, herunder retsstridig råden.

Med inddragelse af Højesteretsdommen i U 2023.2074 H anføres det, at der ved uretmæssig råden stilles et lempeligere subjektivt krav om god tro ved frihedshævd end ved ejendomshævd, da god tro ved frihedshævd normalt ikke hviler på et løst grundlag.

Det anføres, at landsrettens domsresultat er udtryk for, at en blanding af passivitetsbetragtninger og hævdsbetingelserne kan begrunde bortfald af servitut ved frihedshævd, hvorfor ejeren af den herskende ejendoms passivitet ved manglende påtale ikke alene er tilstrækkeligt, hvilket er i overensstemmelse med indretningshensynet og de principielle passivitetsbetragtninger, der begrunder hævd.

Det anføres, at landsretten i U 2023.534 Ø fulgte resultatet i den tidligere landsretsdom i U 2020.2356 H, da der bl.a. blev lagt vægt på, om servituten havde været påtalt gennem hævdstiden. I U 2023.534 Ø var servituten ikke blevet håndhævet i form af et mere konsekvent krav om overholdelse af højdegrænsen på 1,5 meter, herunder retlige skridt, hvorfor der forelå passivitet fra ejere af herskende ejendoms side.

Til forskel fra U 2020.2356 H lagde landsretten i U 2023.534 Ø også vægt på formålsfortolkningen af servituten, hvorfor det anføres, at landsretsdommens resultat er udtryk for en blanding af passivitetsbetragtninger, hævdsbetingelserne og formålsfortolkning.

På baggrund af U 2023.534 Ø anføres det, at der er mulighed for delvis anerkendelse af frihedshævd, hvilket må hænge sammen med, at landsretten i deres begrundelse inddrager både

frihedshævd og formålsfortolkning af servituten med støtte i naboretlige grundsætninger, dvs. under hensyn til ejere af herskende ejendom. Det anføres ydermere, at landsretten kunne have nået frem til samme resultat ved formålsfortolkning af servituten med støtte i minimumsreglen, dvs. under hensyntagen til ejere af de tjenende ejendomme.

10.4 Delkonklusion

På baggrund af ovenstående konkluderer afhandlingen, at de forskellige landsretsdomme i henholdsvis U 2020.2356 H og U 2023.534 Ø tilsammen danner et mønster, som indikerer, at tilstandsservitutter kan bortfalde ved frihedshævd, og at der lægges vægt på, om hævdsbetingelserne er opfyldt, og om der foreligger manglende påtale i hævdstiden fra ejer af herskende ejendom.

Det lægges til grund, at en blanding af passivitetsbetragtninger og hævdsbetingelser kan begrunde bortfald af servitut ved frihedshævd. Det er afhandlingens opfattelse, at manglende påtale, som kan begrunde frihedshævd, anses for at være i overensstemmelse med hensynene bag hævdsinstituttet, herunder indretningshensynet og de principielle passivitetsbetragtninger, der begrunder hævd.

11. Ekstinktion af utinglyst frihedshævd

11.1 TL §§ 1 og 26

Spørgsmålet er herefter, om der kan ske fortrængning af en utinglyst ret, herunder utinglyst frihedshævd, og i bekræftende fald, hvilke betingelser der skal være opfyldt. I det følgende skal der indledningsvis redegøres for TL §§ 1 og 26.

Af TL § 1, stk. 1 fremgår det, at:

”Rettigheder over fast ejendom skal tinglyses for at få gyldighed mod aftaler om ejendommen og mod retsforfølgning.”

Rettigheder over fast ejendom

Det er kun rettigheder over en fast ejendom, der kan tinglyses, jf. TL § 10, stk. 1.²⁶² Det følger af TL § 10, stk. 1, at et privat dokument, for at kunne tinglyses efter sit indhold, skal gå ud på at fastslå, stifte, forandre eller ophæve en ret over fast ejendom.

Tinglysning

Evald anfører, at tinglysningskravet (også kaldt tinglysningspligt) gælder både servitutter stiftet ved aftale og hævd.²⁶³ Tinglysningspligten er ”»sanktioneret« ved, at en utinglyst rettighed risikerer at blive fortrængt (ekstingveret) af andre indehavere af rettigheder over ejendommen (aftaleerhververe og kreditorer), som lader deres ret tinglyse”.²⁶⁴ Rettigheder over fast ejendom, der er erhvervet ved hævd, skal således tinglyses for at opnå beskyttelse mod ekstinktion af fremtidige aftaleerhververe.²⁶⁵

²⁶² Evald, Servitutretten, 2021, s. 133.

²⁶³ Evald, Servitutretten, 2021, s. 133. Ved tinglysningskravet menes ikke, at den rettighedshaver, som ikke overholdt forpligtelsen, bliver mødt med en strafferetlig sanktion i form af bøde eller lignende (Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 77).

²⁶⁴ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 77.

²⁶⁵ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 25 og ligeledes Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 841. Er hævd den vundet, dvs. gyldigt stiftet med retsvirkning for tredjemand uden tinglysning, før tinglysningslovens ikrafttræden 1. april 1927, er tinglysning dog ikke nødvendig, jf. TL § 52. Disse rettigheder bevarer således deres

Sikringsakt - Tinglysning

Bestemmelsen foreskriver, at ”rettigheder over fast ejendom” skal tinglyses for at opnå beskyttelse mod ekstinktion. ”Det klare udgangspunkt er derfor, at tinglysning er sikringsakt for alle rettigheder over fast ejendom. [...]”.²⁶⁶ Det findes ikke relevant for afhandlingen at inddrage undtagelsesbetingelserne i TL §§ 2-4, herunder navnlig § 3 om brugsrettigheder.²⁶⁷

Gyldighed

At rettigheder over fast ejendom får ”gyldighed”, betyder, at de ikke udsættes for ekstinktion over for aftaleerhververe.²⁶⁸

Ud fra ovenstående kan det udledes, at sikringsakten - ved alle rettigheder over fast ejendom, herunder rettigheder over fast ejendom, der er erhvervet ved hævd - som udgangspunkt er tinglysning, medmindre andet fremgår af lovgivningen.

TL § 1 - Ekstinktionsbetingelserne

Af TL § 1, stk. 2, fremgår det, at:

”Den aftale eller retsaffølgning, der skal kunne fortrænge en utinglyst ret, skal selv være tinglyst og erhververen ifølge aftalen være i god tro.”

God tro på anmeldelsestidspunktet/tinglysningstidspunktet

Ved god tro forstås i denne lov, at erhververen ikke kender den utinglyste ret og ej heller ved grov uagtsomhed er skyld i sit ukendskab til den. God tro må være til stede på det tidspunkt, da aftalen

gyldighed uden tinglysning (Evald, Servitutretten, 2021, s. 133 og ligeledes Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 19 og 25).

²⁶⁶ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 77.

²⁶⁷ En rettighed over fast ejendom er kun beskyttet mod ekstinktion *uden tinglysning*, hvis den er omfattet af de udtrykkelige undtagelsesbestemmelser (Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 77). I tinglysningsloven af 1926 blev der i TL § 1 indsat et generelt krav om, at alle rettigheder over fast ejendom skal tinglyses for at opnå beskyttelse mod ekstinktion. Hertil gælder alene få lovbestemte undtagelser, jf. navnlig TL §§2-4 (Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 19).

²⁶⁸ Evald, Servitutretten, 2021, s. 134.

anmeldes til tinglysning, jf. TL § 5. Det fremgår direkte af ordlyden, at god tro må være tilstede på det anmeldelsestidspunkt. Dette tidspunkt er identisk med TL § 14, stk. 1, 1. pkt., hvoraf fremgår, at dokumenter, der anmeldes til tinglysning, ved modtagelse indføres i tingbogen. Ved indførelse i tingbogen anses dokumentet for tinglyst, jf. TL § 25.

Retsvirkningerne af tinglysning indtræder allerede fra modtagelsestidspunkt (klokkeslæt), hvor dokumentet anmeldes til tinglysning. Afgørende er således, om der forelå god tro på anmeldelsestidspunktet,²⁶⁹ hvilket typisk er sammenfaldende med tinglysningstidspunktet, medmindre dokumentet ikke opfylder de fastsatte tekniske krav, jf. § 14, stk. 1, 3. pkt. Hertil kan der henvises til U 2018.3301 V, hvor landsretten fandt, at købere af tjenende ejendom havde været i god tro om naboens utinglyste servituthævd (vejret) ved erhvervelsen af ejendommen og på anmeldelsestidspunktet af skøde til tinglysning den 9. marts 2012.²⁷⁰

Retssubjekter

Af ordlyden ”aftale” og ”retsfølgning” i TL § 1, stk. 2 kan det udledes, at bestemmelsen omfatter to typer retssubjekter: Aftaleerhververe og kreditorer.²⁷¹ En aftaleerhverver er ”*en person, der er indehaver af en rettighed, som er stiftet ved aftale*”. En sådan aftale kan eksempelvis angå en fuldstændig ejendomsret.²⁷² I afhandlingen er det relevant at fokusere på ny aftaleerhverver, der får tinglyst skøde og opnår adkomst.

Bestemmelsen foreskriver, at godtroende aftaleerhververe, der har tinglyst deres ret, *inden* erhververen tinglyser sin ret, ekstingverer erhververens ret.²⁷³ Dette kan illustreres således, at hvis den hævde har erhvervet hævde, og den ved hævde erhvervede ret ikke er tinglyst, er der risiko for, at en ejer af den faste ejendom ekstingverer den hævde hævdsret. Når der er tale om servituthævd (rådighedsservitutter), og ejeren af herskende ejendom ikke har tinglyst sin hævdsret,

²⁶⁹ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 159 og 174.

²⁷⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 843.

²⁷¹ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 142. Afhandlingen har alene til formål at inddrage ”aftaleerhververe”, hvorfor kreditorer er udeladt.

²⁷² Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 143.

²⁷³ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 82.

er der således risiko for, at dennes ret ekstingveres af en fremtidig godtroende aftaleerhverver af den tjenende ejendom.

Ud fra ovenstående kan det udledes, at ekstinktionsbetingelserne er: 1) at aftaleerhververen har tinglyst sin ret, inden erhververen (den hævdvundne) har tinglyst sin ret, jf. TL § 1, stk. 2, og 2) at aftaleerhververen - på tidspunktet for anmeldelsen/tinglysning af sin adkomst - har været i god tro om hævdserhvervelsen, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 5.

TL § 26 - Indsigelsesadgangen og toårsfristen

Tinglysningslovens § 26, stk. 1 er en modifikation til TL § 1.²⁷⁴

Af tinglysningslovens § 26, stk. 1 fremgår det, at:

”Dersom en hævd ikke er tinglyst og derfor ville bortfalde over for en senere erhverver i medfør af § 1, skal denne dog gøre sin ret gældende inden 2 år efter, at hans ret er tinglyst. I modsat fald får hævdens også gyldighed mod ham.”

Bestemmelsen vedrører betingelserne for at fortrænge allerede vundet, men utinglyst hævd.²⁷⁵ En utinglyst ret ekstingveres efter TL § 1, stk. 2, jf. § 5, og normalt behøver den, der ekstingverer en utinglyst ret, ikke gøre sin ret gældende inden for en bestemt frist. Men når der er tale om utinglyst hævd, suppleres TL § 1, stk. 2 med reglen i § 26, stk. 1, der bevirker, at hævdens i mangel af indsigelser igen træder i funktion efter udløbet af 2-års fristen.²⁷⁶ Heraf kan det udledes, at aftaleerhververen, der vil ekstingvere en utinglyst hævd, skal gøre sin ret gældende inden 2 år efter, at hans ret er tinglyst. I modsat fald får hævdens også gyldighed mod aftaleerhververen.²⁷⁷

Dette kan illustreres på følgende måde, som Pagh og Haugsted anfører: *”En utinglyst servituthævd, som ellers vil bortfalde over for en senere godtroende erhverver i medfør af § 1, kan fortsætte, medmindre den nye ejer af den tjenende ejendom gør sin ret gældende »inden 2 år efter, at hans ret er tinglyst«”*.²⁷⁸

²⁷⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 842.

²⁷⁵ Evald, Servitutretten, 2021, s. 139.

²⁷⁶ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 260.

²⁷⁷ Willumsen, tinglysning, 2004, s. 27.

²⁷⁸ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 208-209.

Indsigelsesadgangen

Vinding Kruse anfører følgende med henvisning til lovbemærkninger: ”[...] Der er ikke i § 26 foreskrevet nogen form for, hvorledes erhververen skal gøre sin ret gældende. Der kræves altså ikke stævning. Også en privat påstand er tilstrækkelig, blot den er bevislig, [jr. justitsministeriets bemærkninger til forslag til lov om tinglysning (fremsat i landstinget januar 1926), side 22]”.²⁷⁹

TL § 26, stk. 1 foreskriver således ingen særlige krav til, på hvilken måde den nye ejer skal ”gøre sin ret gældende” for at fortrænge en utinglyst hævds erhvervelse.²⁸⁰ Dette betyder, at enhver protest over for den hævde er tilstrækkelig.²⁸¹ Derfor kan erhververen ”gøre sin ret gældende” ved udenretlig påmindelse eller bl.a. ved faktisk afbrydelse af hævdsrådigheden, jf. U 2018.3301 V.²⁸² Til forskel fra almindelige regler om afbrydelse af hævde – hvor der er krav om enten retlige skridt eller fysisk afbrydelse²⁸³ - er en udenretlig påmindelse således tilstrækkelig for, at den nye ejer kan ekstingvere den utinglyste hævde.²⁸⁴ Det er ikke relevant for afhandlingen ift. frihedshævde (om beplantningshøjde), at komme nærmere ind på fysisk afbrydelse, herunder dommen U 2018.3301 V, der omhandlede en utinglyst servituthævde (vejret), hvor færdslen var blevet blokeret af (tidligere) anbragte sten. Det er vanskeligt at forestille sig, at ejere af herskende ejendom skulle have mulighed for fysisk afbrydelse af frihedshævde over tilstandsservitutter, hvorfor det ikke er relevant at analysere dommen U 2018.3301 V.

Toårsfrist fra tinglysningstidspunktet

Det følger af ordlyden af TL § 26, stk. 1, at aftaleerhververen skal gøre sin ret gældende over for den hævde ”inden 2 år efter, at hans ret er tinglyst”. Efter ordlyden er det derfor tidspunktet for tinglysningen af aftaleerhververens adkomst, der er afgørende (tinglysningstidspunktet).²⁸⁵ Heraf kan det udledes, at fristen regnes fra tinglysningstidspunktet.

²⁷⁹ Vinding Kruse, Tinglysningsloven, 1952, s. 175.

²⁸⁰ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 842.

²⁸¹ Evald, Servitutretten, 2021, s. 141.

²⁸² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 842 og Evald, Servitutretten, 2021, s. 141.

²⁸³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 828.

²⁸⁴ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 842.

²⁸⁵ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 843.

Hertil kan der henvises til U 2012.917 H, der omhandlede en servituthævd (utinglyst rådighedsservitut). Landsretten lagde til grund, at *”toårsfristen i bestemmelsen alene begynder at løbe fra tinglysningen af erhververens adkomst, »hvis der er en aktuel udøvelse af hævd, som kan give erhververen anledning til at gøre sin ret gældende«, og ellers først skal regnes fra det tidspunkt, hvor hævd bliver »kendelig« for erhververen. Dette støttede landsretten dels på »bestemmelsens formål og forhistorie«, dels – noget tvivlsomt – på, at § 26, stk. 1 er en undtagelse fra lovens § 1 og derfor må »fortolkes restriktivt»*.²⁸⁶ Højesteret lod med udformning af sine præmisser spørgsmålet om fristens begyndelsestidspunkt stå åbent.

Spørgsmålet må nu anses for afklaret med senere dom i MAD 2016.481 Ø, som omhandlede en utinglyst servituthævd (rådighedsservitut) og ny ejer af tjenende ejendom. I 2003 blev den tjenende ejendom købt af en ny ejer. I 2014 blokerede den nye ejer af tjenende ejendom vejadgangen. Ejer af tjenende ejendom gjorde bl.a. gældende, at han først i 2014 fik kendskab til, at ejer af herskende ejendom mente, at han havde en utinglyst vejret. Byretten lagde vægt på, at toårsfristen skulle regnes fra det tidspunkt, hvor ejeren af tjenende ejendom fik kendskab til hævd. Landsretten udtalte, at betingelsen for at ekstingvere en utinglyst hævd er, at erhververen af den tjenende ejendom gør sin ret gældende inden 2 år, jf. TL § 26, stk. 1. *Da ejere af tjenende ejendom havde købt ejendommen i 2003 og havde gjort indsigelse i 2014, var toårsfristen overskredet, hvorfor ejeren af tjenende ejendom måtte tåle, at vejadgangen blev tinglyst*.²⁸⁷

I MAD 2016.481 Ø blev det således afvist, at ejeren af tjenende ejendom kunne ekstingvere utinglyst servituthævd, fordi indsigelsen var rejst efter to år.

Evald anfører, at *”Det var i dommen ubestridt, at køberen [dvs. ejeren af den tjenende ejendom] først i 2014 fik kendskab til den utinglyste (vej)ret, så landsrettens afgørelsen kan kun læses således at toårsfristen i § 26, stk. 1, er absolut, og at begyndelsestidspunktet for fristen ikke kan udskydes til det tidspunkt, hvor erhververen får kendskab til hævd”*.²⁸⁸

²⁸⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 844.

²⁸⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 142.

²⁸⁸ Evald, Servitutretten, 2021, s. 142.

Ud fra ovenstående må det lægges til grund, at toårsfristens begyndelsestidspunkt er fra tinglysningen af erhververens adkomst. Fristen regnes således fra tinglysningstidspunktet og ikke fra kendskabstidspunktet.

På baggrund af ovenstående betragtninger og retspraksis kan det lægges til grund, at der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret vundet ved servituthævd på en ejendom ved tinglysning af en ret over samme ejendom, jf. MAD 2016.481 Ø og U 2018.3301 V.

Problemstillingen - om mulighed for ekstinktion af en utinglyst frihedshævd ved tinglysning af en ret over anden ejendom end den utinglyste ret angår – anses ikke for at være behandlet i ældre eller nyere litteratur, og der er heller ikke tidligere retspraksis omkring problemstillingen efter tinglysningslovens bestemmelser.

11.2 U 2020.2356 H (Landsretten)

Spørgsmålet er herefter, om der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, hvilket blandt andet blev prøvet i landsretten og Højesteret.

Ejere af herskende ejendom (A og B) havde til støtte for deres påstand anført, at de:

”[...] har ekstingveret en eventuel vundet hævd i medfør af tinglysningslovens § 26. De overtog ejendommen den 1. juni 2015 og fremsatte indsigelser i april 2017. De har således inden 2 år efter erhvervelsen gjort indsigelse. De har derudover indgivet stævning den 19. maj 2017. Det bestrides, at de skulle have været i ond tro på tidspunktet for tinglysningen”.²⁸⁹

Ejere af tjenende ejendom (C og B) havde til støtte for deres påstand anført, at:

”[ejere af herskende ejendom] ikke kan anses for at have været i god tro på tinglysningstidspunktet. Tinglysningslovens § 26 kan allerede af den grund ikke bringes i anvendelse. [ejere af herskende ejendom] havde antaget advokat ved erhvervelsen af deres ejendom og var - eller burde have været - opmærksom på, at der var vundet hævd”.²⁹⁰

²⁸⁹ U 2020.2356 H, s. 10.

²⁹⁰ U 2020.2356 H, s. 10.

Spørgsmålet er herefter, for det første om A og B efter TL § 1, stk. 2, jf. § 5 har ekstingveret C og Bs utinglyste (friheds)hævd, og for det andet om A og B rettidigt har gjort deres ekstinktionsret gældende, jf. TL 26, stk. 1.

Af landsrettens begrundelse og resultat fremgår bl.a. følgende:

”Efter tinglysningslovens § 1, jf. § 5, ekstingverer den, der i god tro ved aftale erhverver ret til en fast ejendom, utinglyste rettigheder over denne faste ejendom. Bestemmelsen i tinglysningslovens § 26 angår erhververens mulighed for at fortrænge en allerede vundet utinglyst hævd på den erhvervede ejendom. En tinglyst servitut på den tjenende ejendom, som er bortfaldet ved frihedshævd, kan imidlertid ikke anses for en ret over den herskende ejendom. Landsretten finder derfor, at bestemmelsen i tinglysningslovens § 26 ikke finder anvendelse. Landsretten er med denne begrundelse enig i byrettens resultat. Landsretten stadfæster derfor byrettens dom”.²⁹¹

Det kan udledes af dommen, at landsretten med henvisning til TL § 1 stiller krav om, at der skal være tale om utinglyste rettigheder over den faste ejendom, der er erhvervet. I TL § 1, stk. 2 fremgår det alene, at en godtroende aftaleerhverver kan fortrænge en utinglyst ret.

Det fremgår af dommen, at TL § 26 angår erhververens mulighed for at fortrænge en allerede vundet ”utinglyst hævd på den erhvervede ejendom”. Som tidligere nævnt, angår TL § 26, stk. 1 erhververens mulighed for at fortrænge en allerede vundet, men ”utinglyst hævd”. Hverken i TL § 1 eller § 26 fremgår der noget om, at den utinglyste ret skal være på den erhvervede ejendom.

Tidligere retspraksis, herunder MAD 2016.481 Ø og U 2018.3301 V, viser at bestemmelserne har været anvendt ved utinglyst servituthævd, hvorefter ny ejer af tjenende ejendom havde mulighed for at ekstingvere en utinglyst servituthævd, når ekstinktionsbetingelser i TL § 1, stk. 2, jf. 5 var opfyldt, og når ekstinktionsretten blev gjort gældende rettidigt efter TL § 26, stk. 1. I dette tilfælde ville en utinglyst servituthævd på den tjenende ejendom være en ret over den erhvervede ejendom, da der er tale om erhvervelse af den tjenende ejendom.

²⁹¹ U 2020.2356 H, s. 10.

Dommens resultat kan således hænge sammen med tidligere retspraksis på området, hvor ejere af tjenende ejendom har påberåbt sig bestemmelsen.

Landsrettens udformning af deres præmisser viser implicit, at servituthævd, og ikke frihedshævd, er omfattet af bestemmelserne, da det af dommen - som ovenfor nævnt - kan udledes, at det kræves, at den utinglyste hævd er på den erhvervede ejendom. Denne betingelse kan forståeligt nok ikke anses for opfyldt, når ejere af herskende ejendom påberåber sig bestemmelserne i forhold til en utinglyst frihedshævd, som jo ikke er på den erhvervede ejendom.

I TL § 26, stk. 1 fremgår ordlyden ”Dersom en hævd ikke er tinglyst”, hvorfor det forekommer uforståeligt, at landsretten kommer frem til det resultat, at frihedshævd ikke skulle være omfattet, idet der sondres mellem tre typer af ”hævd”, hvilket er servituthævd, frihedshævd (og ejendomshævd)²⁹² med direkte hjemmel i D.L. 5-5-1 og 5-5-2, jf. formuleringen ”paa Brug” (og ”paa Ejendom”),²⁹³ eller efter reglerne om alderstidshævd i medfør af retspraksis.

Hertil kan der henvises til Vinding Kruse, som anfører, at ”Ved hævd i [*forbindelse med TL § 26*] tænkes på en rets stiftelse efter Danske Lov 5—5— 1 og 2 derved, at den til retten svarende råden objektivt ulovligt — altså uden at være hjemlet ved en aftale om lån, leje, pant o l — er udøvet i en vis tid — 20 år eller ved de såkaldt »usynbare« servitutter efter praksis alderstid [...]”.²⁹⁴ Heraf kan udledes, at der ved hævd tænkes på hævdsformer, der er stiftet enten efter reglerne om ordinær hævd, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2, eller efter reglerne om alderstidshævd.

Det fremgår af landsretsdommen, at ”en tinglyst servitut på den tjenende ejendom, som er bortfaldet ved frihedshævd, [ikke] kan [...] anses for en ret over den herskende ejendom”.²⁹⁵ Ved servituthævd (rådighedsservitutter), vinder den hævdeende en begrænset ret over fremmed ejendom (den tjenende ejendom). Men ved frihedshævd er der derimod tale om, at ejeren af den tjenende ejendom ”vinder

²⁹² Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 836.

²⁹³ Hertil kan der henvises til afsnit 10.1.2 om hjemlen til frihedshævd.

²⁹⁴ Vinding Kruse, Tinglysningsloven, 1952, s. 175.

²⁹⁵ U 2020.2356 H, s. 10.

sin ret tilbage” fra en servituthaver,²⁹⁶ hvorfor frihedshævd alene finder anvendelse på begrænsede rettigheder over den tjenende ejendom.

Servituthævd er ikke en ret over herskende ejendom, selvom ejeren af den herskende ejendom opnår en servitutret ved, at den hævden vinder ”en ret over ejendommen svarende til den udøvede råden”.²⁹⁷ Ligeledes er den vundne frihedshævd heller ikke en ret over herskende ejendom, men derimod en ret over den tjenende ejendom, da den hævden – som Madsen anfører - vinder en ”ret til at råde, svarende til den faktiske råden (brug/frihedsbrug), som han har udøvet i hævdstid”.²⁹⁸ Frihedshævd finder kun anvendelse på begrænsede rettigheder over den tjenende ejendom, således at denne ret herefter overgår til ejeren af den tjenende ejendom. Hertil kan der henvises til Peter Pagh’s kommentar, hvoraf fremgår, at ”Frihedshævd finder nu en gang kun anvendelse på rettigheder over fast ejendom, så hvis den berettigede efter tilstandsservituten kan miste sin ret over den [tjenende] ejendom ved frihedshævd, må denne ret nødvendigvis være en ret over den [tjenende] ejendom”,²⁹⁹ således at denne ret herefter overgår til ejeren af den tjenende ejendom. Det kan lægges til grund, at frihedshævd ikke kan anses for en ret over den herskende ejendom.

Ud fra ovenstående må landsretsdommen forstås på den måde, at der efter TL § 1 og § 26 ikke er hjemmel til at ekstingvere utinglyst frihedshævd ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår.

²⁹⁶ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 250.

²⁹⁷ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 809.

²⁹⁸ U 2023B.115, s. 6.

²⁹⁹ MAD 2019.109/1, s. 5. Det skal bemærkes, at der - i forlængelse af samtale med Peter Pagh - er foretaget rettelser i citatet grundet forveksling af begreber: i stedet for ”herskende ejendom”, skulle der have stået ”tjenende ejendom”.

11.3 U 2020.2356 H (Højesteret)

Spørgsmålet er herefter, om der i TL §§ 1 og 26 alligevel er hjemmel til fortrængning af utinglyst frihedshævd ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår. Dette blev prøvet i Højesteret efter Procesbevillingsnævnets tredjeinstansbevilling,³⁰⁰ som var begrænset til alene at angå spørgsmålet om ekstinktion af den vundne frihedshævd.

Det fremgår af Højesterets præmisser, at:

*”[...] Bestemmelsen i § 26, stk. 1, har kun betydning, hvis A og B ved tinglysningen i 2015 af deres adkomst til ejendom 2 efter lovens § 1 har fortrængt C og Ds ret ifølge den vundne frihedshævd”.*³⁰¹

Det fremgår direkte i præmisserne, at TL ”§ 26, stk. 1, har kun betydning, hvis [ejere af herskende ejendom] ved tinglysning [...] af deres adkomst [...] efter lovens § 1 har fortrængt [...] vundne frihedshævd”.³⁰² Heraf kan det - modsat landsrettens resultat - udledes, at TL § 26 finder anvendelse, men at bestemmelsen kun gælder, hvis ekstinktionsbetingelserne i medfør af TL § 1 er opfyldt, og at afgørende er om aftaleerhververen - på tidspunktet for tinglysning af sin adkomst - har været i god tro om hævds erhvervelsen, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 5.

Det kan lægges til grund, at Højesterets præmisser stemmer overens med de ovenfor nævnte betragtninger, hvad angår TL §§ 1, stk. 2 og 26, stk. 1, da ekstinktionsbetingelserne i første omgang skal være opfyldt, *inden* det vurderes, om ekstinktionsretten er gjort gældende rettidigt.

Højesteret har prøvet, om fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, er omfattet af tinglysningsloven, hvilket i det følgende analyseres nærmere.

³⁰⁰ Som udgangspunkt gælder to-instansprincip, således at det kræver en særlig tilladelse, for at en sag kan indbringes for Højesteret som tredje instans (Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 235)

³⁰¹ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁰² U 2020.2356 H, s. 11.

Det fremgår af Højesteretsdommen, at:

*”Der [...] ikke [er] sket aflysning af servituten, ligesom det må lægges til grund, at frihedshævden heller ikke på anden måde er tinglyst”.*³⁰³

Endvidere fremgår det af Højesterets præmisser, at:

*”Servituten er som anført tinglyst på ejendom 1, og den frihedshævd, som C og D har vundet, angår retten til beplantning af denne ejendom. Den adkomst, som A og B i 2015 har fået tinglyst, angår en anden ejendom, nemlig ejendom 2. Højesteret finder, at dette i tilfælde som det foreliggende - hvor påtaleretten ifølge servituten tilkommer ejeren af ejendom 2 - ikke i sig selv er til hinder for, at A og B kan fortrænge C og Ds frihedshævd. En sådan fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, var mulig før tinglysningsloven af 1926, jf. bl.a. Højesterets dom af 28. januar 1881 (UfR 1881.471), og der er ikke grundlag for at antage, at der med loven har været tilsigtet en anden retstilstand”.*³⁰⁴

Tilstandsservituten var tinglyst på den tjenende ejendom (ejendom 1), som blev stiftet ved aftale, og ifølge servituten er påtaleberettigede anført som den til enhver tid værende ejer af en bestemt fast ejendom.³⁰⁵ Ejeren af tjenende ejendom (C og D) havde vundet frihedshævd på denne ejendom (ejendom 1), hvorfor tilstandsservituten var ophørt, men servituten var ikke aflyst, ligesom den vundne frihedshævd ikke var tinglyst på ejendommen (ejendom 1). Nye ejere af herskende ejendom (A og B) havde fået tinglyst skøde og opnået adkomst på denne ejendom (ejendom 2), hvilket således angår en tinglyst ret over en anden ejendom end den ejendom, som den utinglyste ret angår.

Højesteret fandt, at det i det foreliggende tilfælde ”- hvor påtaleretten ifølge servituten tilkommer ejeren af ejendom 2 - ikke i sig selv er til hinder for, at A og B kan fortrænge C og Ds frihedshævd” med den begrundelse, at ”En sådan fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, var mulig før tinglysningsloven af 1926, jf. [...] (UfR

³⁰³ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁰⁴ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁰⁵ U 2020.2356 H, s. 1.

*1881.471), og der er ikke grundlag for at antage, at der med loven har været tilsigtet en anden retstilstand”.*³⁰⁶

Heraf kan det udledes, at ekstinktion ikke er udelukket, blot fordi der er tale om ejer af en anden ejendom (herskende ejendom), som er påtaleberettiget. Det kan udledes – modsat landsrettens resultatet - at der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, jf. U 1881.471 H, og at der ikke er grundlag for at antage, at tinglysningsloven skulle tilsigte en anden retstilstand, hvilket må forstås således, at hjemlen for problemstillingen findes i TL § 1, stk. 2, jf. § 26, stk. 1.

11.3.1 U 1881.471 H

Højesteretsdom af 28. januar 1881 (U 1881.471 H) omhandler et tinglyst skøde af 16. juni 1857 på en ejendom (ejendom 1) - og dertil sluttende senere adkomstdokumenter - som hjemlede rettighed til benyttelse af jordstrimmel. Jordstrimlen var forbeholdt ejeren af Gjæstgivergaarden "Hvide Hest" (ejendom 2) til udførelsen af reparationsarbejder på dennes bygninger. Ny ejer af ejendom 1 havde fået tinglyst adkomst den 22 August 1862, og efter erhvervelsen opførte ejeren i 1868 en bageribygning ind over den nævnte jordstrimmel, som skulle forbeholdes ejeren af ejendom 2 til reparationsudførelse. Tidligere ejer af herskende ejendom (ejendom 2) havde dog udstedt deklaration (hvis udstedelsestidspunkt i øvrigt mangler), hvorved sådan bebyggelse - af bageribygning på jordstrimlen – tillodes. Ny ejer af herskende ejendom havde erhvervet ejendommen i 1868 og udvendig reparation af dennes bygninger var blevet umuligt grundet bl.a. naboens opførelse af bageribygningen. Deklarationen var ikke tinglyst og deklarationen *havde ikke været kendt af den nye ejer af herskende ejendom (før den nye ejer havde købt ejendommen)*. Derfor ville den nye ejer af herskende ejendom have, at ejeren af ejendom 1 skulle tilpligtes at ”ryddeliggøre” jordstrimlen. Ejer af ejendom 1 blev tilpligtet at ryddeliggøre den under sagen omhandlede jordstrimmel for den derpå opførte bageribygning og henlagte fyld. Højesteret stadfæstede dommen under den del af sagen. Derimod blev erstatning ikke tilkendt af Højesteret.

Af ovenstående ældre højesteretsdom kan det udledes, at der før tinglysningslovens ikrafttrædelse i 1927³⁰⁷ har været mulighed for fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, når der på tinglysningstidspunktet forelå god tro.

³⁰⁶ U 2020.2356 H, s. 11.

Denne ældre højesteretsdom omhandler ikke samme situation som den foreliggende i U 2020.2356 H, men der er tale om en sag med lignende faktiske omstændigheder. Højesteretsdommen i U 1881.471 H omhandler en utinglyst deklaration, hvorimod Højesteretsdommen i U 2020.2356 H omhandler en utinglyst (friheds)hævd, hvilket ikke er det samme. Men sagerne er lignende på det punkt, at der i begge sager er tale om fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår.

Hævd efter Danske Lov

Det fremgår af Højesterets præmisser, at ”En sådan fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, var mulig før tinglysningsloven af 1926, jf. bl.a. [...] (UfR 1881.471)”.³⁰⁸

På den ene side kan der argumenteres for, at den af Højesteret valgte begrundelse også kunne være nået ved henvisning til ordinær hævd, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2, eller efter reglerne om alderstidshævd. I TL § 26, stk. 1 fremgår ordlyden ”Dersom en hævd ikke er tinglyst”. Det kan anføres, at der med ordet ”hævd” tænkes på forskellige hævdstyper, hvilket blandt andet er servituthævd og frihedshævd, der har direkte hjemmel i D.L. 5-5-1 og 5-5-2, jf. formuleringen ”paa Brug”,³⁰⁹ eller efter reglerne om alderstidshævd i medfør af retspraksis. Som tidligere nævnt anfører Illum, at ”I dansk retslitteratur og retspraksis har det stedse været antaget, at bestemmelsen i 'D.L. 5-5-2 ikke blot hjemler, at rettigheder over en ting kan stiftes ved hævd, men tillige, at de kan bortfalde ved frihedshævd [...]”.³¹⁰ Som ovenfor nævnt kan der henvises til Vinding Kruse, som anfører, at der ”ved hævd [i forbindelse med TL § 26] tænkes på en rets stiftelse efter Danske Lov 5—5— 1 og 2 [...] eller ved de såkaldt »usynbare« servitutter efter praksis alderstid [...]”.³¹¹ Heraf kan udledes, at der ved hævd tænkes på forskellige hævdsformer, der er stiftet efter reglerne om ordinær hævd, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2, eller efter reglerne om alderstidshævd.

³⁰⁷ Evald, Servitutretten, 2021, s. 133.

³⁰⁸ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁰⁹ Hertil kan der henvises til afsnit 10.1.2 om hjemlen til frihedshævd.

³¹⁰ Illum, Dansk Tingsret, 1976, s. 476 og gentaget i Illum, Servitutter, 1943, s. 249, hvor der her henvises til Algreen-Ussing s. 206 ff., Gram s. 484 ff., Matzen s. 443 ff., Torp S. 526 ff.

³¹¹ Vinding Kruse, Tinglysningsloven, 1952, s. 175.

Det kan lægges til grund, at Højesteret kunne have nået til samme begrundelse med henvisning til reglerne om hævd, da de både omfatter bl.a. servituthævd, der angår en ret over tjenende ejendom og en ret over tjenende ejendom ifølge den vundne frihedshævd. Når en ejer erhverver en tjenende ejendom, hvorpå der er opnået en lovlig, men utinglyst servituthævd, har ejeren af den erhvervede ejendom mulighed for at ekstingvere en utinglyst ret på den erhvervede ejendom (den tjenende ejendom), jf. MAD 2016.481 Ø. Det samme må gælde for en ejer, der erhverver en herskende ejendom, hvor de påtaleberettigedes servitutret er bortfaldet ved lovlig stiftet, men utinglyst frihedshævd. Herefter må ejeren af den erhvervede ejendom således have mulighed for at ekstingvere en utinglyst ret på en anden ejendom (den tjenende ejendom) end den, hvor ejerens adkomst er tinglyst (den herskende ejendom).

Højesteretsdom U 1881.471 H

På den anden side kan der argumenteres for, at den af Højesteret valgte begrundelse rækker videre end blot at omfatte utinglyst frihedshævd i relation til TL § 1, stk. 2. Dette kan muligvis være forklaringen på, hvorfor Højesteret ikke er kommet frem til deres begrundelse med henvisning til reglerne om ordinær hævd eller alderstidshævd, da reglerne kun omfatter hævd. Ud fra den ældre retspraksis (U 1881.471 H) kan det udledes, at også en utinglyst deklaration kan fortrænges ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, hvilket nu vil være omfattet af TL § 1, stk. 2 og ikke også af TL § 26, stk. 1, da sådan et ophør af servituten ikke er sket ved hævd, men ved aftale. Hvis Højesteret havde nået til deres begrundelse med henvisning til reglerne om hævd, ville Højesteretsdommen være konkret begrundet til kun at omfatte fortrængning af utinglyst frihedshævd ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår. Da Højesterets præmisser er generelt begrundede, må dette betyde, at der ikke blot er mulighed for fortrængning af utinglyst ret - vundet ved frihedshævd, men også utinglyste servitutaftaler - ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår.

Retsanvendende og retsskabende

På den ene side kan Højesteretsdommen anses for retsanvendende, da den ikke under en juridisk synsvinkel tilfører noget nyt til den allerede foreliggende retstilstand, men derimod øger sikkerheden for, at retstilstanden er på en bestemt måde³¹² ved at bekræfte, at der ”ikke [er] grundlag for at antage, at der med tinglysningsloven har været tilsigtet en anden retstilstand”.³¹³

Højesteretsdommen som er retsanvendende klarlægger, at en ældre Højesteretsdom (U 1881.471 H) faktisk virker som et præjudikat i dag,³¹⁴ da den dommerskabte regel i U 1881.471 H er lagt til grund i Højesterets afgørelse, hvilket har været med til at bidrage til antagelsen om, hvad der er den gældende ret.

På den anden side kan Højesteretsdommen også anses for retsskabende,³¹⁵ da Højesterets præmisser er generelt begrundede, idet der ifølge præmisserne er mulighed ”*fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår*”.³¹⁶ Heraf kan det udledes, at præmisserne ikke er afhængige af det konkrete faktum, der omhandler fortrængning af en utinglyst frihedshævd, og dermed er præmisserne generelt begrundede.

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at retstilstanden ikke er ændret efter tinglysningslovens ikrafttræden, hvorfor der kan ske fortrængning af utinglyst frihedshævd ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår. Dette forudsætter dog, at ekstinktionsbetingelserne efter TL § 1, stk. 2, jf. § 5 er opfyldt, og først såfremt dette er tilfældet, finder TL § 26, stk. 1 anvendelse, hvorefter spørgsmålet vil være, om ekstinktionsretten er gjort gældende rettidigt.

³¹² Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 245.

³¹³ U 2020.2356 H, s. 11.

³¹⁴ Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 245 og Evald, Servitutretten, 2021, s. 21.

³¹⁵ Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016, s. 245.

³¹⁶ U 2020.2356 H, s. 11.

11.3.2 God tro

Højesteret har prøvet, om ekstinktionsbetingelserne var opfyldt i den foreliggende sag, hvilket analyseres nærmere i det følgende.

Af Højesterets præmisser fremgår følgende:

*”[ejer af herskende ejendom] har for landsretten **forklaret**, at han [...] ikke fik noget oplyst om servituten, da de købte ejendommen, og at de først stødte på den på et tidspunkt mellem sommeren 2015 og årsskiftet 2015- 2016. Det fremgår af skønsmandens erklæring af 16. februar 2018, at beplantningen på ejendom 1 i maj 2015 har haft nogenlunde samme højde som på tidspunktet for erklæringen, og at den på samme måde har skærmet for udsigten til søen fra ejendom 2”.*³¹⁷

På baggrund af forklaringerne kan det udledes, at ejere af herskende ejendom (erhververne) ikke kendte til den utinglyste ret på tinglysningstidspunktet. Spørgsmålet er herefter, om erhververne heller ikke ved grov uagtsomhed var skyld i deres ukendskab til den utinglyste ret, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 5.

Af tidligere forklaringer fremgår det, at ejere af herskende ejendom havde erhvervet ejendommen i foråret 2015 med overtagelse 1. juni 2015.³¹⁸ Af skønsmandens erklæring fra 2018 kan det udledes, at beplantningen på den tjenende ejendom i maj 2015 har haft nogenlunde samme højde som på tidspunktet for erklæringen, således at beplantningen også i maj 2015 har skærmet for udsigten til søen. Anmeldelses- eller tinglysningstidspunktet fremgår ikke af dommen, men da anmeldelsestidspunktet og tinglysningstidspunktet typisk er sammenfaldende,³¹⁹ og da der typisk sker tinglysning senest på overtagelsesdagen, kan det antages at tinglysningstidspunktet formentlig var 1. juni 2015 på overtagelsesdagen. Det følger af samtidighedsprincippet, at sælgeren skal præstere et endeligt tinglyst skøde på overtagelsesdagen,³²⁰ således at køberen opnår endelig

³¹⁷ U 2020.2356 H, s. 11.

³¹⁸ U 2020.2356 H, s. 3.

³¹⁹ Hertil kan der henvises til afsnit 11.1 om ”God tro på anmeldelsestidspunktet/tinglysningstidspunktet”

³²⁰ Munk-Hansen, Fast Ejendom I. Overdragelse, 2023, s. 186-187.

adkomst til ejendommen.³²¹ Herefter kan det anføres, at ejere af herskende ejendom på tinglysningstidspunktet var i ond tro, da de ved grov uagtsomhed var skyld i deres ukendskab til den utinglyste ret, idet den servitutstridige tilstand (beplantning over højdebegrænsningen), som skærmede for udsigten, forelå på tinglysningstidspunktet. Derfor burde ejere af herskende ejendom vide, at ejere af tjenende ejendom havde ret til at beplante over højdebegrænsningen som sket.

Højesteret fandt, at:

*”[...] A og B på tidspunktet for tinglysningen af deres adkomst til ejendom 2 har **måttet gå ud fra, at C og D havde ret til at beplante deres ejendom som sket.** De har som følge heraf ikke efter § 1, stk. 2, fortrængt C og Ds ret. Den omstændighed, at de ikke har vidst, at C og Ds ret beroede på frihedshævd, ændrer ikke ved det anførte. Med denne begrundelse stadfæster Højesteret dommen. [...] Landsrettens dom stadfæstes”.³²²*

Dommen viser, at der forelå ond tro på tinglysningstidspunktet, hvorfor ekstinktionsbetingelsen efter TL § 1, stk. 2 ikke var opfyldt, og derfor kunne der ikke ske ekstinktion af en utinglyst frihedshævd. Endvidere viser dommen, at TL § 26, stk. 1 ikke fandt anvendelse, da ekstinktionsbetingelserne ikke var opfyldt. Landsrettens resultatet var også, at TL § 26 ikke fandt anvendelse, men landsrettens begrundelse var en anden. Landsretten udtalte, at TL § 1 alene finder anvendelse på utinglyste rettigheder over den erhvervede ejendom, og at TL § 26 alene finder anvendelse på utinglyst hævd på den erhvervede ejendom, og da frihedshævd ikke kunne anses for en ret over den erhvervede ejendom (den herskende ejendom), fastslog landsretten derfor, at TL § 26 ikke fandt anvendelse.³²³

³²¹ Samtidighedsprincippet er knyttet til den retlige overgivelse af ejendommen fra sælgeren til køberen (Munk-Hansen, Fast Ejendom I. Overdragelse, 2023, s. 189).

³²² U 2020.2356 H, s. 11.

³²³ U 2020.2356 H, s. 10.

Tingbogens negative troværdighed

Efter tinglysningslovens ikrafttræden kan ”Aftaleerhververe [...] i medfør af tinglysningsloven som udgangspunkt stole på, at rettigheder, som ikke er tinglyst, og som aftaleerhververen ikke kender, ikke skal respekteres. Dette betegnes også tingbogens negative troværdighed”.³²⁴

Som anført af Illum, er ”Meningen med Tinglysningslovens § 1 [...] den, at Køberen af en fast Ejendom ikke skal lide Skuffelse ved, at der dukker skjulte Rettigheder op over de Arealer, som han mener at have erhvervet”.³²⁵

Som anført af Evald, fastslog Højesteret med dommen - ved brug af Illums ord – ”at der ikke er nogen berettiget interesse forbundet med, at køberen sætter sig til rette på ejendommen, der i et og alt er som forevist ham, og spejder ud over naboejendommene for at fravende dem arealer, som de har lovlig, men utinglyst adkomst til”.³²⁶

Det kan anføres, at der ikke foreligger ”modstrid mellem den ret, køberen erhverver ved skødet, og naboens utinglyste ret”,³²⁷ når ”udsigt til søen” ikke er aftalt,³²⁸ og når køber ved ”sædvanlig besigtigelse”³²⁹ burde kunne konstatere, at der ingen udsigt var. Derfor lider køber ingen skuffelse, hvilket taler for, at en utinglyst frihedshævd skal respekteres.

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at godtroende aftaleerhververe som udgangspunkt ikke skal respektere utinglyste rettigheder, som ikke fremgår af tingbogen, da de ikke skal lide skuffelse. Men køber i ond tro skal respektere utinglyste rettigheder, da der ikke er tale om skjulte rettigheder, idet ejendommen er som forevist køberen, som dermed ikke lider skuffelse. Dette er også i overensstemmelse med Højesteretsdommen, hvorefter køberen i ond tro ikke kunne fortrænge en utinglyst frihedshævd.

³²⁴ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 76. Inden tinglysningslovens ikrafttræden var det ikke alle rettigheder over fast ejendom, som skulle tinglyses, hvilket betød, at tingbøgerne ikke i fuldt omfang gav oplysninger om de rettigheder, som påhvilede en fast ejendom, og som skulle respekteres af de nye rettighedshavere (Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 19).

³²⁵ Illum, Servitutter, 1943, s. 176.

³²⁶ Evald, Servitutretten, 2021, s. 140-141 og Illum, Servitutter, 1943, s. 176.

³²⁷ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 66.

³²⁸ U 2008.46 V: S solgte en sommerhusejendom med ”*ffordkig*” (Munk-Hansen, Fast Ejendom I. Overdragelse, 2023, s. 307).

³²⁹ Munk-Hansen, Fast Ejendom I. Overdragelse, 2023, s. 160-161.

Som tidligere nævnt fremgår det af Højesteretsdommen, at ”*Det [...] ved landsrettens dom [er] fastslået, at den nævnte pligt ifølge servituten er bortfaldet ved frihedshævd [...]. Der [...] ikke [er] sket aflysning af servituten, ligesom det må lægges til grund, at frihedshævden heller ikke på anden måde er tinglyst*”.³³⁰

Ud fra ovenstående betragtninger og Højesterets præmisser kan det anføres, at når der er vundet frihedshævd, og servituten ikke er aflyst, eller frihedshævden heller ikke på anden måde er tinglyst, er der mulighed for fortrængning af frihedshævden, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 5 og TL § 26, stk. 1. Bortfald af servitut ved frihedshævd er ikke ensbetydende med, at der opnås beskyttelse mod ekstinktion, og derfor er det vigtigt, at servituten enten aflyses eller at frihedshævden tinglyses

Aflysning af servitutter

Selvom Højesteret fandt, at de nye ejere af herskende ejendom var i ond tro, og at der derfor ikke kunne ske fortrængning af utinglyst frihedshævd, kræves det fortsat, at servituten aflyses af hensyn til fremtidige nye erhververe af den herskende ejendom, da en godtroende aftaleerhverver ellers har mulighed for at fortrænge frihedshævden, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 5 og § 26, stk. 1, hvorefter samme problemstilling kan genopstå.

Efter TL § 10, stk. 1, skal ”*et privat dokument [...] for at kunne tinglyses efter sit indhold gå ud på at fastslå, stifte, forandre eller ophæve en ret over en bestemt fast ejendom [...]*”. Som anført af Hans Willumsen, synes ordlyden af TL § 10, stk. 1 ”ophæve en ret”, at ”*støtte den opfattelse, at også en aflysning af en ret er at betragte som en tinglysning, hvorfor en lysning og en påfølgende aflysning af en ret må opfattes som to tinglysninger og ikke som en annulleret tinglysning*”.³³¹

Efter TL § 10, stk. 1, skal ”*et privat dokument [...] for at kunne tinglyses [...] fremtræde som udstedt af den, der ifølge tingbogen [...] er beføjet til at råde over den pågældende ret, eller som udstedt med hans samtykke*”. Hertil kan nævnes, at Evald anfører, at aflysning af servituten kan ske af de påtaleberettigede i henhold til servituten, som er legitimeret, hvilket kan ske med en digital

³³⁰ U 2020.2356 H, s. 11.

³³¹ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 93.

aflysningspåtegning på ”tinglysning.dk”, ligesom aflysning kan ske på grundlag af signatur eller fuldmagt fra den eller de påtaleberettigede.³³²

Ud fra ovenstående kan det lægges til grund, at påtaleberettigede i henhold til servitutten har tingbogslegitimation, jf. TL § 10, stk. 5 og derfor kan tinglyse et privat dokument, der går ud på at ophæve en ret over fast ejendom, herunder aflysning af en servitutret, jf. TL § 10, stk. 1. Dette vil typisk ske efter anmodning fra ejere af den tjenende ejendom (materielt berettigede), hvorefter der indgås en aftale mellem disse parter om aflysning.

Tinglysning af frihedshævd

Ejer af tjenende ejendom har mulighed for at få tinglyst den vundne (friheds)hævd i medfør af TL § 12, stk. 2, som det også fremgår af litteraturen.³³³

Det fremgår direkte af højesteretsdommens præmisser, at ejere af tjenende ejendom har en ”*ret ifølge den vundne frihedshævd*”.³³⁴ Som ovenfor nævnt, er frihedshævd en ret over den tjenende ejendom, da ejeren af tjenende ejendom vinder sin ret tilbage. Frihedshævd finder kun anvendelse på begrænsede rettigheder over den tjenende ejendom, således at denne ret overgår til ejeren af den tjenende ejendom. Det kan derfor lægges til grund, at frihedshævd er en ”*rettighed over fast ejendom*”, som skal tinglyses for at få gyldighed mod aftaler om ejendommen, jf. TL § 1, stk. 1.

Efter TL § 12, stk. 2 kan der ske tinglysning af hævd, hvilket kræver enten en erklæring om anerkendelse af hævd af den, mod hvem hævden er vundet, eller dom for, at hævd er vundet. Ved landsrettens dommen i U 2020.2356 H var det fastslået, at den nævnte pligt ifølge servitutten var bortfaldet ved frihedshævd. Sådant en dom, som fastslår, at der er vundet (friheds)hævd, kan danne grundlag for tinglysning af frihedshævden, jf. TL § 12, stk. 2. Når der er sket tinglysning af frihedshævden, jf. TL § 12, stk. 2, får hævdsretten ”gyldighed”, dvs. at den ikke kan udsættes for ekstinktion over for aftaleerhverver, jf. TL § 1, stk. 1.³³⁵

³³² Evald, Servitutretten, 2021, s. 153.

³³³ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 841.

³³⁴ U 2020.2356 H, s. 11.

³³⁵ Evald, Servitutretten, 2021, s. 134. Det findes ikke relevant for afhandlingen at komme nærmere ind på TL § 10 og § 12. Desuden findes det ikke relevant at inddrage TL § 20, stk. 1-3, hvor bl.a. bestemmelsens stk. 1 foreskriver, at ”*retten sletter rettigheder, der åbenbart er ophørt*”.

11.4 U 2022B.309 (TL §§ 1 og 27)

Spørgsmålet er herefter, hvorvidt hjemlen findes i TL § 1, jf. § 26, stk. 1, som antaget af Højesteret i U 2020.2356 H, eller om hjemlen i stedet kan findes i TL § 27, som antaget af Astrid Millung-Christoffersen i U 2022B.309, når der er tale om ekstinktion ved overdragelse af en anden ejendom.

I U 2022B.309 behandler Astrid Millung-Christoffersen spørgsmålet om afgrænsningen mellem TL §§ 1 og 27. Med baggrund i den juridiske teori argumenteres der i artiklen for, at ”*det ville være mere nærliggende at anvende TL § 27 frem for TL § 26, stk. 1, jf. TL § 1, i den pågældende situation*”.³³⁶ Resultatet begrundes bl.a. med, ”*at den manglende aflysning af retten fremgår af tingbogen for den tjenende ejendom, mens der intet fremgår af tingbogen for den herskende ejendom, hvilket taler imod anvendelsen af TL § 1, som skal understøtte tingbogens negative troværdighed*”.³³⁷

I det følgende behandles spørgsmålet med baggrund i den juridiske litteratur og artiklen U 2022B.309. Indledningsvis skal der dog kort redegøres for TL §§ 1 og 27.

Reglerne i TL §§ 1 og 27

Af tinglysningslovens § 27, stk. 1 fremgår det, at:

”Når et dokument er tinglyst, kan godtroende erhververe af rettigheder over ejendommen ifølge tinglyst aftale ikke mødes med nogen indsigelse mod nævnte dokumentes gyldighed.”

TL § 27 behandler retsstillingen for en aftaleerhverver, som støtter ret på et allerede tinglyst dokument.³³⁸ Ekstinktionsbetingelserne efter TL § 27, stk. 1 er, 1) at der skal foreligge retlig relevant indsigelse, som er en svag ugyldighedsindsigelse mod rettens stiftelse, 2) at dokumentet mellem overdrageren (hjemmelsmanden) og erhververen er tinglyst,³³⁹ 3) at aftalen mellem

³³⁶ U 2022B.309, s. 6.

³³⁷ U 2022B.309, s. 6.

³³⁸ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 168.

³³⁹ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 173.

erhververen og dennes aftaleerhverver er tinglyst,³⁴⁰ 4) at aftaleerhververen er i god tro, hvilket må forstås i overensstemmelse med TL § 5.³⁴¹

Hjemmelskonflikter og tingbogens positive troværdighed

TL § 27 regulerer som udgangspunkt en situation, hvor tingbogen udviser en legitimation til at råde over ejendommen for en person (erhververen), som ikke er eller har været materielt berettiget til at råde over ejendommen på grund af en ugyldighedsindsigelse.³⁴²

TL § 27 hjemler en legitimationsekstinktion, dvs. at en aftaleerhverver kan ekstingvere den materielt berettigedes ret, selv om aftaleerhververen indgår en aftale med en uberettiget person, fordi denne person fremtræder som legitimeret til at råde over ejendommen.³⁴³ TL § 27 beskytter den positive troværdighed, da aftaleerhververe i god tro kan stole på, at tinglyste rettigheder er gyldige (tingbogens positive troværdigheder).³⁴⁴

Dobbeltsuccession og tingbogens positive troværdighed

TL § 1 regulerer som udgangspunkt en situation, hvor flere berettigede konkurrerer om at opnå ret til en fast ejendom (dobbeltsuccessionen).³⁴⁵ TL § 1 beskytter den negative troværdighed, da aftaleerhververe i god tro kan stole på, at utinglyste rettigheder ikke skal respekteres (tingbogens negative troværdighed).³⁴⁶

³⁴⁰ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 173.

³⁴¹ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 174. Det er ikke relevant for at afhandlingen at behandle svage gyldighedsindsigelser i aftalelovens §§ 29-33 og TL § 27, stk. 1, 2. pkt., herunder stærke ugyldighedsindsigelser. Ligesom det ikke er relevant at komme nærmere ind på betingelsen om god tro, da dette ikke anfægtes i artikel U 2022B.309 af Astrid Milling-Christoffersen (U 2022B.309, s. 4).

³⁴² Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 168.

³⁴³ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 169.

³⁴⁴ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 131.

³⁴⁵ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 141.

³⁴⁶ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 76.

Retsvirkningen af TL § 27 er enten, at en godtroende aftaleerhverver kan ekstingvere den materielt berettigedes ret/indsigelse, eller kan kræve erstatning - på objektivt grundlag - af statskassen efter TL § 31, hvis der er tale om stærke ugyldighedsindsigelser og ekstinktion er udelukket.³⁴⁷

Ekstinktionsmuligheden i TL § 27 er - ifølge forarbejderne til tinglysningsloven - begrundet i omsætningshensyn,³⁴⁸ og som Astrid Millung-Christoffersen anfører, ”således at en aftaleerhverver i god tro kan opnå sin tinglyste ret, selvom den oprindelige hjemmelsmand havde den bedste ret”.³⁴⁹

Den juridiske litteratur

Illum anfører, at ”Hvor der træffes aftale om [...] ophør af en begrænset ret over en ejendom, eller en sådan ret på anden måde er bortfaldet, kan forholdet opfattes således, at retten går tilbage til ejendommens ejer”.³⁵⁰ Heraf kan det udledes, at en servitut der er bortfaldet ved aftale eller på anden måde, opfattes således, at retten går tilbage til ejendommens ejer. Hertil kan der henvises til det tidligere nævnte, om at retsvirkningen af frihedshævd er, at ejeren af den tjenende ejendom ”vinder sin ret tilbage” fra en servituthaver.³⁵¹

På den ene side anfører Illum, at man kunne forestille sig, at TL § 1 fandt anvendelse til fordel for bl.a. omsætningserhververe: ”på grund af manglende aflysning af den tinglyste ret må den godtroende erhverver ifølge aftale kræve, at retten træder i kraft på ny”.³⁵² Hertil kan der henvises til tidligere anført, hvorefter bortfald af servitut ved frihedshævd ikke er ensbetydende med, at der opnås beskyttelse mod ekstinktion, hvorfor der skal ske aflysning af den tinglyste servitut, såfremt der skal opnås beskyttelse mod ekstinktion af godtroende aftaleerhverver.

³⁴⁷ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 181. Endvidere kan der henvises til Betænkning om digital tinglysning, 2006, s. 38-39 og 155.

³⁴⁸ Et hensyn til at skabe sikkerhed i omsætningen af fast ejendom mv., hvor centrale principperne om offentlighed af tingbogen og tingbogens positive troværdighed har været anset for centrale for varetagelsen af dette hensyn (Betænkning om digital tinglysning, 2006, s. 15 og 159).

³⁴⁹ U 2022B.309, s. 2.

³⁵⁰ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 305.

³⁵¹ Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022, s. 250.

³⁵² Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 305.

På den anden side argumenterer Illum for, at der ikke er ”grund til at gøre nogen forskel mellem en indsigelse mod rettens gyldige stiftelse, som uden tvivl kun skal bedømmes efter TL § 27, og indsigelse gående ud på, at retten atter er ophørt; aflysning kan derfor kun kræves over for omsætnings erhverver”.³⁵³ Ligeledes henviser Astrid Millung-Christoffersen hertil og nævner, at ”da der mangler overensstemmelse mellem den materielle ret og legitimationen, anfører Illum, at TL § 27 finder anvendelse i begge tilfælde. Tilsvarende afviser han anvendelsen af TL § 1 ved en servituts ophør uden aflysning: »Selv om Aftalen om en servituts Ophør i og for sig kunde opfattes som Ejerens Erhvervelse af en Ret over en fast Ejendom, omfattes Forholdet ikke af T.L. § 1.«”.³⁵⁴

Hans Willumsen anfører, ”at tilfældet behandles hos Peter Mortensen, der tilslutter sig Illums resultat og oplyser, at der formentlig er enighed herom i teorien”.³⁵⁵ Hans Willumsen ”refererer til Illums synspunkt og gør opmærksom på, at retspraksis så vidt vides ikke har taget stilling til spørgsmålet, men i øvrigt holdes spørgsmålet åbent”.³⁵⁶

Hans Willumsen fremfører dog, at resultatet ikke forekommer indlysende, når Peter Mortensen skriver, at da ”der mangler overensstemmelse mellem den materielle ret og legitimationen, er der tale om en § 27-situation”.³⁵⁷ Hertil bemærker Hans Willumsen, ”at der også i den almindelige dobbeltoverdragelsessituation, der [...] reguleres af TL § 1-situation, mangler overensstemmelse mellem materielle ret og legitimation [...]”.³⁵⁸ Når en begrænset ret ophører, og den begrænsede rettighed ikke aflyses, opstår der uoverensstemmelse mellem den materielle ret og legitimationen ifølge tingbogen, da ejer af herskende ejendom ”ikke længere er materielt berettiget”,³⁵⁹ men alene er legitimeret ifølge tingbogen.

³⁵³ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 305-306.

³⁵⁴ U 2022B.309, s. 4.

³⁵⁵ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

³⁵⁶ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46-47.

³⁵⁷ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

³⁵⁸ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

³⁵⁹ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

Hans Willumsen antager, at TL § 1 regulerer situationen, hvor en begrænset ret ophører uden at blive aflyst, hvorefter der afledes rettigheder fra den tidligere berettigede i henhold til den begrænsede ret.³⁶⁰ Astrid Millung-Christoffersen anfører, at *”dette skal ses i lyset af, at de modstridende rettighedshavere afleder deres ret fra samme person”*.³⁶¹ Hans Willumsen argumenterer for, at *”såvel E som B afleder deres ret fra A, som inden aftalens ophør ikke blot er legitimeret, men også materielt berettigede til at disponere over retten”*.³⁶² Hans Willumsen mener således, at TL § 1 regulerer situationer, hvor der afledes en ret fra en person, der er eller har været berettiget, *”og i den her behandlede situation gælder det for A, at han er eller har været materielt berettiget til at disponere”*.³⁶³

Ud fra ovenstående kan det udledes, at TL § 27 finder anvendelse ved indsigelse mod servituttens gyldige stiftelse (ugyldighedsindsigelser), og ved indsigelser om, at servitutten er ophørt, da der i begge tilfælde er uoverensstemmelse mellem den materielle ret og tingbogslegitimationen. Der synes ikke at være enighed herom i teorien, som Peter Madsen ellers anfører.

Spørgsmålet er herefter, om det med baggrund i litteraturen kan argumenteres for, at også tinglyste servitutter, der er ophørt ved frihedshævd uden aflysning, kan anses for at være omfattet af TL § 27 og ikke kun tinglyste servitutter, der er ophørt ved aftale uden aflysning.

I U 2020.2356 H var der tale om, at servitutten var bortfaldet ved frihedshævd, og altså ikke ophørt ved aftale. Illum tager alene stilling til servitut ophørt ved aftale, hvor servitutten ikke er aflyst. Der tages dog ikke stilling til servitutter ophørt ved frihedshævd.

³⁶⁰ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

³⁶¹ U 2022B.309, s. 4.

³⁶² Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46

³⁶³ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46. For at B kan succedere i den begrænsede ret, forudsætter det dog at servitutretten er overdragelig (Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46), hvilket må antages at være tilfældet, når den påtaleberettigede er anført som den til enhver tid værende ejer af en bestemt fast ejendom (herskende ejendom).

Astrid Millung-Christoffersen anfører, at ”*Illum behandler ikke specifikt situationen med frihedshævd, men udtaler dog, at TL § 27 finder anvendelse, når der er tale om »realservitut ophørt ved aftale eller på lignende måde«.* Resultatet og dermed anvendelse af TL § 27 antages at kunne overføres på nærværende situation om ekstinktion af en usikret ret vundet ved frihedshævd på en tjenende ejendom ved overdragelse af den herskende ejendom”.³⁶⁴

I relation til TL § 27 om ophør af servitutter, anfører Illum, at når ”*en realservitut [er] ophørt ved aftale eller på lignende måde, må det uden udtrykkelig støtte i tinglysningsloven antages, at servituten i mangel af aflysning kan gøres gældende af den godtroende erhverver af den herskende ejendom uden særlig transport på servituten. Det må dog kræves, at erhververen har haft grundlag for at antage, at servituten fremdeles består. Opdager han først efter købet ved eftersyn af tingbogen, at servituten henstår uudslettet på den tjenende ejendoms blad i tingbogen, og han først derved bliver bekendt med, at retten har bestået, kan han ikke påberåbe sig tingbogens indhold*”.³⁶⁵

Heraf kan det udledes, at godtroende erhverver af den herskende ejendom har mulighed for at ekstingvere ophørsindsigelsen, når servituten ikke er aflyst.

Derudover stilles der betingelse om, at erhververen af den herskende ejendom har haft grundlag for at antage, at servitutretten på den tjenende ejendom (fortsat) består. Hvis erhververen først efter købet undersøger tingbogen og opdager servitutretten på den tjenende ejendom, kan erhververen ikke ekstingvere, fordi ”*den blotte tingbog på den tjenende ejendom [...] ikke [er] tilstrækkelig*”,³⁶⁶ da der er krav om berettiget forventning på erhvervelsestidspunktet. Erhververen skal have en berettiget forventning på erhvervelsestidspunktet inden tinglysning af sin ret på den herskende ejendom, og denne forventning må være ”*en følge af, at erhververen har undersøgt tingbogen for den tjenende ejendom*”, hvilket Astrid Millung-Christoffersen ligeledes anfører i U 2022B.309.³⁶⁷ Undersøgelsen af tingbogen må være foretaget inden købet, således at der på erhvervelsestidspunktet foreligger en berettiget forventning.

³⁶⁴ U 2022B.309, s. 5 og Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

³⁶⁵ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320. ”*Drejer Sagen sig om en reel Servitut, vil Ophøret ikke kunne gøres gældende over for Erhververe af den herskende Ejendom i god Tro, hvis Ret er tinglyst*” (Illum, Servitutter, 1943, s. 273-274).

³⁶⁶ U 2022B.309, s. 6.

³⁶⁷ U 2022B.309, s. 6.

Som Astrid Millung-Christoffersen også anfører, behandler Illum ikke specifikt situationen med frihedshævd, men udtaler dog, at TL § 27 finder anvendelse, når der er tale om ”realservitut ophørt ved aftale eller på lignende måde”.³⁶⁸ Astrid Millung-Christoffersen antager, at ”*Resultatet og dermed anvendelse af TL § 27 [...] kunne overføres på nærværende situation om ekstinktion af en usikret ret vundet ved frihedshævd på en tjenende ejendom ved overdragelse af den herskende ejendom*”.³⁶⁹ Heraf kan det udledes, at Astrid Millung-Christoffersen mener, at erhververen efter TL § 27 kan ekstingvere ophørsindsigelse ved frihedshævd. Forfatteren støtter således sin opfattelse på den af Illum formulerede ordlyd: ”eller på lignende måde”.³⁷⁰

Tingbogens negative og positive troværdighed

I U 2020.2356 H blev det lagt til grund, at ”*Der [...] ikke [er] sket aflysning af servituten, ligesom [...], at frihedshævden heller ikke på anden måde er tinglyst*”.³⁷¹ Når der ikke sker aflysning af servituten, vil servituten fortsat fremgå af tingbogen på den tjenende ejendom, hvilket var tilfældet i denne situation. Formålet med TL § 1 er at sikre tingbogens negative troværdighed. Tingbogens negative troværdighed vedrører den tjenende ejendoms tingbog, da det fremgår af tingbogen for den tjenende ejendom, hvad der er tinglyst på denne ejendom. De rettigheder som ikke fremgår af tingbogen, som ikke er tinglyste og som en aftaleerhverver ikke kender, skal ikke respekteres.³⁷²

Når en begrænset ret er ophørt uden aflysning, kan den ekstingverende part hverken i tingbogen for den tjenende ejendom eller herskende ejendom se, at der er sket ophør. Astrid Millung-Christoffersen nævner, at ”*i U 2020.2356 H var retten vundet ved frihedshævd (bortfald af servituten) ikke tinglyst på den tjenende ejendom. Den manglende aflysning fremgik således af tingbogen på den tjenende ejendom*”.³⁷³ Hertil kan det anføres, at den manglende aflysning ikke kan fremgå af tingbogen, da det alene er rettigheder som er tinglyst, der fremgår, og dermed ikke rettigheder der ikke er tinglyst. Desuden henviser forfatteren ikke specifikt til, hvorfra hun har den

³⁶⁸ U 2022B.309, s. 5 og Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

³⁶⁹ U 2022B.309, s. 5.

³⁷⁰ U 2022B.309, s. 5 og Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

³⁷¹ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁷² Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 76.

³⁷³ U 2022B.309, s. 6.

opfattelse, at den manglende afløsning fremgik af tingbogen. Formålet med TL § 1 er at sikre tingbogens negative troværdighed således, at rettigheder, der ikke er tinglyst, som udgangspunkt ikke skal respekteres, medmindre der foreligger ond tro.

Det forekommer bemærkelsesværdigt, at Astrid Millung-Christoffersen anfører, at *”Omdrejningspunktet er dermed, hvad der ifølge tingbogen kan ses på den tjenende ejendom, hvilket taler imod anvendelsen af TL § 1 (herunder TL § 26, stk. 1) på situationen”*.³⁷⁴ Det er afhandlingens opfattelse at omdrejningspunktet derimod er, hvad der ifølge tingbogen ikke kan ses på den tjenende ejendom, da ”rettigheder, som ikke er tinglyst, og som aftaleerhververen ikke kender, ikke skal respekteres”.³⁷⁵ Tingbogens negative troværdighed taler for anvendelsen af TL § 1 på situationen, da det fremgår af Højesteretsdommen, at der *”ikke [er] sket afløsning af servitutten, ligesom [...], at frihedshævden heller ikke på anden måde er tinglyst”*,³⁷⁶ hvorfor den utinglyste frihedshævd ikke skulle respekteres, medmindre der foreligger ond tro.

Astrid Millung-Christoffersens opfattelse må dog hænge sammen med tingbogens positive troværdighed. Formålet med TL § 27 er, som tidligere nævnt, at sikre tingbogens positive troværdighed, da aftaleerhverver i god tro kan stole på at tinglyste rettigheder er gyldige. Gyldighedsvirkning er betegnelsen for det forhold, at en rettighed, der er tinglyst, som udgangspunkt kan opfattes som gyldig af aftaleerhververe, som afleder ret fra den tinglyste rettighed.³⁷⁷ Som ovenfor nævnt forudsætter det, at aftaleerhververen skal have en berettiget forventning på erhvervestidspunktet, hvilket er en følge af, at erhververen inden købet undersøger tingbogen for den tjenende ejendom og ser, hvilke rettigheder der består. Overføres synspunkterne fra den ovennævnte diskussion, om anvendelse af TL § 27 ved ophør af tinglyst ret (ved aftale eller frihedshævd) uden afløsning, ville det kunne betegnes således, at en servitutret, der

³⁷⁴ U 2022B.309, s. 6.

³⁷⁵ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 76.

³⁷⁶ U 2020.2356 H, s. 11.

³⁷⁷ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 131. Gyldighedsvirkningen indtræder for aftaleerhververen – i overensstemmelse med TL § 14, stk. 1, 2. pkt. – fra anmeldelsestidspunktet af aftaleerhververens ret (Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 174).

er tinglyst, som udgangspunkt kan opfattes som, at servitutretten fortsat består af aftaleerhverver, som afleder ret fra den tinglyste rettighed.

Tingbogslegitimation

Servituddokumentet, der er tinglyst, angiver den eller de påtaleberettigede, jf. TL § 10, stk. 5. TL § 10, stk. 5 er en tinglysningsregel, dvs. at angivelsen af påtaleberettigede gør op med, hvem der i medfør af TL § 10, stk. 1 er legitimeret til at ændre, tinglyse eller aflyse servituttens (tingbogslegitimation).³⁷⁸

Det kan aftales mellem påtaleberettigede og ejer af tjenende ejendom, at servituttens ophæves. De påtaleberettigede er legitimerede til at ophæve servitutretten ved aflysning, jf. TL § 10, stk. 1, da en aflysning af en ret betragtes som en tinglysning.³⁷⁹ Såfremt der efter aftale ikke sker aflysning, ville de påtaleberettigede fortsat have tingbogslegitimation. Dette er dog ikke ensbetydende med, at de påtaleberettigede efter aftale om ophør af en tinglyst ret er materielt berettigede, selv om der ikke er sket aflysning.

Astrid Millung-Christoffersen mener, at der kræves noget mere for anvendelsen af TL § 27, når retten rækker ud over den pågældende matrikel (den herskende ejendoms matrikel). Det er korrekt, at hun anfører, at virkningen af, at retten ikke er aflyst på den tjenende ejendom, er, at legitimationen ifølge tingbogen fremgår heraf. I forlængelse heraf argumenterer hun for, at der ”således [er] tinglyst for meget på den tjenende ejendom, dvs. tingbogen giver en for vidtgående legitimation, end der materielt er grundlag for”.³⁸⁰ Denne argumentation forekommer uforståelig, da der ikke er tinglyst mere, end hvad der oprindeligt var tinglyst, men at der derimod ikke er foretaget aflysning af en tinglyst ret, og da der ved tinglysning af denne ret alene angives påtaleberettigede - som opnår tingbogslegitimation - og ikke materielt berettigede.

Hendes argumentation kan formentlig hænge sammen med, at når en tinglyst ret aftales ophørt, uden der efterfølgende foretages aflysning, kan det bevirke, at der ikke (længere) er sammenfald mellem påtaleberettigede og materielt påtaleberettigede. Denne uoverensstemmelse mellem den

³⁷⁸ Evald, Servitutretten, 2021, s. 158 og 160.

³⁷⁹ Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 93.

³⁸⁰ U 2022B.309, s. 6.

materielle ret og legitimationen, kan - ud fra den ovennævnte diskussion om anvendelse af TL § 1 eller § 27 - begrunde anvendelsen af § 27 ifølge visse forfattere.

På den ene side kan det anføres, som Astrid Millung-Christoffersen også fremfører, at ulempen for ejer af tjenende ejendom af ”*anvendelsen af TL § 27 ville [...] indebære, at den ekstingverende aftaleerhverver ikke skal gøre sin ret gældende inden 2 år efter, at hans ret er tinglyst*”.³⁸¹ På den anden side ville ulempen for ny ejer af herskende ejendom indebære, at der stilles krav om berettiget forventning udover betingelsen om god tro. Det kan kort bemærkes - i relation til den foreliggende sag - at ligesom god tros betingelsen ikke var opfyldt, ville kravet om berettiget forventning formentlig heller ikke være opfyldt, da det bl.a. fremgår af forklaringerne, at ejere af herskende ejendom ”*ikke [fik] noget oplyst om servitутten, da de købte ejendommen. Servitутten er tinglyst på naboens ejendom, og de skulle have gennemset tingbogen på naboejendommen for at se servitутten, og det gjorde de ikke*”.³⁸² Der forelå således ingen berettiget forventning på erhvervelsestidspunktet.

Det at aftaleerhververen på erhvervelsestidspunktet - inden tinglysning af sin ret - er bekendt med at servitутten fortsat består - og således omvendt ikke er bekendt med servitутtens ophør - er tilstrækkeligt til at konstatere en berettiget forventning (som tidligere nævnt ovenfor med henvisning til Illum),³⁸³ men det er dog ikke tilstrækkeligt for at konstatere god tro. Hertil kan der henvises til Illum, hvoraf det fremgår, at ”*Ved Anvendelsen af [...] T. L. § 27 maa det imidlertid have i Erindring, at godtroende Erhvervelse af Servitутteten ikke foreligger, alene fordi Erhververen ikke har været bekendt med Servitутtettens Ophør*”.³⁸⁴ Det findes ikke relevant for afhandlingen at komme nærmere ind på betingelsen om god tro i medfør af TL § 27, stk. 1, jf. § 5.

Sluttelig kan det fremhæves, at de i litteraturen og de af Astrid Millung-Christoffersen anførte situationer - herunder servitутt ophørt ved aftale eller ved frihedshævd uden afløsning - formentlig har ringe praktisk betydning. Dette bestyrkes af, som Peter Mortensens også fremhæver, at der i

³⁸¹ U 2022B.309, s. 6.

³⁸² U 2022B.309, s. 8.

³⁸³ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

³⁸⁴ Illum, Servitutter, 1943, s. 272.

*”mere end 90 år, som tinglysningsloven har været i kraft, ikke ses at have været offentliggjort domsafgørelser, der behandler situationer, som svarer til de i teorien diskuterede”.*³⁸⁵ Det er bl.a. derfor, at afhandlingen ikke tilslutter sig det af Astrid Millung-Christoffersens anførte synspunkt.

11.5 Sammenfattende betragtninger

På baggrund af ovenstående afsnit kan det anføres, at der ifølge Højesteretsdommen er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 26, stk. 1.

På den ene side anføres det, at den af Højesteret valgte begrundelse også kunne være nået ved henvisning til ordinær hævd, jf. DL 5-5-1 og 5-5-2 (eller efter reglerne om alderstidshævd), da der ved ”hævd” i forbindelse med TL § 26 tænkes på en rets stiftelse efter reglerne om ordinær hævd (eller alderstidshævd), som omfatter bl.a. servituthævd og frihedshævd.

På den anden side anføres det, at den af Højesteret valgte begrundelse rækker videre end blot at omfatte fortrængning af utinglyst frihedshævd på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom i forhold til TL § 1, stk. 2. Udformningen af Højesterets præmisser må hænge sammen med, at omdrejningspunktet var, om der kunne ske fortrængning ved tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår, hvilket også kan være tilfældet ved utinglyste servitutaftaler, jf. U 1881.471 H.

Ifølge Højesteretsdommen afhænger anvendelsen af TL § 26, stk. 1 af ekstinktionsbetingelserne efter TL § 1, stk. 2, jf. § 5 er opfyldt, herunder om ny erhverver af herskende ejendom var i god tro på tinglysningstidspunktet.

Formålet med TL § 1 er at sikre tingbogens negative troværdighed, hvorfor det kan anføres, at Højesterets resultat – om at aftaleerhverver i ond tro ikke kunne fortrænge en utinglyst frihedshævd – anses for at være i overensstemmelse med bestemmelsens formål, da det alene er godtroende aftaleerhververe, der kan stole på, at rettigheder, som ikke er tinglyst, ikke skal respekteres.

³⁸⁵ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 187.

Når en begrænset ret ophører, skal der foretages aflysning af den begrænsede rettighed, jf. TL § 10, stk. 1, eller tinglysning af dom for den vundne frihedshævd, jf. TL § 12, stk. 2, for at rettigheden kan være beskyttet mod ekstinktion, jf. TL § 1, stk. 1.

I forbindelse med ovenstående opstår spørgsmålet om afgrænsningen mellem TL §§ 1 og 27, når en begrænset ret ophører uden at blive aflyst, og når der er tale om ekstinktion ved overdragelse af en anden ejendom.

Det kan anføres, at der i dele af den juridiske litteratur er enighed om, at legitimationsekstinktion efter TL § 27 ikke alene omfatter ugyldighedsindsigelser, men også ophørsindsigelser ved manglende aflysning af servituten, når der foreligger uoverensstemmelse mellem den materielle ret og legitimationen.

Det kræves dog, at godtroende aftaleerhverver har haft en berettiget forventning på erhvervelsestidspunktet. Herefter kan aftaleerhververen ekstingvere ophørsindsigelsen/den materielle berettigedes ret, selv om aftaleerhververen indgår en aftale med en erhverver, der er materielle uberettiget, fordi erhververen fremtræder som legitimeret ifølge tingbogen.

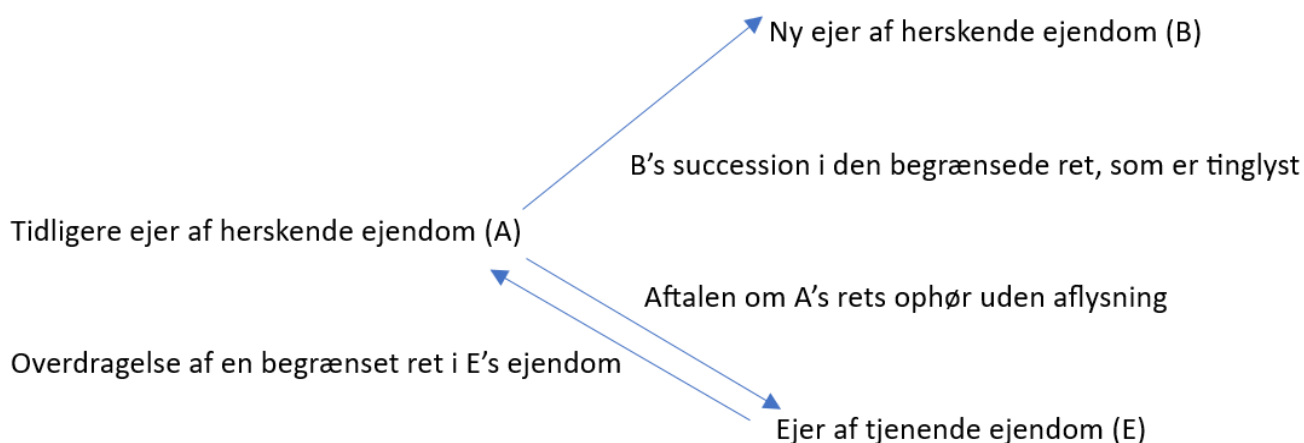
Formålet med TL § 27 er at sikre tingbogens positive troværdighed. Overføres synspunkterne fra den ovennævnte diskussion om anvendelse af TL § 1 eller TL § 27 ved ophør af tinglyst ret uden aflysning, kan det anføres, at betingelsen om berettiget forventning på erhvervelsestidspunktet er i overensstemmelse med tingbogens positive troværdighed. Berettiget forventning er en følge af, at erhververen inden købet undersøger tingbogen af den tjenende ejendom og ser, hvilke rettigheder der består, da aftaleerhverver kan stole på tinglyste rettigheder.

Andre dele af den juridiske litteratur mener derimod, at kriteriet om uoverensstemmelse mellem den materielle ret og legitimationen også foreligger i dobbeltsuccessionstilfælde efter TL § 1, hvorfor TL § 1 regulerer situationen, hvor en begrænset ret ophører uden at blive aflyst, hvorefter der afledes rettigheder fra den tidligere berettigede i henhold til den begrænsede ret.

Det kan anføres, at der i den juridiske litteratur ikke er enighed om spørgsmålet, og at der i retspraksis ikke er taget stilling til spørgsmålet, om en begrænset ret, der er ophørt ved aftale uden at blive aflyst, er omfattet af TL § 1 eller § 27, hvorfor spørgsmålet eventuelt må holdes åbent.

Betragtninger om dobbeltsuccessionstilfældet kan illustreres på følgende måde:³⁸⁶

Figur 1:



På baggrund af U 2022B.309 vurderes det, at anvendelsen af TL § 27 eventuelt kan overføres på situationen om fortrængning af utinglyst frihedshævd ved manglende aflysning, da det ifølge den juridiske litteratur fremgår, at TL § 27 finder anvendelse, når der er tale om ”*realservitut ophørt ved aftale eller på lignende måde*”.³⁸⁷ Men da der i den juridiske litteratur ikke udtrykkeligt er taget stilling til situationen, idet der blot fremgår: ”*eller på lignende måde*”,³⁸⁸ og da retspraksis ikke har taget stilling til spørgsmålet, om servitutter ophørt ved aftale eller frihedshævd uden aflysning kan anses for at være omfattet af TL § 27, må spørgsmålet eventuelt holdes åbent.

³⁸⁶ Til lignende illustration henvises til Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997, s. 46.

³⁸⁷ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

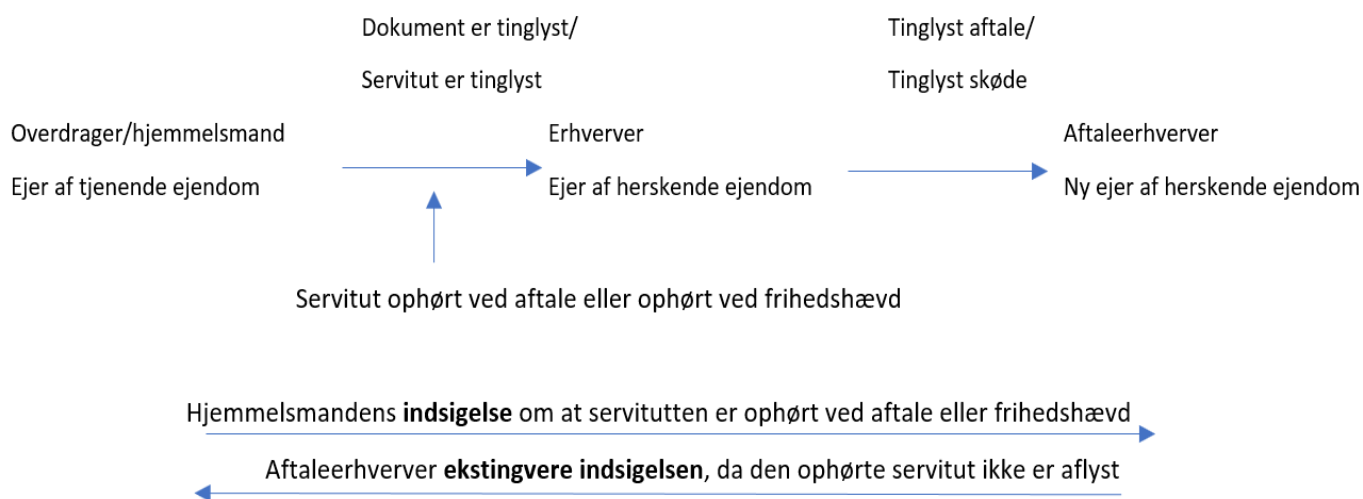
³⁸⁸ Illum, mfl., Tinglysning, 1994, s. 320.

Ovenstående betragtning om ophør ved aftale eller frihedshævd kan forklares på følgende måde:

En godtroende aftaleerhverver (ny ejer af herskende ejendom), som har fået tinglyst sin aftale (skøde), og som afleder ret fra et allerede tinglyst dokument (servitut), kan gå ud fra, at det allerede tinglyste servituddokument ikke kan mødes med indsigelse - om at servituten er ophørt ved aftale eller frihedshævd - fra et tidligere omsætningsled/hjemmelsmanden (ejer af tjenende ejendom), når der ikke er sket aflysning af servituten.³⁸⁹

Omsætningskæden/hjemmelskonflikten kan illustreres på følgende måde:

Figur 2:



Men det fremhæves sluttelig, at situationerne formentlig har ringe praktisk betydning, da der i mere end 90 år ikke har været domsafgørelser, der behandler situationer, som svarer til enten de i teorien diskuterede eller den af Astrid Millung-Christoffersen diskuterede. Derfor tilslutter afhandlingen sig ikke det af Astrid Millung-Christoffersen anførte synspunkt.

³⁸⁹ Mortensen, Digital tinglysning, 2019, s. 168.

11.6 Delkonklusion

På baggrund af Højesterets præmisser i U 2020.2356 H kan det konkluderes, at der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, jf. TL § 1, stk. 2, jf. § 26, stk. 1.

Det kan lægges til grund, at der ikke stilles krav om, at den utinglyste ret skal være på den erhvervede ejendom for, at TL § 26 finder anvendelse, men at der stilles krav om, at ekstinktionsbetingelserne efter TL § 1, stk. 2 skal være opfyldt, *inden* det vurderes om ekstinktionsretten er gjort gældende rettidigt efter TL § 26, stk. 1.

For afgrænsningen mellem TL §§ 1 og 27 må det på baggrund af ovenstående konkluderes, at der hverken i den juridiske litteratur eller retspraksis - i mere end 90 år - er taget stilling til, om en begrænset ret ophørt ved frihedshævd uden afløsning kan antages for at være omfattet af TL § 27 i stedet for TL § 1. Derfor lægges det til grund, at problemet har ringe praktisk betydning.

Der konkluderes, at retstilstanden på nuværende tidspunkt er, at vunden frihedshævd, der ikke er tinglyst, eller servitutter der ikke er afløst som følge af vunden frihedshævd, kan udsættes for ekstinktion ved tinglysning af en ret over en anden ejendom efter TL § 1, stk. 2, jf. § 26, stk. 1, jf. U 2020.2356 H.

12. Konklusion

Spørgsmålet om, hvornår der kan ske bortfald af servitutter, herunder tinglyste tilstandsservitutter om beplantningshøjde, der er stiftet ved aftale, har været emnet for afhandlingen. Med landsrettens afsigelse af dommen i U 2020.2356 H er det fastslået, at tilstandsservitutter om beplantningshøjde kan bortfalde ved frihedshævd efter en analogi af reglerne om ordinær hævd.

Det konkluderes, at tilstandsservitutter om beplantningshøjde kan bortfalde ved ordinær frihedshævd, som er 20 år ved synbar servitutstridig indretning efter (en analogi af) DL 5-5-1 og 5-5-2, såfremt:

- i) de analogt anvendte almindelige hævdsbetingelser, herunder uretmæssig råden og (lempeligere) subjektivt krav om god tro, er opfyldt, og
- ii) når det er i overensstemmelse med indretningshensynet og de principielle passivitetsbetragtninger, der begrundet hævd, herunder påtaleberettigedes passivitet ved manglende påtale af den manglende efterlevelse af servituten eller manglende afbrydelse ved retlige skridt i hævdstiden.

Spørgsmålet om, der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, har været hovedemnet for denne afhandling. Med Højesterets afsigelse af dommen i U 2020.2356 H er det fastslået, at TL §§ 1, stk. 2 og 26, stk. 1 finder anvendelse på situationen, hvor der sker tinglysning af adkomst på en anden ejendom end den, som den utinglyste ret angår i medfør af højesteretsdommen i U 1881.471 H.

Det konkluderes, at der er mulighed for ekstinktion af en usikret ret – vundet ved frihedshævd – på en ejendom ved tinglysning af en ret over en anden ejendom, såfremt:

- i) tinglyst servitut ikke er aflyst ved tinglysning i medfør af TL §§ 10, stk. 1 og 1, stk. 1, eller vunden frihedshævd ikke er tinglyst i medfør af TL §§ 12, stk. 2 og 1, stk. 1, og
- ii) når ekstinktionsbetingelserne er opfyldt, herunder at aftaleerhververen på anmeldelsestidspunktet har været i god tro om hævdserhvervelsen i medfør af TL § 1, stk. 2, jf. § 5, samt
- iii) når ekstinktionsretten gøres gældende rettidigt, dvs. inden 2 år efter tinglysningstidspunktet i medfør af TL § 26, stk. 1.

Sluttelig konkluderes det, at TL § 27, stk. 1 ikke finder anvendelse på situationen, hvor en begrænset ret er ophørt ved frihedshævd uden aflysning, hvilket bestyrkes af, at der hverken i den juridiske litteratur eller retspraksis - i mere end 90 år - er taget stilling til situationen.

13. Referenceliste

13.1 Litteratur

- Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode, (3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016). Kort form: Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2016.
- Evald, Jens, Servitutretten, (1. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag 2021). Kort form: Evald, Servitutretten, 2021.
- Evald, Jens, Dansk Servitutret, (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1992). Kort form: Evald, Dansk servitutret, 1992.
- Illum, Knud, Servitutter, (Nyt Nordisk Forlag 1943). Kort form: Illum, Servitutter, 1943.
- Illum, Knud, Dansk Tingsret, (3. omarbejdede udgave, Juristforbundets Forlag København 1976). Kort form: Illum, Dansk Tingsret, 1976.
- Illum, Knud, Buhl, Lars, Grathe, Asbjørn, Lund, Knud og Willumsen, Hans, Tinglysning, (7. udgave, 1994). Kort form: Illum, mfl., Tinglysning, 1994.
- Jost Buch, Anders, Ristorp Heidelberg, Anja, Melchiorsen, Heidi og Molt Wengel, Christian, AB 18 Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed med kommentarer, (1. udgave, 3. oplag, Karnov Group 2021). Kort form: Jost Buch, mfl., AB18, 2021.
- Krag Jespersen, Halfdan, Hævd, (Juridisk Bogformidling 1977). Kort form: Krag Jespersen, hævd, 1977.
- Madsen Gam, Lars Henrik, Retsdogmatisk forskning, 2024. Kort form: Retsdogmatisk forskning 2024, Madsen.
- 📌 Link til nævnte litteratur: <https://www.lhgm.dk/Praktisk-Forskning.pdf>
- Munk-Hansen, Carsten, Fast Ejendom III, (2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018). Kort form: Munk-Hansen: Fast Ejendom III, 2018.
- Munk-Hansen, Carsten, Fast Ejendom I. Overdragelsen, (3. udgave, 1. oplag, Djøf Forlag 2023). Kort form: Munk-Hansen, Fast Ejendom I. Overdragelse, 2023.
- Mortensen, Peter, Digital tinglysning for studerende, (2. udgave, 1. oplag, Karnov Group Denmark 2019). Kort form: Mortensen, Digital tinglysning, 2019.
- Pagh, Peter, Lærebog i Miljørettens almindelige del, (1. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2006). Kort form: Pagh, Miljøretten, 2006.
- Pagh, Peter og Haugsted, Thomas, Fast Ejendom – Regulering og Køb, (4. udgave, Karnov Group Denmark 2022). Kort form: Pagh og Haugsted: Fast Ejendom, 2022.

- Von Eyben, W.E., Formuerettigheder, (7. udgave, 1. oplag, Akademisk Forlag 1983). Kort form: W.E. von Eyben, formuerettigheder, 1983.
- Von Eyben, W.E., Dansk Miljøret, (bind 4, Akademisk Forlag – Universitetsforlaget i København 1978). Kort form: W.E. von Eyben, Miljøret, 1978.
- Vinding Kruse, Frederik, Ejendomsretten, (3. udgave, 1. bind, i kommission hos G.E.C. Gads forlag, 1951). Kort form: Vinding Kruse, Ejendomsretten 1. bind, 1951.
- Vinding Kruse, Frederik, Tinglysningsloven, 1952. Kort form: Vinding Kruse, Tinglysningsloven, 1952.
- Willumsen, Hans, Lærebog i tinglysning, (3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 2004). Kort form: Willumsen, tinglysning, 2004.
- Willumsen, Hans, Tinglysningsloven med kommentarer, (Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1997). Kort form: Willumsen, Tinglysningsloven med kommentarer, 1997.

13.2 Artikler

- Pagh, Peter, ”Kommentarer til udvalgte miljøretlige domme og afgørelser i MAD 2019. 2. kvartal”, 2019. Kort form: MAD 2019.109/1.
- Ramhøj, Lars, Har ond tro betydning for hævdserhvervelse?, (Landinspektøren, 2023, nr. 2). Kort form: Ramhøj, Landinspektøren 2-2023.
- L. Skovgaard, Tanja og Boe, Steen, Ny dom fra Højesteret præciserer krav til hævd, (Landinspektøren, 2023, nr. 2). Kort form: L. Skovgaard og Boe, Landinspektøren 2-2023.
- Broberg, Morten, ”Frihedshævd”, 2022. Kort form: U 2022B.347.
- Gam Madsen, Lars Henrik, ”Frihedshævd og anden hævd i kontekst – overvejelser i anledning af Morten Brobergs artikel i U 2022B.347”, 2023. Kort form: U 2023B.115.
- Millung-Christoffersen, Astrid, ”En tingsretlig sondring mellem tinglysningslovens § 1 og § 27 – overvejelser i anledning af U 2020.2356 H”, 2023. Kort form: U 2022B.309.

13.3 Love og forarbejder

13.3.1 Love

- Danske Lov af 15. april 1683 femte bogs femte kapitel om hævd, paragraf 1 og 2. Kort form: DL 5-5-1 og DL 5-5-2.
- Lovbekendtgørelse nr. 1075 af 30. september 2014 om tinglysning. Kort form: TL/Tinglysningsloven.

- Lovbekendtgørelse nr. 1238 af 9. november 2015 om forældelse af fordringer. Kort form: Forældelsesloven.
- Lovbekendtgørelse nr. 193 af 2. marts 2016 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område. Kort form: Aftaleloven.
- Lovbekendtgørelse nr. 223 af 1. marts 2024 om planlægning. Kort form: Planloven.
- Lovbekendtgørelse nr. 250 af 4. marts 2024 Retsplejeloven. Kort form: Retsplejeloven.

13.3.2 Betænkninger

- Betænkning nr. 1460 af 2005 om revision af forældelseslovgivningen. Kort form: Betænkning om forældelse, 2005.

📌 Link til nævnte betænkning:

https://www.elov.dk/media/betaenkninger/Betaenkning_om_revision_af_foraeldelseslovgivningen.pdf

- Betænkning nr. 1471 af 2006 om digital tinglysning. Kort form: Betænkning om digital tinglysning, 2006.

📌 Link til nævnte betænkning:

<https://www.xn--betnknings-c9a.dk/wp-content/uploads/2021/02/1471.pdf>

13.4 Retspraksis

13.4.1 Ugeskrift for retsvæsen

Bemærkning: Jeg har i en række domme anført sidetal efter den PDF-udskrift, som jeg har benyttet.

- U 2023.2074 H
- U 2023.534 Ø
- U 2021.3506 Ø
- U 2020.2356 H
- U 2018.3301 V
- U 2013.921 V
- U 2012.917 H
- U 2000.2486 V
- U 2001.2584 Ø
- U 2001.186 V

- U 2002.297/2 H
- U 2005.2464 H
- U 2005.778 V
- U 2008.46 V
- U 1999.1295 Ø
- U 1998.120 V
- U 1997.232 Ø
- U 1992.800 Ø
- U 1992.887 V
- U 1932.39 H
- U 1881.471 H

13.5 Administrativ praksis

13.5.1 Miljøretlige afgørelser og domme

- MAD 2020.4303 Ø
- MAD 2019.215 Ø
- MAD 2016.481 Ø
- MAD 2015.286 V
- MAD 2015.510 V
- MAD 2013.837 Ø
- MAD 2008.1891 Ø

13.6 Miljøretlig forskningsportal.

- MRF 2023.14 (Kommentarer til U 2023.2074 H).
- MRF 2022.272 (Kommentarer til U 2023.534 Ø).
- MRF 2021.210 (Kommentarer til U 2021.3506 Ø).