

Kritisk blick på Fårøya-dommen

Mo, Einar

Institutt for økonomi og IT - Universitetet i Sørøst-Norge

Dette er akseptert versjon av en artikkel publisert av Universitetsforlaget, i *Tidsskrift for eiendomsrett*, 7. juni 2017. Lenke til publisert versjon:

<https://doi.org/10.18261/issn.0809-9529-2017-01-04>

Mo, E. (2017). Kritisk blick på Fårøya-dommen. *Tidsskrift for eiendomsrett*, 13(1), 59-70. <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9529-2017-01-04>

© 2017 Universitetsforlaget.

Kritisk blikk på Fårøya-dommen

Av Einar Mo

Einar Mo er dosent ved Universitetet i Sørøst-Norge. Han har tidligere blant annet vært advokat hos Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (nå Virke), Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange og Kommuneadvokaten i Larvik.

Sammendrag

I Fårøya-dommen (Rt. 2015 s. 1157) ble en sameier tilkjent eneeiendomsrett til et hyttebygg etter ulovfestede regler om bortfall av eiendomsrett. Dommen er avsagt under dissens (3-2). Begrunnelsen var at sameieren gjennom en periode på 18 år foretok en fullstendig rehabilitering av hytta som de øvrige sameierne forholdt seg passive til.

Forfatteren er kritisk til dommen. Han peker på at dommen etterlater flere uavklarte spørsmål. Resultatet i dommen ble at eiendomsretten til henholdsvis grunnen og bygningen havnet på forskjellige hender. Det er uklart hva slags rettsforhold som ble etablert ved dommen, om det skal betales leie for grunnen og hvordan de sameierne som bare har eiendomsrett til grunnen skal få realisert de verdiene som ligger der.

Forfatteren mener også at Høyesterett (flertallet) la for stor vekt på konkret rimelighet framfor de retts tekniske og rettspolitiske hensyn som gjør seg gjeldende i en sak som dette. Sameieloven har egne regler som er ment å skulle benyttes for å endre rettsforholdet mellom dem. I sameieforhold bør domstolene etter forfatterens syn være varsomme med å bygge på rettsregler som ligger utenfor rammene av sameieforholdet, da dette kan svekke forutberegneligheten for partene.

passivitet, sameie, tomtefeste, ekstinksjon, godtroerverv

1 Opptakt: bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag

Høyesterett har i flere dommer lagt til grunn at eiendomsrett til fast eiendom kan gå tapt etter ulovfestede regler. Det er i virkeligheten tale om to ulike regelsett. Vi kan skille mellom ulovfestede regler om passivitet på den ene siden og ulovfestede regler om ekstinksjon (godtroerverv) på den andre. Sondringen fremgår ikke alltid like klart av domspremissene. Som regel omtaler Høyesterett begge deler som ulovfestet ekstinksjon. Men vi ser skillet når vi går dypere inn i domsmaterialet.¹

Sondringen er viktig siden de to regelsettene bygger på vidt forskjellige hensyn. De ulovfestede passivitetsreglene bygger på en avveining mellom på den ene siden hensynet til at rette eier skal ha eiendommen sin i fred, og på den andre siden erververens interesse i at en faktisk situasjon etter hvert blir rettmessig. Disse reglene må ses i sammenheng med reglene om hevd og alders tids bruk. De ulovfestede ekstinksjonsreglene skal derimot først og fremst ivareta hensynet til omsetningsinteressen, dvs. at det skal være trygt å handle med fast eiendom. Disse reglene må derfor ses i sammenheng med tinglysingslovens ekstinksjonsregler, særlig tgl. § 27.

Fordi hensynene bak de to regelsettene er forskjellige, er også vilkårene for å anvende dem forskjellige. For at eiendomsrett skal anses å være gått tapt på grunn av passivitet, legges det vekt på om eieren hadde grunn til å gripe inn, hvor lang tid som har gått og om det er foretatt investeringer. Se som eksempel Hitra-dommen (Rt. 1983 s. 850) og Sigdal-dommen (Rt. 1992 s. 352).² Ved ekstinksjon legges det derimot vekt på om overdrageren var legitimert som eier og om erververen var i god tro. Norske Fjellhus-dommen (Rt. 1986 s. 1210 på s. 1217), Øyer Allmenning-dommen (Rt. 2009 s. 203 i avsnittene 39 og 40) gir de klareste eksemplene på slike vurderinger.

Både i ekstinksjonstilfellene og passivitetstilfellene kreves det sterke grunner for å gå utenom de lovfestede ordningene, som for eksempel reglene i hevdsloven eller tinglysingsloven. Bakgrunnen for kravet om sterke grunner er dels at ulovfestede regler nødvendigvis vil måtte

¹ Slik også Henning Harborg og Borgar Høgetveit Berg, «Ulovfesta ekstinksjon av fast eignedom», *Jussens Venner*, 2013 s. 312–339. Disse forfatterne bruker for øvrig begrepet «ulovfesta umiddelbar ekstinksjon» på de førstnevnte rettsreglene og «ulovfesta ekstinksjon på grunn av passivitet» på de sistnevnte.

² Sigdaldommen framstår som en slags «bastard», siden det er litt uklart om den bygger på ekstinksjonsregler eller passivitetsregler. Blant annet av den grunn er dommen også blitt kritisert i juridisk teori, jf. blant andre Kåre Lilleholt, «Ulovfesta ekstinksjon – Norske Fjellhus- og Sigdal-dommanene», *Jussen Venner*, s. 279–290 på s. 288–290 og Harborg og Høgetveit Berg, op. cit., s. 332–333. Etter min vurdering er dommen et eksempel på ulovfestet passivitet, selv om det ikke fremgår krystallklart av de uttalte domspremissene.

være svært skjønnsmessige. Det er rimelig å anta at svært skjønnsmessige regler svekker forutberegneligheten til partene.³ Lovregler kan rett nok inneholde skjønnsmessige vurderinger, men det er neppe tvil om at lovregler skaper større grad av forutberegnelighet enn ulovfestede regler. I forlengelsen av dette må man dessuten regne med flere tvister, og dermed økt arbeidsbyrde for domstolene.⁴

Også hensynet til lojalitet mot Stortinget som lovgivende makt tilsier at det må foreligge sterke grunner for at domstolen skal kunne fravike de lovbestemte ordningene.

I juridisk teori har Marthinussen fremholdt at det må trekkes et skille mellom de tilfeller som lovgiver har vurdert, og de tilfellene lovgiver har oversett eller funnet for spesielle til at de er ansett hensiktsmessige å lovregulere.⁵ I de førstnevnte tilfeller, der lovgiver har vurdert og vektet de legislative hensyn, bør domstolene «være spesielt tilbakeholdne med å godta ekstinksjon som ikke har hjemmel i lov», fremholder han. I de sistnevnte tilfeller kan vurderingen skje noe friere. Men også her må vurderingen etter hans syn bygge på de hensyn lovgiveren har funnet relevante. Disse vurderingene har etter mitt syn mye for seg.

Fårøyadommen (Rt. 2015 s. 1157) er den foreløpig siste høyesterettsdommen om bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag. I denne dommen ble én av flere sameiere tilkjent eneeiendomsrett til et hyttebygg fordi han for egen regning gjennom en periode på 18 år foretok en fullstendig rehabilitering av hytta som de øvrige sameierne forholdt seg passive til.

Som vi forstår, bygde Høyesterett her på ulovfestede passivitetsregler. Slik sett innebærer ikke dommen noe nytt. Men det er første gangen Høyesterett har anvendt disse rettsreglene i et sameieforhold. Dette er, som jeg kommer tilbake til, ikke helt uproblematisk. Løsningen i saken var også noe spesiell. Det var kun eiendomsretten i selve *hyttebygget* som var gått tapt, mens eiendomsretten i grunnen fortsatt skulle være i sameie som før. Resultatet ble med andre ord en delt løsning, hvor eiendomsretten til henholdsvis bygget og grunnen havnet på forskjellige hender. Dette byr på noen juridiske utfordringer, som ikke er løst i dommen.

³ Hans Fredrik Marthinussen, Ulovfestet ekstinksjon, *Jussens Venner* 2006, s. 1–29 på side 5.

⁴ Se nærmere blant annet Miriam Skag, «Adgangen til å supplere foreldelsesloven med ulovfestede passivitetsregler», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011 s. 523–564 på s. 524–525.

⁵ Marthinussen, op. cit. s. 5. Se også Høgetveit Berg og Harborg, op. cit. s. 317.

Dommen ble avsagt høsten 2015. Den er med andre ord ikke rykende fersk. Men til tross for at dommen må ha vekket en viss oppsikt i juristkretser, er den etter det jeg kan se ikke kommentert i litteraturen.⁶ Det er derfor på tide å se litt nærmere på den.

2 Nærmere om Fårøya-dommen – faktum og domspremisser

Saken gjaldt en fritidseiendom på Fårøya i Moldefjorden. Eiendommen ble i 1939 fradelt fra hovedbruket og skjøttet over til fire familiemedlemmer, med en fjerdedel på hver. Ved senere arvefall og overføringer har noen andeler blitt ytterligere delt. Det siste er ikke noe avgjørende moment i saken, så detaljene her lar jeg ligge.

Kort tid etter overskjøtingen ble det oppført en hytte på tomta, hvor de opprinnelige sameierne disponerte hvert sitt soverom. Hytta ble mye brukt frem til 1960-tallet. Senere ble den mindre brukt, blant annet fordi den forfalt og fordi flere av sameierne etter hvert fikk andre fritidsboliger.

Utover på 1980-tallet var bygningen på grunn av manglende vedlikehold i så dårlig forfatning at den var uegnet til bruk som fritidsbolig. I perioden fra 1992 til 2010 ble hytta fullstendig rehabilitert av én av sameierne, en mann ved navn Nilsen. Rehabiliteringen skjedde fullt ut for hans regning. De øvrige sameierne brukte ikke hytta etter at dette arbeidet startet. I 1995 bygde imidlertid én av de øvrige sameierne et annekset på tomta. I den forbindelse overførte eieren av annekset sin eierandel i hytta til Nilsen.

I 2012 krevde de øvrige sameierne oppløsning av sameiet etter sameieloven § 15, gjennom salg av eiendommen. Både Nilsen og de daværende eierne av annekset motsatte seg oppløsningen. De hevdet at de var eneeiere av henholdsvis hyttebygget og annekset. Men partene var enige om at tomta som hytta og annekset sto på fortsatt var i sameie mellom dem.

Spørsmålet om eiendomsretten til annekset er rettskraftig avgjort av tingretten. Saken for Høyesterett gjaldt derfor bare spørsmålet om eiendomsretten til hyttebygget.

⁶ Dommen er rett nok referert av John Asland i *Nytt i privatretten*, nr. 1 for 2016 på s. 17–19. Men referatet inneholder ingen vurderinger av dommen. For fullstendighetens skyld nevner jeg også at dommen er omtalt i en masteroppgave ved Universitetet i Bergen med tittel «Passivitet som grunnlag for bortfall av eiendomsrett», som er publisert på Internett, se <http://bora.uib.no/bitstream/handle/1956/12994/144800721.pdf?sequence=1>.

Dommen er avsagt under dissens (3-2). Førstvoterende, dommer Bårdsen, som representerte *flertallet*, innledet med å vise til at «norsk rett anerkjenner at det i særlige tilfeller vil kunne skje opphør av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag» (avsnitt 32). Han viste i den forbindelse til Rt. 1917 s. 193 (Svinaasen-dommen), Rt. 1971 s. 171 (Store Åkrevann-dommen), Rt. 1983 s. 850 (Hitra-dommen), Rt. 1992 s. 352 (Sigdal-dommen) og Rt. 2000 s. 604 (Øraker-dommen, også kjent som Betzy Kjelsberg-dommen). Han presiserte at denne saken gjaldt forholdene mellom partene, men at også rettspraksis knyttet til ekstinksjonstilfellene, med nødvendige tilpasninger, var av interesse. I avsnitt 33 oppsummerer førstvoterende rettspraksis slik:

«Det ser for meg ut til å være et gjennomgående trekk ved høyesterettspraksis om bortfall av eiendomsrett på ulovfestet grunnlag, at det hele gripes konkret an. Avgjørende er, har det vært sagt, om «saksforholdet ... er slik at det kan være grunn til å tillegge rette eiers unnlattelse av å foreta seg noe, rettsvirkning», jf. Rt. 1992 s. 352 (Sigdal), på side 356. Høyesteretts avgjørelser viser at en rekke forhold etter omstendigheten da får betydning, spesielt partenes adferd og hvilket inntrykk denne skapte eller var egnet til å skape, god tro, de respektives oppfordring til å handle, tiden som har gått, preget av en festnet tilstand og foretatte investeringer. Også hensynet til en rimelig løsning i situasjoner der de faktiske forholdene utvikler seg ganske annerledes enn det de rettslige utgangspunktene skulle tilsi, synes å ha en viss betydning. Mitt inntrykk er at det skal atskillig til før eiendomsrett kan tenkes å falle bort på dette grunnlaget – Høyesterett har gjerne brukt uttrykket «sterke grunner», jf. Rt. 2009 s. 203 avsnitt 40 med videre henvisninger. Jeg bygger på dette når jeg nå går over til den saken som står til avgjørelse.»

Som vi ser, la førstvoterende her opp til en helt konkret skjønnsmessig vurdering hvor en rekke momenter ble trukket inn i vurderingen.

Førstvoterende la vekt på at Nilsen «reddet bygget». «At hytten fremdeles finnes og nå representerer en reell økonomisk verdi», bemerket han, «er utelukkende et resultat av Nilsens innsats» (avsnitt 34).

Førstvoterende presiserte først at Nilsen, som den aktive parten, i utgangspunktet var den som hadde oppfordring til å bringe klarhet i forholdene, blant annet ved å sikre bevis for hvem som ble varslet og hva de svarte. Men ettersom tiden gikk og rehabiliteringen skred fram, ble handleplikten etter førstvoterendes syn mer og mer skjøvet over på de øvrige sameierne. Han fortsatte: «Når de da ikke foretok seg noe, fikk Nilsen gradvis en bestyrket forventning om at de heller ikke hadde eierinteresser i den rehabiliterte hytten – at hytten og verdien av den var hans alene» (avsnitt 37). I den forbindelse pekte førstvoterende (i avsnitt 38) på

- at Nilsen overtok etter hvert ansvaret for alle løpende utgifter, herunder offentlige avgifter og forsikring,
- at Nilsen gjennomførte en arbeidskrevende og kostbar rehabilitering som de øvrige sameierne i store trekk var kjent med,
- at det lå i dagen at det nødvendigvis var snakk om et gjennomgripende rehabiliteringsprosjekt, og
- at det måtte være på det rene at Nilsens utlegg og arbeid måtte komme til å strekke seg langt utover det som naturlig kunne knyttes til en tålt bruk

Førstvoterende la videre vekt på at rehabiliteringsarbeidene gikk langt utover det Nilsen som sameier ville ha hatt anledning til uten de øvriges samtykke, og videre at det aldri ble fremmet noe tilbud om bidrag fra de øvrige sameierne (avsnitt 39).

På denne bakgrunn mente han at det var «nærliggende for de øvrige sameierne å tolke Nilsens handlemåte som uttrykk for at han anså den rehabiliterte hytten som sin» (avsnitt 40).

Endelig la førstvoterende vekt på at det var «rimelig» at Nilsen ble ansett som eneeier av hytta (avsnitt 41). Etter en samlet vurdering av de konkrete forholdene i saken konkluderte førstvoterende med at det forelå «sterke grunner som tilsier at de øvrige sameierne har mistet sin eiendomsrett til hytten» (avsnitt 42).

Dommer Falch, som representerte *mindretallet*, var enig med førstvoterende i at det på ulovfestet grunnlag er mulig å erverve eiendomsrett til fast eiendom etter ulovfestede regler, forutsatt at det foreligger sterke grunner (avsnitt 46). Et samlet Høyesterett var med andre ord enige om de grunnleggende utgangspunktene.

Andrevoterende presiserte at det er «hensynet til klarhet» som tilsier at det kreves sterke grunner. Han begrunnet dette slik (avsnitt 47):

«Endringer i eierskap til fast eiendom er gjennomgående viktige disposisjoner for partene, og i det praktiske rettslivet skjer dette normalt ved frivillighet som formaliseres i avtaler og ved tinglysning, ofte med profesjonell bistand. Den som mener å erverve en slik rett, har derfor en klar oppfordring til å sørge for at overdragelsen klargjøres og formaliseres. Unnlater han det, taper rette eier som den klare hovedregel ikke sin rett.»

I dette tilfellet var det etter andrevoterendes syn ikke tilstrekkelig grunn til å fravike hovedregelen. I den forbindelse pekte han (i avsnitt 49) blant annet på at Nilsen var klar over at eiendommen lå i sameie før han igangsatte rehabiliteringen. Hvis han mente at rehabiliteringen skulle eller burde få konsekvenser for eierskapet, burde han derfor tatt initiativ overfor de øvrige sameierne med sikte på en avklaring. Han kunne for eksempel ha krevd sameiet oppløst eller foreslått at sameierne inngikk en særskilt avtale om endring av eierskapet.

Videre pekte andrevoterende (i avsnitt 53) på at rehabiliteringen av hytta foregikk i små skritt over lang tid (18 år). Det var uklart når arbeidene ble særlig synlige for de øvrige sameierne, og derfor usikkert *om* og eventuelt *når* de burde ha grepet inn og presisert sin sameierett i hytta. Nilsens oppfatning av at han etter hvert var blitt eneeier til hytta kunne derfor ikke betraktes som aktsom.

Andrevoterende var heller ikke enig med førstvoterende i at det vil virke rimelig å anse Nilsen som eneeier av hytta. Han viste til at hytta okkuperer den gunstigste plasseringen på eiendommen, og at det var usikkert om det vil bli gitt tillatelse til å bygge flere hytter på tomte.

Andrevoterende vurderte forøvrig faktum i saken noe annerledes en førstvoterende. Etter hans syn var de øvrige sameierne kjent med, og aksepterte, at Nilsen brukte hytta ut over hva hans sameieandel isolert sett skulle tilsi og at han utbedret hytta i større utstrekning enn hva han som sameier ensidig hadde rett til. Andrevoterende mente derfor at Nilsens bruk og rehabilitering av hytta fra 1990-tallet var akseptert, slik at det ikke forelå noen aktivitet å

påtale. Det er de juridiske sidene ved saken som interesserer her. I det følgende legger jeg derfor til grunn den samme forståelsen av faktum som flertallet hadde.

3 Nærmere om flertallets begrunnelse og dommens resultat

En høyesterettsdom skal helst være godt begrunnet. Den bør gi en god løsning i den konkrete saken. Og den bør kunne fungere som rettesnor for fremtidige saker. I det følgende skal jeg undersøke disse sidene ved dommen nærmere. Det er de delene av dommen som har interesse ut over den konkrete saken, som er hovedfokuset mitt. Men ettersom Høyesteretts (flertallets) vurderinger er knyttet til et bestemt faktum, er det nødvendig å gå konkret til verks også.

Flertallets avgjørelse bygger som nevnt på en totalvurdering av de faktiske forholdene i saken. Det første momentet førstvoterende nevner, er at Nilsen «reddet bygget», og at det kan tilskrives Nilsens innsats at «hytten fremdeles finnes og nå representerer en reell økonomisk verdi» (avsnitt 34).

Dette argumentet var også fremme i Hitradommen (se Rt. 1983 s. 850 på s. 858). Her var det snakk om en eiendom som var overbeheftet, som ikke hadde noen økonomisk verdi, og som nærmest var oppgitt av de andre arvingene. Faktum i vår sak er mer komplekst. Det er ikke snakk om erverv av en eiendom, men om erverv et *bygg* som befinner seg på en fast eiendom. Nilsen hadde for så vidt reddet selve bygget, men bygget kan ikke løsriveres fra resten av eiendommen, som fortsatt har en verdi for sameierne. Det at bygget og grunnen har havnet på forskjellige hender, er for øvrig heller ikke helt uproblematisk. Jeg kommer tilbake til det senere.

Det andre argumentet var at de andre sameierne hadde forholdt seg passive over en lang periode (18 år). Når sameierne ikke foretok seg noe, fikk Nilsen gradvis en bestyrket forventning om at hytta var hans alene. Etter min vurdering tar ikke flertallet tilstrekkelig hensyn til at det var Nilsen som ønsket en endring, og at han ikke benyttet seg av sameielovens ordninger for å endre rettsstillingen mellom sameierne. Det er ikke vanskelig å være enig med andrevoterende, Dommer Falch, når han i avsnitt 49 uttaler følgende:

«Tore Greger Nilsen var før han igangsatte rehabiliteringen av hytta, klar over at eiendommen – og hytta – lå i sameie. Dersom han mente at rehabiliteringen skulle

eller burde få konsekvenser for eierskapet, burde han derfor tatt initiativ overfor de øvrige sameierne med sikte på en avklaring. Det kunne han for eksempel gjort ved å kreve sameiet oppløst eller ved å be om at sameierne inngikk en særskilt avtale om endring av eierskap. Men det initiativet tok Nilsen ikke, og jeg er enig med lagmannsretten og førstvoterende i at noen slik avtale ikke er inngått. Nilsen ba heller ikke om refusjon av sine utgifter, noe som trolig raskt ville avklart de øvrige sameieres holdning. Jeg legger vekt på at han ikke benyttet seg av de ordninger som er etablert i sameieloven for å avklare og eventuelt endre rettsstillingen mellom sameierne.»

Endelig la førstvoterende vekt på at det var «rimelig» at Nilsen ble ansett som eneeier av hytta (avsnitt 41). Førstvoterende begrunner ikke nærmere hvorfor resultatet fremstår som rimelig. Men jeg antar uttalelsen sikter til det faktum at det var Nilsen som hadde oppført og bekostet bygget, og at det da var rimelig at han selv høstet fruktene av dette arbeidet.

Hva som er rimelig, kommer imidlertid an på øynene som ser. La oss derfor se på saken fra de øvrige sameierne synsvinkel:

Det fremgår av domspremissene at hyttebygget var plassert på det gunstigste stedet på tomten, og at det var usikkert om det ville bli gitt tillatelse til ytterligere hytter på den. De øvrige sameierne kan derfor være fratatt muligheten for å utnytte den grunnen de eier til hytteformål. Det betyr i så fall at de øvrige sameierne nå bare sitter igjen med de verdiene som ligger i grunnen – dvs. grunnen som investeringsobjekt.

Men her støter de på et nytt problem. Det er nemlig usikkert om de kan realisere de verdiene som ligger i grunnen. Utgangspunktet er rett nok at de kan kreve sameiet oppløst, jf. saml. § 15. Problemet er imidlertid at det er vanskelig å finne kjøpere bare til grunnen når bygningene på grunnen tilhører en annen. I praksis har grunnen derfor ikke økonomisk verdi for andre enn eieren av bygningsmassen, dvs. Nilsen.

Det kan derfor med god grunn spørres om resultatet var rimelig.

Etter min vurdering er det også en svakhet ved dommen at flertallet legger for mye vekt på konkret rimelighet. Høyesterettsdommer skal også fungere som veivisere i lignende saker.

Denne saken reiser spørsmål som har betydning i alle sameieforhold, og ikke bare i dette konkrete tilfellet.

Resultatet i dommen ble altså at Nilsen ble ansett som eneeier av hytta, i betydningen selve hyttebygget. Tomta som hytta står på, skal fortsatt være i sameie mellom partene. Hvis Fårøya-dommen blir fulgt opp av lavere domstoler, vil vi kunne få lignende resultater i tilsvarende saker. Det er imidlertid uheldig at eiendomsretten til henholdsvis grunn og bygninger havner på flere hender. Jeg ser da bort fra de rent praktiske problemene dette reiser for sameierne. Det jeg sikter til her, er at en slik oppsplitting av eiendomsretten reiser en del uløste juridiske spørsmål, både når det gjelder den konkrete saken og fremtidige saker.

Det er for første det uklart hvilken *rettslig status* et slikt rettsforhold har. Avtale om leie av tomt for å bygge hus regnes som tomtefeste og faller inn under tomtefesteloven, jf. tfl. § 1 første ledd. Tomtefeste blir normalt stiftet ved avtale. Men ifølge forarbeidene til tomtefesteloven kan et festeforhold også stiftes ved ekspropriasjon og hevd, selv om det er mindre praktisk.⁷ De ulovfestede passivitetsreglene bygger som nevnt foran på de samme hensynene som hevd. Etter min vurdering skulle det tilsi at tomtefesteloven kommer til anvendelse. Men klart er det ikke, og Høyesterett etterlater dette spørsmålet ubesvart.

Hvis slike rettsforhold omfattes av tomtefesteloven, oppstår også en del andre spørsmål. Blant annet må man ta stilling til om dette er et nytt eller gammelt festeforhold. Det er fordi sondringen mellom nye og gamle festeforhold har betydning i en rekke ulike sammenhenger, blant annet når det gjelder festetidens lengde, innløsning og fornyelse av festeforholdet samt regulering av festeavgift. Med nye festeavtaler menes ifølge tfl. § 2 første ledd andre punktum festeavtaler som er «inngått» etter den någjeldende tomtefestelovens ikrafttredelse, altså etter 1. januar 2002. Grunnlaget for Nilsens eneeiendomsrett er at de andre sameierne forholdt seg passive til at Nilsen rehabiliterte hyttebygget i en periode på 18 år, som strakte seg fra 1992 til 2010. Er festeavtalen da «inngått» før eller etter 1. januar 2002? Det er ikke min oppgave å besvare dette spørsmålet. Jeg nøyer meg med å konstatere at også dette er en uklarhet som partene må leve med.

⁷ NOU: 1993: 29 Rådsegn 15 – Ny lov om tomtefeste s. 10.

Et annet spørsmål er om det skal betales leie for grunnen. Dette spørsmålet oppstår uavhengig av om slike rettsforhold omfattes av tomtefesteloven eller ikke. Det er jo ikke bare i tomtefesteforhold at det skal betales leie for bruk av grunn. Spørsmålet er aktuelt i alle situasjoner hvor noen bruker grunn som andre eier. Når et sameie omfatter både grunnen og bygningene, er ikke leiebetaling noe tema. Annerledes er det når – som i Fårøya-dommen – noen eier grunnen mens andre eiere bygningene. Da er det normalt en forventning om at det betales leie for bruken av grunnen. De fleste vil nok synes at det er rimelig også.

Det var strengt tatt ikke nødvendig for Høyesteretts flertall å besvare de spørsmålene som jeg reiser her for å kunne løse den konkrete saken som var oppe til doms. Partene må selv bringe de kravene de ønsker å få avgjort inn for domstolene. Slik sett var det ikke feil av flertallet å la dem stå åpne. Men siden Høyesteretts oppgave ikke bare er å løse konkrete saker, men også å stake ut kursen fremover, er det etter mitt syn uheldig at så mange spørsmål står igjen som ubesvarte.

4 Litt om forholdet til sameieloven

Etter min vurdering bør domstolene være svært varsomme med å bygge på ulovfestede regler om bortfall av eiendomsrett i lovregulerte partsforhold, slik som for eksempel sameieforhold, tomtefesteforhold og husleieforhold. Her har partene en forventning om at de sentrale rettsspørsmålene mellom dem reguleres i den aktuelle særloven.

Hvis vi holder oss til sameieforhold, inneholder sameieloven – som også andrevoterende er inne på – regler som er ment å skulle brukes for å avklare og eventuelt endre rettsstillingen mellom sameierne. Blant annet kan en sameier som ikke ønsker å fortsette i sameie, for eksempel fordi de andre sameieren ikke vil være med på omfattende renoveringsarbeider, kreve sameiet oppløst. Sameielovens regler er tilstrekkelige til å løse de mest typiske rettsspørsmål som kan tenkes å oppstå i sameieforhold. Det er det de er skapt for. Domstolene må derfor være svært tilbakeholdne med å bygge på ulovfestede regler, som sameiere flest ikke kjenner til.

I tillegg til at det normalt er unødvendig å ty til ulovfestede regler ved siden av sameieloven, kan dette også være direkte uheldig, da det går ut over forutberegneligheten i avtaleforholdet.

Sameiere flest forholder seg naturlig til sameieloven samt en eventuell sameieavtale. De er ikke forberedt på at noen følger andre juridiske løyper enn de som er tråkket opp i loven eller sameieavtalen. Generelt sett bør rettsordenen dessuten være varsom med å belønne selvtekt.