



UiT Norges arktiske universitet

Juridisk fakultet

Rettslige problemstillinger knyttet til boret etablert i forbindelse med generasjonsskifte av fast eiendom

En analyse av gjeldende rett

Berntzen, Marie Stenhammer

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3901, april 2020

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Temaet og problemstilling	1
1.2	Metodiske spørsmål	2
1.3	Avgrensning og definisjoner	3
1.4	Kort om formålet med boret	5
1.5	Oppbygning av oppgaven	6
2	Rettskildebildet	8
2.1	Innledning	8
2.2	Er boretten en servitutt, jf. servituttloven § 1?.....	8
2.3	Er boretten et leieforhold, jf. husleieloven § 1-1?	14
2.4	Analogier fra andre regelsett.....	17
2.5	Lovfestet boret etter odelsloven § 38.....	18
3	Avklaring av boretts innhold.....	21
3.1	Innledning	21
3.2	Boret etablert gjennom avtale	22
3.3	Boret etablert gjennom testament	24
3.4	Boret etablert gjennom kårkontrakt	25
3.5	Eksisterer det en «tålegrense» i borettsforhold?	26
3.5.1	Innledning	26
3.5.2	Gjør de hensyn som ligger til grunn for tålegrensebestemmelsene seg gjeldende for borettsforhold?	27
3.5.3	Hvor ligger terskelen for tålegrensen i borettsforhold?	29
4	Endring og opphør av boret	30
4.1	Innledning	30
4.2	Endring og opphør av boret med grunnlag i avtaleloven.....	32
4.2.1	Innledning	32
4.2.2	Endring og opphør av boret med grunnlag i avtaleloven § 36.....	32

4.3	Endring og opphør av boret med grunnlag i arveloven	37
4.3.1	Innledning	37
4.3.2	Opphør av boret med grunnlag i arveloven § 57	38
4.4	Opphør av boret med grunnlag i den ulovfestede lære om misbruk.....	39
4.5	Opphør av boret etter analogi fra andre regelsett	43
4.5.1	Opphør av boret etter analogi fra sameieloven § 13	44
4.5.2	Opphør av boret etter analogi fra servituttloven § 17	45
4.5.3	Opphør av boret etter analogi fra husleieloven § 1-1	47
4.5.4	Opphør av boret etter analogi fra borettslagsloven §§ 4-10, 5-22 og 5-23.....	48
4.6	Eksisterer det et generelt prinsipp om utløsning av misbruker i rettighetsforhold?	54
5	Tredjepartsinteressers innvirkning på boretten.....	57
5.1	Innledning	57
5.2	Boretens betydning for gavesalgvurderingen, jf. arveloven § 19.....	58
5.3	Krav om omstøtelse etter arveloven § 19 og dens virkning for boretten.....	63
5.4	Boretens betydning for vurderingen av skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner	64
5.5	Krav om omstøtelse av ugyldige dødsdisposisjoner og dens virkning for boretten	67
5.6	Misbruk av boret for å undra verdier fra arveoppgjøret	68
5.6.1	Innledning	68
5.6.2	Kan boretten misbrukes for å omgå regelen i arveloven § 19?.....	68
5.6.3	Kan boretten misbrukes for å omgå arvelovens regler for dødsdisposisjoner?	71
6	Erstatning eller kompensasjon for tap av boret	72
6.1	Innledning	72
6.2	Alternative utregningsmodeller	74
6.3	Beregning av boretens verdi	75
6.4	Særlig om beregningen av verdien av en boret i kårbolig	78
7	Hvordan bør boretten reguleres?.....	80
7.1	Innledning	80

7.2	Alternative måter boretten kan reguleres på	81
7.3	Hvem skal ta ansvaret for reguleringen av boretten?.....	83
8	Kort oppsummering av de mest sentrale funn	86
	Lovregister	88
	Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter	89
	Nettsider	90
	Litteratur	90
	Rettspraksis	91

1 Innledning

1.1 Temaet og problemstilling

Avhandlingen tar for seg rettslige problemstillinger knyttet til boret etablert i forbindelse med generasjonsskifte av fast eiendom. I avhandlingen skal jeg gjøre rede for, samt analysere gjeldende rett – *de lege lata*. Jeg vil også ta stilling til boretts regulering fra et *de lege ferenda*-synspunkt ved å vurdere hvordan boretten bør reguleres.

Bakgrunnen for valg av tema er begrunnet i to forhold. For det første er boret et rettighetsforhold som har fått lite oppmerksomhet i juridisk teori og litteratur. For det andre hersker det tvil i fagmiljøet om hvilket rettighetsforhold boretten egentlig er. Årsaken til den manglende behandlingen er uklar, men det kan tenkes at det foreligger en misoppfatning om at boretten er godt nok regulert eller at borettslige problemer ikke aktualiseres i stor grad.

Det føres ingen statistikk over antall boretter som eksisterer i Norge til enhver tid, og det er derfor vanskelig å gi noe konkret svar på hvor hyppig boret forekommer. Det er imidlertid klart at boret, i alle fall, har eksistert siden 1800-tallet som en del av bondesamfunnet (jordskifte).¹ Innenfor jordskifte blir boretten ofte omtalt i forbindelse med kårinstituttet, herunder den rett avtroppende generasjon får til å bo i kårboligen ved skiftet. Kåret er ofte kontraktsfestet, og fri bolig er en vesentlig del av avtalen.² I dag utgjør boretten den mest sentrale delen av kåret, ettersom flere av de mer tradisjonelle delene av kåret har blitt overtatt av det offentlige. Antallet landbrukseiendommer i Norge har imidlertid de siste tiårene blitt betraktelig redusert. Bare det siste tiåret har antallet landbrukseiendommer blitt redusert med 18,3 %.³ Til tross for denne reduksjonen, blir kår for avtroppende generasjon hyppig benyttet. I 2018 bodde omtrent 7 % av den norske befolkningen på landbrukseiendom.⁴ Sett i sammenheng med at boretten utgjør den mest sentrale delen av kåret, er det derfor også potensielt sett mange som kan bli berørt av ulike problemstillinger i tilknytning til boret.

¹ Hilde Sandvik. «Sosiale ordninger på 1800-tallet: kårfolk, fattige, syke», på vegne av Universitetet i Oslo se: <https://www.norgeshistorie.no/grunnlov-og-ny-union/1326-sosiale-ordninger-pa-1800-tallet-karfolk-fattige-syke.html> (25. november 2015) lest 18. mars 2020.

² Se Einar Mo. «Faste eiendommers rettsforhold» (Oslo 2017), 1. utgave, side 174 og Thor Falkanger. «Landbruksrett» (Oslo 2013), 1. utgave, side 140.

³ Statistisk sentralbyrå. «Fakta om jordbruk», se: <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/faktaside/jordbruk> (2019) lest 18. mars 2020.

⁴ Statistisk sentralbyrå. «Landbruk i hele landet», se: <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/artikler-og-publikasjoner/landbruk-i-hele-landet> (16. oktober 2019) lest 18. mars 2020.

Videre er det viktig å påpeke at ikke alle som avhender landbrukseiendom til etterfølgende generasjon velger å benytte seg av retten til kår, og at borettsforhold også blir etablert i forbindelse med generasjonsskifte av andre faste eiendommer enn landbrukseiendommer. Borettsforhold eksisterer med andre ord ikke kun som en del av kåret innenfor jordskiftet – det er en rettighet som kan stiftes i mange typer av fast eiendom, noe som kommer til syne gjennom de ulike tvister om borettsforhold som har blitt bragt inn for domstolene. Selv om det ikke er mulig å gi noe konkret anslag av hvor mange borettsforhold det eksisterer i dag, gir dette klare indikasjoner på at rettslige problemstillinger ved borettsforhold fortsatt er aktuelle.

Som nevnt er det behov for å analysere borettsforholdene fordi det hersker tvil om hva slags rettighetsforhold borettsforhold egentlig er. Slik det fremkommer gjennom avhandlingen har det blant annet blitt tatt til orde for at borettsforholdet er en servitutt, et husleieforhold eller at det er et særegent rettighetsforhold som ikke omfattes av noen av disse regelsettene. Borettsforholdet er en inngripende rettighet da den normalt forutsetter at eieren og borettsforholderen skal bruke den samme eiendommen side om side, avhandlingen søker derfor å klarlegge rettstilstanden rundt borettsforholdet.

Avhandlingen behandler – *de lege lata* – tre rettslige problemstillinger knyttet til borettsforhold som er etablert i forbindelse med generasjonsskifte av fast eiendom. Den første problemstillingen omhandler hvilke rettsgrunnlag som regulerer borettsforhold, og blir først og fremst behandlet i kapittel 2. Det må imidlertid påpekes at dette er en problemstilling som også gjennomsyrrer de øvrige kapitlene. Den andre problemstillingen er hvordan borettsforholdets innhold og omfang klarlegges (kapittel 3). Avslutningsvis behandles problemstillingen vedrørende adgangen til å endre eller å opphøre borettsforholdet, samt de rettslige konsekvensene av en slik adgang (kapittel 4 til 6).

1.2 Metodiske spørsmål

Masteroppgaven er basert på alminnelig rettsdogmatisk metode slik den blant annet er beskrevet av Eckhoff.⁵ Metodiske utfordringer i avhandlingen relaterer seg til det begrensede omfanget av rettskilder vedrørende borettsforhold, herunder særegne rettsregler, høyesterettspraksis

⁵ Torstein Ekchoff ved Jan E. Helgesen. «Rettskildelære» (Oslo 2001), 5. utgave, side 15-37, Jens Edvin Skoghøy. «Rett og rettsanvendelse» (Oslo 2018), 1. utgave, side 16-27 og Nils Nygård. «Rettsgrunnlag og standpunkt» (Oslo 2004), 2. utgave, side 23-40.

og juridisk teori. Siden boretts reiser særlige problemstillinger vedrørende hvilke rettskilder som gir grunnlag for løsning av konflikter knyttet til boretts, er disse problemstillingene behandlet i et eget kapittel i hoveddelen. En sentral del av fremstillingen er nettopp hvilke rettskilder som gir grunnlag for løsning av konflikter knyttet til boretts. Ettersom rettskildematerialet er noe begrenset, er det i utstrekking grad nødvendig å se til underrettspraksis, juridisk teori om lignende rettighetsforhold, samt å foreta analogibetraktninger der det er hensiktsmessig. Juridisk teori vil bli brukt slik det er vanlig ifølge tradisjonell rettskildelæreteori.⁶

Videre inneholder deler av avhandlingen rettspolitiske vurderinger som tar sikte på å drøfte aktuelle verdier og moralske valg i tilknytning til temaet. De rettspolitiske vurderingene baseres på, i tråd med Haugli, «(...) det jeg oppfatter som allmenne etiske rasjonalitetsmessige holdninger, «sunn fornuft», kombinert med innsikt i de rettslige reglene som gjelder, og en viss, om enn noe teoretisk innsikt i det livsområdet som reguleres».⁷

Øvrige særskilte metodiske problemer adresseres løpende i analysen.

1.3 Avgrensning og definisjoner

Av hensyn til oppgavens omfang avgrenses fremstillingen til boretts som er etablert i forbindelse med generasjonsskifte i fast eiendom. Øvrige typetilfeller av boretts faller dermed utenfor avhandlingens behandlingsområde. De typetilfeller som vil falle utenfor er blant annet boretts som ikke er etablert som ledd i salg av fast eiendom ved *generasjonsskifte*, boretts som ikke er etablert som ledd i salg av fast eiendom – uavhengig av om det er mellom familiemedlemmer eller ikke – og boretts som er regulert gjennom lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag (borettslagsloven). Selv om avhandlingen ikke tar sikte på å behandle de nevnte typetilfeller av boretts, vil for det første burettslagsloven bli trukket frem der det er naturlig å vurdere analogi etter burettslagsloven, og for det andre vil rettspraksis knyttet til boretts som ikke er etablert i forbindelse med generasjonsskifte av fast eiendom bli trukket frem der de kan gi retningslinjer for løsningen av problemstillinger knyttet til temaet.

⁶ Torstein Ekchoff ved Jan E. Helgesen. Side 269 flg.

⁷ Trude Haugli. «Samværsrett i barnevernssaker» (Oslo 2000), 2. utgave, side 40-41.

Selv om oppgaven ikke omfatter de ovennevnte typetilfeller av borettsforhold kan det – med mindre særlige hensyn eller rettsregler taler imot – være grunnlag for å bruke tilsvarende løsninger og rettsgrunnlag for de andre typetilfeller av borettsforhold som faller utenfor lovregulert område.

Borettsforhold benyttes i flere sammenhenger og innenfor ulike rettsområder, herunder i forbindelse med kårinstituttet som den rett avtroppende generasjon får til å bo i kårboligen ved skiftet, samt leietakers rett til å bo i et husrom etter lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven). Begrepet er derimot ikke definert i lov, forarbeider, rettspraksis eller juridisk teori. Det eksisterer derfor ikke en offisiell eller allmenn akseptert definisjon på rettighetsforholdet. Uttrykket «borettsforhold» peker på en rett til å bo, uten at dette klargjør rettighetens innhold eller omfang.

Borettsforholdet har likhetstrekk til ulike rettighetsforhold. Borettsforholdet minner både om en leieavtale og en servitut, men som vi vil se i kapittel 2 kan borettsforholdet tvilsomt sies å fullt ut være noen av delene. Borettsforholdet har også preg av å være skifteavtale, kårkontrakt, aktiva, med flere. Borettsforholdet er derfor av en blandet karakter og kan av den grunn inngå som en bestanddel i flere rettslige sammenhenger. Gjennomgående ansees imidlertid borettsforholdet som en rettighet og/eller et aktiva. I den følgende avhandling er det først og fremst borettsforholdet som en rettighet som behandles.

Borettsforholdet som rettighet innenfor de ulike rettsområdene har en sentralt fellesnevner: Borettsforholderen har normalt adgang til å utøve den samme faktiske rådigheten over boligen som enhver annen besitter av boligeiendom har (det være seg eieren eller andre som av ulike årsaker har adgang til å utøve faktisk rådighet på eiendommen). Den faktiske rådigheten innebærer at borettsforholderen kan bruke boligen slik en eier ville gjort. Borettsforholderen kan for eksempel ha rett til å plante i hagen, foreta mindre vedlikehold inne i boligen og å ha gjester på besøk. Rettigheten er imidlertid begrenset til det faktiske, og borettsforholderen har derfor ikke den samme juridiske rådighet over boligen som en eier har. Dette innebærer at borettsforholderen ikke kan leie ut boligen uten eierens samtykke, han kan ikke ta pant i boligen og han kan heller ikke selge eller på annen måte overdra den juridiske rådigheten over boligen til noen annen. Borettsforholdet kan derfor defineres som en faktisk rettighet til bolig med de kjennetegn besittelse av boligeiendom har.

Generasjonsskifte er heller ikke allment definert.⁸ I avhandling brukes «generasjonsskifte» om overføring av eiendomsrett til fast eiendom med sikte på at nåværende eier har betinget seg selv og/eller andre boret i hele eller deler av boligen (eller en av boligene) på eiendommen. Både overføringer som skjer mens overdrageren er i live og overføringer etter overdragerens død er omfattet. Erververen av eiendommen vil ofte være barn av overdrageren, men kan også være andre slektninger, presumtivt yngre søsken, nevø, niese eller barnebarn.

Avhandlingen omfatter overføring av *fast eiendom* som blir benyttet som primærbolig, men også overføring av jordbrukseiendom er omfattet. Overføring av fritidsbolig, slik som hytter, naust, eller lignende faller derfor utenfor avhandlingens behandlingsområde. Overføring av fast eiendom og jordbrukseiendom i forbindelse med generasjonsskifte skjer primært helt eller delvis vederlagsfritt, noe som ofte får betydning for de ulike vurderinger som dukker opp i forbindelse med borettsforholdet.

Mange personer kan berøres av og ha interesser i et generasjonsskifte.⁹ Erverver og overdrager blir naturlig nok direkte berørt av overføringen. Andre som også kan bli berørt er erververens medarvinger og overdragerens og erververens ektefelle. Når det er flere berørte tredjeparter i et rettighetsforhold kan det medføre en rekke rettslige problemstillinger. I den følgende avhandling er hovedfokuset lagt på de problemstillinger som reises mellom partene i et slikt borettsforhold, men også enkelte tredjepartskonflikter er underlagt behandling i kapittel 5.

1.4 Kort om formålet med boret

Bakgrunnen for etablering av boret i forbindelse med generasjonsskifte av fast eiendom beror på den konkrete saken. Det kan likevel trekkes frem noen generelle hensyn som søkes ivaretatt gjennom etableringen. For det første kan det være økonomisk gunstig både for boretshaveren og overtageren av eiendommen at det etableres en boret i forbindelse med salget. Boretshaveren vil normalt slippe flere av kostnadene i forbindelse med å eie eller å leie bolig, mens overtageren får kjøpe boligeiendommen til under markedspris.

⁸ Fredrik Zimmer. «Generasjonsskiftets rettslige problem i det moderne samfunn (no.)» (1996), side 241

⁹ *Ibid.* Side 241

For det andre kommer boretthaveren normalt i en særstilling mellom å eie og å leie bolig. Boretthaveren har en sterkere rettslig posisjon enn det en leier i et husleieforhold har, normalt fordi boretthaveren har betinget seg en livslang boret, som ikke uten videre kan oppheves eller endres. Gjennom den faktiske rådigheten over boligen er boretthaveren sikret bolig uten det ansvaret det innebærer å være eier av boligeiendom i form av vedlikehold og ansvar for kommunale avgifter med mer. Dette kan derfor også være en årsak til at partene velger å etablere et borettsforhold.

Dette er imidlertid ingen uttømmende oversikt over årsakene til at boretter etableres, da årsakene som nevnt er individuelle. Satt på spissen kan det derfor tenkes at det er omtrent like mange årsaker til etablering av boret, som det er tilfeller av boret.

1.5 Oppbygning av oppgaven

Avhandlingen er delt inn i 8 kapitler. I kapittel 2 om *Rettskildebildet* undersøkes det om boretten omfattes av regelsettene som regulerer lignende rettighetsforhold i fast eiendom. Det forsøkes også å vurderes hvilke rettsgrunnlag som kan gi grunnlag for løsning av borettslige tvister. Avslutningsvis vurderes det om bestemmelsen til en av de lovfestede borettene kan gi veiledning for, eller grunnlag for løsning av, konflikter om boret utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Kapittel 3 om *Avklaring av boretts innhold* redegjør for de ulike stiftelsesgrunnlag som benyttes for boret etablert ved generasjonsskifte av fast eiendom, herunder avtale, testament og kårkontrakt, samt hvordan disse skal tolkes. Hensikten er å klarlegge hvilke rettigheter og plikter partene i et borettsforhold kan utlede av stiftelsesgrunnlaget, samt å klarlegge særlige tolkningsmomenter for stiftelsesgrunnlagene for boret. Videre drøftes det også om det kan oppstilles en «tålegrense» i borettsforhold ved induksjonsanalogi fra tilgrensende rettsregler.

I kapittel 4, 5 og 6 undersøker jeg hvilke rettsregler som kan gi grunnlag for endring eller opphør av boret, og hvilke rettslige konsekvenser opphør eller endring av borettsforhold får for partene.

Kapittel 4 om *Endring og opphør av boret* retter seg først og fremst mot de rettsregler partene i borettsforholdet kan påberope seg som grunnlag for endring eller opphør av boretten. Her undersøkes det både om de generelle regelsett som regulerer stiftelsesgrunnlagene kan fungere som rettsgrunnlag for endring eller opphør, og om man kan

trekke analogier fra tilgrensende regelsett eller ulovfestet rett til løsning for spørsmålet. Et særlig spørsmål er om det eksisterer et generelt prinsipp om utløsning av misbruker i rettighetsforhold som kan få anvendelse for konflikter om boret, som vil bli behandlet i kapittel 4.6.

I kapittel 5 om *Tredjepartinteressers innvirkning på boretten* inntar jeg en ny innfallsvinkel til spørsmålet om endring og opphør av boret. Det redegjøres her for de rettsgrunnlag som tredjepart kan påberope seg for endring eller opphør av borettsforhold, og hvilke rettsvirkninger dette gir for partene i borettsforholdet. Videre undersøkes det om boretten kan misbrukes til å omgå reglene om arv i arveloven, og om reglene i arveloven i tilstrekkelig grad forhindrer at borettsordningen blir misbrukt for å undra verdier fra arveoppgjøret.

I kapittel 6 om *Erstatning eller kompensasjon for tap av boret* behandles rettsvirkningen av at en boret endres eller opphøres. Det undersøkes her hvordan man beregner erstatning for tap av boret, og herunder hvordan man fastsetter boretts verdi.

Avslutningsvis drøfter jeg i kapittel 7 om hvordan boretten bør reguleres ut fra et *de lege ferenda*-synspunkt, og i kapittel 8 gis det en kort oppsummering av de mest sentrale funn som er gjort gjennom avhandlingen.

2 Rettskildebildet

2.1 Innledning

Som nevnt innledningsvis har boretten en kompleks og sammensatt karakter som gjør det vanskelig å gi en klar definisjon av hva slags rettighetsforhold det er tale om. Det er likevel et behov for å definere boretten, slik at man kan klarlegge hvilke regelsett og bestemmelser som regulerer forholdet. Boretten har karakter av å være en begrenset rettighet knyttet til bolig med de kjennetegn besittelse av boligeiendom har. Det er også denne definisjonen av «boret» som vil legges til grunn ved vurderingen av hvilke regelsett som regulerer forholdet.

Boret som rettighet har mange likhetstrekk med servituttforhold og leieforhold, som også gjelder begrensede rettigheter i fast eiendom. Siden borettsforhold har så mange likhetstrekk med disse rettighetsforhold kan det stilles spørsmål ved om boretten er omfattet av lov 29. november 1968 om særlege råderettar over framand eigedom (servituttløven) eller lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieløven). I det følgende vil spørsmålet om boretten er en servittutt og om boretten er et husleieforhold behandles. For det tilfellet at boretten ikke direkte er regulert av disse regelsett er det også et spørsmål om servituttløvens eller husleieløvens bestemmelser kan anvendes analogisk for problemstillinger knyttet til boret.

Den spesielle balansen i forholdet mellom partene i et borettsforhold gjør imidlertid at boretten også, i noen grad, minner om et sameieforhold og forholdet mellom andelseiere i et borettslag. Det er likevel klart at boretten etter sin art ikke direkte er omfattet av sameieløven eller borettslagsloven, men dens likhetstrekk medfører at det kan stilles spørsmål ved om disse regelsett kan anvendes analogisk for spørsmål om borettsforhold.

Som vi skal se i det følgende kapitlet er rettskildebildet for boretten svært fragmentarisk og det er vanskelig å plassere den innenfor en konkret «bås». Dette kommer av at boretten ikke har en særegen lovgivning slik at man må utlede rettsgrunnlagene for løsning av tvister om boret fra innbyrdes like og ulike regelsett.

2.2 Er boretten en servittutt, jf. servituttløven § 1?

Hvilke råderetter som er omfattet av servituttbegrepet må leses ut av servituttløven § 1 første ledd. Her fremgår det at servitutter er «særrettar over framand eigedom til einskilde slag bruk

eller anna utnyttingsrådvelde eller til å forby einskilde slag verksemd, bruk eller tilstand». Det er her tale om rettigheter i fast eiendom man ikke eier selv, jf. «framand eigeendom».

Servituttloven er begrenset til å gjelde «særrettar». Ordlyden i «særrettar» tilsier at det er tale om en særleg rettighet som tilkommer enkeltpersoner eller en mindre gruppe av personer. Det må derfor legges til grunn en snever tolkning som medfører at generelle rettigheter som tilfaller alle og enhver faller utenfor lovens anvendelsesområde. Allemannsretten er et eksempel på en rettighet i fast eiendom som ikke er omfattet av servituttloven på bakgrunn av at den er en generell rettighet.

At forholdet regnes som en «særrett» er imidlertid ikke tilstrekkelig til at rettighetsforholdet er omfattet av servituttbegrepet. Enkelte særretter faller utenfor servituttlovens anvendelsesområde som følge av at de er uttømmende regulert i annen særlovgivning eller gjennom avtale, jf. § 1 andre ledd. Allmenningsberettigedes bruk i allmenningen er et eksempel på en særrett som faller utenfor servituttlovens anvendelsesområde som følge av at rettigheten er uttømmende regulert av allmenningsrettslige regler. Videre faller også de begrensninger i rådighetsutøvelsen på egen eiendom som er regulert i alminnelig lovgivning utenfor servituttbegrepet.¹⁰

Partene i et rettighetsforhold har også adgang til å avtale seg bort fra de fleste av servituttlovens regler. Det vil derfor bero på en tolkning av stiftelsesgrunnlaget mellom partene hvorvidt forholdet er omfattet av servituttlovens bestemmelser.

Hvorvidt boretten er uttømmende regulert av andre regelsett er ikke endelig avklart. Som følge av borettenens sammensatte karakter er det imidlertid tvilsomt at den fullt ut er regulert av et eksisterende regelsett. Ettersom boretten er en særrett som tvilsomt er uttømmende regulert av et annet regelsett er det som utgangspunkt mulig at boretten er omfattet av servituttloven.

Servituttbegrepet er todelt. Begrepet omfatter særretter (1) til «einskilde slag bruk eller anna utnyttingsrådvelde» og (2) til «å forby einskilde slag verksemd, bruk eller tilstand». Det siste omtales gjerne som negative servitutter, og gir rettighetshaveren anledning til å legge begrensninger på den tjenende eiendom i form av forbud mot visse type virksomhetsutøvelser, byggeforbud, med mer. Boretten som er en rettighet til faktisk bruk av

¹⁰ Se for eksempel lov 16. juni nr. 15 om rettshøve mellom grannar (naboloven) og lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) rådighetsbegrensninger.

eiendom vil dermed falle klar av det andre alternativet. Spørsmålet er derfor om boret kan anses som en særrett til «einskilde slag bruk», altså om den er en positiv servitut.

Uttrykket «einskild bruk» står i motsetning til «allmenn» (total) bruk, jf. § 1 første ledd andre punktum. En total bruksrett innebærer at rettighetshaveren har rådighet over hele eiendommen og ikke kun en ubetydelig del av den. Rettighetshaver er med andre ord i besittelse av eiendommen ved en total bruksrett. Eksempler på totale bruksretter er blant annet forpaktning eller tomteleie/tomtefeste.¹¹ For at det skal være tale om «einskild bruk» må bruken være begrenset og ikke eksklusiv. Eieren av den tjenende eiendom (eller annen tredjepart) må derfor som utgangspunkt ha en mer omfattende rådighet over eiendommen enn den rådighet servitutthaveren har.

Det neste kriteriet for «einskild bruk» er at det er tale om en faktisk bruk av eiendommen. Bånd på den juridiske rådigheten faller dermed utenfor lovens ordlyd, slik at for eksempel forkjøps- og løsningsretter, salgs- og pantsettelsesforbud eller lignende ikke reguleres av servituttløven.¹² En boret innebærer klart nok en «faktisk rådighet» over «fremmed eiendom». Mer tvilsomt er imidlertid spørsmålet om en boret er en begrenset rettighet.

En boret innebærer normalt en utstrakt rådighet over eiendommen for boretshaveren, ved at vedkommende benytter eiendommen tilnærmet lik eieren. Borettsforholdet omfatter normalt, i tillegg til retten til bruk av husrommet, en rett til å benytte det uteareal som er i direkte tilknytning til boligen, slik at boretshaver for eksempel kan plante hagen slik han selv ønsker. Boretshaver kan også i enkelte tilfeller ha adgang til å foreta mindre vedlikehold av boligen. Slike forhold medfører en utstrakt rådighet for boretshaver, noe som taler for at boretten er en total bruksrett, og derfor ikke er omfattet av servituttløven. Rådigheten for boretshaver kan imidlertid også være begrenset til nærmere bestemte eller mindre arealer av eiendommen, slik at bruken fra eieren eller annen tredjeperson er mer omfattende enn boretshavers rådighet. For slike tilfeller er det vanskeligere å se at boretten kan ansees som en total rettighet. Etersom hvert enkelt borettsforhold kan innebære ulik rådighet for boretshaver, kan ikke ethvert borettsforhold automatisk falle utenfor servituttløvens anvendelsesområde.

¹¹Thor Falkanger. «Servitutter» (Jusens venner 1974) § 1.2 side 220.

¹² Thor Falkanger. «Fast eiendoms rettsforhold» (Oslo 2016), 5. utgave, side 276-277.

Så langt tilsier ordlyden av servituttloven § 1 at boretten ikke passer helt inn i servituttloves system. Spørsmålet i det følgende er derfor om de øvrige rettskildene taler for at boretten likevel kan anses som en servitutt.

Som utgangspunkt er det ingen grense for hvilke typer servitutter det kan pålegges en eiendom. I NUT 1960:1 side 5 oppgis det en liste over eksempler på servitutter som kan etableres på en eiendom. Borett er ikke nevnt som et eksempel. Dette medfører imidlertid ikke at boretten ikke kan anses som en servitutt, da listen er ikke-uttømmende. Lovutvalget uttaler selv at «[e]in rett til særleg rådevelde over framand eigedom kan gå ut på mange og innbyrdes mykje ulike ting».¹³ Boretten er derfor ikke etter forarbeidene avskåret fra å være omfattet av servituttloven.

Det er ingen rettsavgjørelser som direkte tar stilling til spørsmålet om boretten er å anse som en servitutt etter servituttloven. Det er likevel gitt enkelte uttalelser i underrettspraksis som indirekte svarer på problemstillingen. Disse er imidlertid ikke entydige.

Ved behandlingen av spørsmålet om en borett kunne anses som en personlig rett som ikke kunne overføres til andre, kom lagmannsretten i LA-1996-844 med enkelte uttalelser som taler mot at borettforhold er omfattet av servituttloven. Saken gjaldt en tvist mellom et ektepar og deres tidligere svigersønn om oppgjør for et foretatt tømmersalg, og en kårbolig som ekteparet hadde betinget seg bruksrett til. Ekteparet hadde imidlertid både under hovedforhandling og ved flere andre anledninger tilkjennegitt at de ikke ønsket å bo i kårboligen. Til tross for deres uttalelser hevdet paret at de hadde krav på de leieinntekter den tidligere svigersønnen deres hadde opptjent seg ved å leie ut kårboligen. Ved behandlingen av spørsmålet om boretten var personlig uttalte lagmannsretten at:

«[h]erredsretten har tatt feil når den med henvisning til servituttloven har lagt et annet innhold i boretten. En borett er ikke noe servitutt, slik at servituttloven overhodet ikke kommer til anvendelse».

Uttalelsen kan tas til inntekt for at borett ikke er omfattet av servituttlovens anvendelsesområde. Lagmannsretten gir imidlertid ingen videre begrunnelse for sin uttalelse, og det er derfor ikke lett å følge argumentasjonen for dette standpunktet. I tillegg til dette har

¹³ Ot.prp. nr. 8 (1967-1968) side 5.

det også ved senere behandling av boret for lagmannsretten kommet motstridene uttalelser, som trekker i retning av at boretten er omfattet av servituttloven.

Borgarting lagmannsrett har i LB-2006-185709 behandlet spørsmålet om en leietaker hadde krav på erstatning etter at hans livslange boret falt bort. Som følge av en større rehabilitering av leiegården som boretten knyttet seg til, var det ikke lenger mulig å gjenfinne det areal som leietakeren hadde rett til. Rehabiliteringen medførte at hans boret i realiteten hadde falt bort. I leiekontrakten mellom leietaker og den tidligere eieren av leiegården fremgår det at leieretten var uoppsigelig fra utleierens side, og at leieretten ikke var gjenstand for regulering. Boretten var tinglyst på eiendommen.

Lagmannsretten gir her noen prinsipielle uttalelser om hvordan kjøperen av eiendommen skulle gått frem dersom de ønsket å rehabilitere leiligheten borettslaster var berettiget uten å utløse et erstatningskrav. I følge retten skulle kjøperen ha sikret seg en avtale med leietakeren eller tatt rettslige skritt dersom de ønsket å få rettigheten omgjort eller slettet. I den forbindelse henviser lagmannsretten til servituttloven §§ 5-7 om «omskiping» og «avskiping» som grunnlag for omgjøring eller sletting av rettigheten. Om retten mener servituttloven kan anvendes direkte eller analogisk på rettsforholdet er imidlertid ikke klart.

Retten uttaler derfor heller ingen videre avklaring av boretts status som servitutt, og Borgarting lagmannsrett har tidligere kommet med uttalelser som motsetningsvis støtter opp under standpunktet om at boretten ikke er omfattet av servituttloven.

LB-2001-187287 gjaldt tvist om rettighetene i en eiendom som selgeren (festeren) hadde betinget seg boret på. Av avtalen mellom partene fremgår det at festeren skal tinglyse boretten på huset så lenge som han ønsker eller lever, og at han skal betale «tomteleie» på kr. 4000 pr. år. Etter at boligen som boretten knyttet seg til brant ned oppstod det imidlertid konflikt om hvorvidt boretten fortsatt kunne opprettholdes. Ved behandlingen av spørsmålet om brannens betydning for festerens boret uttalte lagmannsretten at festerens «avtale om boret reguleres av husleieloven». Retten begrunner denne uttalelsen med at rettsforholdet ikke er omfattet av unntakene i husleieloven § 1-1 fjerde ledd.

Spørsmålet om boretten kunne omfattes av servituttloven ble imidlertid ikke påberopt av partene eller behandlet for retten. Uttalelsen om at boretten er omfattet av husleieloven kan derfor ikke tolkes antitetisk til at boretten ikke kan være omfattet av servituttloven.

Det er vanskelig å se noe klart mønster fra rettens uttalelser vedrørende borett i de ovennevnte avgjørelser. Det er imidlertid mulig å tolke uttalelsene på to måter. For det første kan det forstås slik at enkelte boretter, avhengig av de konkrete forholdene i saken og hva som er avtalt mellom partene, er omfattet av servituttloven. Dette støttes blant annet opp av uttalelsen fra LB-2006-185709, hvor retten hevder at konflikten kunne vært unngått ved bruk av servituttlovens regler. Hvis dette er tilfellet, vil det avgjørende punkt være om en tolkning av stiftelsesgrunnlaget tilsier at partene har ment å etablere en servitutt i henhold til servituttloven. Det kan også få betydning for vurderingen om det avtalte forhold i realiteten er uttømmende regulert av et annet regelsett, slik tilfellet var i LB-2001-182787.

For det andre kan rettens uttalelser tolkes slik at det enda er uavklart om boretten er en servitutt eller ikke.¹⁴ For å legge en slik tolkning til grunn forutsettes det at man ikke oppstiller en distinksjon mellom de ulike typetilfeller av borett. Spørsmålet er med andre ord uavklart fordi retten har gitt ulike uttalelser om et ensidig rettslig fenomen, nemlig boretten. Man kan imidlertid ikke tillegge noen av tolkningsalternativene for mye vekt ved avgjørelsen av om boretten er omfattet av servituttloven. Lagmannsrettspraksis har i seg selv begrenset vekt som rettskilde, og dens vekt vil svekkes ytterligere ved tvetydighet, slik som tilfellet er her. Inntil Høyesterett har tatt stilling til spørsmålet om boretten er å anse som en servitutt, er rettspraksis lite veiledende for løsningen av spørsmålet.

Det har også i juridisk teori vært gitt uttrykk for at spørsmålet om borett er omfattet av servituttloven er uavklart. Taraldrud har blant annet uttalt at:

«[d]et er kanskje delte meninger om hvorvidt borett er en servitutt eller noe annet. Hvis forholdene faller inn under annen lovgivning, for eksempel husleielovens regler, vil disse gjelde. Rettspraksis om borett er ikke entydig».¹⁵

Også Taraldrud tar til orde for at det er uavklart hvorvidt boretten er en servitutt.¹⁶ Selv om boretten ikke er omfattet av annen lovgivning, som for eksempel husleieloven, er det ikke videre klart om den er omfattet av servituttloven.

¹⁴ Karen Taraldrud. «Oversikt over rettigheter til fast eiendom» (Oslo 2016), 1. utgave, side 153.

¹⁵ *Ibid.* Side 152.

¹⁶ *Ibid.* Side 152.

Rettskildebildet rundt spørsmålet om boretten er en servitutt er svært tvetydig. Ordlyden i servituttloven § 1 utelukker ikke helt at boretten kan omfattes av loven. Avgjørende for om boretten er omfattet av ordlyden i § 1 første ledd er om rettigheten har karakter av å være en begrenset rettighet eller om den har karakter av å være en total bruksrett. Svaret beror på en tolkning av stiftelsesgrunnlaget mellom partene, men borettsforhold generelt har ofte karakter av å være en total bruksrett som medfører at de faller utenfor servituttlovens anvendelsesområde. Videre er rettspraksis uklar og tvetydig, og kan derfor ikke tillegges noe avgjørende vekt. Samlet sett taler rettskildene for at spørsmålet om boretten er en servitutt er uavklart. Det er derfor tvilsomt hvorvidt boretten er omfattet av servituttloven, jf. servituttloven § 1.

2.3 Er boretten et leieforhold, jf. husleieloven § 1-1?

Av husleieloven § 1-1 første ledd fremkommer det at «loven gjelder avtaler om bruksrett til husrom mot vederlag». Bestemmelsen utelukker dermed rettigheter til husrom som bygger på annet grunnlag enn «avtale». Boretten som er etablert gjennom testamente faller derfor utenfor lovens anvendelsesområde. Om avtalen er skriftlig eller muntlig er uten betydning, jf. husleieloven § 1-4.

Husleieloven § 1-1 favner vidt og rammer som utgangspunkt ethvert boforhold som bygger på «avtale», og som ikke faller inn under unntakene i andre ledd andre punktum eller tredje ledd. Videre avgrenses loven til å gjelde en rett til å bruke et «husrom». Ordlyden av «husrom» er vid og gir anvisning på at enhver bygning det er mulig å oppholde seg i er omfattet. Av forarbeidene fremgår det at husrommet må være en bygning som er varig knyttet til grunnen, og at det i det minste er tale om vegger og tak.¹⁷ Det stilles med andre ord ikke strenge krav til leieobjektet for at det skal være tale om «husrom» i lovens forstand. En «bruksrett» til et husrom vil normalt karakteriseres som en total bruksrett som omfatter alle typer bruk og som er eksklusiv innenfor husrommet, slik at andre ikke har rett til den samme bruk. Den faktiske rådigheten vil i utstrakt grad være tilsvarende lik den eieren av husrommet selv har.

Tradisjonelt var det også en oppfatning om at bruksretten måtte være midlertidig, altså at rettigheten opphørte på en bestemt dato eller etter oppsigelse, for at den skulle være omfattet

¹⁷ NOU 1993:4 side 98.

av definisjonen av et leieforhold etter § 1-1.¹⁸ Dette kriteriet er imidlertid ikke inntatt i den nye husleieloven, og der er derfor ikke noe i veien for at en husleieavtale er uoppsigelig.¹⁹ Dette innebærer i utgangspunktet at uoppsigelige borettsavtaler kan anses som en rett til «husrom».

Mer tvilsomt er imidlertid om boretten for alle tilfeller oppfyller vilkåret om «vederlag» for rettigheten. Ordlyden av uttrykket «vederlag» gir i hovedsak anvisning på penger, men begrenses ikke til dette, noe som understrekes i tredje ledd hvor det fremgår at loven også kommer til anvendelse dersom det betales med annet vederlag. Det må dermed foreligge en form for gjenytelse for rettigheten for at forholdet skal omfattes av husleieloven. Er det avtalt at bruken skal skje vederlagsfritt vil bruksretten falle utenfor husleielovens regler. Det har i rettspraksis vært lagt til grunn at husleieloven avgrenses mot personlig bruksrett påheftet som ledd i salg av bolig.²⁰ Om en bruksrett for selgeren er en leierett eller ikke beror imidlertid på en tolkning av salgsavtalen.²¹ Det kan derfor ikke uten videre legges til grunn at en bruksrett som er påheftet boligen som ledd i salget ikke er omfattet av husleielovens regler.

Om en boret er omfattet av ordlyden av husleieloven § 1-1 beror på en tolkning av stiftelsesgrunnet. For at en boret skal anses som et husleieforhold må det i utgangspunktet være avtalt en eksklusiv bruksrett til «husrom» mot «vederlag». Spørsmålet om borettsavtaler er omfattet av husleieloven har vært behandlet i underrettspraksis, og gir videre føringer for hvordan de ulike vilkårene skal tolkes.

I LE-2006-25151 tok Eidsiva lagmannsrett stilling til om en avtale hvor det betales et engangsvederlag for en livsvarig boret faller inn under husleielovens regler. Avgjørelsen eksemplifiserer at det avgjørende punkt for vurderingen av om en boret er omfattet av husleieloven er hvorvidt stiftelsesgrunnet har karakter av å være en husleieavtale.

Saken gjaldt en mor som satt i uskiftebo som ved salget av sin leilighet overførte salgssummen til sin datter, mot at hun selv fikk en livslang boret i datterens nye hus.²² Kort tid etter overføringen døde moren, og de øvrige arvingene gjorde gjeldende at beløpet skulle føres tilbake til boet. De anførte at husleieloven kom til anvendelse på forholdet, og at

¹⁸ Tidligere lov 16. juni 1939 om husleie (husleieloven 1939) § 2.

¹⁹ Se for eksempel Rt-1995-1333.

²⁰ Jf. Rt-1926-272, Rt-1995-1569 og RG-1966-366 (Frostating).

²¹ Jf. Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) punkt 19.1.

²² LE-12006-25151.

overføringen dermed innebar en ulovlig forskuddsbetaling, jf. husleieloven § 3-2.

Lagmannsretten uttalte at boretten hadde karakter av å være en avtale inngått for å «sikre alderdommen», uten at den ble omfattet av noen av unntakene, og konkluderte derfor med at boretten falt utenfor husleieloven § 1-1. Formålet med avtalen var ikke sammenfallende med husleielovens formål som er å regulere avtaler om leierett til husrom for å sikre at leiere av bolig har stor grad av botrygghet – herunder å beskytte leierne mot vilkårlig og urimelig behandling, mot oppsigelse av leieforhold på bakgrunn av usaklige grunner og mot at husleien økes utover det som anses som rimelig.²³ Rettens syn var at det som kunne utledes av stiftelsesgrunnlaget fratok boretten karakter av å være en ordinær husleieavtale.

Motsetningsvis kom Frostating lagmannsrett i LF-2010-197359 til at en tinglyst boret var omfattet av husleieloven. En far hadde overdratt boligen til sønnen sin i 1990 og inntatt en klausul om at han skulle ha boret i boligen. Av tinglysningen fremkommer det at vederlag for boretten skal fastsettes etter nærmere avtale mellom partene. Når sønnen flyttet ut av boligen i 2006 inngikk partene en skriftlig avtale om at faren skulle leie boligens hovedleilighet mot en leiesum på 4000,- pr. måned, under henvisning til at «[d]enne leieavtaler gjelder boret, tinglyst 14 des 1990». Faren betalte imidlertid ikke husleien i samsvar med avtalen. Spørsmålet i saken var om det forelå et vesentlig betalingsmislighold som ga sønnen adgang til å heve leieavtalen etter husleieloven § 9-9 bokstav a.

Til spørsmålet om sønnen har adgang til å heve husleieavtalen uttaler retten at boretten «ikke [gir faren] særfordeler i forhold til husleiens størrelse og retten til å bli boende i boligen (...). Han er bare sikret boret dersom han oppfyller sine forpliktelser». Boretten var således omfattet av husleieloven og ikke til hinder for at avtalen heves som følge av mislighold. Avgjørende for rettens konklusjon om at boretten hadde karakter av å være et leieforhold var at boretten ikke berodde på et gavesalg mellom partene og at sønnen ikke hadde fått kjøpe boligen billig.

Dersom man sammenholder de to overnevnte dommer kan man se at de avgjørende momenter for vurderingen av om en boret er omfattet av husleieloven er tolkningen av stiftelsesgrunnlaget, vederlagets størrelse, omstendighetene rundt etableringen av boretten og formålet med rettigheten. Det er imidlertid ingen uttømmende liste over de momenter som

²³ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) punkt 4.

kan være relevante, og vurderingen av om en borett er omfattet av husleieloven må bero på en samlet vurdering av stiftelsesgrunnlaget og omstendighetene for øvrig.

Avgjørelsene leder imidlertid også til spørsmålet om det er et skille mellom borett som er omfattet av husleieloven og avtalt borett. Borettsforhold og husleieforhold har mange likhetstrekk, men er husleieloven likevel fullt ut dekkende for borett? En avtalt borett omfatter ofte en begrenset rettighet knyttet til bolig med de kjennetegn besittelse av boligeiendom har, og er dermed svært likt husleielovens anvendelsesområde for avtaler om bruksrett til husrom mot vederlag, jf. husleieloven § 1-1. Det mest åpenbare skillet er imidlertid kravet til «vederlag» etter husleieloven. Man vil ikke gjenfinne et tilsvarende krav for at en rettighet skal ansees som en borett, og det er heller ikke slik at alle boretter forutsetter motytelse i form av vederlag.

Videre vil formålet til de to rettighetsforholdene tilsi at det i mange tilfeller er tale om ulike rettsforhold. Som nevnt innledningsvis er årsakene til at en borett etableres varierte.

Gjennomgående kan man imidlertid si at borett etableres nettopp fordi man ønsker et sterkere vern for rettighetshaver enn det som følger av husleielovens regler. Dette er imidlertid ikke den eneste årsaken til at borett etableres, og gir derfor ikke uttrykk for alle de interesser som skal ivaretas gjennom borettsavtaler. Husleielovens formål er å balansere interessene til utleier og leietaker, slik man også ofte søker å oppnå gjennom en borettsavtale.

Mange avtaler om borett blir derfor å anse som langvarige husleieavtaler, nettopp fordi de gir et stort rom for individualisering og tilpasning slik at de ikke blir for ensidig i favør av borettsshaveren. De ulike livssituasjonene som partene er i ved etableringen av en borett taler også for at borett burde være fleksibel hva gjelder innhold og omfang. På den andre siden er det imidlertid klart at avtaler om borett i mange tilfeller vil falle utenfor lovens anvendelsesområde av ulike årsaker. Husleieloven fungerer dermed ikke som et generelt rettskildegrunnlag for borett, og det vil derfor ikke være naturlig å si at borett fullt ut er et leieforhold.

2.4 Analogier fra andre regelsett

Om det er adgang til å anvende andre regelsett eller bestemmelser analogisk på borettsforhold er først og fremst et metodisk spørsmål. Analogisk anvendelse av et regelsett eller en lovbestemmelse innebærer at man anvender loven eller bestemmelsen på et annet forhold enn

den egentlig regulerer. Man anvender med andre ord loven eller bestemmelsen på et forhold som ikke har dekning i ordlyden.²⁴

Bakgrunnen for at man anvender et regelsett eller en bestemmelse analogisk kan blant annet være at det konkrete forholdet i saken har store likehetstrekk med det eller de forhold som bestemmelsen i utgangspunktet regulerer og at forholdet ellers faller utenfor lovregulert område. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig grunnlag for at en bestemmelse kan anvendes analogisk. Vurderingen av om man skal tillate en analogisk anvendelse beror på en avveining mellom de ulike hensyn som aktualiserer seg for det konkrete forholdet.

Borettsforhold omfattes av privatretten, og det er derfor de særlige hensyn innenfor privatrettens område som gjør seg gjeldende for vurderingen. Legalitetsprinsippet, som aktualiserer seg i offentligrettslige og strafferettslige saker, vil derfor ikke sette en stopper for å anvende andre regelsett eller bestemmelser analogisk på borettsforhold. Det er likevel en rekke andre hensyn som skal bidra til å ivareta interessene til partene i privatrettslige forhold som kan tale både for og mot analogier.

Ettersom borettsforhold generelt faller utenfor lovregulert område kan det i mange tilfeller aktualisere seg å vurdere analogi. Borettsforholdets karakter medfører at den har likhetstrekk med flere typer rettighetsforhold. Gjennom oppgaven vil det derfor bli stilt spørsmål ved om det er adgang til å anvende bestemmelser fra blant annet servituttløven, husleieløven, borettslagsloven, samt lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameie (sameieløven) analogisk for borettsforhold.

2.5 Lovfestet borettsforhold etter odelsloven § 38

Som nevnt finnes det ingen generell lovbestemmelse eller generelt regelsett som regulerer borettsforhold. Det finnes imidlertid ett eksempel på en lovfestet borettsforhold. Av lov 28. juni 1974 om odelsretten og åsetsretten (odelsloven) § 38 fremkommer det at gjenlevende ektefelle har rett til gratis husrom dersom vedkommende er nødt til å gi fra seg landbrukseiendommen etter bestemmelsene i odelsloven §§ 34 til 36. Odelsloven § 38 er en særbestemmelse og har derfor et snevert anvendelsesområde. Retten til gratis husrom forutsetter etter bestemmelsen at det er mulig eller rimelig å etablere en borettsforhold med hensyn til interessene til overtageren.

²⁴ Jens Edvin Skoghøy, side 63.

Det fremgår av § 38 at gjenlevende ektefelle har en rett til «gratis husrom». Ordlyden i «gratis» tilsier først og fremst at det er tale om en vederlagsfri rett. Videre er det klart at det er tale om en rett til et bosted, jf. «husrom». Det fremkommer imidlertid ikke noen nærmere kriterier eller spesifikasjoner til husrommet etter lovens ordlyd. Forarbeidene taler om en rett til «høveleg» husrom, og at:

«[u]trykket må oppfattes slik at kravene må tilpasses forholdene på den aktuelle eiendommen, og det må tas hensyn til den nye eierens behov. Ved avveiningen kan det legges vekt på gjenlevedes alder og om han eller hun eier andre eiendommer som kan tjene de samme formål».²⁵

Uttalelsene fra forarbeidene tilsier at boretts innhold og omfang må fastsettes etter en skjønnsmessig vurdering av de konkrete forhold i saken. Det er med andre ord en dynamisk bestemmelse som åpner for boretter av ulikt omfang og innhold. Det som imidlertid er klart er at det er tale om en rett til husrom på den aktuelle landbrukseiendommen.

Hvorvidt det skal etableres en borett etter odelsloven § 38 beror på en avveining mellom gjenlevende ektefelles behov og overtagerens interesser, sett opp mot hvilket potensiale det er til å etablere en borett på den konkrete landbrukseiendommen. Det er i så måte mange innbyrdes ulike interesser og forhold som må tas med i avveiningen. Vilkårene i bestemmelsen er imidlertid kumulative og har en glidende overgang, og det er derfor hensiktsmessig å se dem i sammenheng, slik at avveiningen beror på en totalvurdering av de konkrete forholdene i saken.

At det ikke er «mulig» å etablere en borett av hensyn til forholdene på eiendommen kan illustreres med følgende eksempel: Gjenlevende ektefelle er nødt til å gi fra seg eiendommen som følge av at det er urimelig at han eller hun fortsetter å bruke eiendommen, jf. § 34. På eiendommen står det en bygning som fungerer til boligformål. Det er en beskjedne bolig som kun har ett soverom. Overtageren ønsker å flytte til boligen sammen med sin ektefelle. Ingen av partene har midler til å finansiere en utvidelse av den eksisterende boligen eller til å etablere en ny bolig på eiendommen. Boligens størrelse, partenes økonomi og overtagerens interesser tilsier derfor at det ikke er «mulig» å etablere en borett i boligen.

²⁵ Ot.prp. nr. 44 (2008-2009) side 124.

Vurderingen av om det er «rimelig» å etablere en slik borettsberettigelse beror i større grad på en skjønnsmessig vurdering av de konkrete forholdene i saken. Er det for eksempel et tilfelle hvor boligen på eiendommen har to selvstendige boenheter (eller at boligen har et svært stort areal), er det klart nok mulig å etablere en borettsberettigelse. Overtageren ønsker imidlertid å flytte inn i hovedleiligheten i boligen sammen med sin familie, og benytte bileiligheten til utleie. Overtagerens ektefelle har ingen inntekt som følge av at han eller hun er hjemmeværende for å ivareta hjemmeboende barns pleie- og tilsynsbehov. Overtageren har derfor et særlig behov for å benytte seg av bileiligheten til utleie for å kompensere for den tapte inntekten fra sin ektefelle. Spørsmålet er da om det er «rimelig» med hensyn til overtagerens interesser å likevel etablere en borettsberettigelse i bileiligheten for gjenlevende ektefelle. Hvorvidt det er rimelig eller ikke beror da på en interesseavveining mellom gjenlevende ektefelles interesser og overtagerens interesser.

Kravet om at borettsberettigelsen kan etableres dersom det er «rimelig» med hensyn til overtagerens interesser, tilsier at overtageren må ha en legitim grunn for at borettsberettigelsen ikke skal tillates etablert. Det må med andre ord være urimelig overfor overtageren at det etableres en borettsberettigelse på eiendommen for gjenlevende ektefelle. Gjenlevende ektefelle har således en sterkere rett til husrom i boligen enn han eller hun ville hatt uten en slik bestemmelse. Gjenlevende ektefelle ville i så tilfelle vært helt avhengig av å inngå en avtale med overtageren for å etablere en borettsberettigelse. Bestemmelsen søker imidlertid også å ivareta interessene til overtageren, gjennom å stille krav om at etableringen av borettsberettigelsen må være «mulig» og «rimelig» med hensyn til overtagerens interesser.

Odelssloven § 38 har som nevnt et snevert anvendelsesområde, og oppstiller heller ingen retningslinjer for løsning av konflikt mellom partene. Bestemmelsen kan dermed ikke benyttes som et generelt rettsgrunnlag for borettsberettigelse. Det er heller ikke hensiktsmessig å anvende den analogisk på borettsforhold ettersom den ikke gir løsning for konflikt mellom partene. Bestemmelsen fungerer utelukkende som et stiftelsesgrunnlag for borettsberettigelse i landbrukseiendom for gjenlevende ektefelle.

3 Avklaring av borettsens innhold

3.1 Innledning

I mange borettsforhold vil det på et eller annet tidspunkt være behov for å klarlegge borettsens innhold. Det kan enten være fordi det har oppstått konflikt mellom partene eller bare fordi de ønsker å forsikre seg om sine rettigheter og plikter. Konflikten mellom partene kan ha ulikt opphav, blant annet kan eieren oppleve at bruken av boretten er for vidtrekkende, eller motsatt at borettsshaver opplever boretten som svært begrenset. Det kan også oppstå konflikter om borettsens varighet.

Dersom partene kun ønsker å få avklart sine rettigheter og plikter taler det for at konfliktnivået mellom partene er lavt og det vil da være lettere å komme til enighet om borettsens innhold. Partene kan da blant annet gjennom etterfølgende avtale fastsette borettsens innhold. Er derimot konfliktnivået mellom partene høyt, og det allerede har oppstått et sterkt motsetningsforhold mellom partene vil det være større behov for klare retningslinjer for klarleggingen av borettsens innhold. Spørsmålet blir da hvordan man skal løse konflikten og klarlegge borettsens innhold.

Ved klarleggingen av borettsens innhold søker man først og fremst å avklare rettighetens omfang og varighet. En etablert boretts gir klart nok borettsshaver visse *rettigheter* innenfor det husrom boretten er påheftet, men kan den også omfatte andre rettigheter som det er nærliggende å tenke er omfattet av boretten? Det kan blant annet oppstå spørsmål om borettsshaver har rett til å hugge ved på eiendommen, benytte seg av alt løse som er tilknyttet boligen, til å plukke frukt fra hagen eller til å forhindre andre i å benytte seg av det uteareal som er direkte knyttet til boligen boretten er påheftet. Dette er rettigheter det er naturlig at en eier har, mens det ikke nødvendigvis er innenfor de rettigheter som for eksempel en leietaker har. Det at retten til husrom ofte kan omfatte mer enn retten til å bo og bruke boligen innenfor husets fire vegger kan by på tolkningsproblemer.

Stiftelsesgrunnlaget oppstiller normalt også de *plikter* som tilfaller borettsshaver. I enkelte tilfeller kan det komme klart frem av stiftelsesgrunnlaget at borettsshaver er forpliktet til å betale vederlag for boretten, eller at han har ansvaret for vedlikeholdet av innsiden av boligen. Det kan imidlertid oppstå spørsmål om boretten også omfatter andre plikter for borettsshaver som det er nærliggende at en besitter av boligeiendom har. Har borettsshaver for eksempel en

plikt til å betale kommunale avgifter eller andre større utgifter i forbindelse med vedlikehold av boligen?

Ettersom boretten ikke klart er omfattet av noe konkret regelsett må borettens innhold først og fremst fastslås gjennom en tolkning av stiftelsesgrunnlaget. At man tar utgangspunkt i stiftelsesgrunnlaget for klarleggingen av partenes rettigheter og plikter følger også av alminnelige tolkningsprinsipp.²⁶ Videre vil også stiftelsesgrunnlagene for boretten være omfattet av mer generelle regelsett og deres respektive tolkningsregler. En borette etablert ved avtale vil for eksempel være omfattet av avtalelovens regler om avtaletolkning, mens en borette etablert gjennom testament vil være omfattet av arvelovens regler om testamentstolkning. Det er imidlertid hensiktsmessig å undersøke om det eksisterer generelle tolkningsprinsipper for borettsforhold uavhengig av stiftelsesgrunnlaget.

Ved klarleggingen av borettens innhold må man også ta høyde for at borettsforhold etablert ved generasjonsskifte blir påvirket av den nære familiære relasjonen mellom partene. Det er en kjent sak at det i familiære relasjoner er høye forventninger til (rettighets)forholdet mellom partene samt god grobunn for konflikter. Saken kompliseres ytterligere ved at det ofte er benyttet stiftelsesgrunnlag som er vage og uklare.²⁷

I det følgende kapitlet undersøkes det hvordan man klarlegger innholdet av borette etablert ved avtale, borette etablert ved testamente og borette etablert ved kårkontrakt i jordskifte. Herunder hvilke rettsregler og tolkningsprinsipp som får betydning for klarleggingen av innholdet av de ulike borettene. Videre er det et spørsmål om det er mulig å trekke analogier fra andre regelsett for å klarlegge eller utfylle borettens innhold i de tilfeller der stiftelsesgrunnlaget kommer til kort. Det undersøkes også om det eksisterer en «tålegrense» i borettsforhold.

3.2 Borette etablert gjennom avtale

En borette som er etablert ved avtale vil være omfattet av avtalelovens regler, jf. avtaleloven § 1. Man er da på avtalerettens område, og de generelle avtalerettslige tolkningsprinsipp vil

²⁶ Jens Edvin Skoghøy, side 96.

²⁷ Thor Falkanger, side 109.

komme til anvendelse for tolkningen av innholdet av boretten. Spørsmålet er imidlertid om det eksisterer noen særegne tolkningsregler for borettsavtaler.

Agder lagmannsrett har i LA-1999-1168 tatt stilling til spørsmålet om innholdet og varigheten av en avtalt boret. I forbindelse med overdragelse av boligeiendom betinget selger seg boret i underetasjen. Av avtalen mellom partene fremgikk det blant annet at selgeren kunne disponere underetasjen vederlagsfritt frem til ny leilighet i Z er klar. Selgeren hevdet at hun kunne bo vederlagsfritt i underetasjen frem til leiligheten i Z var innflyttingsklar, uten noen bestemt tidsbegrensning. Kjøperne motsatte seg selgerens påstand, og hevdet at den vederlagsfrie boretten hadde en datofestet tidsbegrensning. Det er imidlertid viktig å påpeke at begge partene var innforstått med at selgeren på ett eller annet tidspunkt skulle flytte ut, men at uenigheten knyttet seg til når dette eventuelt ville være. Spørsmålet lagmannsretten skulle ta stilling til var om selgerens rett til å bo gratis gjaldt uten datofestet tidsbegrensning.

Lagmannsretten forsøker å ta stilling til hva som ble avtalt mellom partene og uttaler i den forbindelse at «[f]oruten det som kan utledes ved en objektiv tolking av avtaleteksten, må det tas standpunkt til om den gir uttrykk for det partene avtalte muntlig. I den sammenheng må det ses hen til måten avtalen ble til på, helt fra den første kontakten mellom partene». Man må med andre ord ta stilling til om ordlyden i avtaleteksten gir uttrykk for det partene hadde ment, herunder om det under forhandlingsfasen fremkommer forhold som tilsier at partene har ment å fastsette en datofestet tidsbegrenset boret eller ikke. At partenes subjektive oppfatning av avtalens innhold skal legges til grunn ved avtaletolkning er et alminnelig avtalerettslig prinsipp.²⁸ Avgjørelsen gir i så måte ingen særlige tolkningsmomenter som kan anvendes spesielt for borettsavtaler.

De konkrete forhold i saken som var avgjørende for rettens konklusjon var at det ikke var noen familiær relasjon mellom partene, selgeren skulle bo vederlagsfritt på eiendommen som hun hadde solgt til et fremmed ektepar, samt at ekteparet mest sannsynlig (sammenlignet med en takstvurdering) ikke hadde fått kjøpe eiendommen noe særlig billigere enn markedspris. Det var derfor lite som talte for at kjøperne skulle vise så stor velvillighet overfor selgeren, slik tilfellet kunne vært om det var tale om et gavesalg innad i familien eller lignende.

²⁸ Geir Woxholt. «Avtalerett i et nøtteskall» (Oslo 2014), 2. utgave, 1. opplag, side 200.

Det er få andre rettsavgjørelser som tar stilling til tolkningen av innholdet i en avtalt borett og selv om avgjørelsen ikke direkte omhandler borett etablert i forbindelse med generasjonsskifte viser den imidlertid til et viktig moment: avtalen skal tolkes subjektiv. Ved overdragelse av eiendom mellom generasjonene hvor det etableres borett til fordel for selger vil avtalen i større grad kunne basere seg på et ønske om å bo sammen, å selge boligen til en lavere pris enn markedsverdi for å hjelpe den yngre generasjonen økonomisk eller lignende. Ettersom det er partenes oppfatning av avtalen som skal legges til grunn vil det være rom for å trekke inn de familiære relasjonene ved tolkningen av en avtalt borett etablert ved generasjonsskifte. Dette er imidlertid ingen særegenhet ved tolkningen av avtaler om borett, og vil som utgangspunkt kunne gjelde for enhver avtale hvor partene har en nær relasjon.

3.3 Borett etablert gjennom testament

Ettersom borett etablert gjennom testamente som regel trer i kraft først etter testators død, kan det reise særlige tolkningsproblemer om innholdet av rettigheten. Etter testators død trer boretten i kraft og det oppstår etterhvert konflikt mellom borettshaver og eieren om omfanget av boretten. Dersom testamentet ikke klart angir innholdet av boretten må man søke å klarlegge hva testator mente med testasjonen, jf. lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m. (arveloven) § 65.

Av arveloven § 65 fremkommer det at testamentet skal tolkes i samsvar med det testator mente. Det er da som utgangspunkt to tolkningsalternativer som kan anvendes for klarleggingen av testators mening; objektiv eller subjektiv tolkning. Utgangspunkter for tolkningen av testamenter er imidlertid den subjektive tolkningen.²⁹ Det kan ved klarleggingen av testators mening oppstå tvil om de ord og uttrykk som er brukt, eller testamentet kan være uklart utformet slik at det er vanskelig å få tak på meningsinnholdet. Ettersom tvisten gjerne oppstår først etter at testator er død kan det være nødvendig å føre vitner som kan forklare hva som var testators mening ut fra hans uttalelser og handlinger mens han levde.

Et annet moment som vil være av betydning ved tolkningen av testators mening vil være det forhold partene hadde til hverandre før testators død. Det kan eksempelvis tenkes at testator i

²⁹ Peter Lødrup og John Asland. «Arverett» (Oslo 2012), 6. utgave, side 168.

utstrekking grad ønsket å ivareta arvingen eller at de hadde et særlig nært forhold. Ved vurderingen av forholdet mellom partene kan man også trekke fram et eventuelt borettsforhold mellom testator og borettsshaver før hans død. Det kan da tenkes at boretten var ment å «praktiseres» likt etter testators død, slik at boretten på det nåværende tidspunktet har det samme innhold.

For boretts etablert ved testamente er det imidlertid lite hensiktsmessig å trekke fram familiære relasjoner som et særegent moment. Arveloven tar allerede høyde for de familiære relasjonene som blir berørt av et arveoppgjør. Det er derfor kun de alminnelige testamentstolkingsprinsippene som blir styrende for tolkningen av innholdet av en boretts etablert ved testamente.

3.4 Boretts etablert gjennom kårkontrakt

Kårkontrakten er et avtalerettslig forhold og er dermed også regulert av avtaleloven, jf. avtaleloven § 1. De generelle avtalerettslige tolkningsprinsipp som er nevnt i kapittel 3.2 kommer derfor til anvendelse for tolkningen av innholdet i boretten. Kårkontrakten skiller seg imidlertid fra andre avtaler om boretts ved at den ofte regulerer mer enn kun boretten som er etablert til fordel for den avtroppende generasjonen (borettsshaver). I tillegg til boretten omfatter den gjerne borettsshavers rett til å hugge ved, til kjøtt ved slakte, til bruk av maskiner eller lignende på gården, samt at den også kan inneholde bestemmelser om krav på stell og pleie fra kårterne (eierne). Boretten er imidlertid en essensiell del av kårkontrakten, da dette er den mest omfattende rettigheten som skal sikre borettsshaver husrom på gården etter at en selv har sluttet å drifte den.

Det er imidlertid slik at det offentlige har overtatt mange av de oppgaver som eierne tidligere forpliktet seg til gjennom kårkontrakten. Det er blant annet ikke det samme behovet for å sikre seg stell og pleie på sine eldre dager, da det offentlige tilbyr hjemmehjelp og andre lignende tjenester til de som har behov for det.³⁰ Etterhvert som flere av disse tjenestene har falt ut av kårkontrakten, har boretten blitt en mer og mer dominerende del av kårkontrakten,

³⁰ Jf. lov 24. juni 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven) § 3-2 nr. 6, jf. § 3-1.

og utgjør nok som oftest hovedelementet av de rettigheter borettsshaveren har krav på etter kontrakten.

De skikker og normer som har vært vanlig for kårkontrakten gjennom generasjoner kan imidlertid utgjøre et sentralt tolkningsmoment ved klarleggingen av innholdet i boretten. Det har med andre ord oppstått en sedvane for at kårkontrakten omfatter mer enn bare selve boretten innenfor husets fire vegger.³¹ Det vil derfor være lettere å tolke avtalen dithen at boretten også omfatter rett til å hugge ved eller til å benytte seg av enkelte av maskinene på gården. Hvor langt rettigheten strekker seg må imidlertid tolkes ut fra de konkrete forholdene i saken, hvor man ser til forholdet mellom partene, deres subjektive forståelse av avtalen og hva forholdene på gården tillater.

3.5 Eksisterer det en «tålegrense» i borettsforhold?

3.5.1 Innledning

Både sameieloven, borettslagsloven, servituttloven og lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (nabolovent) inneholder særegne bestemmelser om «tålegrensen» i forholdet mellom partene. Tålegrensen oppstiller en standard for hvordan partene skal hensynta hverandre ved bruk av eiendommen (enten sin egen eller den andre partens eiendom). Ettersom alle disse lovene regulerer forhold rundt bruk av eiendom kan det stilles spørsmål ved om man etter en induksjonsanalogi kan legge til grunn at det eksisterer en tilsvarende «tålegrense» i borettsforhold.

Induksjonsanalogi innebærer at man trekker slutninger fra det sektorielle til det generelle, og det generelle tenger ikke være fullt ut likt med det sektorielle. Ulovfestet rett som er etablert på basis av induksjonsanalogi er ikke, i samme grad som for alminnelig analogi, innholdsmessig diktert av positiv rett. Til illustrasjon for metoden kan man se til Rt-1952-1217 (to mistenkelige personer) hvor Høyesterett kom til at fremvisningen av en film var utilbørlig og rettsstridig overfor saksøkerne på bakgrunn av personlighetens rettsvern som eksisterte utover det som fremkommer av lovgivningen. Hvorvidt en induksjonsanalogi skal

³¹ Thor Falkanger. Side 109.

tillates beror på en vurdering av om de hensyn som gjør seg gjeldende for de spesielle bestemmelsene også er gjeldende for det forholdet man står overfor.

I det følgende er spørsmålet for det første om de hensyn som gjør seg gjeldende for bestemmelsene om tålegrensen i sameie-, borettslags-, servituttloven og naboloven også gjør seg gjeldende for borettsforhold. Det andre spørsmålet er, hvis det eksisterer en tålegrense, hvor høy terskelen for brudd i så fall er.

3.5.2 Gjør de hensyn som ligger til grunn for tålegrensebestemmelsene seg gjeldende for borettsforhold?

Av naboloven § 2 fremkommer det at ingen «må ha, gjera eller setja i verk noko som urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe på granneeigedom». En nærmest tilsvarende formulering kan man gjenfinne i servituttloven § 2, sameieloven § 3 og borettslagsloven § 5-11. En sentral vurdering for de overnevnte bestemmelsene er om bruken er «urimeleg» eller «uturvande» til skade eller ulempe for den annen part. En viktig nyanse er imidlertid at naborettslige forhold ikke bygger direkte på et avtaleforhold mellom partene eller deres hjemmelsmenn slik tilfellet er for borettslagsloven, sameieloven og servituttloven. Det kan derfor ikke på samme måte som for sameier, borettslag og servituttforhold, tas hensyn til subjektive forhold ved vurderingen av tålegrensen i naboloven.

Til tross for at det er en distinksjon i hvilke momenter som kan trekkes inn i vurderingen av tålegrensen i de ulike bestemmelsene, er utgangspunktet det samme: den som har en rett skal bruke den så skånsomt at retten ikke er til skade for motparten. Spørsmålet er dermed om dette utgangspunktet (tålegrensen) kan få generell anvendelse også for boretten. Ved vurderingen av om tålegrensen kan få generell anvendelse må man ta stilling til om de hensyn som ligger bak bestemmelsen gjør seg gjeldende også overfor boret. Av forarbeidene til servituttloven fremkommer det:

«At dei som har ein rett, skal bruka han så skånsamt at han ikkje i utrengsmål kjem til meins for motparten, gjeld vel i rettslivet i det heile. Men mellom eigar og servitutthavar,

som skal bruka same eigedomen så å seia jamsides, er dette særskilt viktig. I så måte gjer dei same omsyn seg gjeldande her som i sameigehøve og grannehøve». ³²

Bestemmelsens formål er å regulere forholdet mellom parter hvis bruk kan være en byrde for den andre. Forarbeidene påpeker at det er et særlig behov for en slik bestemmelse for rettighetsforhold som forutsetter at partene skal leve på og/eller bruke samme eiendom side om side. Rettighetsforholdet mellom partene er da svært nært og kan lettere medføre konflikter dersom den ene parten ikke tar hensyn til den andre. Det kan da oppleves for den ene parten som om hans rettighet må vike for den andres bruk. Tålegrensen oppstilt i sameie-, servitutt-, borettslags- og naboloven bidrar i så måte til å forhindre konflikter mellom parter som har et nært rettighetsforhold.

Borettsforhold innebærer ofte at partene skal bruke den samme eiendommen side om side. Det er derfor mange av de samme hensyn som gjør seg gjeldende for borettsforhold som for sameie-, servitutt-, borettslags- og naboforhold. Deres nære forhold understrekes ytterligere ved at borettsforhold gjerne innebærer en total rettighet som blir benyttet stort sett hver eneste dag. Dersom både borettsforholdshaver og eieren bor på den samme eiendommen kan konsekvensene av at partene ikke tar hensyn til hverandre få betydning for deres livsutfoldelse og livskvalitet. Tålegrensen kan derfor sies å søke å ivareta prinsippet om privatlivets fred. Behovet for vern av privatlivets fred gjør seg også gjeldende for borettsforhold, og behovet for en tålegrense i borettsforhold er derfor høyt.

Det skapes også ofte en forventning hos allmenheten om at de reguleringer som er gjennomgående for en sektor også gjelder generelt for tilsvarende forhold. Det er derfor et behov for at det er en sammenheng i lovverket ved at like forhold reguleres likt. Dersom det for borettsforhold, som er tilnærmet lik blant annet servitutter, ikke skal eksistere en slik tålegrense vil det oppleves som lite forutberegnelig for partene.

Det er mange argumenter som taler for at det eksisterer en tilsvarende tålegrense for borettsforhold som for sameie-, servitutt- og naboforhold samt borettslag. Da det i tillegg er uttalt i forarbeidene til servituttloven § 2 at «paragrafen er ei prinsippføresegn» og at det prinsipp som legges til grunn i bestemmelsen gjelder generelt for rettslivet, må det etter en

³² NUT 1960:1 «Rådsegn 5 – om særlige råderettar over framand eigedom» side 46.

induksjonsanalogi være adgang til å legge til grunn en tilsvarende tålegrense for boretten.³³ De faktisk forhold for boretten samt de hensyn som gjør seg gjeldende ligger så nært opp til de forhold som er regulert gjennom sameie-, servitutt-, borettslags- og naboloven at det taler for at det eksisterer en tålegrense også i borettsforhold. Det neste spørsmålet er så hvor terskelen for tålegrensen i borettsforhold i så fall ligger.

3.5.3 Hvor ligger terskelen for tålegrensen i borettsforhold?

Sameieloven § 3 oppstiller en lavere terskel for tålegrensen enn det som følger av blant annet naboloven § 2 første ledd og servituttloven § 2. Av sameieloven § 3 andre ledd fremkommer det at «[i]ngen må nytta tingen i større mon enn det som svarar til hans part, eller såleis at det uturvande eller urimeleg er til meins for nokon medeigar». At sameierens bruk ikke må være «til meins» for en annen sameier innebærer at bruk som medfører fysisk skade, ulempe i form av lukt eller skade og risiko for skade, herunder psykisk ulempe, er omfattet av bestemmelsen. I utgangspunktet er det tilsvarende de kriterier som følger av naboloven § 2 og servituttloven § 2, men det skal som oftest mindre til for at bruken ansees urimelig i et sameieforhold enn for eksempel mellom naboer. Bakgrunnen for at sameieloven operer med en lavere tålegrense er at forholdet mellom sameierne gjerne er nærere enn eksempelvis forholdet mellom to naboer.

De fleste borettsforhold minner mer om forholdet mellom sameiere sammenlignet med nabo- og servituttforhold. Partenes bruk kan i så utstrekkelig grad påvirke hverandre at det taler for at det også for boretten burde opereres med en lavere tålegrense – slik som tilfellet er for sameieforhold. Borettsforholdet bringer partene «nærmere» på hverandre enn nabo- og servituttforhold, noe som må få betydning for fastleggingen av tålegrensens terskel. Om den skal være like lav som tålegrensen i sameieloven er imidlertid ikke klart, men partenes nære forhold taler for at den i alle fall må ligge nærmere sameielovens terskel for overskridelse av tålegrensen.

Spørsmålet om det eksisterer en tålegrense og hvor terskelen i så fall skal ligge er imidlertid ikke behandlet av Høyesterett og det gjenstår derfor å se hva Høyesterett fastslår som *de lege lata*. *De lege ferenda* er det imidlertid ikke tvil om at (1) det må eksistere en tålegrense også i

³³ NUT 1960:1 «Rådsegn 5 – om særlige råderettar over framand eigedom» side 45.

borettsforhold, da det er sterkt behov for regulering av forholdet mellom partenes rettigheter. Og (2) at terskelen for tålegrensen – som følge av partenes nære forhold – burde være tilnærmet lik den terskel som følger sameieloven § 3.

4 Endring og opphør av boret

4.1 Innledning

Boretten innebærer normalt en eksklusiv bruksrett til bolig med de kjennetegn en besitter av boligeiendom har, og rettigheten kan på ulike måter berøre eieren av den tjenende eiendom. Boretten er normalt en svært inngripende rettighet som følge av borettslagers omfattende bruk av eiendommen. Uavhengig av boretts karakter, innhold og omfang, kan det oppstå konflikter mellom partene i et borettsforhold. For enkelte tilfeller kan konflikten løses gjennom en tolkning av stiftelsesgrunnlaget eller gjennom avtale mellom partene. Dersom partene ikke kommer til enighet eller finner noen løsning på sine konflikter, kan det medføre at en av partene – ofte eieren av den tjenende eiendom – ønsker å endre eller å opphøre boretten.

En boretts vil kunne tilfredsstillende, påvirke eller forhindre viktige interesser og behov hos partene. Rettigheten begrenser i stor grad eierens bruk av eiendommen, og kan berøre både hans økonomiske interesser og hans behov for faktisk bruk av eiendommen. På den andre siden har man borettslagers som benytter boligeiendommen som sitt hjem. I tillegg til at man normalt har en emosjonell tilknytning til hjemmet sitt, kan endring eller opphør av boretten få innvirkning på borettslagers behov for husrom. Dette innebærer at det er mange interesser og behov å ta hensyn til ved vurderingen av om en boretts skal endres eller opphøres.

Avhengig av situasjonen boretten blir etablert i, kan det også få virkninger for tredjepersoner. Det er andre enn partene som kan ha interesser i boligeiendommen og den påheftede boretten. Dersom det i forbindelse med salg av fast eiendom fra uskiftebo etableres boretts kan det eksempelvis være tredjepartsinteresser som blir berørt. Dersom en tredjepart velger å fremsette et krav om omstøtelse av eiendomsoverdragelsen kan det i realiteten medføre en endring eller opphør av boretten. I det følgende kapitlet vil det først og fremst være endring og opphør fremsatt av partene i borettsforholdet som vil bli behandlet, mens spørsmålet om tredjepartsinteressers innvirkning på boretten vil bli behandlet i kapittel 5.

Spørsmålet om opphør av boretthar vært behandlet en rekke ganger i underrettspraksis, mens spørsmålet om endring av boretthar ikke har vært like mye behandlet i rettspraksis. Flere av de rettsgrunnlag som blir behandlet i det følgende kapitlet vil imidlertid etter «fra mer til det mindre»-betraktninger kunne gi grunnlag for endring av boretten.

Stiftelsesgrunnlaget for boretten vil få virkning for hvilke rettsregler som kan påberopes som grunnlag for endring og opphør. Det går et sentralt skille mellom boretthar som er etablert som ledd i jordskifte gjennom kårkontrakt, boretthar som er etablert gjennom testamente og boretthar som er etablert gjennom avtale som ledd i generasjonsskifte utenfor jordskifte. Dette innebærer at enkelte av de rettsgrunnlag som blir behandlet ikke kan anvendes generelt for spørsmålet om endring og opphør av boretthar, men kun for det konkrete typetilfellet. Hvilke rettsregler som kan påberopes som grunnlag for de ulike typetilfellene vil bli behandlet løpende gjennom kapitlet.

Det er i det følgende gjort et utvalg av rettsregler som er behandlet i rettspraksis i forbindelse med spørsmålet om opphør av boretthar, og det settes et særlig søkelys på de rettsgrunnlag som jeg har funnet reiser særlig interessante problemstillinger. Dette er imidlertid ingen uttømmende liste over de rettsgrunnlag som kan påberopes. Også andre rettsgrunnlag enn de jeg behandler her kan tenkes påberopt for retten med krav om endring eller opphør av en boretthar.

De rettsgrunnlag som gir grunnlag for endring eller opphør av boretthar kan generelt deles inn i ugyldighet på grunnlag av tilblivelsesmangler ved stiftelsesgrunnlaget eller mislighold. I avtaleretten taler man gjerne om tilblivelsesmangler ved avtaleinngåelsen og mislighold av avtalevilkår. I det følgende er det de rettsgrunnlag som hovedsakelig åpner for endring og opphør av boretter på grunnlag av mislighold som vil bli behandlet. Spørsmålet om endring og opphør på grunnlag av tilblivelsesmangler reiser ingen særlige interessante problemstillinger i forhold til boretten. Problemstillingene knyttet til tilblivelsesmangler beror i liten grad på hvilken rettighet som er avtalt mellom partene, men på feil under tilblivelsen av rettigheten – slik som tvang, svik og lignende.

I det følgende kapitlet behandles spørsmålet om de utvalgte rettsgrunnlagene gir grunnlag for endring eller opphør av en boretthar og – i så fall – hvilke typetilfeller av boretthar rettsgrunnlaget rammer.

4.2 Endring og opphør av boret med grunnlag i avtaleloven

4.2.1 Innledning

Boret som er etablert som ledd i generasjonsskifte som bygger på kårkontrakt eller avtale kan bli berørt av reglene i lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven). Også enkelte arverettslige disposisjoner vil være omfattet av avtalelovens regler – som rammer både ensidige og tosidige disposisjoner.

Avtalelovens vide anvendelsesområde medfører at både kårkontrakter, borettsavtaler og boret etablert gjennom utvalgte arverettslige disposisjoner regnes som avtaler og de alminnelige avtalerettslige regler er derfor gjeldende. Avtalelovens regler om endring og opphør er derfor relevante rettsgrunnlag for spørsmålet om en boret kan endres eller opphøres.

Dersom en avtale regnes som helt eller delvis ugyldig vil det gi grunnlag for endring eller opphør av avtalen. Avtaleloven inneholder en rekke rettsgrunnlag som kan påberopes for spørsmålet om en avtale er helt eller delvis ugyldig. I det følgende legges fokus på avtaleloven § 36 som omfatter både ugyldighet som følge av tilblivelsesmangler og mislighold. Bestemmelsen har blitt benyttet som rettsgrunnlag for spørsmålet om opphør av boret i underrettspraksis, og er på bakgrunn av sitt vide anvendelsesområde særlig relevant for vurderingen av spørsmålet om endring og opphør av boret.³⁴

4.2.2 Endring og opphør av boret med grunnlag i avtaleloven § 36

Med grunnlag i avtaleloven § 36 første ledd kan en avtale som det vil «virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre gjeldende», helt eller delvis settes til side eller endres. Avtaleloven § 36 er en revisjonsbestemmelse og kan derfor gi grunnlag for endring eller opphør av borettsforhold. Spørsmålet er derfor hvilke forhold ved en borettsavtale som kan medføre at det vil være «urimelig» eller «i strid med god forretningsskikk» å gjøre avtalen gjeldende.

Vilkåret om at avtalen er «i strid med god forretningsskikk» innebærer at bransjestandardene legger føringer for hvilke avtaler som kan inngås og hvilket innhold de kan ha. Den viser også at bestemmelsen er dynamisk, slik at den tilpasses de ulike avtaleforholdene og de standarder

³⁴ Se blant annet LF-2017-8088, LE-1996-331, m.fl.

som normalt legger føringer for disse. Det er imidlertid vanskelig å oppstille noen «forretningsskikk» for boretter, da boretter etablert gjennom generasjonsskifte ikke er profesjonalisert og derfor heller ikke styres av noen bransjestandarder. Vilkåret om at avtaler er «urimelig» blir derfor sentralt for vurderingen av endring og opphør av boret etter avtaleloven § 36. Spørsmålet i det følgende er derfor hvilke forhold ved boretten som kan gjøre det «urimelig» å opprettholde borettsavtalen, og om forholdet/forholdene gir grunnlag for endring eller opphør.

Ordlyden «urimelig» tilsier først og fremst at det er et misforhold mellom ytelse og motytelse. Det vil for eksempel være «urimelig» å skulle være forpliktet til å levere etter avtalen dersom motytelsen utgjør et vesentlig avvik fra avtalegrunnlaget. Det kan imidlertid tenkes at også andre forhold medfører at avtalen virker urimelig, selv om det ikke eksisterer et misforhold mellom ytelse og motytelse. I rettspraksis har det blant annet blitt lagt til grunn at om en avtale er langsiktig kan det innebære at den anses for å være «urimelig» etter avtaleloven § 36. Høyesterett har blant annet i Rt-1988-276 og Rt-1988-295 lagt til grunn at langsiktige avtaler hvor vederlaget på grunn av tidsforløpet var blitt urimelig lavt ble rammet av § 36.

Livslange boretter kan derfor tenkes å ansees for å være «urimelige» etter § 36. Avhengig av hvor lenge borettslaster er forventet å leve, vil livslange boretter kunne være langsiktige og det kan derfor være vanskelig for en part å forutberegne boretts konsekvenser. Dette kan medføre at boretten ansees som urimelig. I Rt-1995-1333 la imidlertid Høyesterett til grunn at en uoppsigelig leieavtale ikke kunne settes til side etter avtaleloven § 36. Begrunnelsen for rettens avgjørelse var at partene hadde ansett seg bundet av og innrettet seg etter avtalen i svært lang tid. Førstevoterende uttalte videre at avgjørende for vurderingen var om «selve klausulen om uoppsigelighet er så kvalifisert urimelig at det er grunnlag for tilsidesettelse».³⁵ Samme rettssetning må kunne overføres til livslange boretter hvor spørsmålet blir om klausulen om at boretten skal være livslang er så kvalifisert urimelig at det er grunnlag for å sette borettsavtalen til side. Hvorvidt det er kvalifisert urimelig må imidlertid bero på en helhetsvurdering av de konkrete forholdene ved boretten, hvor boretts varighet er et sentralt moment for urimelighetsvurderingen.

³⁵ Rt-1995-1333 side 1340.

Eidsiva lagmannsrett tok i LE-1996-331 stilling til om en onkel kunne kreve erstatning for tap av føderåd (kår) på grunn av mislighold, bristende forutsetninger eller avtalerevisjon. Onkelen hadde overdratt en landbrukseiendom til sin nevø på meget gunstige økonomiske vilkår og betinget livslangt kår for seg selv. Etter at nevøen flyttet inne på gården oppstod det imidlertid en rekke konflikter mellom ham og onkelen, som etterhvert førte til at onkelen flyttet fra gården. Retten konkluderte med at begge parter hadde ansvaret for konfliktene og at forholdet derfor ikke representerte mislighold eller relevante bristende forutsetninger. Retten tok imidlertid stilling til spørsmålet om forholdet mellom partene kunne gi grunnlag for avtalerevisjon etter avtaleloven § 36.

Onkelen ønsket ikke å heve kjøpekontrakten i sin helhet, men ønsket revisjon av avtalevilkåret om at kåret ikke skulle kreves utlagt i kontanter. Retten konkluderte etter en helhetsvurdering med at partene måtte bære hver sin halvdel av det beløp som skal til for å erstatte onkelens kår. Sentrale momenter i vurderingen av hva en endring av avtalen nærmere skulle inneholde var onkelens «urealistiske» forventninger til kåret samt partenes økonomi.

For å konstatere om det var grunnlag for avtalerevisjon uttalte retten at det var tilstrekkelig om det var urimelig å kreve avtalen etterlevd, altså om det var «urimelig» at onkelen ikke får betaling for at han ikke benytter seg av kåret. Avgjørelsen illustrerer at en ubalanse i forholdet mellom eier og borettslaver kan medføre opphør av boretten etter avtaleloven § 36. Dersom avtalen mellom partene ikke hadde vært tillatt revidert ville det i realiteten medført at onkelen så godt som vederlagsfritt og betingelsesløst hadde overdratt eiendommen til sin nevø. Selv om hensikten til onkelen i utstrekking grad var å hjelpe nevøen i hans vanskelige økonomiske situasjon, var nok ikke intensjonen at ubalansen mellom partene skulle være så stor. Han fikk likevel ikke full dekning for kåret ettersom han hadde hatt for høye forventninger til sin fortsatte rolle i driften av gården, og at han dermed hadde lavere toleranse for hva som ble ansett som akseptabel oppførsel og handling fra nevøen. På den måte bidro også onkelen til konflikten mellom partene. Likevel har retten lagt vekt på at onkelens valg om å flytte fra gården indikerer at han vantrivdes med kåret i betydelig grad. Dersom en av partene vanskeliggjør gjennomføringen av kåret (herunder boretten) vil det være et moment man kan legge vekt på ved vurderingen av om avtaler er «urimelig» etter avtaleloven § 36.

Ved avgjørelsen av om det er grunnlag for avtalerevisjon av en borettsavtale etter § 36 må man ta stilling til om det er oppstått en ubalanse mellom partene og hva som forårsaket ubalansen. Har for eksempel borettslaver flyttet ut fra gården uten noen grunn kan det

vanskeligere tenkes at det tillates en revisjon av avtalen etter § 36, selv om det da har oppstått en ubalanse mellom partene.

Frostating lagmannsrett kom i LF-2017-8088 med uttalelser som kunne tilsi at borettsavtaler kun ansees for å være «urimelig» dersom det oppstår en økonomisk ubalanse mellom partene, og at det derfor ikke er adgang til å vektlegge partenes subjektive opplevelse av forholdet. Ved overdragelsen av et gårdsbruk til datteren forbeholdt foreldrene seg en livslang vederlagsfri borettsrett til kårboligen på eiendommen. Etterhvert oppstod det betydelig motsetningsforhold mellom partene, og datteren fremsatte krav om bortfall av foreldrenes kår. Til spørsmålet om det var grunnlag for bortfall av kåret etter avtaleloven § 36 uttalte retten at:

«Et typisk eksempel på avtalerevisjon etter avtaleloven § 36 er en uforutsett utvikling som endrer den økonomiske balansen vesentlig i den ene kontraktsparts favør. I vår sak er det ikke snakk om en slik utvikling, men et påberopt misbruk av en forbeholdt rettighet».

Forholdet mellom datteren og foreldrene hadde ikke medført en økonomisk ubalanse mellom partene, og forholdet falt derfor utenfor avtaleloven § 36 anvendelsesområde. Partenes opptreden gav dermed ikke grunnlag for opphør etter § 36. Umiddelbart kan det synes at rettens uttalelse innebærer en innsnevring av tolkning av avtaleloven § 36 anvendelsesområde sammenlignet med dommen fra 1996, da den synes å utelukke forhold som ikke medfører en økonomisk ubalanse i forholdet mellom partene.³⁶ Det oppstår derfor et særlig spørsmål om avtaleloven § 36 kun kan anvendes på borettsforhold der den økonomiske balansen vesentlig endres i den ene partens favør.

Dersom det kun er adgang til å vektlegge forhold som vesentlig endrer den økonomiske balansen i den ene partens favør, vil en rekke av de konflikter som oppstår i borettsforhold falle utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Samtidig vil det også medføre at det er lettere for borettsshaver å forårsake den økonomiske ubalansen enn det vil være for eieren av eiendommen, da borettsshaver kan slutte å benytte seg av boretten og dermed skape en økonomisk ubalanse i forholdet mellom partene. Det synes ikke å være rimelig. Det er det samlede resultat som skal tas inn i vurderingen av rimelighetsstandarder i avtaleloven § 36.³⁷

³⁶ LE-1996-331.

³⁷ Viggo Hagstrøm. «Obligasjonsrett» (Oslo 2011), 2. utgave, side 305.

Bestemmelsen kan derfor ikke anvendes på enkeltelementer i kontraktsforholdet, med mindre dette forrykker balansen mellom partene. Det oppstilles imidlertid ikke noe krav om at ubalansen er av en økonomisk art, slik at også andre forhold som medfører en ubalanse i kontraktsforholdet kan få betydning.³⁸ Avgjørende er om det konkrete subjektive forholdet medfører en ubalanse i hele kontraktsforholdet sett under ett. Dette er også i samsvar med en naturlig forståelse av ordlyden i avtaleloven § 36 som har en vid formulering. Dette gjelder imidlertid generelt for anvendelsen av avtaleloven § 36 og oppstiller i så måte ingen særlige tolkningsmomenter for borettsavtaler.

Terskelen for anvendelse av avtaleloven § 36 er generelt høy, og det samme må gjelde for anvendelse av bestemmelsen på borettsavtaler. Ved vurderingen av om en borettsavtale er «urimelig» er det adgang til å vektlegge de konkrete og subjektive forholdene mellom partene, blant annet om det har oppstått fysiske eller psykiske konfrontasjoner mellom partene og om boretten medfører en psykisk påkjenning for partene. Det vil også være adgang til å ta hensyn til den økonomiske balansen mellom partene og borettsens lengde.

Flere av momentene det er adgang til å vektlegge ved vurderingen av om en borettsavtale er «urimelig» har paralleller til reglene om misbruk i sameie- og servituttloven.³⁹ Det kan derfor synes at avtaleloven § 36 også dekker de forhold som faller inn under disse bestemmelsene. Det vil imidlertid være hensiktsmessig å behandle bestemmelsene parallelt ved spørsmålet om endring og opphør av borettsforhold som følge av at det spesielle vil gå foran det generelle.⁴⁰ Samtidig er ikke § 36 fullt ut dekkende for ordlyden i misbruksbestemmelsene, og enkelte forhold kan derfor falle utenfor avtaleloven § 36 anvendelsesområde, samtidig som det dekkes av misbruksbestemmelsene.

Borett som er etablert i forbindelse med overdragelse av landbrukseiendom utgjør hovedbolken av boretter som har blitt vurdert etter avtaleloven § 36 for domstolene. Det utelukker imidlertid ikke at avtaleloven § 36 også kan anvendes for boretter stiftet på andre måter. Blant annet vil borett etablert gjennom avtale ved generasjonsskifte utenfor jordskifte også være omfattet av bestemmelsens anvendelsesområde. Avtaleloven § 36 gjelder imidlertid ikke for testamenter, og borett etablert gjennom testamente kan derfor ikke endres

³⁸ Viggo Hagstrøm, side 259.

³⁹ Se kapittel 4.5.1 og 4.5.2.

⁴⁰ Jf. prinsippet om Lex Specialis.

eller opphøres med grunnlag i avtaleloven § 36.⁴¹

4.3 Endring og opphør av boret med grunnlag i arveloven

4.3.1 Innledning

Domstolene har behandlet flere avgjørelser om endring og opphør av boret på grunnlag av bestemmelsene i arveloven. Reglene om arv er imidlertid ikke utelukkende ment å regulere forholdet mellom arvelater og arving i et enkelt arveoppgjør. De er også ment å beskytte de øvrige arvingenes interesser.

Vi kan som eksempel se for oss følgende scenario: Arvelater overdrar fast eiendom til en av sine arvinger, mot en livslang og vederlagsfri boret i eiendommen. De øvrige arvingene opplever imidlertid overdragelsen som en omgåelse av reglene om pliktav og krever derfor overdragelsen omstøtt. Det er da ingen av partene i borettsforholdet som påberoper seg noen form for endring eller opphør av boretten, men en tredjepart som krever omstøtelse av eiendomsoverdragelsen. For det tilfellet at kravet om omstøtelse fører frem, vil det imidlertid få virkning også for den avtalte boret ved at den opphører.

Tvister hvor boret opphører som følge av tredjepartsinteresser utgjør hovedbolken av rettsavgjørelser som medfører opphør av boret etter arvelovens regler. Ettersom det ikke er *partene* i borettsforholdet som fremsetter krav om endring eller opphør av boretten vil imidlertid ikke disse tvistene bli behandlet i det følgende kapitlet. Spørsmålet om tredjepartsinteressers betydning for boretten er behandlet i kapittel 5. Spørsmålet er skilt ut i et eget kapittel da temaet reiser særlig interessante problemstillinger.

Utover rene tredjepartskonflikter er det vanskelig å se at reglene i arveloven kan lede til endring eller opphør av boretter. Det er heller ikke behandlet noen saker for domstolene der boretshaver eller arvelater har påberopt seg arvelovens regler som grunnlag for endring eller opphør av rettigheten. Det finnes imidlertid eksempler på at tredjeperson trer inn i arvelaters posisjon i borettsforholdet gjennom testamente og påberoper seg opphør av boretten.

⁴¹ NOU 2014:1 s. 115.

I det følgende skal det undersøkes om «partene» i et slikt borettsforhold kan påberope seg arvelovens regler som grunnlag for opphør av boretten. Arveloven inneholder flere generelle bestemmelser som kan påberopes av partene i et borettsforhold, for eksempel reglene om tilblivelsesmangler ved testamente, men disse reiser ingen særlige problemstillinger i forhold til boretten, og vil derfor ikke bli behandlet.

4.3.2 Opphør av boret med grunnlag i arveloven § 57

Arveloven § 57 regulerer endring og tilbakekall av testamenter. Av bestemmelsen fremkommer det at endring og tilbakekall av testamente må følge reglene i arveloven kapittel VII. Bestemmelsen oppstiller i så måte de formkrav som må være oppfylt for at en ny testasjon gyldig kan tilbakekalle eller endre eksisterende testamenter. I LG-1996-773 ble arveloven § 57 påberopt som grunnlag for opphør av en boret. Kravet ble imidlertid avvist da bestemmelsen etter rettens syn ikke «får direkte anvendelse på forholdet».

Selv om bestemmelsen ble avvist som grunnlag for opphør av en boret av lagmannsretten i LG-1996-773 er det interessant å stille spørsmål ved om en boret som er etablert gjennom testamente kan bli berørt av arveloven § 57. Det kan eksempelvis tenkes at en arvelater testamenterer fast eiendom til en av sine arvinger forbeholdt en livslang og vederlagsfri boret på eiendommen for sitt søsken (eller en annen, presumtivt yngre, slektning). Ved testators død overtar testamentsarvingen eiendommen som boretten påhviler, og trer inn som part i borettsforholdet. Testamentsarvingen ønsker av ulike årsaker å opphøre boretten, og spørsmålet er da om testamentsarvingen kan påberope seg arveloven § 57 som grunnlag for opphør av boretten.

Av arveloven § 57 fremkommer det som nevnt at endring og tilbakekall av testamente skal følge reglene i arveloven kapittel VII. Dette innebærer at endring og tilbakekall av testamente må følge formkravene for testamente som er opplistet i arveloven §§ 48 til 54. Kravet om at endring eller tilbakekall må følge reglene i arveloven kapittel VII medfører at det er testator selv som i så tilfelle må endre eller tilbakekalle det opprinnelige testamente. Dette støttes også opp av ordlyden i arveloven § 55 hvor det fremkommer at «testator» fritt kan tilbakekalle eller endre sitt testamente. Bestemmelsens ordlyd gir derfor ikke dekning for at testamentsarvingen som overtar eiendommen boretten påhviler kan endre eller opphøre boretten med grunnlag i arveloven § 57.

Forholdet i LG-1996-773 var tilsvarende det gjengitte eksemplet ovenfor.

Testamentsarvingen som hadde overtatt eiendommen og flyttet inn i boligens hovedleilighet påberopte arveloven § 57 som grunnlag for opphør av boretten som var påheftet eiendommen etter arvelaters død. Lagmannsrettens avgjørelse om at arveloven § 57 ikke fikk anvendelse på forholdet har derfor støtte i bestemmelsens ordlyd.

Til tross for at arveloven § 57 ikke kan påberopes som grunnlag for opphør av boretten for de typetilfeller som fremgår av LG-1996-773, kan det tenkes andre tilfeller hvor en boretten som er etablert gjennom testamente blir berørt av bestemmelsen.

Tilfellene kan illustreres med følgende to eksempler: (1) testator testamenterer en livslang og vederlagsfri boretten til fordel for B på eiendommen sin og opplyser B om testasjonen. Testator endrer imidlertid testamentet på et senere tidspunkt slik at boretten faller ut av testamentet, uten å informere B om det. Ved testators død forventer B at det skal etableres en boretten til fordel for han eller hun i boligen på eiendommen, men arvingen av eiendommen påberoper endringstestamentet som grunnlag for at en slik rettighet ikke eksisterer. Eller (2) testator har testamentert eiendommen sin til A. Ved endringstestament testamenterer han imidlertid også en boretten til fordel for B i eiendommen som er testamentert til A.

Både B i tilfelle 1 og A i tilfelle 2 ønsker å angripe endringstestamentet. De kan da påberope seg arveloven § 57 som grunnlag for sitt krav, som kan medføre at endringstestamentet ikke ansees gyldig. Tilfelle 2 illustrerer i så måte at arveloven § 57 kan anvendes til opphør av en boretten, mens tilfelle 1 illustrerer at bestemmelsen kan anvendes for å angripe et bortfall av boretten.

Arveloven § 57 kan derfor gi grunnlag for opphør av boretten, men det hele beror på en vurdering av om endringstestamentet oppfyller formkravene i arveloven kapittel VII. Med andre ord om endringstestamentet er gyldig opprettet.

4.4 Opphør av boretten med grunnlag i den ulovfestede lære om misbruk

Den ulovfestede lære om misbruk springer ut av RG-1953-621. Læren innebærer at misbruk av føderåd (kåre) kan medføre at kåret opphører. Ettersom kåret er etablert i forbindelse med overdragelse av landbrukseiendom kan læren for enkelte tilfeller også medføre at hele

handelen av landbrukseiendommen går om. Borett er en sentral del av kåret, og læren er derfor relevant for vurderingen av opphør av borett. Etersom denne læren fremkommer av rettspraksis er det også dit man må se for å klarlegge lærens innhold og terskelen for opphør av borett.

Begrepet «misbruk» indikerer at det må foreligge en høy terskel for anvendelse av læren, noe som også støttes opp av hensynet til forutberegnelighet for partene. Dette følger av at det er en ulovfestet lære og ikke en lovbestemmelse som gir grunnlag for opphør av rettigheten.

At det er høy terskel for anvendelse av læren støttes også opp av rettspraksis. Hålogaland lagmannsrett har i RG-1953-621 gitt uttrykk for at det er adgang til å heve avtaler om kår på grunnlag av den ulovfestede læren om «misbruk». En far hadde ved overdragelsen av en landbrukseiendom til sin sønn forbeholdt seg og sin kone kår i boligen på eiendommen. Faren hadde, etter at sønnen og hans familie flyttet inn, bevisst og forsettlig gjort tilværelsen vanskelig for dem. Farens oppførsel førte til slutt til at sønnen og hans familie ble drevet fra gården. Hovedsøksmålet i saken var reist av faren og gjaldt mislighold av kår som følge av at sønnen ikke lenger bodde på gården. Sønnen rettet motsøksmål mot faren om opphør av kåret. Sønnens motkrav ble tatt til følge av lagmannsretten, og kåret opphørte. Lagmannsrettens dom ble påanket, men ble ikke tillatt fremmet av Høyesteretts ankeutvalg. I forbindelse med spørsmålet om opphør av kåret uttalte lagmannsretten at faren hadde «oppført seg slik at han må anees for å ha forspilt sine rettigheter etter kårkontrakten til de ytelser den betinger».⁴² Videre presiserer lagmannsretten at terskelen for at kår skal gå tapt etter den ulovfestede lære om misbruk er meget høy. Forholdene i den foreliggende sak var imidlertid tilstrekkelig for at kåret anses tapt, da faren bevisst og forsettlig hadde gjort tilværelsen vanskelig for sønnen og hans familie. Det førte til slutt til at forholdet ble utålelig for sønnen og hans familie.

Retten forutsetter ved avgjørelsen at det foreligger en ulovfestet lære om misbruk uten å drøfte dette nærmere, noe som må kunne tas til inntekt både for at læren eksisterer, i tillegg til at dommen gir veiledning for hvilken terskel som skal legges til grunn. Basert på dommen, for at opphør etter misbrukslæren kan skje, må det for det første være tale om alvorlige forhold som i stor grad forvansker eierens (kåryterens) mulighet til å benytte seg av eiendommen. For det andre må kårtageren med hensikt ha forsøkt å forvanske kåryterens

⁴² RG-1953-621 på side 624.

mulighet for å benytte seg av eiendommen og gjennomføre de plikter som følger av kåret. Det er altså ikke tilstrekkelig at det oppstår alminnelig uenighet mellom kårtageren og kårýteren. Det må foreligge mer graverende forhold, og det må være kårtageren som er pådriver for motsetningsforholdet mellom partene, for at kårýteren skal kunne oppheve kåret (herunder boretten) på grunnlag av den ulovfestede læren om misbruk.

Selv om det som oftest er kårýteren som ønsker å oppheve kåret og boretten, utelukker ikke misbrukslæren for at kårtageren (borettslaster) kan fremsette krav om opphør med grunnlag i læren. Avhengig av vilkårene for etablering av kåret og boretten vil det også være mulig for borettslaster å kreve erstatning for tapt boret, eller – for det tilfellet at boretten ble etablert i forbindelse med eiendomsoverføringen fra borettslaster til kårýteren – kreve eiendommen tilbakeført. Dommen inntatt i RG-1954-92 er et eksempel på at mislighold fra kårýteren ledet til heving og tilbakeføring av eiendommen. Selgeren (borettslasteren) hadde i forbindelse med overdragelse av landbrukseiendom forbeholdt seg retten til blant annet kår. Kåret omfattet både en boret og krav til «tilsyn og pleie i sjukdom og alderdom» fra kårýteren. Kårýteren ble med grunnlag i misbrukslæren dømt til å skjote eiendommen tilbake til borettslasteren, samt betale ham erstatning. Lagmannsretten uttalte at kårýteren misligholdt vesentlige deler av sine forpliktelser etter kårkontrakten ved å forlate gården. Borettslasteren var blitt syk og sengeliggende, og var ikke i stand til å komme seg opp av sengen slik at han kunne få seg mat. Borettslasteren hadde på grunn av sykdommen hatt behov for daglig tilsyn og hjelp. Retten fant at:

«[kårýterne] har krenket sine plikter som kjøperer grovt ved at [borettslasteren] ikke har fått tilsyn og pleie. Kåret som skulle ytes, og særlig da tilsyn og pleie under sykdom og alderdom utgjør en vesentlig del av det vederlaget de skulle svare for eiendommen. Overdragelsen fra [borettslasteren] omfattet praktisk talt alt han eide og hadde. Kåret var hva han hadde igjen for ham utover heftelsene på gården. Man anser misligholdet av kåret så vesentlige at det gir [borettslasteren] krav på at handelen går om».⁴³

Lagmannsrettens avgjørelse knytter seg ikke direkte til kravet om boretten, men til kontraktsvilkåret om at kårýteren skulle yte borettslasteren pleie og tilsyn. Dommen illustrerer dermed at borettslasteren kan fremme krav om opphør av boret med grunnlag i den

⁴³ RG-1954-92 side 93 og 94.

ulovfestede læren om misbruk, samt at det er adgang til å vektlegge de konkrete forhold i den enkelte sak.

Ettersom kåret og boretten opphørte som følge av mislighold av kontraktsforpliktelser fra kårerens side, kan det lett tenkes at de forhold som fremkommer av de to ovennevnte dommer også ville medført at kontrakten var ugyldig som følge av at det var «urimelig» å gjøre den gjeldende, jf. avtaleloven § 36. Selv om avtaleloven trådte i kraft i 1918, ble § 36 først implementert som bestemmelse i 1983 og eksisterte dermed ikke da de nevnte dommene ble avsagt – og den kunne følgelig ikke anvendes som grunnlag for opphør av kåret.⁴⁴ Spørsmålet blir imidlertid om den ulovfestede lære om misbruk er blitt overflødig etter implementeringen av avtaleloven § 36.

Som nevnt får avtaleloven § 36 direkte anvendelse for boretter etablert gjennom avtale og gjennom kårkontrakt, og bestemmelsen er derfor et relevant rettsgrunnlag.⁴⁵ Avtaleloven § 36 er en vid og generell revisjonsbestemmelse, og det kan knapt tenkes at det finnes noen spesialregel som går videre enn denne. Det innebærer imidlertid ikke at det ikke er behov for spesialreglene eller at denne generelle bestemmelsen for alle tilfeller kan erstatte disse.⁴⁶ Spesialreglene vil i mange tilfeller ta hensyn til de ulike rettsforholdenes spesielle karakter, og ansees derfor som et unntak fra de generelle bestemmelsene. Avtaleloven § 36 er for eksempel utformet for generell anvendelse på alle avtaleforhold, og tar derfor ikke hensyn til det særlig nære forholdet partene i en kårkontrakt som regel har. Dette forholdet kan blant annet påvirke terskelen for opphør av kåret.

Det finnes flere eksempler rundt om i lovverket på at det nære forholdet mellom partene påvirker terskelen for anvendelse av bestemmelsene. Et eksempel er terskelen for hva man kan tillate seg (tålegrensen) i et sameieforhold som følger av sameieloven § 3 sammenlignet med terskelen for hvordan og i hvilken grad man kan utnytte en eiendom (tålegrensen) etter servituttløven § 2. Sameiere har gjerne et mye nærere forhold og blir lettere påvirket av hverandres bruk, enn partene i et servituttforhold. Terskelen for tålegrensen i et sameieforhold er derfor vesentlig lavere enn tålegrensen i et servituttforhold.

⁴⁴ Avtaleloven § 36 ble inntatt ved lov 4. mars 1983 nr. 2 om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m.

⁴⁵ Se kapittel 4.2.1.

⁴⁶ Jf. prinsippet om Lex Specialis.

Selv om avtaleloven § 36 oppstiller en generell regel for opphør av avtaleforhold, som i utstrekking grad omfatter innholdet i den ulovfestede læren om misbruk, har rettsgrunnlagene i senere rettspraksis blitt behandlet parallelt. I LF-2017-8088 tok Frostating lagmannsrett stilling til både misbrukslæren og avtaleloven § 36 i forbindelse med spørsmålet om opphør av en kårkontrakt.⁴⁷ Kåryteren fremsatte blant annet krav om opphør av kåret med grunnlag i den ulovfestede læren om misbruk og avtaleloven § 36. Lagmannsretten kom til at kravet ikke kunne føre frem med grunnlag i noen av rettsreglene. Retten begrunner sitt resultat i at begge parter kunne bebreides for sin opptreden og at enkeltepisodene hverken hver for seg eller samlet ga grunnlag for sanksjoner mot den ene part i kontraktsforholdet. Dommen kan dermed tas til inntekt for at avtaleloven § 36 ikke erstatter den ulovfestede lære om misbruk, men at den fungerer som et alternativt grunnlag eller et supplement for opphør av kår med borett. Den ulovfestede læren om misbruk kan derfor fortsatt påberopes som grunnlag for opphør av kår og er derfor ikke overflødig etter implementeringen av avtaleloven § 36.

De tilfeller hvor det har vært framsatt krav om opphør av borett på grunnlag av den ulovfestede læren om misbruk har utelukkende omhandlet borett etablert i forbindelse med overdragelse av landbrukseiendom. Et aktuelt spørsmål blir da om misbrukslæren også kan anvendes på boretter som er etablert gjennom avtale eller testament. Man skal av hensynet til forutberegnelighet for partene være tilbakeholden med å gi en ulovfestet rettsregel et videre anvendelsesområde enn det som direkte følger av de typetilfeller behandlet av retten. Det er derfor ikke uten videre adgang til å legge til grunn en tilsvarende lære for borett etablert gjennom avtale eller testamente, spørsmålet vil imidlertid gis nærmere behandling i kapittel 4.6.

4.5 Opphør av borett etter analogi fra andre regelsett

Med unntak av den ulovfestede læren om misbruk, har de overnevnte rettsgrunnlag etter avtaleloven og arveloven utelukkende vært generelle bestemmelser med et vidt anvendelsesområde. Skulle de mer generelle rettsreglene ikke gi grunnlag for løsning av konflikten mellom partene kan det for partene oppleves som de står fast i et rettighetsforhold de ikke ønsker. Man står da overfor problemstillingen om konflikten mellom partene skal

⁴⁷ Sakens faktum er gjengitt i kapittel 4.2.1.

forbli uløst eller om det etter analogi fra andre regelsett likevel er adgang til å opphøre borettsforholdet.

Vurderingen av om det er adgang til å foreta en analogisk anvendelse av en bestemmelse beror på en helhetlig vurdering hvor sakens faktiske forhold må dekkes av ordlyden i den konkrete bestemmelsen, samt at de rettspolitiske hensyn bak bestemmelsen må gjøre seg gjeldende i den aktuelle sak.

Ettersom boretten har flere likhetstrekk med sameier, servitutt- og husleieforhold vil det være nærliggende å vurdere analogier etter deres respektive regelsett. Det vil i det følgende bli vurdert om de bestemmelser i sameie-, servitutt- og husleieleielsen som leder til opphør av rettighetsforhold kan anvendes analogisk for spørsmålet om opphør av borettsforhold. De nevnte regelsett inneholder flere bestemmelser som kan ha interesse for spørsmålet om endring og opphør av borettsforhold. I det følgende er det imidlertid gjort et utvalg av de mest sentrale bestemmelsene, som også er behandlet for domstolene, for å begrense omfanget av drøftelsen. Til slutt vil det også drøftes om reguleringen av de «profesjonelle» borettene i borettslagsloven kan gi løsning for konflikter mellom partene i borettsforhold etablert ved generasjonsskifte og om det eksisterer et generelt prinsipp om utløsning av misbruker som kan gi grunnlag for opphør av borettsforhold.

4.5.1 Opphør av borettsforhold etter analogi fra sameieeigenloven § 13

Etter sameieeigenloven § 13 kan en sameier som «misbruker» sin rådighet over sameieeigenstanden «varig og trass» til «ugang eller uhugnad» for en annen sameier utløses fra sameiet ved dom. Borettsforhold vil ikke falle direkte inn under ordlyden i bestemmelsen da det ikke er tale om et sameie, men et bruksrettsforhold. Vedrørende om de faktiske forhold dekkes av ordlyden, kan det imidlertid tenkes situasjoner hvor en borettsforholder «varig og trass» skaper «ugang eller uhugnad» for eieren av eiendommen boretten er påheftet. På denne måten vil de faktiske forhold i saken ha delvis dekning i ordlyden.

At borettsforhold ikke har full dekning i bestemmelsens ordlyd, synes ikke å ha vært av avgjørende betydning for vurderingen av om § 13 kan anvendes analogisk ved behandling av spørsmålet for domstolene. I LG-1996-773 ble spørsmålet om en tinglyst borettsforhold kunne avløses etter analogi fra blant annet sameieeigenloven § 13 behandlet. Borettsforholder hadde i kraft av testamente borettsforhold til underetasjen i boligen. Etter at arvingen til boligeiendommen flyttet inn i

boligens første etasje, hadde det oppstått et motsetningsforhold mellom henne og borettsshaveren. Motsetningsforholdet hadde ledet til en rekke konfrontasjoner og konflikter mellom partene, og arvingene fremsatte til slutt krav om avløsning av boretten.

Det aktuelle borettsforholdet faller etter lagmannsrettens syn klart utenfor lovregulert område, og retten vurderer dermed om det er mulig å trekke analogi fra blant annet sameieloven. Til spørsmålet om analogisk anvendelse av sameieloven § 13 uttaler lagmannsretten at dersom «de reaksjoner på misbruk som sameieloven § 13 fastsetter, [skal] kunne nyttes også utenfor de forhold som loven etter ordlyden gjelder, må det avgrenses til tilfeller hvor slike inngrep er absolutt nødvendig». Det skal altså svært mye til før det er adgang til å anvende bestemmelsen analogisk på andre forhold enn det som direkte følger av ordlyden, jf. «absolutt nødvendig». I denne uttalelsen ligger det imidlertid også en anerkjennelse til at det er adgang til å anvende bestemmelsen analogisk på borettsforhold. Bestemmelsen ordlyd stenger dermed ikke for analogi for borettsforhold, men terskelen for analogisk anvendelse er svært høy.

Lagmannsretten konkluderte med at borettsforholdet ikke var så håpløst at en utkastelse av borettsshaver etter dagens situasjon var nødvendig. Vurderingen av om analogi av sameieloven § 13 er «absolutt nødvendig» beror etter lagmannsrettens syn på en helhetsvurdering av de konkrete forhold i saken. De momenter som var av betydning for rettens avgjørelse i foreliggende sak var (1) at en utkastelse av borettsshaver ville medføre umulige forhold for henne, (2) at forholdet mellom partene hadde bedret seg etter at saken ble bragt inn for retten, (3) at det ikke var borettsshaver alene som var skyld i motsetningsforholdet og (4) at borettsshaverens helsetilstand tilsa at det kom til å oppstå færre konfrontasjoner mellom partene i fremtiden.

Hvorvidt spørsmål om opphør av borettsforhold kan løses etter analogi fra sameieloven § 13 beror derfor på en samlet vurdering av om det etter de konkrete forhold i saken tilsier at det er «absolutt nødvendig».

4.5.2 Opphør av borettsforhold etter analogi fra servituttløven § 17

Som nevnt i kapittel 2.2 er det uklart om borettsforhold er omfattet av servituttløven. Skillet mellom borettsforhold og servituttsforhold går hovedsakelig ut på at boretten som oftest anses som en total bruksrett, mens de servitutter som er omfattet av servituttløven kun innebærer en

rett til «einskild bruk», jf. servituttloven § 1. Utover dette har imidlertid boretten en rekke likhetstrekk med de servituttforhold som er omfattet av loven.

Av servituttloven § 17 fremkommer det at om en part «varig og trass» bruker sin rådighet over eiendommen i strid med §§ 2 eller 3 kan rettigheten avskipes (opphøres) ved dom. Servituttloven § 2 og § 3 oppstiller henholdsvis tålegrensen i servituttforhold etter den første og rådighetsbegrensninger etter den andre. Borettsforhold hvor en part «varig og trass» bruker sin rådighet over eiendommen i strid med §§ 2 eller 3 har derfor full dekning i lovens ordlyd. Det er imidlertid ikke alene tilstrekkelig med dekning i ordlyden for å tillate en analogisk anvendelse av servituttloven § 17 på spørsmål om opphør av borettsforhold.

Spørsmålet om en tinglyst borett kunne avløses etter analogi fra servituttloven ble også behandlet i LG-1996-773.⁴⁸ Retten kommer imidlertid ikke med noen spesifikke uttalelser om hvor høy terskelen er for å anvende servituttloven § 17 analogisk på borettsforhold, og behandler utelukkende spørsmålet om det er «absolutt nødvendig» å anvende sameieloven § 13 analogisk i det konkrete forholdet. Rettens manglende behandling av servituttloven § 17 i den foreliggende sak kan imidlertid tale for at kravet om at analogisk anvendelse er «absolutt nødvendig» gjelder tilsvarende for servituttloven § 17. Slik at de tilfeller der de konkrete forhold i saken taler for at det ikke er «absolutt nødvendig» med analogisk anvendelse av sameieloven § 13 medfører at det heller ikke er mulig å anvende servituttloven § 17 analogisk for tilsvarende forhold.

Det oppstår imidlertid et særlig spørsmål om det er holdepunkter for å legge til grunn at terskelen for analogisk anvendelse av servituttloven § 17 på borettsforhold kan være den samme som terskelen for analogisk anvendelse av sameieloven. I tillegg til at servituttloven § 17 i større grad dekker de faktiske forhold i et borettsforhold, må det også trekkes frem at det ikke er avklart hvorvidt borett er direkte omfattet av servituttloven, jf. § 1.⁴⁹ Ettersom det er en usikkerhet rundt hvorvidt boretten er direkte omfattet av servituttloven på grunn av deres sterke likhetstrekk, taler det i det minste for at det burde være adgang til å anvende servituttlovens bestemmelser analogisk.

⁴⁸ Sakens faktum er gjengitt i kapittel 4.5.1.

⁴⁹ Se kapittel 2.2.

Å legge til grunn at analogisk anvendelse av servituttloven § 17 må være «absolutt nødvendig» synes derfor å være for strengt. Hvor terskelen skal ligge er imidlertid ikke videre mulig å fastslå uten avklaring gjennom rettspraksis. Det som imidlertid er klart er at ordlyden i servituttloven § 17 og uklarheten rundt borettsens stilling som servitutt, ut fra et *de lege ferenda*-synspunkt, taler for at terskelen for analogi etter servituttloven § 17 må være lavere enn terskelen for analogisk anvendelse av sameieoven § 13 på spørsmål om opphør av borettsforhold.

4.5.3 Opphør av boret etter analogi fra husleieloven § 1-1

Husleieloven inneholder ingen særegne bestemmelser som gir partene i et leieforhold grunnlag for opphør av forholdet. Retten til oppsigelse fremkommer normalt av stiftelsesgrunnlaget mellom partene. Det er imidlertid alminnelig akseptert at partene kan si opp leieavtalen så fremst de vilkår som er oppstilt i bestemmelsene i husleieloven kapittel 9 er oppfylt. For borettsforhold er det særlig bestemmelsene om oppsigelse av tidsubestemte leieavtaler som fremkommer av husleieloven § 9-4 og § 9-5 som kan være aktuelle å anvende analogisk. Imidlertid oppstiller heller ikke husleieloven §§ 9-4 og 9-5 noe direkte grunnlag for opphør av leieforholdet – men de krav som stilles til oppsigelsen av leieforholdet.

Ettersom husleieloven ikke inneholder en særegen bestemmelse som gir grunnlag for opphør av leieforholdet, beror spørsmålet om hvorvidt husleielovens regler kan anvendes analogisk for borettsforhold dermed på om de faktiske forholdene ved boretten er dekket av ordlyden i husleieloven § 1-1, samt om de hensyn som gjør seg gjeldende for bestemmelsen også gjelder for boret. Spørsmålet om boret er direkte er omfattet av husleieloven § 1-1 er behandlet i kapittel 2.3. Her fremkommer det at enkelte borettsforhold på bakgrunn av sitt stiftelsesgrunnlag kan være direkte omfattet av husleieloven. I det følgende er det imidlertid et særlig spørsmål om husleielovens regler kan anvendes analogisk for det tilfellet at boretten ikke er direkte omfattet av loven.

Det er et svært begrenset antall dommer som har behandlet spørsmålet om husleieloven kan anvendes analogisk for endring eller opphør av borettsforhold. De saker som har vært til behandling for retten har i hovedsak omhandlet direkte anvendelse av husleielovens regler for et begrenset omfang av typetilfeller av borettsforhold. Spørsmålet om det er adgang til å foreta en analogisk anvendelse av husleielovens regler om oppsigelse på borettsforhold må derfor bygge på de generelle rettskildeprinsippene om analogi.

Husleieloven «gjelder avtaler om bruksrett til husrom mot vederlag», jf. husleieloven § 1-1. Boretter vil derfor i utstrekking grad være omfattet av ordlyden i bestemmelsen, og for det tilfellet at de ikke dekkes skyldes det normalt at forholdet ikke oppfyller vilkåret om «vederlag» eller som følge av at boretter etablert i forbindelse med salget faller utenfor lovens anvendelsesområde.⁵⁰ Ettersom borettsforhold har så god dekning i ordlyden i husleieloven § 1-1 vil det avgjørende, for om det skal tillates analogisk anvendelse av lovens bestemmelser, være om de hensyn som gjør seg gjeldende for bestemmelsen også gjør seg gjeldende i den konkrete sak om borettsforhold.

Formålet med husleielovens bestemmelser er å regulere avtaler om leierett til husrom for å sikre at leiere av bolig har stor grad av botrygghet – herunder å beskytte leietakerne mot vilkårlig og urimelig behandling, mot oppsigelse av leieforhold på bakgrunn av usaklige grunner, mot at husleien økes utover det som anses som rimelig, med mer.⁵¹ Bestemmelsene skal både ivareta (de økonomiske) interessene til utleier, og interessene til leietaker ved at hans botrygghet sikres. Dette er hensyn som i utstrekking grad kan være sammenfallende med de hensyn som ligger til grunn for etableringen av en borett. Hvorvidt husleielovens regler skal tillates anvendt analogisk på borettsforhold beror derfor på om borettsforholdet søker å ivareta de samme hensyn som ligger til grunn for husleielovens regler. Dersom det er tilfellet vil det derfor være adgang til å anvende husleielovens regler om oppsigelse analogisk. Husleieloven vil imidlertid ikke kunne anvendes analogisk for spørsmålet om opphør av borettsforhold generelt – den vil kun kunne benyttes for helt konkrete tilfeller som faller utenfor lovens direkte anvendelsesområde, for eksempel borett etablert gjennom testamente.

4.5.4 Opphør av borett etter analogi fra borettslagsloven §§ 4-10, 5-22 og 5-23

Utgangspunktet etter borettslagsloven er at en andelseier har borett så lenge hun eller han eier en andel i laget, jf. § 5-1, jf. § 4-1. Da de borettsforhold som blir behandlet i avhandlingen er etablert gjennom generasjonsskifte av fast eiendom, og ikke gjennom eierskap til andel i et borettslag, faller disse borettsforhold utenfor dette utgangspunktet, jf. § 5-1, jf. § 4-1.

Borettslagsloven inneholder imidlertid flere bestemmelser som kan gi grunnlag for opphør av borett i borettslag.⁵² De bestemmelser som er mest sentrale å vurdere analogisk i forbindelse

⁵⁰ Jf. Rt-1926-272, Rt-1995-1598 og RG-1966-366 (Frostating).

⁵¹ Se kapittel 2.3.

⁵² Det er her tale om den profesjonaliserte boretten en andelseier har rett og plikt til, jf. borettslagsloven § 5-1.

med borettslag som er etablert som ledd i generasjonsskifte av fast eiendom er borettslagsloven §§ 4-10, 5-22 og 5-23 som er unntaksbestemmelser som gir grunnlag for opphør av borettslag. Borettslag som faller utenfor borettslagsloven omtales i det følgende som uregulert borettslag for å skille mellom den borettslag en andelseier i et borettslag har krav på etter borettslagsloven § 4-1 og den borettslag som blir behandlet i avhandlingen.

Det første spørsmålet er så om borettslagsloven § 4-10 kan anvendes analogisk for spørsmålet om et borettslagshaver kan kreve utløsning fra en uregulert borettslag. Hvorvidt bestemmelsen kan anvendes analogisk for uregulert borettslag beror for det første på om forholdet har dekning i ordlyden og for det andre hvorvidt de hensyn som ligger bak bestemmelsen også gjør seg gjeldende for uregulert borettslag.

Av borettslagsloven § 4-10 (1) fremkommer det at tingretten kan pålegge borettslaget å utløse en andelseier dersom det foreligger «tungtvegende grunner» som taler for utløsning. Ordlyden «tungtvegende grunner» taler for at vilkårene for utløsning av andelseier er strenge, og at utløsning kun skal fungere som en nødløsning. Bestemmelsen er ment som en beskyttelse for andelseieren, da han eller hun ved utløsning etter § 4-10 vil ha krav på at laget – herunder de øvrige andelseierne – betaler det andelen er verdt. Normalt vil en andelseier selge sin del dersom vedkommende opplever misnøye med laget, noe som understreker at utløsning kun er ment som en nødløsning.⁵³ Bestemmelsen vil derfor normalt kun komme til anvendelse hvor det er et særlig behov for andelseieren å bli utløst og det ikke kan skje ved vanlig salg av andelen.

Videre oppstiller bestemmelsen i (1) nr. 1 til nr. 3, tre alternative vilkår som kan gi andelseieren rett til utløsning fra laget. Av disse bestemmelsene fremkommer det blant annet at tingretten kan pålegge utløsning dersom borettslaget har misligholdt sin plikt i forhold til andelseieren vesentlig eller det har oppstått et alvorlig motsetningsforhold mellom andelseieren og andre andelseiere når det gjelder driften av laget, Jf. borettslagsloven § 4-10 (1) nr. 1 og nr. 3. Vilåret om at andelseieren kan utløses dersom «styre, generalforsamling eller nokon som representerer laget har handla i strid med §§ 7-13 eller 8-15» blir ikke behandlet i det følgende, da uregulert borettslag klart faller utenfor bestemmelsens ordlyd.⁵⁴

⁵³ NOU 2000:17 Borettslovene side 125.

⁵⁴ Jf. borettslagsloven § 4-10 (1) nr. 2.

Uregulert boret faller delvis utenfor ordlyden av borettslagsloven § 4-10 som følge av at borettslshaver ikke er andelseier i boligen og at eieren ikke kan identifiseres med et lag, slik bestemmelsen forutsetter. Det kan likevel tenkes at det oppstår konflikter mellom borettslshaver og de øvrige brukerne av eiendommen eller eieren, som svarer til de forhold som § 4-10 (1) nr. 1 eller nr. 3 rammer. Eieren kan eksempelvis misligholde sine plikter etter borettsavtalen, eller det kan oppstå uenigheter mellom partene om hvordan bruken av eiendommen skal skje. Uregulert boret faller dermed ikke helt utenfor de forhold som er omfattet av bestemmelsen, og spørsmålet blir derfor om de hensyn som ligger bak § 4-10 (1) også gjør seg gjeldende for spørsmålet om opphør av uregulert boret.

Av forarbeidene til § 4-10 fremkommer det at «(...) utløyising ikkje er aktuelt anna enn i heilt spesielle tilfelle».⁵⁵ Formålet med bestemmelsen er å sikre andelseieren en mulighet til å løses ut fra laget som følge av at det har oppstått et motsetningsforhold mellom andelseieren og de øvrige andelseierne om driften av laget eller at laget misligholder sine plikter i forhold til andelseieren. At laget misligholder sine plikter i forhold til borettslshaveren kan blant annet innebære mislighold av vedlikeholdsplikt av fellesarealer eller av plikten til å opprettholde vanlig ro og orden i eiendommen. Det kan medføre store konsekvenser for den enkelte andelseier dersom laget misligholder sine plikter, i form av forstyrrelser av privatlivets fred, uro og usikkerhet knyttet til boforholdet eller at eiendommen forringer sin verdi. Ettersom andelseieren benytter det areal som boretten er tilknyttet som sitt hjem vil det også kunne være en stor belastning for vedkommende dersom han eller hun ikke har noen reell mulighet til å selge andelen. Bestemmelsen ivaretar i så måte hensynet til den enkelte andelseier, og søker å forhindre at andelseieren må stå i en situasjon som er psykisk tyngende. Videre sørger § 4-10 (3), som viser til at «[u]tløyisingssummen skal setjast til det andelen var verd like før utløyisingssummen kom opp», for økonomisk kompensasjon for tapet andelseieren lider.

En borettslshaver av uregulert boret kan selv velge å ikke benytte seg av boretten i eiendommen, da det ikke oppstilles noen plikt til bruk slik som for en andelseiers boret i borettslag, jf. borettslagsloven § 4-1. På denne måten vil han slippe flere av de belastninger som en konflikt mellom han og eieren eller en annen bruker av eiendommen medfører. Dette kan imidlertid innebære at boretten forblir en økonomisk belastning for borettslshaver uten at han kan ta nytte av boretten – enten fordi den uregulerte boretten er betinget av vederlag eller

⁵⁵ NOU 2000:17 Borettslovene side 125.

fordi boretten fungerer som en motytelse for reduksjon av salgspris ved overdragelse av eiendommen. For disse tilfellene er det vanskelig å argumentere for at borettsshaveren har en reell mulighet til å opphøre borettsforholdet. Vi kan tenke oss følgende scenario: borettsshaveren overdrar fast eiendom betinget en livslang og vederlagsfri borettsrett i underetasjen på boligen til en av sine arvinger. Som en motytelse for boretten reduseres prisen på eiendommen tilsvarende borettsrettens verdi. Etterhvert oppstår det imidlertid sterke motsetningsforhold mellom eieren og borettsshaveren som følge av at eieren i utstrekkelig grad benytter seg av de arealer som boretten er tilknyttet, samt at han vanskjøtter eiendommen. Borettsshaver kan da som følge av hans svake økonomi stå uten noen reell mulighet til å slutte å benytte seg av boretten, og blir således låst i et forhold som er psykisk belastende.

Flere av de hensyn som ligger bak bestemmelsene i borettslagsloven § 4-10 (1) gjør seg også gjeldende for uregulert borettsrett. For det tilfellet at eieren av eiendommen misligholder sine plikter i forhold til borettsshaveren av uregulert borettsrett, sammenholdt med § 4-10 (1) nr. 1, kan det stilles spørsmål om det ikke er mer nærliggende å anvende avtaleloven § 36.⁵⁶ Dersom eieren misligholder sine plikter kan det tale for at det vil være «urimelig» å gjøre avtalen gjeldende, jf. avtaleloven § 36. Det eneste tilfellet av uregulert borettsrett som ikke er omfattet av avtaleloven § 36 er borettsrett etablert gjennom testamente. Borettslagsloven § 4-10 (1) nr. 1 kan i så tilfelle kun anvendes analogisk for uregulert borettsrett etablert gjennom testamente, da behovet for å kunne opphøre boretten for disse typetilfellene er større. For de øvrige typetilfellene, borettsrett etablert gjennom avtale og kårkontrakt, er det mer nærliggende å vurdere mislighold etter avtalelovens regler.

Dersom det har oppstått et alvorlig motsetningsforhold mellom andelseieren og andre andelseiere om driften av laget kan det også gi grunnlag for utløsning, jf. (1) nr. 3. Det er imidlertid et skille mellom den rettighetsposisjonen en andelseier i et borettslag har, sammenlignet med den rettighetsposisjon en borettsshaver i et uregulert borettsforhold har. En andelseier vil blant annet i større grad enn en borettsshaver være berettiget til å gi innspill og å ha forventninger til hvordan laget skal driftes jf. borettslagsloven § 7-2 og § 7-10, med fler. Dette følger av den rett han har i kraft av å være andelseier. Med mindre annet følger av stiftelsesgrunnlaget har borettsshaver begrenset rett til å komme med innvendinger og

⁵⁶ Avtaleloven § 36 er behandlet i kapittel 4.2.1.

meninger om driften (eventuelt bruken) av eiendommen. Det er derfor lite som taler for at borettsshavers interesser skal ivaretas på samme måte som en andelseier på dette punkt. Dette taler for at det ikke er adgang til å anvende borettslagsloven § 4-10 (1) nr. 3 om alvorlig motsetningsforhold om driften av laget analogisk for opphør av uregulert boret. Det er derfor kun borettslagsloven § 4-10 (1) nr. 1 som – i særlige tilfeller – kan anvendes analogisk for spørsmålet om borettsshaver kan kreve utløsning fra en uregulert boret.

Borettslagsloven § 4-10 gir andelseieren mulighet til opphøre boretten, men også borettslaget kan kreve at en andelseier segler sin andel eller fraviker boretten umiddelbart, jf.

borettslagsloven §§ 5-22 og 5-23. Spørsmålet er derfor om disse bestemmelser kan anvendes analogisk for spørsmålet om en eier av en eiendom hvor det påhviler en uregulert boret kan kreve opphør av borettsforholdet.

Borettslaget kan blant annet pålegge en andelseier å selge dersom andelseieren til tross for advarsler fra laget «misheld pliktene sine vesentleg», jf. borettslagsloven § 5-22. Mislighold av andelseierens plikter kan blant annet gjelde manglende betaling av felleskostnader eller brudd på vedlikeholdsplikt eller ordensregler, med mer. Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at det foreligger et slikt mislighold for at laget kan fremme pålegg om salg – misligholdet må også være vesentlig. At misligholdet er «vesentleg» tilsier at det skal mye til før en andelseier kan pålegges å selge andelen. Den høye terskelen kan videre illustreres ved dommen inntatt i LH-2008-149287 hvor en andelseier brøt ordensreglene ved høylytt festing og skyting av luftgevær, adferd som normalt oppleves som både sjenerende og skremmende for de øvrige andelseierne. Retten konkluderte med at misligholdet i den foreliggende sak ikke var vesentlig og at det derfor ikke var grunnlag for pålegg om tvangssalg etter borettslagsloven § 5-22.

Av borettslagsloven § 5-23 fremkommer det at laget kan kreve at en andelseier fraviker eiendommen dersom han eller hun oppfører seg på en sånn måte at det er «fare for øydelegging eller vesentleg forringing av eiedommen, eller slik at det er til alvorleg plage eller sjenanse for andre brukarar i eiedommen». Bestemmelsen rammer kvalifiserte former av mislighold hvor det haster å få andelseieren ut fra laget. Krav om fravikelse kan ikke fremsettes uten at det senest samtidig gis pålegg om salg etter § 5-22. Spørsmålet i det følgende er derfor om uregulert boret har dekning i ordlyden av de ovennevnte bestemmelsene, og i så fall om de hensyn som ligger bak bestemmelsene også gjør seg gjeldende for uregulert boret.

Uregulert boretthar ikke full dekning i ordlyden av §§ 5-22 og 5-23. Boretthaver kan som nevnt ikke ansees som en andelseier i eiendommen boretten er påheftet, og eieren av eiendommen kan heller ikke identifiseres med et profesjonalisert borettslag. Borettsforholdet kan likevel ha delvis dekning da det kan tenkes flere situasjoner hvor boretthaver opptrer på en slik måte at det kan være fare for ødeleggelse eller vesentlig forringing av eiendommen eller slik at det er til alvorlig plage eller sjenanse for andre brukere av eiendommen slik vilkårene er i § 5-23. Boretthavers opptreden kan også ha delvis dekning i § 5-22 ved at han misligholder sine plikter. For å avklare boretthavers plikter må man se til stiftelsesgrunnlaget mellom partene og hvilke plikter man kan utlede for boretthaver fra dette.⁵⁷ Spørsmålet er så om de hensyn som gjør seg gjeldende for §§ 5-22 og 5-23 også kan gjøre seg gjeldende for uregulerte borettsforhold.

Som nent er utgangspunktet at en andelseier har boretth i laget så lenge han eller hun eier en andel, jf. § 5-1. Et pålegg om salg av andelen eller krav om fravikelse fra boretth kan derfor normalt oppleves som et inngrep i retten til privatlivets fred for andelseieren. Som utgangspunkt må det derfor være høy terskel for at man skal tillate et inngrep i andelseierens boretth. Selv om man har frihet i sitt eget hjem og rett til å gjøre som man vil innenfor husets fire vegger, er retten selvsagt ikke ubegrenset. Spesielt for borettslag, hvor man bor tett på hverandre og skal bruke og forvalte felles eiendom side om side, må man hensynta fellesskapet. At man må ta hensyn til de øvrige andelseierne er også kommet til uttrykk gjennom borettslagsloven § 5-11. Denne bestemmelsen kan man omtale som borettslagslovens «tålegrense», hvor det fremkommer at andelseieren «skal fare fint med bustaden og fellesareala» og at bruken av boligen og fellesarealene ikke må på «urimeleg eller unødvendig vis vere til skade eller ulempe for andre andelseigarar». Borettslagsloven § 5-22 og 5-23 skal i så måte ivareta de hensyn som ligger til grunn for tålegrensebestemmelsen ved at de som vesentlig misligholder sine forpliktelser sanksjoneres.

Dersom en andelseier gjentatte ganger og etter advarsel fortsetter sin adferd som er til skade eller ulempe for de øvrige andelseierne vil de øvrige andelseierne ha behov for å kunne ivareta sine interesser. Bestemmelsene om tvangssalg og fravikelse søker derfor å imøtekomme fellesskapets interesser. Dette er interesser som også kan gjøre seg gjeldende i borettsforhold. Særlig for de tilfeller der det er flere som benytter seg av eiendommen og

⁵⁷ Se kapittel 3 om boretthens innhold.

opplever borettsshavers oppførsel som sjenerende eller til skade eller ulempe for dem. Av hensyn til de øvrige brukerne, enten det er eieren eller andre med rettigheter i eiendommen, kan det derfor argumenteres for at tilsvarende hensyn ligger til grunn for analogisk anvendelse av bestemmelsene. Dersom de øvrige brukerne ikke skal ha adgang til å utløse en borettsshaver som «misbruker» sin rett vil det kunne være til skade eller ulempe for dem. Her må det imidlertid også trekkes frem at flere av de forhold som er beskrevet kan tenkes å rammes av avtaleloven § 36. Behovet for analogi etter borettslagslovens regler blir dermed svekket.

Høyesterett har enda ikke tatt stilling til hvorvidt borettslagslovens regler kan anvendes analogisk for uregulert borettsrett. Rettstilstanden rundt spørsmålet er derfor uklart. *De lege ferenda*-synspunkter taler imidlertid for at det i alle fall må tillates analogi etter bestemmelsene for de tilfeller at konflikten ikke kan løses med utgangspunkt i avtaleloven § 36.

4.6 Eksisterer det et generelt prinsipp om utløsning av misbruker i rettighetsforhold?

Både sameieloven og servituttloven, samt den ulovfestede læren om misbruk hjemler rett til utløsning av misbruker i rettighetsforhold. Selv om borettslagsloven ikke spesifikt omtaler andelseierens mislighold som misbruk av rettighet, har innholdet og vilkårene i borettslagsloven §§ 5-22 og 5-23 flere likhetstrekk med de øvrige misbruksbestemmelsene. Utløsning av misbruker innebærer at en part som benytter sin rettighet på en måte som er til skade eller ulempe for andre brukere av eiendommen kan miste sin rett. Ettersom det er flere lover, som regulerer rettighetsforhold som er tilnærmet lik borettsforhold, som oppstiller bestemmelser om utløsning av misbruker kan det stilles spørsmål ved om man etter en induksjonsanalogi kan legge til grunn at det også i borettsforhold er adgang til å utløse en misbruker.

Hvorvidt en induksjonsanalogi skal tillates beror på en vurdering av om de hensyn som gjør seg gjeldende for de nevnte spesielle (herunder sektorielle) bestemmelsene også gjør seg gjeldende for det forholdet man står overfor.⁵⁸

Av sameieloven § 13 første ledd fremkommer det at om en part «varig og trass i åtvaringar» misbruker rettigheten sin til «ugagn eller uhugnad» for en annen sameier kan han utløses ved dom. Nærmest tilsvarende formuleringer kan man også gjenfinne i servituttloven § 17 og borettslagsloven §§ 5-22 og 5-23. Terskelen for anvendelse av borettslagsloven § 5-23 er imidlertid noe høyere enn de øvrige bestemmelsene da den krever kvalifisert mislighold fra en andelseier. Bestemmelsene forutsetter imidlertid også at spørsmålet om fravikelse blir avgjort ved dom, slik som også kreves etter sameieloven § 13 og servituttloven § 17, og i motsetning til § 5-22 som kun forutsetter at laget har gitt andelseieren et pålegg om salg. Selv om det er mindre distinksjoner i innholdet i bestemmelsene er utgangspunktet det samme – en rettighetshaver som misbruker sin rett på bekostning av de øvrige brukerne/rettighetshaverne av eiendommen kan utløses. Spørsmålet er derfor om dette utgangspunktet kan få generell anvendelse også for boretten.

I følge forarbeidene til sameieloven § 13 er formålet med bestemmelsen at de øvrige sameierne ikke skal bli stående rettsløse dersom en medeier misbruker sin sameiepart.

Utvalget uttaler blant annet at:

«Ei serskild ugreie som av og til kan koma opp, er at ein sameigar er så urimelig eller lei å ha med å gjera, at det i lengda vert utoleleg for ein eller fleire av dei andre. Det kan t.d. vera sjikane frå hans side, eller stendige overgrep av eit eller anna slag som ikkje er til å halde ut.

Etter no gjeldande lov kan medeigarane i slike tilfelle kome til å stå rettlause, om det er aldri så openbert at uretten ikkje er på deira side. Dette er ingen teneleg rettsskipnad».⁵⁹

Utvalget mener i så måte at det er behov for en bestemmelse som gir de øvrige sameierne mulighet til å utløse en annen sameier som misbruker sin rettighet. Dette er igjen et utslag av at sameiere i stor grad bruker samme eiendom side om side. Et slikt nært rettighetsforhold

⁵⁸ Se kapittel 4.5.

⁵⁹ NUT 1959:4 «Rådsegn 4 - om sameige» side 29.

som blir utålelig på grunn av den ene sameierens misbruk kan være svært tyngende for de øvrige partene i forholdet, og kan derfor over tid medføre et tungt psykisk press på den part som er låst til et «umulig» forhold. Det kan i verste fall lede til at de øvrige sameierne ikke benytter seg av sin rett, og at en part da gjennom misbruk av sin rettighet kan styre hvordan eiendommen skal forvaltes og utnyttes. Bestemmelsen om utløsning av misbruker bidrar i så måte til å ivareta de øvrige partenes rettigheter i eiendommen. De samme hensyn gjør seg gjeldende både for servituttloven § 17, borettslagsloven §§ 5-22 og 5-23 og den ulovfestede lære om misbruk. De nevnte rettighetsforhold karakteriseres alle av partenes nære forhold.

Det må imidlertid også trekkes frem at utløsning av misbruker er et sterkt virkemiddel som krever en høy terskel. Å frata en part sin rett – selv om han får erstatning for tapet – kan oppleves som et sterkt inngrep i hans rettssfære og privatliv. Bestemmelsene skal derfor kun benyttes i de tilfeller der det er et sterkt behov for utløsning. Denne høye terskelen kommer også til uttrykk gjennom bestemmelsenes vilkår, hvor det til eksempel kreves at misbruket er «varig» og medfører «ugagn eller uhugnad» for de øvrige brukerne, jf. sameieloven § 13.

Flere av de hensyn som ligger til grunn for bestemmelsene om utløsning av misbruker kan gjøre seg gjeldende også for borettsforhold. Borettsforholdet er normalt like nært som eksempelvis et sameie- eller servituttforhold da partene skal bruke samme eiendom side om side. For enkelte tilfeller kan man også si at borettsforholdet innebærer et enda nærere forhold mellom partene enn det eksempelvis er for et servituttforhold hvor den ene parten kun har en begrenset rettighet i eiendommen, slik som en veirett. Dersom både borettsshaver og eieren bor på den samme eiendommen kan konsekvensene av at borettsshaveren misbruker sin rett få stor betydning for eierens livsutfoldelse og livskvalitet. Det kan derfor innebære en psykisk påkjenning for eieren dersom han ikke har adgang til å opphøre boretten. Dette taler for at det er behov for et generelt prinsipp om utløsning av misbruker også i borettsforhold.

Ettersom utløsning av misbruker innebærer et såpass stort inngrep i borettsshavers rettighet kan det imidlertid vanskelig argumenteres for at en rett til utløsning etter induksjonsanalogi fra de overnevnte bestemmelser medfører forutberegnelighet for partene. Behovet for en konkret hjemmel aktualiserer seg i mye større grad for reguleringer om utløsning, enn det for eksempel gjør for å oppstille et generelt prinsipp om «tålegrensen» i et rettighetsforhold.⁶⁰ En

⁶⁰ Se kapittel 3.5 for spørsmålet om «tålegrensen» i borettsforhold.

part har i mye større grad behov for å kunne forutse om han vil kunne komme til å miste sin rett, enn hva han vil ha for en regulering av innholdet i sin rett.

Til tross for at det er gode argumenter som taler for at det foreligger et generelt prinsipp om utløsning av misbruker er det likevel svært viktige hensyn som gjør seg gjeldende for at et slikt generelt prinsipp ikke kan eksistere. Videre er det uttalt i forarbeidene til sameieloven § 13 at «skal ein få noka retterbøte, lyt det positiv heimel til». Utvalget tar dermed til orde for at det er behov for en positiv lovhjemmel før man kan tillate utløsning av misbruker i rettighetsforhold. Spørsmålet om det eksisterer et generelt prinsipp om utløsning av misbruker har ikke vært til behandling i Høyesterett og hvorvidt det kan oppstilles et slikt prinsipp er derfor ikke avklart.

Ut fra et *de lege ferenda*-synspunkt er det imidlertid mye som taler for at det burde eksistere en lovhjemmel som regulerer spørsmålet om utløsning av misbruker også i borettsforhold. Eieren av en eiendom påheftet borettsforhold vil ofte ha et sterkt behov for å kunne utløse en borettsforholder som misbruker sin rett til skade eller ulempe for hans bruk av eiendommen, og omvendt en borettsforholder som opplever at en eier misligholder sine rettigheter eller plikter vil ha behov for å kunne utløses fra borettsforholdet.

5 Tredjepartsinteressers innvirkning på boretten

5.1 Innledning

Som vi har sett innledningsvis etableres en borettsforhold mellom to eller flere parter, og berører i utgangspunktet kun de. Enkelte borettsforhold, avhengig av de øvrige omstendighetene, kan imidlertid få virkning også for tredjeperson. Vi tenkes oss at A og/eller B (arvelater) overfører fast eiendom tilnærmet vederlagsfritt til en av deres arvinger, betinget av at det etableres en borettsforhold til fordel for dem i boligen på eiendommen. Borettsforholdet i seg selv har ikke direkte virkning for de øvrige arvingene da de ikke er parter i avtalen, men de kan likevel berøres av eiendomsoverføringen. Det kan for de øvrige arvingene oppleves som urettferdig at en av arvingene får en større del av arvelaters eiendeler. Etablering av borettsforhold i forbindelse med eiendomsoverdragelse mellom generasjonene kan også forsøkes misbrukt for å omgå reglene om arv i arveloven. Det kan for eksempel tenkes at arvelaterne benytter ordningen til å overføre eiendommen til den av arvingene de mener «fortjener» den mest.

Dersom de øvrige arvingene velger å fremsette krav om omstøtelse av overdragelsen kan dette i realiteten medføre endring eller opphør av boretten til arvelaterne. På denne måten kan også tredjepartsinteressen få innvirkning på boretten. Gjennomgående i underrettspraksis er det særlig to problemstillinger som aktualiserer seg i forbindelse med tredjepartsinteresser. Det første gjelder tvister om krav om omstøtelse av overføring av fast eiendom fra uskiftebo etter arveloven § 19, og det andre gjelder tvister om krav om omstøtelse av dødsdisposisjoner som ugyldige.

I det følgende kapitlet vil spørsmålet om boretts betydning for vurderingen av om det foreligger gavesalg etter arveloven § 19, samt boretts betydning for vurderingen av dødsdisposisjoners gyldighet behandles. Videre skal rettsvirkningene av henholdsvis ulovlige gavesalg og ugyldige dødsdisposisjoner i relasjon til borettsavtaler vurderes. Avslutningsvis undersøkes det om boretten kan misbrukes for å omgå reglene om arv i arveloven.

5.2 Boretts betydning for gavesalgvurderingen, jf. arveloven § 19

Som utgangspunkt kan gjenlevende ektefelle rå over midlene i boet slik han eller hun ønsker, jf. arveloven § 18. Den gjenlevende ektefellen kan til egne formål og sitt eget beste bruke og forbruke boets eiendeler.⁶¹ Det er imidlertid en lovfestet begrensning i gjenlevende ektefelles råderett over boet i arveloven § 19 første ledd. Her fremkommer det at gjenlevende ektefelle ikke uten samtykke fra arvingene til avdøde kan yte «gaver» som står i «misforhold» til boets formue, og har overhodet ikke adgang til å gi bort fast eiendom. Likestilt med «gaver» er salg eller annet som inneholder gave, jf. § 19 fjerde ledd. Dette innebærer at «gave»-begrepet er vidt og omfatter både vederlagsfrie overføringer og overføringer med redusert pris sett i forhold til markedsverdi.⁶²

En naturlig forståelse av uttrykket «misforhold» tilsier at det må være tale om en uforholdsmessig gave sett i forhold til størrelsen på boets formue. Begrepet er imidlertid skjønnsmessig, slik at det ikke er klart hvor terskelen ligger for at en gave står i «misforhold» til boets formue. At terskelen er uklar underbygges av fraværet av avklarende rettspraksis om misforholdsterskelen.

⁶¹ Peter Lødrup og John Asland, side 383.

⁶² Regelen er videreført uforandret i lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte (arveloven 2019) § 23 (ikke trådt i kraft per 30.04.2020).

For å konkretisere «misforhold»-vilkårets innhold har juridisk teori forsøkt å oppstille en matematisk beregning. Lødrup har tatt til ordet for at «skal det antydes noe, kommer man nok i faresonen når gaven passerer 20 % av boets formue». ⁶³ På bakgrunn av en gjennomgang av rettspraksis mener imidlertid Asland at det kan oppstilles en faresone dersom gaven utgjør mellom 10 og 30 % av boets formue. I dette ligger at gaver som utgjør mindre enn 10 % av bonettoen aldri bør kunne omstøtes, mens gaver over 30 % av bonettoen alltid bør kunne omstøtes. ⁶⁴ Disse beregningsmetodene medfører at spørsmålet om gaver som utgjør mellom 10 til 30 % av boets formue står i et «misforhold» til bonettoen må bero på en konkret helhetsvurdering. Momenter som kan være av betydning for helhetsvurderingen er om det er den samme personen som over en lengre periode tilgodeses, hvordan boet har utviklet seg økonomisk i uskifteperioden og hvem uskifteboets verdier opprinnelig stammet fra. ⁶⁵ Det er dermed heller ingen avklaring i juridisk teori, men helhetsvurderingen er videre konkretisert ved at det oppstilles matematiske indikasjoner og relevante vurderingsmomenter. Om det foreligger et misforhold må derfor vurderes konkret i den enkelte sak.

Som nevnt vil det være uproblematisk å slå fast at det foreligger brudd på arveloven § 19 for de tilfeller der det er gitt bort fast eiendom uten noen form for vederlag. Hvor boretten etableres i forbindelse med overdragelsen av fast eiendom fra uskiftebo beveger man seg imidlertid på grensen til noe som kan anses som «gavesalg». Det må derfor videre vurderes om overdragelse av fast eiendom forbeholdt boret for overdrageren er å anse som et gavesalg, jf. arveloven § 19.

Begrepet «gavesalg» kan naturlig forstås som at det foretas et salg som er lavere enn eiendommens verdi, sammenlignet med markedsprisen på eiendommen. Høyesterett har i Rt-2010-1361 avsnitt 25 uttalt at:

«Arveloven § 19 første ledd forbyr den som sitter i uskifte å gi bort fast eiendom. Også gavesalg rammes, jf. fjerde ledd. Om det foreligger gavesalg beror på en sammenligning av eiendommens og vederlagets verdi, og på om et eventuelt misforhold «inneheld ei gåve».

⁶³ Peter Lødrup og John Asland, side 385.

⁶⁴ John Asland. «Uskifte» (Oslo 2008), avhandling, side 204.

⁶⁵ Peter Lødrup og John Asland, side 385-386.

Vurderingen av om det foreligger et «gavesalg» må derfor ta utgangspunkt i den antatte markedsverdi for eiendommen sett i forhold til de verdier erververen av eiendommen yter. De verdier som erververen yter kan dermed tenkes å legitimere at eiendommen har blitt avhendet til en lavere pris enn markedsverdi. De «verdier» som erververen kan yte er ikke begrenset til vederlag i form av penger, også andre typer vederlag er omfattet. Spørsmålet her er dermed hvilken verdi boretten utgjør, og om boretten kan legitimere at fast eiendom blir overført mellom generasjoner til en lavere pris enn markedspris.

Høyesterett behandlet i Rt-1982-1165 spørsmålet om en overdragelse av landbrukseiendom var i strid med arveloven § 19. En 88 år gammel mann som satt i uskiftebo overdro sin gård til en svigerdatter som var separert fra sønnen. Sønnen hevdet at overdragelsen var i strid med arveloven § 19, og krevde overdragelsen omstøtt. Høyesterett bygger sin vurdering av om det foreligger et gavesalg på «eiendommens verdi i handel og vandel» på overdragelsestidspunktet. Retten uttaler at dette må gjelde selv om man tar hensyn til at gjenlevende ektefelles borett «nok ville ha virket pristrykkende langt utover det en kapitalisering av rettens teoretiske verdi skulle tilsi».⁶⁶

Avgjørelsen må kunne tas til inntekt for at man kan se på boretten som pristrykkende faktor i vurderingen av eiendommens verdi. Et enstemmig Høyesterett konkluderer imidlertid med at det er uten betydning for saken hvilken målestokk som blir lagt til grunn, da det ikke forelå gavehensikt hos avhenderen. Spørsmålet om borettens betydning for vurderingen av om det forelå et gavesalg ble derfor ikke videre problematisert, noe som svekker dommens overføringsverdi for spørsmålet om borettens betydning for «gavesalg»-vurderingen.

Borgarting lagmannsrett har i LB-2009-110812 behandlet spørsmålet om man kan legge til grunn borettens dempende verdi i markedet ved vurderingen av om det foreligger gavesalg. En boligeiendom var solgt til ett av de tre barna til en redusert pris sammenlignet med markedsverdien, betinget av en livsvarig borett for avhenderen. Retten konkluderte med at eiendommen var solgt for en pris som ikke tilsvarte markedspris, at det forelå gavehensikt og at det ikke var grunnlag for god tro hos kjøperen. Salget ble omstøtt etter arveloven § 19. Rettens flertall legger til grunn at man som utgangspunkt ikke skal se på borettens

⁶⁶ Se Rt-1982-1165 s. 1171.

prisdempende effekt i markedet, men hvilken betydning boretten har mellom partene. Retten viser så til Rt-1982-1165 og uttaler at:

«Når det dreier seg om en helårsbolig kan det slik flertallet ser det, være større åpning for å legge vekt på en borettens prisdempende effekt i markedet enn når det gjelder salg av fritidsbolig. Salg av landbrukseiendommer med påheftet og kår reiser særlige problemer. Men utenfor landbruksforhold er flertallet ikke kjent med en praksis hvor en borett ved salg til barn blir vurdert ut fra den prisdempende effekten i markedet».

Retten begrunner sitt syn ut fra at en målestokk som tar utgangspunkt i borettens prisdempende effekt i markedet vil åpne for at gjenlevende ektefelle lettere kan disponere over fast eiendom i boet uten den begrensning arveloven § 19 tar sikte på. Problemstillingen kan illustreres med følgende eksempel: gjenlevende ektefelle som eier en boligeiendom eller leilighet, tinglyser en livslang, personlig borett for seg selv på eiendommen. Boretten medfører i praksis at eiendommen blir nærmest uomsettelig i det åpne markedet, og markedsverdien av boligen påheftet boretten blir dermed være tilsvarende null. En slik løsning medfører at gjenlevende ektefelle uhindret av § 19 kan «gi bort» eiendommen til den av arvingene han eller hun mener «fortjener» den mest.

Dersom man tar utgangspunkt i at boretten har en prisdempende effekt i markedet ved vurderingen av dens betydning for vurderingen av om det foreligger et gavesalg, kan etablering av borett misbrukes for å unngå reglene om arv i arveloven. Det kan for eksempel tenkes at boretten ikke er reell, og derfor senere avlyses som heftelse på eiendommen, eller at den blir lite tyngende for kjøperen ved at gjenlevende ektefelle havner på sykehjem, men at boretten blir stående for hjemmebesøk.

Sammenligner man de ovennevnte dommene kan det fremstå som om den målestokk som ligger til grunn for vurderingen av om det foreligger et gavesalg er ulik for landbrukseiendommer og for annen fast eiendom. Høyesterettsdommen fra 1982 som behandlet spørsmålet om omstøtelse av overdragelse av landbrukseiendom synes å åpne for at borettens pristrykkende virkning kan få betydning for vurderingen av om det foreligger et gavesalg, mens Borgarting lagmannsrett tar til orde for at det ikke er mulig å tillegge boretten en slik prisdempende effekt i spørsmålet om gavesalg av annen fast eiendom.

Høyesterett har imidlertid i en nyere avgjørelse behandlet en sak om bruksrett i annen fast eiendom.⁶⁷ Saken ble avvist på grunnlag av at den var reist av feil saksøkt, men førstevoterende kom likevel med noen uttalelser om vurderingen av bruksrettens betydning for om det foreligger et gavesalg av fast eiendom fra uskiftebo. I avsnitt 25 og 26 uttaler retten at:

«I vår sak er det spørsmål om hvordan deler av vederlaget – Ds livsvarige og vederlagsfrie boret i hovedhuset – skal verdsettes (...). Etter mitt syn er det ikke tvilsomt at det her er tale om å finne frem til en målestokk for vederlagets økonomiske verdi i et åpent marked. Noen avgjørelse fra Høyesterett som uttrykkelig sier dette, har vi riktignok ikke. Men i Rt-1982-1165 på side 1171, tok Høyesterett ved bedømmelsen av eiendommens verdi utgangspunkt i den pris man kunne oppnådd «i handel og vandel på overdragelsestidspunktet». Hensynet til sammenheng tilsier det samme utgangspunkt for verdsettelsen av vederlaget. Også behovet for å ha praktikable løsninger som ikke virker prosessdrivende taler med tyngde for å bygge på boretts verdi: Markedsleie for tilsvarende bolig kan da være en nærliggende verdimarkør, som grunnlag for neddiskontering».

Rettens utgangspunkt synes derfor å være eiendommens markedsverdi uten å se til den prisdempende effekt en påheftet boret har. Førstevoterende bygger sitt syn på hensynet til sammenheng og praktikable løsninger som ikke er prosessdrivende. Det presiseres imidlertid i avsnitt 27 at dette utgangspunktet kun gjelder de tilfeller hvor selger av boligeiendom «har betinget seg eksklusiv bruksrett til hele eiendommen eller en separat boenhet». Det er derfor først og fremst lignende typetilfeller som den konkrete sak som kan løses med dette utgangspunkt. Førstevoterende fremhever at «[l]øsningene ellers må tilpasses de konkrete forhold».⁶⁸

Ettersom saken ble avvist på prosessuelt grunnlag, ble ikke spørsmålet om det forelå et gavesalg i den konkrete saken avgjort. Rettens uttalelse om boretts betydning for om det foreligger et gavesalg kan derfor ikke tillegges for mye vekt. Eeg har tatt til orde for at rettens uttalelser fremstår som en sidebemerkning (*obiter dicta*), men at den likevel har

⁶⁷ Se Rt-2010-1361.

⁶⁸ *Ibid.* avsnitt 27.

rettsavklarende karakter.⁶⁹ De øvrige dommerne sluttet seg til førstevoterendes uttalelser, og det må derfor adgang til å tillegge uttalelsen større vekt.⁷⁰

Boretten legitimerer at både landbrukseiendom og annen fast eiendom blir solgt for en lavere pris enn markedsverdi. En samlet vurdering av de ovennevnte dommer tilsier at gjeldende rett er at boretts verdi må fastsettes separat, for deretter å trekkes fra markedsverdien på eiendommen for gavesalgvurderingen. Mellom nærstående kan det imidlertid være et «visst rom for at eiendommens markedsmessige potensiale ikke utnyttes maksimalt – omstøtelse bør ikke være aktuelt med mindre misforholdet er noe mer betydelig, jf. Rt-1982-1165 på side 1171. Men i vårt tilfelle er differansen vesentlig».⁷¹

I lys av det som har fremkommet i kapitlet kan en reell borett (med høy verdi) legitimere at fast eiendom blir overført mellom generasjoner tilnærmet vederlagsfritt, uhindret av reglene i arveloven § 19.

5.3 Krav om omstøtelse etter arveloven § 19 og dens virkning for boretten

Virkningen av at gjenlevende ektefelle i strid med arveloven § 19 første ledd, og uten samtykke fra avdødes arvinger, overdrar fast eiendom fra uskifteboet, er at arvingene kan kreve disposisjonen omstøtt, jf. § 19 andre ledd. Omstøtelse etter andre ledd kan skje dersom «gåvemottakaren skjønna eller burde skjønna at ektemaken ikkje hadde rett til å gi gåva» og søksmålet er reist innen «eitt år etter arvingen fekk kunnskap om gåva». Dersom retten kommer til at overdragelsen kan omstøtes etter § 19 andre ledd, er det opp til arvingene om omstøtelsen skal skje ved tilbakeføring av eiendommen in natura, eller om det skal aksepteres et pengevederlag.⁷²

Siden arvingene selv kan velge om omstøtelse skal skje ved pengevederlag eller ved tilbakeføring, får nødvendigvis ikke omstøtelsen virkning for boretten. Velger arvingene å akseptere et pengevederlag, innebærer det ikke nødvendigvis at boretten opphører. Omstøtelse

⁶⁹ Thomas Eeg. «Bruksrett og gavesalg av fast eiendom i uskifte – refleksjoner etter Rt-2010-1361» (Artikkel 2011), side 267.

⁷⁰ Jens Edvin Skoghøy, side 149.

⁷¹ Jf. Rt-2010-1361 avsnitt 30 og 31.

⁷² John Asland, side 233-234.

ved pengevederlag medfører derfor ingen automatisk virkning for rettigheten, slik en omstøtelse *in natura* vil få. Dersom arvingene krever eiendommen tilbakeført til boet, vil hele avtalen mellom partene naturlig nok opphøre, både hva gjelder overføringen av eiendommen og boretten. Ettersom en tilbakeføring *in natura* medfører at avtalen mellom partene opphører, har tredjepartsinteressen fått innvirkning på avtalen. Boretten vil da opphøre som følge av interessene til andre enn partene i saken.

5.4 Borettens betydning for vurderingen av skillet mellom livs- og dødsdisposisjoner

Dødsdisposisjoner kjennetegnes ved at de ikke får virkning for arvelateren før han er død, i motsetning til livsdisposisjoner som blir oppfylt mens han eller hun lever.⁷³ Typiske eksempler på dødsdisposisjoner er testament, arvepakt og døds gave. Dødsdisposisjonene er underlagt formreglene i arveloven, og blir blant annet begrenset av reglene om plikt del og uskifte.⁷⁴ Livsdisposisjonene blir ikke berørt av reglene i arveloven, da enhver kan forvalte sin formue slik han eller hun selv ønsker mens de lever.

Selv om skille mellom livs- og dødsdisposisjoner i teorien er klar, er grensdragningen i mange tilfeller problematisk. Arveloven oppstiller ingen generell bestemmelse om hvordan man skal skille livs- og dødsdisposisjoner. Det er derfor rettspraksis som hovedsakelig gir veiledning for denne grensdragningen.⁷⁵ Avgjørende for vurderingen av om det foreligger en livsdisposisjon er at disposisjonen må «(...) ha innebåret eller vært ment å innebære en realitet for giveren eller gavemottakeren mens giveren levde (...)».⁷⁶ Uttalelsen tilsier at det ikke er tilstrekkelig at disposisjonen formelt er gjennomført. Disposisjonen må faktisk være gjennomført eller vært ment å gjennomføres. Det er også dette grensespørsmålet som aktualiserer seg i forhold til saker knyttet til eiendomsoverdragelser hvor det er etablert borett, da boretten, som illustrert i det følgende, medfører begrenset realitetsendring for partene. Det må dermed nærmere vurderes hva som ligger i at disposisjonen innebærer en «realitet», jf. rettspraksis.

⁷³ Peter Lødrup og John Asland, side 88.

⁷⁴ *Ibid.* side 234-235.

⁷⁵ *Ibid.* side 236.

⁷⁶ Rt-2008-1589 avsnitt 29.

Kravet om at disposisjonen må medføre en realitet for giveren og mottakeren, kan skape problemer for disposisjoner hvor det er etablert en boret. Problemet kan illustreres med følgende eksempel: arvelaterne overdrar eiendommen sin til en av sine arvinger vederlagsfritt, med forbehold om boret så lenge de lever. Overdragelsen tinglyses. Ettersom overdragelsen er vederlagsfri blir det ikke overført noe pengevederlag fra arvingen til arvelaterne, og arvelaterne fortsetter å bo på eiendommen. Arvingen flytter heller ikke inn i boligen på eiendommen så lenge arvelaterne lever. Det er i den gitte situasjonen vanskelig å se at overdragelsen av eiendommen har fått noen reell virkning for arvelaterne mens de levde, selv om eiendommen «formelt» tilhører arvingen.

Gjennom rettspraksis er det etablert tre avgjørende kriterier for vurderingen av om en gave mellom foreldre og barn eller barnebarn skal ansees som dødsdisposisjoner. Hambro oppsummerer kriteriene slik: «oppfyllelse», «realitet» og «motiv». Begrepet «oppfyllelse» har gjennom rettspraksis fått det samme innhold som spørsmålet om overføringens «realitet» for giver og mottaker.⁷⁷ Realiteten og oppfyllelsen av overdragelsen vurderes ut fra hvem som bebor eiendommen, betaler forsikringer og avgifter, mottar leieinntekter og har ansvaret for oppussing og vedlikehold. Selv om også formell overføring bidrar til å skape en form for realitet for partene, er det ikke et krav, jf. Rt-2007-776. Det er derfor ikke nødvendig med tinglysning for at «realitets»-kravet skal ansees for oppfylt.

For disposisjoner hvor formell gjennomføring har skjedd, men hvor disposisjonen har liten realitet og ikke kan sies å ha så mye mer realitet, blir motivet for overføringen et viktig moment.⁷⁸ «Motivet» blir i slike tilfeller brukt for å belyse om overføringen har hatt en realitet. Dersom motivet for arvelaterne har vært å gi arvingen en fordel framfor de øvrige arvingene eller å gjøre de øvrige arvingene arveløse, er det vanskeligere å se at overføringen innebærer noen realitet for arvelateren.⁷⁹ Eiendomsoverdragelser hvor det etableres eksklusiv boret for arvelaterne faller gjerne inn under disposisjoner som ansees for å ha liten realitet, og hvor det ikke kan sies å ha så mye mer realitet for partene. Spørsmålet blir da om «motiv» for boretten tilsier at det likevel er en livsdisposisjon.

⁷⁷ Peter Hambro. «Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål», nr. 2 for 2011 side 127 flg. (Artikkel 2011), side 133.

⁷⁸ *Ibid.* side 165.

⁷⁹ Se bl.a. Rt-2008-1589.

Borgarting lagmannsrett behandlet i LB-2015-78068 spørsmålet om en eiendomsoverføring som var betinget av eksklusiv boretts var en dødsdisposisjon. Arvelaterne hadde gitt sin boligeiendom, med forbehold om boretts så lenge de levde, til en av sine to arvinger. Arvelaterne mente at den andre arvingen hadde fått verdier som tilsvarte boligeiendommens verdi tidligere. Eiendomsoverdragelsen til arvingen ble tinglyst. Selv om det var skjedd en formell overføring av eiendommen til arvingen, var spørsmålet om realiteten for arvelaterne var tilstrekkelig til å anse overdragelsen som en livsdisposisjon. Arvelaterne hadde fortsatt å betale kommunale avgifter og andre utgifter knyttet til eiendommen. Til tross for at kravet om ugyldighet ble avvist som følge av foreldelse, behandlet lagmannsretten spørsmålet om overføringen av eiendommen var en ugyldig dødsdisposisjon.

Retten mente at det ikke var tilstrekkelig å konkludere med at det forelå en ugyldig dødsdisposisjon på bakgrunn av den eksklusive boretten som var etablert til fordel for arvelaterne eller at de hadde fortsatt å betale de offentlige avgiftene og andre løpende utgifter for eiendommen. Retten argumenterte for at motivet for overdragelsen, som var å fordele midlene i boet mellom de to arvingene rettferdig, kunne tilsi at det var tale om en livsdisposisjon. Retten uttalte i den forbindelse at:

«[e]n dom for at disposisjonen er ugyldig som dødsdisposisjon, vil dermed kunne sies å gi et urimelig resultat dersom man legger hovedvekten på at [arvelaterne] mente at [arvingen] skulle overta like store deler av formuen. Dette kunne etter lagmannsrettens mening tale for å legge større vekt på motivet for disposisjonen enn det som kan sies å ha vært vanlig i rettspraksis og teori».

Retten konkluderte imidlertid med at det ikke forelå noen realitet for partene i saken, og at det derfor var en ugyldig dødsdisposisjon. Avgjørende for rettens konklusjon var at arvelaterne var blitt pålagt å betale utgiftene i forbindelse med utbedringen av det elektriske anlegget i boligen. Rettens konklusjon var at:

«Til tross for at lagmannsretten mener gode grunner så langt kunne tale for samlet sett å anse disposisjonen som en livsdisposisjon, særlig på bakgrunn av motivet, er retten likevel kommet til at overføringen må anses ugyldig. Retten legger i dette helhetsbildet utslagsgivende vekt på at det i 2009 ble gitt et pålegg om utbedring av det elektriske anlegget i boligen (...). Dette var klart nok en regning som eieren av huset var ansvarlig for».

Avgjørelsen kan tas til inntekt for at etablering av eksklusiv boret i seg selv ikke er tilstrekkelig til å anse en eiendomsoverdragelse som en dødsdisposisjon. Avgjørende er om det etter en helhetlig vurdering av situasjonen fremstår som om overdragelsen innebar en realitet for partene, utover det rent formelle. Et sentralt moment i vurderingen er om motivet for disposisjonen er å gi gavemottakeren en fordel fremfor de øvrige arvingene eller om det er en legitim årsak til at arvelaterne gjennomfører disposisjonen. I den foreliggende sak var imidlertid ikke arvelaternes legitime motiv tilstrekkelig til å kompensere for manglende realitet for partene i saken.

I lys av rettspraksis stenger derfor ikke boretten for at overdragelse av fast eiendom mellom generasjoner kan anses som en livsdisposisjon, til tross for at disposisjonen medfører begrenset realitet for partene. Vurderingen må bero på en konkret helhetsvurdering hvor motivet for disposisjonen er viktig, men ikke avgjørende. Disposisjonen må derfor også innebære en «realitet» for partene utover det rent formelle.

5.5 Krav om omstøtelse av ugyldige dødsdisposisjoner og dens virkning for boretten

Dersom det foreligger en dødsdisposisjon og den ikke oppfyller innholds- og formkravene til testamente er den ugyldig, jf. arveloven § 60. Virkningen av at en disposisjon er ugyldig er at de midler eller eiendeler som er overført til mottageren må føres tilbake til arvelateren eller boet til arvelateren dersom en av arvingene til arvelater krever det.

Et ugyldig testament kan imidlertid i utstrekkelig grad bli gyldig dersom arvingene godkjenner det.⁸⁰ Dette innebærer også at arvingene kan velge om disposisjonen skal omstøtes in natura eller om omstøtelse skal skje mot pengevederlag. Dersom arvingene velger å akseptere et pengevederlag for omstøtelsen, medfører det nødvendigvis ikke at boretten opphører. Partene i borettsavtalen må da selv vurdere om den skal bli stående, da en tilbakeføring i pengevederlag kan utgjøre en bristende forutsetning i avtaleforholdet. En tilbakeføring in natura medfører imidlertid at avtalen mellom partene opphører. Boretten vil

⁸⁰ Se Peter Lødrup og John Asland, side 235.

da opphøre som følge av tredjepartsinteressens innvirkning på avtaleforholdet.

5.6 Misbruk av borettsrett for å undra verdier fra arveoppgjøret

5.6.1 Innledning

Som følge av at overdragelse av fast eiendom betinget av borettsrett kan skje vederlagsfritt eller tilnærmet vederlagsfritt, oppstår spørsmålet om etablering av borettsrett kan misbrukes for å omgå reglene om arv i arveloven. Problemstillingen om misbruk aktualiseres særlig i de tilfeller hvor det er vanskelig for de øvrige arvingene å se at borettsretten har en reell verdi. Utad kan det fremstå som om borettsretten kun gir arvelateren en rettighet i eiendommen han eller hun uansett ville hatt i kraft av å være eier av eiendommen. Hadde arvelater ikke overført eiendommen til arvingen ville han eller hun mest sannsynlig kunne fortsette å bo i boligen på eiendommen, og boligeiendommen ville inngått som en del av skiftet ved arvelaters død. Ved etableringen av borettsrett i eiendommen til fordel for arvelater, blir imidlertid ikke boligeiendommen en del av arveoppgjøret, og borettsretten er heller ikke gjenstand for deling. Det kan da fort oppleves urettferdig for de øvrige arvingene at den ene arvingen sitter igjen med boligeiendommen som gjerne er svært verdifull, mens resten av boet som er gjenstand for deling kun utgjør beskjedne verdier.

Spørsmålet er derfor om arvelovens regler i tilstrekkelig grad forhindrer at borettsretten blir misbrukt til å unndra verdier fra de øvrige arvingene.

5.6.2 Kan borettsretten misbrukes for å omgå regelen i arveloven § 19?

Som nevnt er utgangspunktet at gjenlevende ektefelle rår over midlene i boet slik han eller hun selv ønsker, jf. arveloven § 18. Når gjenlevende ektefelle sitter i uskifte, råder han eller hun derfor i utstrekkelig grad over midler som i utgangspunktet skulle tilfalt arvingen til avdøde.

Formålet med arveloven § 19 er å beskytte arvingenes arvelodd, ved å forsøke å forhindre at gjenlevende ektefelle «forringer» boets verdier. Gjennom rettspraksis har det blitt oppstilt en formel for utregning av borettsrettens verdi, i tilknytning til spørsmålet om det foreligger et gavesalg etter arveloven § 19. Borettsrettens verdi skal utregnes separat for så å trekkes fra

markedsverdien på eiendommen.⁸¹ Selv om denne løsningen i utgangspunktet forvansker gjenlevende ektefelles mulighet til å forfordle arvingene ved å etablere boret i eiendommen, kan man reise spørsmål om boretten til tross for denne begrensningen kan misbrukes for å omgå reglene om arv i arveloven. Dette er særlig aktuelt siden Høyesterett har uttalt at det må tas høyde for at overføring av eiendom mellom nærstående kan innebære at maksimal markedsverdi ikke blir benyttet.⁸² Problemet kan illustreres med følgende eksempel: Gjenlevende ektefelle har statistisk sett svært mange år igjen å leve. Markedsverdien på eiendommen i uskifteboet er relativt lav, mens leieverdien på tilsvarende boliger er, på bakgrunn av et presset leiemarked, høy. Verdien på boretten er derfor svært høy sammenlignet med verdien av eiendommen, og gjenlevende ektefelle kan da, tilnærmet vederlagsfritt, overdra eiendommen til ønsket arving. Spørsmålet blir da om arveloven § 19 på andre måter forhindrer misbruk av borettsordningen.

I LE-2006-25151 tok Eidsiva lagmannsrett stilling til om bortfall av boret kort tid etter gjenlevende ektefelle overførte 800 000 fra uskifteboet til en arving medførte at disposisjonen inneholdt et gaveelement. Midlene stammet fra salg av fast eiendom som arvelater tidligere benyttet som primærbolig. Overføringen av midlene var betinget av boret i eiendommen til arvingen, til fordel for gjenlevende ektefelle. Lagmannsretten uttalte at «[v]urderingen av om avtaleforholdet verdimesig inneholdt et gaveelement, må foretas ut fra forholdene på avtaletidspunktet». Uttalelsen kan tas til inntekt for at en senere utvikling som medfører at avtalen bli økonomisk gunstig for «mottakeren», ikke nødvendigvis innebærer at disposisjonen inneholder en «gave», jf. arveloven § 19 første ledd. Videre uttales det at «[d]ersom [gjenlevende ektefelle] hadde oppnådd statistisk levealder synes det klart at disposisjonen ikke ville ha inneholdt noe gaveelement fra [gjenlevende ektefelles] side», og at det derfor var uten betydning for gavevurderingen at gjenlevende døde kun 8 måneder etter at overføringen ble gjennomført. I den konkrete saken hadde det ikke vært synlig for partene på avtaletidspunktet at gjenlevende ektefelle, kun få måneder etter disposisjonen var gjennomført, kom til å dø. Retten mente at det derfor ikke var urealistisk av partene å basere avtalen på at gjenlevende ektefelle hadde mange år igjen å leve, og at «(...) en kapitalisering av verdien på boretten ut fra statistisk levealder, i tråd med reglene i lov 19. juni 1964 nr. 14

⁸¹ Se kapittel 5.2.

⁸² Rt-2010-1361 avsnitt 30 og 31.

om avgift på arv og visse gaver (arveavgiftsloven), innebar derfor ikke i seg selv et gaveelement». ⁸³

Avgjørende for rettens konklusjon var derfor om det var synlig for partene på avtaletidspunktet at boretten ikke kom til å bli benyttet. Dersom det hadde vært synlig ville det medført et gaveelement å legge til grunn en såpass høy verdi på boretten, da overføringen langt overstiger den «reelle» verdien av boretten. Avgjørelsen synes imidlertid også å oppstille motivet for overføringen som et moment av betydning for gavevurderingen. Dersom det hadde vært synlig for partene på avtaletidspunktet at gjenlevende ektefelle ikke ville komme til å benytte seg av boretten – for eksempel fordi partene har avtalt at boretten skal opphøre, eller at gjenlevende ektefelles sykdomsbilde på avtaletidspunktet tilsier at han eller hun ikke vil kunne benytte seg av boretten – kan det tale for at motivet for overføringen er å unndra eiendommen fra de øvrige arvingene. Med fare for å legge for mye i rettens uttalelse er det mest nærliggende å konkludere med at det avgjørende for gavevurderingen er om det var synlig for partene på avtaletidspunktet at boretten ikke kom til å bli benyttet, skjønt om motivet for overføringen var aldeles legitim.

Lagmannsrettens avgjørelse illustrer at boretts verdi i seg selv ikke innebærer et gaveelement, selv om den er svært høy. Gjenlevende ektefelle kan ha mange legitime grunner for at han eller hun ønsker å avhende eiendommen sin samtidig som han eller hun ønsker å fortsette å bo der. Gaveelementet oppstår først når partene, på avtaletidspunktet, er klar over at den boret de etablerer ikke tilsvarer den reelle verdien på boretten de har lagt til grunn for utregningen av fradraget fra markedsverdien på eiendommen. Hvis for eksempel partene på avtaletidspunktet er klar over at gjenlevende ektefelle ikke har tenkt til å benytte seg av boretten innebærer det en gave å legge til grunn verdien av en boret med utgangspunkt i forventet levealder som grunnlag for fradrag.

Arveloven § 19 forhindrer i så måte misbruk av boret for å unndra verdier fra arveoppgjøret ved å stille krav til utregning av verdien på motytelsen (i dette tilfellet er motytelsen boretten) fra mottageren. Herunder stilles det for det første krav om at fradraget tilsvarer den reelle verdien av motytelsen. Dette innebærer at en boret som er ment å vare i 10 år skal verdsettes som en boret som kun er ment å vare i 10 år, og ikke tillegges en høyere verdi. For det andre

⁸³ Se LE-2006-25151.

stilles det krav om at partene legger til grunn den verdi som det, på avtaletidspunktet, er realistisk at motytelsen vil ha. Dersom partene på avtaletidspunktet er klar over at boretten ikke kommer til å bli benyttet kan de ikke legge til grunn borettens verdi som fradrag fra markedsverdien uten å bli rammet av reglene i arveloven § 19.

5.6.3 Kan boretten misbrukes for å omgå arvelovens regler for dødsdisposisjoner?

Mens man lever står man som utgangspunkt fritt til å disponere over midlene sine slik man selv ønsker (med mindre man sitter i uskiftebo, jf. arveloven § 19).⁸⁴ Dette innebærer at man blant annet kan velge å bruke opp midlene sine eller gi gaver til enkelte av sine arvinger dersom man ønsker det. En forutsetning er imidlertid at disposisjonen er gjennomført mens giver lever, og at den har hatt en realitet for giver mens han eller hun lever.⁸⁵ Konsekvensen av at disposisjonen ikke innebærer noen realitet for giver er at disposisjonen er ugyldig, med mindre både de innholdsmessige kravene og formkravene for testament er oppfylt.⁸⁶ Om en gave fra arvelater til arving er en dødsdisposisjon beror på en helhetlig vurdering av situasjonen. Momenter som inngår i vurderingen er disposisjonens oppfyllelse, realitet og motiv. Kravene er oppstilt for å forhindre at arvelater skal kunne omgå reglene i arveloven ved å fordele midlene sine mens han lever, uten at det innebærer noen realitet for han før han er død.⁸⁷

Ettersom eiendomsoverdragelse betinget av eksklusiv borett som oftest medfører at disposisjonen har liten realitet for partene, blir motivet for disposisjonen et sentralt moment. At det gjennom rettspraksis oppstilles et krav om «motiv» i vurderingen av om disposisjonen er en dødsdisposisjon, innebærer at enkelte motiver kan bli ansett som illegitime. Et illegitimt motiv vil klart nok være om en disposisjon er gjennomført nettopp for å forhindre at de øvrige arvingene mottar den arv de har krav på, eller å gi gavemottakeren en fordel framfor de øvrige arvingene.⁸⁸ Et legitimt motiv vil være å forsøke å fordele midlene i boet rettfærdig mellom arvingene, slik tilfellet var i LB-2015-78068.

⁸⁴ Jf. prinsippet om selvbestemmelse.

⁸⁵ Se kapittel 5.4.

⁸⁶ Jf. arveloven § 60.

⁸⁷ Se kapittel 5.4.

⁸⁸ Se for eksempel Rt-2008-1589 avsnitt 30.

Motivet for en disposisjon kan imidlertid være vanskelig for retten å avdekke da det ofte er manglende konkrete beviser for hva giveren hadde ment og ønsket å oppnå med disposisjonen. Spørsmålet blir derfor om kravene til livsdisposisjonen i tilstrekkelig grad forhindrer at boretten blir misbrukt til å omgå reglene i arveloven.

Hambro har skrevet at man ut fra høyesterettspraksis kan «betegne disposisjonens «realitet» som *avgjørende* for vurderingen».⁸⁹ Kravet til realitet forhindrer i utstrekking grad at en borette blir etablert kun for å unndra midler fra arveoppgjøret. Realiteten av disposisjonen vil også være lettere for retten å avdekke enn motivet, da realitet kan etableres gjennom at mottakeren bor på eiendommen, betaler forsikringer og avgifter, mottar leieinntekter, har ansvar for oppussing og vedlikehold med mer. Realiteten kan da enkelt bevises gjennom at mottakeren fremlegger kvitteringer eller kontoutskrifter for betalte utgifter i tilknytning til eiendommen, eller ved at han viser til folkeregistret adresse på eiendommen. For de tilfeller der det er vanskelig å avdekke motivet for disposisjonen, vil «realiteten» – selv om den er liten – være utslagsgivende.

Kan det kun bevises liten realitet for disposisjonen, men et legitimt motiv for overføringen, kan dette trekke i retning av at det er tale om en livsdisposisjon. Kan det imidlertid kun bevises liten realitet, samt et illegitimt motiv eller det er vanskelig å avdekke motivet, taler det sterkt for å kjenne disposisjonen som en dødsdisposisjon som må oppfylle kravene etter arveloven § 60 for å være gyldig. Kravene til livsdisposisjoner som forutsetter en helhetlig vurdering av situasjonen, på bakgrunn av momentene oppfyllelse, realitet og motiv, vil dermed bidra til å forhindre at boretten blir misbrukt for å omgå reglene i arveloven.

6 Erstatning eller kompensasjon for tap av borette

6.1 Innledning

Å klarlegge borettes verdi kan ha interesse i flere sammenhenger, og beregningen av verdien kan være av betydning både for borettsshaveren og eieren. For borettsshaver vil det nok først og fremst være av interesse ved opphør eller avvikling av boretten. Tap av borette som følge av opphør vil i mange tilfeller utløse et erstatningskrav fra borettsshaver. Partene kan også

⁸⁹ Peter Hambro, side 129.

gjennom avtale ha blitt enige om at boretten skal avvikles. Borettskaper skal da kompenseres for det tap han eller hun lider som følge av opphøret eller avviklingen av rettigheten. Tapet borettskaper lider vil som utgangspunkt være tilsvarende borettsens verdi. For å kunne fastsettes størrelsen på erstatningskravet eller kompensasjonen må man derfor klarlegge verdien av boretten.

Også i forbindelse med klarleggingen av verdien på eiendommen boretten påhviler kan borettsens verdi være av interesse. For det første kan det være av interesse ved beregning av prisreduksjon på eiendom hvor det etableres boretts på eiendommen i forbindelse med salget. Ettersom boretten i slike tilfeller gjerne er en forutsetning for salget, vil det være naturlig å redusere prisen på boligen tilsvarende borettsens verdi. For det andre kan borettsens verdi ha betydning for beregning av salgsverdien av en eiendom hvor det allerede er påheftet en boretts. Boretten medfører normalt en reduksjon i verdien av en bolig og det kan tenkes at reduksjonen også her vil være tilsvarende borettsens verdi. For dette tilfellet er det imidlertid mer nærliggende å legge til grunn markedsverdien av eiendommen påheftet en boretts. Hvorvidt samme utregningsmodell som anvendes ved utregning av erstatning og kompensasjon for tap av boretts kan legges til grunn for utregning av prisreduksjon i boligens verdi er imidlertid ikke klart.

Borettsens lengde, karakter og omfang vil få betydning for beregningen både av dens verdi og hvilken prisreduksjon som kan legges til grunn for fradrag på boligen. Det er mange variabler som spiller inn i spørsmålet om verdien av boretten og verdien av eiendommen boretten påhviler.

I det følgende vil det være beregning av verdien til en boretts med sikte på å klarlegge summen på erstatning eller kompensasjon for tap av boretts som behandles. Først presenteres hvilke alternative utregningsmodeller som blir benyttet for utregningen av kompensasjon for tap av rettigheter i fast eiendom. Deretter undersøkes det om det eksisterer en generell utregningsmodell for boretts generelt, med utgangspunkt i de utregningsmetoder som har blitt benyttet i rettspraksis. Til slutt behandles de særlige reguleringer som gjelder for beregning av verdien på boretts i kårbolig.

6.2 Alternative utregningsmodeller

Av lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven) § 4-1 fremkommer det at erstatning for tingskade og annen formueskade skal dekke den skadelidtes økonomiske tap. Bestemmelsen gir uttrykk for et alminnelig erstatningsrettslig prinsipp om at den skadelidende part skal kompenseres for det økonomiske tap han lider som følge av «skaden» han eller hun har blitt påført. Dersom man av ulike årsaker taper en boret vil det kunne gi grunnlag for erstatning, spørsmålet er imidlertid hvordan man skal regne ut hvilket økonomisk tap boretshaver har lidd som følge av tapet av rettigheten.

Det er flere alternative måter å beregne erstatning eller kompensasjon for tap av rettighet på. Det er i denne forbindelse hensiktsmessig å se til de rettigheter i fast eiendom som er nærliggende boretten og hvordan man for de saker har beregnet erstatning eller kompensasjon for tapt rettighet, det vil i det følgende trekkes frem to bestemmelser som oppstiller lovregulerte utregningsmetoder for tap av rettighet i fast eiendom.

Av servituttløven § 7 andre ledd om avskipping fremkommer det at vederlaget for avskipping av servitutten ikke skal settes lavere enn det retten er verd for rettighetshaveren. Dette innebærer at rettighetshaveren skal kompenseres det tap han lider som følge av at rettigheten avvikles. Hvordan man beregner dette tapet vil imidlertid avhenge av hvilken type servitutt det er tale om. For eksempel ble det i en sak for Østfold jordskifterett gitt betydelig vederlag for avskipping av en veirett.⁹⁰ Veiretten som hvilte på eiendommen hadde som følge av samfunnsutviklingen blitt en betydelig ulempe for den tjenende eiendom. Servitutthaveren var imidlertid avhengig av veiretten som adkomst til sin egen eiendom, og retten uttalte at vederlaget derfor skulle sikre at servitutthaveren kunne etablere adkomst over egen eiendom. At man kan legge til grunn en slik utregningsmodell for boretten om at boretshaveren ved tap av boretten skal motta vederlag som skal sikre at boretshaveren kan etablere egen bolig er høyst tvilsomt.

Av borettslagsloven § 4-10 nr. (3) fremkommer det at «[u]tløysingssummen skal setjast til det andelen var verd like før utløysingsgrunnen kom opp». Andelens verdi fastsettes gjerne gjennom takst enten fra eiendomsmegler eller takstmann, og skal gjenspeile den verdi andelen ville hatt om den ble solgt på det åpne markedet. Borettsens verdi blir imidlertid ikke styrt av

⁹⁰ Østfold jordskifterett sak 24. november 2010 (JSAR-2009-32).

hva man kunne fått for boretten dersom den ble solgt på det åpne markedet, da det ikke finnes et marked for boretter som følge av at man anser den som en personlig rettighet. Heller ikke denne løsningen er derfor særlig godt tilpasset boretten.

Ut fra disse bestemmelsene kan man se at det eksisterer flere ulike måter å beregne verdien av en rettighet i fast eiendom på. Bestemmelsene er imidlertid tilpasset de særlige forholdene de regulerer og kan derfor nødvendigvis ikke gis direkte overføringsverdi til spørsmålet om borettens verdi. Boretten krever også rom for skjønn ved utregningen av borettens verdi, da det er flere faktorer som spiller inn i vurderingen. Til illustrasjon kan vi tenke oss følgende scenario: En borett ble etablert i forbindelse med overdragelse av boligeiendom, og det oppstår kort tid etter etableringen konflikter mellom partene. Dette fører til slutt til at partene ikke lenger klarer å opprettholde boretten, og borettshaver blir nødt til å fraflytte eiendommen. Ved overdragelsen ble det foretatt en nedjustering av prisen på boligen som en motytelse for boretten. Som eksempelet viser vil det derfor kunne være relevant å trekke inn nedjusteringen av eiendommens verdi som et moment i vurderingen av borettens verdi. Prisreduksjonen på boligen vil imidlertid gjenspeile den verdi partene i fellesskap mener at boretten har, og er derfor ikke overførbart til andre tilfeller hvor boretten har gått over en lengre tid eller boretten ikke er etablert i forbindelse med overdragelse av eiendom.

Det er ikke klart om borett etablert som ledd i generasjonsskifte er omfattet av noen av disse utregningsmodeller. Som utgangspunkt må man likevel se til stiftelsesgrunnlaget for veiledning om utregning av erstatning eller kompensasjon for tap av rettigheten. Dersom stiftelsesgrunnlaget ikke gir veiledning for utregningen blir spørsmålet hvordan man skal beregne borettens verdi. Spørsmålet i det følgende er derfor om det foreligger noen generell utregningsmodell for beregning av borettens verdi.

6.3 Beregning av borettens verdi

Borett som er etablert som ledd i generasjonsskifte bygger enten på avtale eller testamente. Dersom stiftelsesgrunnlaget ikke inneholder noen bestemmelser om hvordan erstatningsspørsmålet skal løses, vil det være behov for å se til andre rettsgrunnlag for løsning av spørsmålet. Borett er som nevnt ikke omfattet av noe bestemt regelsett, og det finnes derfor ingen lovbestemmelser som direkte regulerer spørsmålet om borettens verdi. Som vi har sett i kapittel 6.2 finnes det ulike utregningsmodeller for beregning av erstatning for tapt rettighet i fast eiendom. Ingen av de ovennevnte alternativene gir imidlertid direkte løsning for

spørsmålet om beregning av erstatning eller kompensasjon for tapt boret. Spørsmålet i det følgende er derfor hvilken modell som skal legges til grunn for beregningen av erstatning for tap av boret.

Ettersom lovgivningen ikke gir noe direkte svar må man se til de løsninger som har blitt lagt til grunn i rettspraksis. I Rt-2010-1361 tok Høyesterett stilling til verdsettelsen av en vederlagsfri og livslang boret for gjenlevende ektefelle i forbindelse med overdragelse av fast eiendom fra uskifte. Saken gjaldt krav om omstøtelse av eiendomsoverdragelsen som følge av gavesalg i strid med arveloven § 19 første ledd, jf. fjerde ledd.

I forbindelse med spørsmålet om verdsettelsen av boretten uttales det i avsnitt 26 at det «(...) ikke er tvilsomt at det er tale om å finne fram til en målestokk for vederlagets økonomiske verdi i et åpent marked (...) behovet for praktikable løsninger som ikke virker prosessdrivende taler med tyngde for å bygge på boretens verdi: Markedsleie for tilsvarende bolig kan da være en nærliggende verdimarkør, som grunnlag for neddiskontering». Rettens uttalelse taler for at boretters verdi skal fastsettes med utgangspunkt i markedsverdien for leie av tilsvarende bolig. Høyesterett presiserer imidlertid i avsnitt 27 at den utregningsmetode de oppstiller kun gjelder for de tilfeller der selger har betinget seg eksklusiv bruksrett til hele eiendommen eller til en separat boenhet ved overdragelse av boligeiendom. Retten begrenser med dette avgjørelsens relevans som rettsgrunnlag for utregning av verdien på boret i andre typetilfeller en den foreliggende. For eksempel vil boret etablert gjennom testament falle utenfor.

Det er imidlertid flere momenter som trekker i retning av at den samme eller en lignende utregningsmetode generelt skal ha anvendelse ved fastsettelsen av boretters verdi. Av hensyn til forutberegnelighet for partene og rettsenhet i systemet burde det foreligge en generell modell som løser verdispørsmålet. Det vil være enklere for partene å klarlegge sin rettsstilling utenfor domstolsapparatet dersom de kan fastsette boretens verdi med utgangspunkt i en generell utregningsformel. Dette vil også være prosessdempende for domstolsapparatet.

Borgarting lagmannsrett har i dommen inntatt i LB-2006-185709 behandlet spørsmålet om erstatning for bortfall av boret. Retten uttrykker her at utregningen av verdien av boretten vil være preget av skjønn for de tilfeller der det er vanskelig å finne sammenlignbare boliger på leiemarkedet. Hvilke momenter som skal trekkes inn i dette skjønnet er ikke klart, men retten viser til at avgjørelsen grunner i «(...) det man i alminnelighet vet om leiepriser for sammenlignbare lokaler». Ved utregningen tar retten utgangspunkt i lov 19. juni 1964 nr. 14

om avgift på arv og visse gaver (arveavgiftsloven) [opphevet] § 13 som oppstiller en multiplikator for utregning av kapitalverdien, og viser til at multiplikatoren for en mann som er forventet å leve i 20 år til er satt til 14,134. Multiplikatoren som oppstilles anvendes for å multiplisere antatt årlig leie av tilsvarende bolig for å klarlegge den totale verdien av en livslang boret.

Lagmannsretten anvender det samme utgangspunkt for beregningen av verdien som Høyesterett senere anvender i dommen fra 2010. Spørsmålet om verdsettingen i lagmannsrettsdommen knytter seg imidlertid ikke til et tilfelle der selger har betinget seg eksklusiv bruksrett til eiendommen ved overdragelse av boligeiendom. Boretten var i den følgende saken etablert på bakgrunn av det nære forholdet mellom leietaker og eieren av leiegården boretten var påheftet. Høyesterett la i 2010 dommen til grunn at boretts verdi skulle ta utgangspunkt i markedsprisen for leie av tilsvarende bolig. Borgarting lagmannsrett åpner imidlertid også for at verdien kan justeres enten opp eller ned etter en konkret skjønsmessig vurdering av de særlige forhold i saken.

Selv om hensynet til forutberegnelighet taler for at verdiutregningen ikke burde foretas med utgangspunkt i skjønsmessige vurderinger, er det hensiktsmessig å åpne for justeringer i de tilfeller der resultatet blir urimelig for en av partene. Denne mer nyanserte utregningsmetoden er også anvendelig for de øvrige problemstillinger – blant annet spørsmålet om prisreduksjon på boligeiendom som er påheftet boret – som avhenger av utregningen av verdien til en boret. Det er derfor mulig å oppstille en generell utregningsformel som kan løse spørsmålet om boretts verdi i de ulike sammenhenger som spørsmålet dukker opp i.

Det er også andre eksempler fra rettspraksis på at de særlige forhold i saken har innvirkning på det endelige erstatningsbeløp for tap av boret. I LE-1996-331 ble det også tatt stilling til spørsmålet om utregning av erstatning for bortfall av boret som følge av avtalerevisjon etter avtaleloven § 36. Lagmannsretten uttalte i den forbindelse at retten etter en helhetsvurdering var kommet til at «partene måtte bære hver sin halvdel av det beløp som skal til for å erstatte [rettighetshavers] føderåd. Det er da også tatt hensyn til partenes økonomi». Avgjørende for retten i den foreliggende sak var at boretshaveren hadde hatt urealistiske forventninger til føderådet, samt at boretshaveren hadde en sterkere økonomisk posisjon enn eieren av eiendommen som boretten påhvilde.

Alle de ovennevnte rettsavgjørelser har ved utregningen av borettsens verdi tatt utgangspunkt i arveavgiftsloven § 13. Denne loven ble imidlertid opphevet i 2014, og det kan derfor stilles spørsmål ved om man fortsatt kan ta utgangspunkt i de multiplikatorer som bestemmelsen oppstiller. Ettersom en opphevet lov ikke kan fungere som rettslig grunnlag for løsning av rettslige problemstillinger, er svaret på dette spørsmålet enkelt nok nei. Man kan likevel bygge videre på utgangspunktet om at verdien beregnes ut fra markedsverdien på lignende leieobjekter. For livslange boretter vil man være avhengig av en satt multiplikator. Det kan da være hensiktsmessig å legge til grunn den forventede levealderen som multiplikator. Dette vil imidlertid medføre en vesentlig høyere totalverdi enn det som følger av multiplikatorene i arveavgiftsloven.

Alternativet til at borettsens verdi fastsettes ved en bestemt formel, er at det i den enkelte sak blir innhentet en takstmann som verdsetter leieprisen på boligen. Lokale takstmenn vil normalt ha god kunnskap om markedsprisen for leie av tilsvarende bolig. Det er imidlertid hensiktsmessig at også takstmenn har en utregningsformel å forholde seg til ved fastsettelsen av verdien på boretten. Dersom de ulike takstmenn anvender ulike utregningsformler for verdsettelsen, vil dette kunne være konfliktfremmende og prosessdrivende.

Status quo er at det ikke foreligger noen generell utregningsmodell for beregningen av borettsens verdi. Behovet for en slik utregningsformel er imidlertid tilstede, og et godt utgangspunkt for denne vil være leieverdi for tilsvarende bolig ganger borettsens varighet. Det er imidlertid mye som taler for at den endelige verdisettingen må bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering av de konkrete forhold i saken.

6.4 Særlig om beregningen av verdien av en boret i kårbolig

Finansdepartementet har gjennom forskrift oppstilt en spesiell verdsettingsregel for brutto leieverdi av en kårbolig på gårdsbruk. Av forskrift 10. desember 2019 nr. 1721 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2019 § 3-2-4 fremkommer det at leieverdien av en kårbolig under 60 kvm bruksareal er 15 500,-. For bruksareal mellom 60 til 100 kvm er leieverdien 23 300,- og for

kårbolig med over 100 kvm bruksareal er leieverdien 31 000,-.⁹¹ Spørsmålet er da om det foreligger en særlig utregningsmodell for boret etablert gjennom kårkontrakt.

Kårboliger kommer i en særstilling sammenlignet med andre boliger det er knyttet boret til. Det vil ikke være en like heldig løsning for beregning av verdien av en boret knyttet til andre typer boliger/eiendommer, om det var oppstilt en lignende sjablongverdi for leieverdien av boligen. En slik utregningsmodell ville ikke tatt høyde for at leie av bolig inne i sentrum som oftest er langt høyere enn leie av en bolig ute i distriktene, samt de øvrige geografiske skillene i leiepriser. Kårboliger på gårdsbruk har gjerne flere likhetstrekk hva gjelder beliggenhet i forhold til sentrum og sentrale fasiliteter som butikker, legekontorer, arbeidsplasser og lignende. Dette kan tale for at det er enklere å oppstille en gitt sats eller sjablongverdi, for leiepris av kårboliger på gårdsbruk, enn for andre typer boliger. Kårboliger kan fremstå som en mer homogen gruppe boliger og eiendommer. Dette momentet kan imidlertid ikke tillegges for mye vekt, da det også blant kårboligene er store variasjoner hva gjelder standard og beliggenhet.

Finansdepartementets spesielle verdsettingsregel for beregning av brutto leieverdi av kårbolig på gårdsbruk er begrenset til å gjelde inntektsåret 2019. Departementet har imidlertid utarbeidet tilsvarende forskrifter for inntektsårene 2016, 2017 og 2018.⁹² Dette taler for at forskriften årlig vil oppdateres, og at verdsettingsregelen for leie av kårbolig vil følge den økonomiske utviklingen i samfunnet. Den senest ikraftsatte forskriften for verdsetting vil alltid være gjeldende, og en årlig oppdatering medfører at verdsettingsbestemmelsen som oftest er svært aktuell.

Et sentralt spørsmål er imidlertid om forskriftens bestemmelse åpner for justeringer av verdsettingen slik som i LE-1996-331. Forskriftens § 3-2-4 tredje ledd oppstiller enkelte momenter som vil kunne føre til nedjustering av leieverdien. Her fremkommer det blant annet at manglende bade-/dusjrom eller toalett inne i boenheten kan medføre en reduksjon av verdien med 25 prosent. Dette er likevel ikke sammenlignbart med dommen fra 1996 hvor det for eksempel ble tatt høyde for partenes økonomi ved beregningen av erstatning for tap av

⁹¹ Hva som regnes som bruksareal kan leses ut av forskriftens § 3-2-4 andre ledd.

⁹² «Forskrift 15. november 2016 nr. 1328 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2016», «Forskrift 14. november 2017 nr. 1779 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2017» og «Forskrift 7. november 2018 nr. 1666 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2018».

føderåd – og erstatningen ble halvert. Det finnes ingen eksempler fra rettspraksis hvor forskriften er lagt til grunn for utregningen av verdien av en boret i kårbolig. Det er derfor ikke klart om det er adgang til å justere verdien på bakgrunn av de konkrete forhold i saken, eller om det overhode er mulig å benytte forskriftens bestemmelse til beregning av borettens verdi.

Forskriften er i utgangspunktet utarbeidet for verdsetting av formues-, inntekts- og fradragposter ved beregning av skatt. Det er derfor ikke uten videre mulig å legge den til grunn for utregning av en boret i kårbolig. Formålet med forskriften er, som det fremkommer av navnet, å fastsette verdi på formues-, inntekts-, og fradragposter som i utgangspunktet er skjønnsbaserte. Den er med andre ord utarbeidet for å lette arbeidet med verdsettelse av ulike poster for utregning av skatt. Selv om sjablongverdien av de ulike postene i størst mulig grad er søkt å reflektere den reelle verdien, vil den ikke ta høyde for alle de individuelle forskjellene som kan ligge til grunn for verdsettelsen av de konkrete objektene. Det er derfor vanskelig å se at bestemmelsene i forskriften kan anvendes til verdsettelse av ulike formuesobjekters utenfor skatterettens område.

Reelt er rettstilstanden rundt verdsettelse av boret uavklart. Verdien av boret etablert i forbindelse med generasjonsskifte både i og utenfor jordskifte må likevel, som nevnt, ta utgangspunkt i markedsleie for tilsvarende bolig. Det er imidlertid også behov for en multiplikator som bidrar til å beregne den totale verdien av borett. Ut fra et *de lege ferenda*-synspunkt bør lovgiver gjennom forskrift oppstille en multiplikator som kan justeres i takt med menneskets forventede levealder, slik at partene selv eller innleide takstmenn har en satt multiplikator de kan anvende ved utregningen av borettens verdi.

7 Hvordan bør borett reguleres?

7.1 Innledning

Enhver som har stått i en borettkonflikt vil nok bekrefte at borett som institutt oppleves både utilgjengelig og uklar. Mangelen på klare rettsgrunnlag for løsning av konflikten kan oppleves som svært frustrerende og forvirrende for stridende parter i et borettforhold. For å avklare flere av de spørsmål som kan dukke opp i forbindelse med et borettforhold kreves det gode kunnskaper om jussens metode og om de generelle rettsregler som regulerer

tilsvarende rettighetsforhold, noe som klart indikerer et behov for tydeligere regulering av boretten.

Behovet for regulering støttes ytterligere av at stiftelsesgrunnlaget for boretten normalt er svært mangelfullt og gir grobunn for konflikt mellom partene. Boretten etablert som ledd i generasjonsskifte karakteriseres normalt av ikke-profesjonelle parter med et nært forhold til hverandre. Det kan ikke forventes at partene vil inneha adekvate kunnskaper om utforming stiftelsesgrunnlag for rettigheter. Det er heller ikke riktig å bebyrde partene med ansvaret med å forutse og å løse alle mulige konflikter som kan oppstå i et borettsforhold. Selv om man kan argumentere for at partene kan benytte seg av juridisk rådgivning ved utformingen av stiftelsesgrunnlaget er dette unødvendig ressurskrevende for den enkelte part. Dette forsterkes særlig sett i sammenheng med at boretten alternativt kunne falt tilbake på generelt utformede regler for løsning av konflikt i borettsforhold, slik at jussen ble tilgjengelig også for den alminnelige ikke-jurist.

Spørsmålet i det følgende er hvordan boretten bør reguleres fra et *de lege ferenda*-synspunkt. For det første tas det stilling til hvilke alternative måter boretten kan reguleres på, og deretter tas det stilling til hvem som bør ta ansvaret for å regulere boretten og hvordan dette eventuelt kan gjøres.

7.2 Alternative måter boretten kan reguleres på

Det er flere alternative måter boretten kan reguleres på, blant annet gjennom lovgivning, gjennom privatautonomien eller gjennom rettspraksis. De alternative reguleringsformene er imidlertid ikke absolutte og utelukker dermed ikke hverandre. Boretten kan derfor tenkes regulert gjennom den enkelte reguleringsform eller gjennom en kombinasjon av dem. I det følgende vil det bli redegjort for de nevnte alternative reguleringsformene.

Dersom boretten skal reguleres gjennom lovgivning kan det i hovedsak oppstilles to alternative måter lovgiver kan regulere rettighetsforholdet på. For det første kan lovgiver utforme en egen særlov for boretten som innebærer at boretten får en egen boretts-lovgivning. For det andre kan boretten innlemmes i allerede eksisterende regelsett som regulerer forhold som er tilgrenset boretten. Det er da tale om å utvide anvendelsesområdet til et regelsett som regulerer forhold som har flere likhetstrekk med boretten, for eksempel husleieloven eller servituttloven. Som tidligere nevnt er det flere tilfeller hvor boretten er direkte omfattet av

husleieloven, og det hersker tvil om hvorvidt boretten er en servitutt.⁹³ Husleieloven og servituttloven kan derfor være gode alternativ til å regulere borettsforhold, enten direkte gjennom at lovens utvides gjennom forskrift eller ved at lovens anvendelsesområde utvides gjennom rettspraksis.

Privatpersoner har, innenfor lovens grenser, avtalefrihet, jf. lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske Lov) 5-1-1. Enhver som ønsker det kan derfor inngå avtale om boret. Dette innebærer at boretten kan reguleres gjennom avtale mellom partene. Slik rettstilstanden er i dag kan man si at borettsforhold som utgangspunkt reguleres gjennom avtaler (og for enkelte tilfeller gjennom testamente). Avtaler kan imidlertid være av forskjellig karakter, og det skilles normalt mellom avtaler som er utarbeidet for det aktuelle rettsforholdet (individuelle avtaler), og avtaler som er utformet for å dekke rettsforhold av en nærmere bestemt karakter (standardavtaler).⁹⁴ For boretten har det til nå vært de individuelle avtalene som har dannet kildegrunnlaget for løsning av konflikt mellom partene. Et alternativ for regulering av boret er dermed at det utarbeides en standardkontrakt som kan benyttes for boret som etableres som ledd i generasjonsskifte av fast eiendom.

Domstolenes oppgave innebærer blant annet å avklare og – i samspill med lovgiver – å utvikle retten.⁹⁵ For de rettsforhold som i stor grad baseres på skjønn og som i liten grad er egnet for detaljstyring vil regulering gjennom domstolpraksis kunne være den beste løsningen. Rettspraksis har utgjort en sentral del av reguleringen av boretten, blant annet har den ulovfestede lære om utløsning av misbruker blitt utviklet gjennom rettspraksis.⁹⁶ Et alternativ er derfor at boretten fortsettes å utvikles gjennom domstolpraksis – enten i kombinasjon med regulering gjennom privatautonomien, i kombinasjon med regulering gjennom lovgivning eller i en kombinasjon med begge alternativene.

Det er også flere alternative måter boretten kan reguleres på. Her kan blant annet sedvane, rettslige prinsipper eller reelle hensyn nevnes. Disse vil imidlertid ikke behandles i det følgende da det er klart at de ikke medfører en klarere regulering av boretten.

⁹³ Se kapittel 2.

⁹⁴ Jens Edvin Skoghøy, side 94.

⁹⁵ *Ibid.* Side 105.

⁹⁶ Se kapittel 4.4.

7.3 Hvem skal ta ansvaret for reguleringen av boretten?

Som nevnt står boretten som institusjon overfor et problem; den er uklar og utilgjengelig for den alminnelige ikke-jurist. Frem til nå har lovgiver overlatt ansvaret for regulering av boretten til domstolene og privatautonomien. Som det ble nevnt innledningsvis i kapittel 7.1 er det flere argumenter som taler for at boretten bør reguleres gjennom lovgivning, da regulering gjennom lovgivning generelt er ansett som den mest egnede måten å gjøre jussen tilgjengelig for allmenheten på. Helt overordnet kan man si at behovet for forutberegnelighet for partene er det styrende hensyn som taler for regulering av boretten gjennom lovgivning.

En sentral del av borettsforhold er retten til å bo på en annen parts eiendom med de kjennetegn en besitter av boligeiendom har. Borettsforhold har imidlertid mange ulike stiftelsesgrunnlag, ulikt innhold og søker å ivareta ulike hensyn. De ulike stiftelsesgrunnlagene – avtale, testamente og kårkontrakt – har ulike regelsett som gir løsning for spørsmål om etablering, tolkning av rettighetens innhold og endring eller opphør av rettigheten. Innholdet i boretten og de hensyn den søker å ivareta kan også være innbyrdes ulikt for det enkelte borettsforhold. Lovgivning gir generelle regler som skal gjelde for alle borettsforhold som faller utenfor annen lovgivning, og er derfor ikke godt egnet til detaljstyring av enkeltforhold. Det kan dermed argumenteres for at en lovregulering med generelt utformede regler ikke vil kunne fange opp de ulike borettenes individuelle særtrekk. For å romme særtrekkene, kan lovgiver gi domstolene skjønn til å tilpasse bestemmelsene til hvert enkelt forhold. Et vidt skjønn vil imidlertid uthule lovgivningens funksjon da dette i realiteten medfører at domstolene får ansvaret med å utforme innholdet i reguleringen av boretten. Skjønnen vil da medføre at loven mister mye av sin forutberegnelighetsskapende funksjon.

Generelt utformede lovregler er imidlertid ikke et nytt fenomen. Mange lovregler – om ikke de fleste innenfor privatrettens område – er utformet generelt for å kunne fange opp ulike situasjoner.⁹⁷ Til illustrasjon kan man blant annet trekke frem avtaleloven og servitutloven som er generelt utformede regelsett som tar sikte på å fange opp mange ulike rettsforhold. Servitutloven søker for eksempel å regulere mange ulike typer rettigheter i fast eiendom – rettigheter som i likhet med boretten hovedsakelig etableres gjennom avtale eller testamente, men også sedvane. Det vil ikke bli drøftet hvorvidt reguleringen av servitutter gjennom

⁹⁷ Jens Edvin Skoghøy, side 16.

servituttloven er vellykket, men eksempelet illustrerer at begrenset mulighet til å gi konkrete lovregler ikke er tilstrekkelig for å avfeie regulering gjennom lov som et adekvat alternativ for regulering av boret. Boretten er normalt en mer inngripende rettighet enn servituttene, ved at borettskaver og eieren bruker eiendommen side om side stort sett hver dag. Boretts inngripende karakter taler med tyngde for at det foreligger et behov for klarere reguleringer rundt partenes bruk av eiendommen. Sammenholdt med servituttloven synes det derfor å være større behov for en boretts-lov med generelt uformede regler konflikter om boret kan falle tilbake på. Regulering gjennom lovgivning – konkret så vell som generelt utformet – vil gjøre borettsinstituttet mer tilgjengelig for allmenheten og der igjen mer forutberegnelig for partene i et borettsforhold.

Lovgivningen vil imidlertid ikke være tilstrekkelig til å regulere boretten alene. En boretts-lov vil i bestefall kunne være generelt utformet, og det samme gjelder dersom boretten inntas som en del av servitutt- eller husleieloven. Det vil derfor likevel være behov for domstolenes rettskapende og rettsutviklende funksjon for å klarlegge det videre innholdet i bestemmelsene og hvordan saker om boret helt konkret skal løses. Boretts sammensatte karakter er i seg selv et hinder for reguleringer som fult ut gir klare løsninger for problemstillinger knyttet til borettsforhold. Videre vil det fortsatt være behov for at boretten som utgangspunkt bygger på privatautonomien, samt retten til å råde over sine eiendeler slik man selv ønsker, slik at boretten fortsatt kan etableres gjennom avtale eller testamente. Servituttloven er deklarasorisk og åpner dermed for at servitutter kan etableres og reguleres både gjennom avtale og testamente, samtidig som at rettighetsforholdet kan falle tilbake på et generelt utformet regelverk dersom stiftelsesgrunnlaget kommer til kort.⁹⁸ En eventuell boretts-lov vil derfor også måtte være deklarasorisk.

Regulering av boret gjennom standardkontrakt vil som følge av sin generelle utforming møte på mange av de samme problemene som regulering gjennom lov. En standardkontrakt kan imidlertid fungere som en mal for etablering av boret gjennom avtale. Et eksempel på dette er husleieforeningens leiekontrakt som brukes hyppig i ulike leietakerforhold. Dette vil kunne bote på problemet med at mange av stiftelsesgrunnlagene for boret er mangelfulle og dermed redusere konflikter. Partene får gjennom standardkontrakten veiledning om hvilke forhold avtalen bør regule og hvordan man kan løse eventuelle konflikter som kan oppstå i et

⁹⁸ Jf. Servituttloven § 1 andre ledd.

borettsforhold – på den måten løses mange av konfliktene i borettsforhold preventivt. På den andre siden vil ikke en standardkontrakt ta høyde for de individuelle forskjellene ved det enkelte borettsforhold. Dersom standardkontrakten kun skal brukes som en mal for etablering av borettsforhold vil det likevel være mange konflikter i tilknytning til borettsforhold som forblir uløst. Blant annet vil ikke standardkontrakten kunne gi løsning for konflikter i allerede-eksisterende borettsforhold som er etablert ved individuelle avtaler, ettersom standardkontrakten ikke fungerer som bakgrunnsrett. En standardkontrakt vil heller ikke fungere som stiftelsesgrunnlag for borettsforhold etablert gjennom testamente, da dette forutsetter at avtalen oppfyller formkravene for testamente etter arveloven kapittel VII. Selv om en standardkontrakt vil virke preventivt for konflikter i borettsforhold, bøter den ikke på de mer sentrale problemene tilknyttet borettsforhold; reguleringen er utilgjengelig og uklar. Mange konflikter tilknyttet borettsforhold vil derfor – til tross for standardkontrakten – fortsatt stått uten reguleringer som gir grunnlag for løsning.

Borettsforhold synes ikke å være særlig prosessdrivende, da få saker om borettsforhold bringes inn for behandling. Dette skyldes nok imidlertid ikke mangelen på konflikter, men heller usikkerheten rundt utfallet av rettssaken. Terskelen for å gå til sak er nok høy når det råder usikkerhet rundt borettsforholdets regulering og det dermed er vanskelig for partene å beregne den prosessøkonomiske risikoen ved å bringe saken inn for retten. Ettersom det bringes så få saker om borettsforhold inn for domstolene vil det også ta lang tid før man får rettspraksis som avklarer og utvikler rettsgrunnlag som gir løsning for konflikter om borettsforhold. Det vil derfor ta lang tid og være økonomisk belastende for partene i et borettsforhold å få svar på de spørsmål som kan oppstå i forbindelse med et borettsforhold. Dersom borettsforholdet skal fortsette å utvikles gjennom rettspraksis vil man heller ikke løse problemet med manglende forutberegnelighet og tilgjengelighet for partene i borettsforhold. Forhandlinger – eventuelt med advokatbistand – som ikke har samme sakskostnader som rettssak vil nok for mange synes rimeligere. Dette forutsetter imidlertid i stor grad at partene i fellesskap kommer til en løsning, noe som kan være vanskelig fordi partene kan være uenig i hva som er den beste eller mest rettferdige løsningen.

Regulering gjennom rettspraksis vil imidlertid kunne ta høyde for de mange ulike borettsforhold som eksisterer, og gi retten mulighet til å utøve skjønn i den enkelte sak. På denne måten blir reguleringen av borettsforholdet dynamisk og kan tilpasses det enkelte forhold. Borettsforholdets inngripende karakter og partenes nære forhold taler imidlertid med tyngde for at det viktigste hensynet i borettsforhold er forutberegnelighet og tilgjengelighet på klare

reguleringer. Uklare og utilgjengelig rettsgrunnlag vil kunne skape større og flere konflikter enn det som er nødvendig, noe som er en uheldig utvikling i et rettighetsforhold hvor partene bruker eiendommen side om side. Regulering gjennom rettspraksis vil derfor heller ikke bøte på flere av de sentrale problemstillingene knyttet til regulering av boret.

Som illustrert har de alternative reguleringsformene problemstillinger ved seg som gjør at spørsmålet om hvordan boretten bør reguleres ikke har noe klart svar. Dersom boretten fortsetter å bygge på privatautonomien som utgangspunkt, samtidig som de relevante rettsgrunnlagene fortsetter å utvikles og avklares gjennom rettspraksis, vil borettenes individuelle karakter i stor grad tas høyde for. Regulering gjennom lovgivning vil imidlertid skape større forutberegnelighet for partene og gi partene et regelverk å falle tilbake på dersom stiftelsesgrunnlaget kommer til kort. Lovgivning synes derfor ut fra et *de lege ferenda*-synspunkt å være den mest egnede løsningen for regulering av borettsforhold, endog i samspill med privatautonomien og domstolenes rettsutviklende og rettsavklarende funksjon.

8 Kort oppsummering av de mest sentrale funn

Gjennom avhandlingen har jeg søkt å gjøre rede for og analysere gjeldende rett – *de lege lata*. Det mest fremtredende funnet i denne avhandlingen er at boretten har et fragmentarisk rettskildeg grunnlag og at det derfor er uavklart hvilket rettighetsforhold boretten egentlig er. Dette kommer også til syne gjennom rettspraksis – se for eksempel LB-2006-185709 og LF-2010-197359 – hvor det både har blitt tatt til orde for at boretten er direkte omfattet av husleieloven, at den er omfattet av servituttloven og at den er uregulert. Slik det fremkommer av [kapittel 2](#) kan boretten hverken sies å være et husleieforhold eller en servitutt fullt ut. Konflikter knyttet til boret må derfor løses med utgangspunkt i de rettsgrunnlag som regulerer de ulike stiftelsesgrunnlagene, analogi fra andre regelsett og ulovfestet rett.

At det er adgang til å trekke analogier fra andre regelsett, samt å løse konflikter på grunnlag av ulovfestet rett har også kommet til uttrykk gjennom rettspraksis. Til illustrasjon kan man trekke frem LG-1996-773 hvor retten har tatt til orde for at det blant annet er adgang til å anvende sameieloven analogisk for spørsmålet om opphør av boret. Videre har retten gjennom RG-1953-621 oppstilt en ulovfestet lære for utløsning av misbruker i kår, som gir grunnlag for opphør av boret etablert gjennom kårkontrakt på ulovfestet grunnlag.

Konsekvensene av at boretten er så fragmentarisk er at det er vanskelig for partene å forutse sin rettsstilling, samt at det kreves gode kunnskaper om jussens metode og de generelle rettskilder for å løse konflikter om borettsforhold. Videre vil borettsens fragmentariske karakter medføre at rettsreglene ofte kommer til kort. Til illustrasjon kan man vise til behovet for regulering av en «tålegrense» i borettsforhold. Slik rettstilstanden er i dag eksisterer det ingen regulering av en tålegrense mellom partene i et borettsforhold, og partene mangler således et vern mot den andres overdrevne bruk av eiendommen. Det er også behov for reguleringer om utløsning av misbruker for alle typetilfeller av borettsforhold og for reguleringer om beregning av borettsens verdi. Den eneste reelle måten partene i et borettsforhold kan få svar på disse spørsmålene er ved at spørsmålet tas opp til behandling av Høyesterett eller ved at lovgiver tar ansvaret med å utforme lovregler som regulerer forholdet.

Jeg har også forsøkt å ta stilling til borettsens regulering fra et *de lege ferenda*-synspunkt ved å vurdere hvordan boretten bør reguleres. Analysen har vist at boretten har en uklar og utilgjengelig regulering, og behovet for klarere regulering av boretten er derfor tilstede. Slik det fremkommer av kapittel 7 er imidlertid ingen av de alternative reguleringsformene som ble behandlet – herunder lovgivning, privatautonomien og rettspraksis – problemfri. Ut fra hensynet til forutberegnelighet for partene og tilgjengelighet til jussen synes imidlertid den mest egnede løsningen å være at lovgiver tar ansvaret og regulerer boretten gjennom lovgivning.

Lovregister

Arveavgiftsloven	Lov 19. juni 1964 nr. 14 om avgift på arv og visse gaver (arveavgiftsloven) [opphevet]
Arveloven	Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m. (arvelova)
Arveloven (2019)	Lov 14. juni 2019 nr. 21 om arv og dødsboskifte (arveloven) [ikke trådt i kraft per 30.04.2020]
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljесerklæringer (avtaleloven)
Borettslagsloven	Lov 6. juni 2003 nr. 39 om burettslag (burettslagslova)
Endring i avtaleloven	Lov 4. mars. 1983 nr. 2 om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuesrettslig lempingsregel)
Helse- og omsorgstjenesteloven	lov 24. juni 2011 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)
Husleieloven	Lov 26.mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven)
Husleieloven (1939)	Lov 16. juni 1939 nr. 6 om husleie [opphevet]
Naboloven	Lov 16. juni 1961 nr. 15 om rettshøve mellom grannar (grannelova)
Norske Lov	lov 15. april 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov
Plan- og bygningsloven	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
Sameieloven	Lov 18. juni 1965 nr. 6 om sameige (sameigelova)

Servituttloven Lov 29. november 1968 um særlege råderettar over framand eigedom (servituttlova)

Skadeserstatningsloven Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

Forarbeider og øvrige offentlige dokumenter

Forskrift 15. november 2016 nr. 1328 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2016

Forskrift 14. november 2017 nr. 1779 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2017

Forskrift 7. november 2018 nr. 1666 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2018

Forskrift 10. desember 2019 nr. 1721 om taksering av formues-, inntekts- og fradragposter mv. som må fastsettes ved skjønn til bruk ved fastsetting for 2019

NOU 1993:4 Lov om husleieavtaler

NOU 2014:1 Ny arvelov

NUT 1959:4 Rådsegn 4 – Om sameige

NUT 1960:1 Rådsegn 5 – Om særlege råderettar over framand eigedom

Ot.prp. nr. 44 (2008-2009) Om lov om endring av lov om odelsretten og åsetesretten, lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom mv. og lov om jord mv.

Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) Om lov om husleieavtaler (husleieloven)

Ot.prp. nr. 8 (1967-1968) Om lov om servituttar

Nettsider

Sandvik, H. «Sosiale ordninger på 1800-tallet: kårfolk, fattige, syke», på vegne av Universitetet i Oslo, se: <https://www.norghistorie.no/grunnlov-og-ny-union/1326-sosiale-ordninger-pa-1800-tallet-karfolk-fattige-syke.html> (25. november 2015) sist oppdatert 13. mars 2020, lest 18. mars 2020

Statistisk sentralbyrå. «Fakta om jordbruk», se: <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/faktaside/jordbruk> (2019) lest 18. mars 2020

Statistisk sentralbyrå. «Landbruk i hele landet», se: <https://www.ssb.no/jord-skog-jakt-og-fiskeri/artikler-og-publikasjoner/landbruk-i-hele-landet> (16. oktober 2019) lest 18. mars 2020

Litteratur

- | | |
|----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Asland, J. | Asland, John. Avhandling. «Uskifte» (Oslo 2008) |
| Eckhoff, T. | Eckhoff, Torstein ved Jan E. Helgesen. «Rettskildelære», 5. utgave (Oslo 2001) |
| Eeg, T. | Eeg, Thomas. «Bruksrett og gavesalg av fast eiendom i uskifte – refleksjoner etter Rt-2010-1361» (Artikkel 2011) |
| Falkanger, T. | Falkanger, Thor. «Landbruksrett», 1. utgave (Oslo 2013) |
| Falkanger, T. (1974) | Falkanger, Thor. «Servitutter», artikkel publisert i Jussens Venner 1974 side 219 flg. |
| Falkanger, T. (2016) | Falkanger, Thor. «Fast eiendoms rettsforhold», 5. utgave (Oslo 2016) |
| Hagstrøm, V. | Hagstrøm, Viggo. «Obligasjonsrett», 2. utgave (Oslo 2011) |

- Hambro, P. Hambro, Peter. «Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål», nr. 2 for 2011 side 127 flg. (Artikkel 2011)
- Haugli, T. Haugli, Trude. «Samværsrett i barnevernsaker», 2. utgave (Oslo 2000)
- Lødrup, P. og Asland, J. Lødrup, Peter og Asland, John. «Arverett», 6 utgave (Oslo 2012)
- Mo, E. Mo, Einar. «Faste eiendommers rettsforhold», 1. utgave (Oslo 2017)
- Nygård, N. Nygård, Nils. «Rettsgrunnlag og standpunkt», 2. utgave (Oslo 2004)
- Skoghøy, J. E. Skoghøy, Jens Edvin A. «Rett og rettsanvendelse», 1. utgave (Oslo 2018)
- Talardrud, K. Taraldrud, Karen. «Oversikt over rettigheter til fast eiendom», 1. utgave (Oslo 2016)
- Woxholt, G. Woxholt, Geir «Avtalerett i et nøtteskall», 2. utgave, 1. opplag (Oslo 2014)
- Zimmer, F. Zimmer, Frederik. «Generasjonsskiftets rettslige problem i det moderne samfunn (no.)» (1996)

Rettspraksis

Rt-1926-272

Rt-1952-1217

Rt-1982-1165

Rt-1988-276

Rt-1988-295

Rt-1995-1333

Rt-1995-1598 (Kjæremålsutvalg)

Rt-2007-776

Rt-2008-1589

Rt-2010-1361

RG-1953-621(Hålogaland)

RG-1954-92 (Frostating)

RG-1966-366 (Frostating)

LA-1996-844 (Agder) Dom avsagt 28. juli 1997

LA-1999-1168 (Agder) Dom avsagt 28. januar 2000

LB-2006-185709 (Borgarting) Dom avsagt 12. november 2007

LB-2009-110812 (Borgarting) Dom avsagt 24. mars 2010

LB-2015-78068 (Borgarting) Dom avsagt 22. desember 2015

LE-1996-331 (Eidsivating) Dom avsagt 13. november 1996

LE-2006-25151 (Eidsivating) Dom avsagt 4. oktober 2006

LF-2010-153600 (Frostating) Dom avsagt 17. juni 2011

LF-2010-197359 (Frostating) Dom avsagt 8. juli 2011

LF-2017-8088 (Frostating) Dom avsagt 24. mai 2017

LG-1996-773 (Gulating) Dom avsagt 9. desember 1996

LH-2008-149287 (Hålogaland) Dom avsagt 23. februar 2009

JSAR-2009-32 (Østfold jordskifterett) Dom avsagt 24. november 2010

