



NORGES HØYESTERETT

Den 22. april 2015 avsa Høyesterett dom i

HR-2015-00843-S, (sak nr. 2014/1539), sivil sak, anke over dom,

A
B
C
D
E
F
G
H
I
J
K
L
M
N
O
P
Q
R
S
T
U
V
W
X
Y
Z

(advokat Jens S. Røegh)

mot

Æ

(advokat Sveinung O. Flaaten)

Møter i saken etter tvisteloven
§ 30-13:
Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Christian H. P. Reusch)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder forståelsen av tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Bestemmelsen gir bortfesteren adgang til å foreta et såkalt engangsløft av festeavgiften basert på tomteverdien ved "den første reguleringa som skjer frå 1. januar 2002 eller seinare" dersom slik regulering "tvillaust" er avtalt. Spørsmålet er om en kontraktsmessig justering av festeavgiften etter konsumprisindeksen foretatt etter 1. januar 2002 skal regnes som "den første reguleringa" og dermed stenge for avtalt regulering basert på tomteverdien.
- (2) I Rt. 2007 side 1706 (Bøvve) kom flertallet til at § 15 andre ledd nr. 2 skulle forstås slik at enhver avtalemessig regulering av festeavgiften etter 1. januar 2002 avskjærer adgangen til fremtidig oppregulering på grunnlag av tomteverdien. Denne lovtolkingen er bekreftet i senere avgjørelser. Problemstillingen nå er om dommen avsagt av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) 12. juni 2012 i saken Lindheim med flere mot Norge medfører at rettskildebildet er endret på en slik måte at det gir grunnlag for en annen forståelse av § 15 andre ledd nr. 2.
- (3) Lindheimsaken var en av tre festesaker Høyesterett behandlet i plenum høsten 2007, se Rt. 2007 side 1306. Saken gjaldt forståelsen av tomfesteloven § 33 om lovbestemt rett til å forlenge festeforhold på samme vilkår som før, etter at festetiden er løpt ut. Høyesterett fant, under henvisning til drøftelsen i Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) som ble avsagt samme dag, at retten til forlengelse på uendrede vilkår ikke var i strid med Grunnloven § 97 eller § 105, og at dette heller ikke kom i konflikt med eiendomsvernet etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), protokoll 1 artikkel 1 (P 1-1).
- (4) EMD kom i Lindheimsaken til at grunneiernes vern etter P 1-1 ble krenket ved at de ble tvunget til å fortsette avtaleforholdet med festerne på samme vilkår som før. De ville dermed på ubestemt tid bare få adgang til å justere festeavgiften i samsvar med endringer i konsumprisindeksen. Problemstillingen i Lindheimsaken var en noe annen enn i saken her, og et sentralt spørsmål nå er hvilken overføringsverdi dommen har ved tolkingen av § 15 andre ledd nr. 2.
- (5) I Prop. 73 L (2014–2015) er det fremmet lovforslag som skal "... sikre bedre proporsjonalitet i reglene om forlengelse av festeavtaler slik at liknende krenkelser ikke gjentar seg", se proposisjonen side 18. Dette lovarbeidet har ikke direkte betydning for saken her, og jeg går ikke nærmere inn på innholdet i proposisjonen.
- (6) Æ eier gnr. 00, bnr. 0 i XX. I 1971, 1972 og 1973 inngikk den daværende eieren en rekke avtaler om punktfeste for hyttetomter på YY. De ankende parter er blant dem som i dag har festerett etter disse avtalene.
- (7) Norges Bondelags standardkontrakt ble benyttet for de festeforhold saken gjelder. Denne kontrakten er etter det opplyste benyttet i svært mange festeforhold.

- (8) Festekontraktene i saken er likelydende. Festetiden er 40 år, og avtalene løp dermed ut i 2011, 2012 og 2013. Etter avtalens punkt 2 andre punktum har festerne rett til fornyelse for 20 år av gangen.
- (9) For avtaler inngått i 1972 ble avgiften opprinnelig satt til 250 kroner per år. Om regulering av avgiften heter det i punkt 3:
- "Festeavgiften indeksreguleres hvert 5. år regnet fra kontraktens inngåelse i samsvar med endring i konsumprisindeksen i den forløpne periode. ... Ved fornyelse av festetiden etter punkt 2, andre punktum, kan eieren kreve full revisjon av festeavgiften opp til prisnivået ved hver fornyelse."**
- (10) Partene er enige om at denne kontraktsbestemmelsen "tvillaust" ga bortfesteren adgang til å regulere festeavgiftene etter tomteverdien ved fornyelse av avtalene, jf. tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2.
- (11) I samsvar med kontraktens bestemmelse om regulering hvert femte år ble festeavgiftene sist oppjustert etter konsumprisindeksen i årene 2006 til 2008. De fleste festeavgiftene er etter siste justering 1 430 kroner per år, noen er litt høyere.
- (12) Festeavtalene ble forlenget da kontraktene løp ut i årene 2011 til 2013. Bortfesteren krevde da oppregulering av festeavgiften på grunnlag av tomteverdien, men begrenset til maksimumsbeløpet etter tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Festerne motsatte seg regulering basert på tomteverdi.
- (13) Dersom konsumprisindeksen skal legges til grunn også ved fornyelse av kontraktene, vil økningen i festeavgiftene bli beskjedent. Har derimot bortfesteren ved forlengelse rett til å regulere ut fra endring i tomteverdiene, ville festeavgiftene i utgangspunktet kunne økes vesentlig. Æ aksepterer imidlertid at hans reguleringsadgang nå er begrenset til maksimalbeløpet etter tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Festeavgiftene vil derfor bli økt til i underkant av 11 000 kroner per år dersom Æ tillates å foreta et engangsløft i medhold av § 15 andre ledd nr. 2.
- (14) Æ tok ut stevning for Nedre Telemark tingrett. Retten kom, særlig på bakgrunn av EMDs dom i Lindheimsaken, til at den tolking av tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 som Høyesteretts flertall la til grunn i Bøvredommen, ikke kunne opprettholdes. Tingretten avsa 12. juni 2013 dom med slik domsslutning:
1. Æs rett til å regulere festeavgiften er ikke begrenset til regulering på grunnlag av endringen i pengeverdien (Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks).
 2. Æ har rett til å regulere festeavgiften på grunnlag av festekontraktens punkt 3 annet ledd siste punktum innenfor beløpsbegrensningen i tomtefesteloven § 15 annet ledd nr. 2.
 3. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader."
- (15) Festerne anket til Agder lagmannsrett. Lagmannsretten kom enstemmig til samme resultat som tingretten, og flertallet sluttet seg i det vesentlige til tingrettens begrunnelse. En dommer hadde en egen begrunnelse. Lagmannsrettens dom er avsagt 23. mai 2014 og har denne domsslutning:

"1. Anken forkastes.

2. Hver av partene bærer sine egne sakskostnader."

- (16) Festerne har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder først og fremst rettsanvendelsen, men de har også anket over bevisvurderingen knyttet til tomteverdiene.
- (17) Justitiarius besluttet 5. februar 2015 at saken skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, jf. domstolloven § 5 fjerde ledd og § 6 andre ledd. Et habilitetsspørsmål ble avgjort ved kjennelse 27. februar 2015 (HR-2015-478-S). Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet er varslet etter tvisteloven § 30-13 og har avgitt møte.
- (18) De ankende parter – *A med flere* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (19) Det er ikke grunnlag for å fravike flertallets rettsoppfatning i Bøvredommen. Festekontraktene er like, og det rettslig relevante faktum er likt. Standpunktet ble også bekreftet i Rt. 2011 side 129 (Ringve).
- (20) Tingretten og lagmannsretten har feilaktig kommet til at tolkingen av tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 i Bøvredommen fører til motstrid med eiendomsvernet etter EMK P 1-1. I Lindheimsaken lå inngrepet nær opp til ekspropriasjon, noe som fremgår både av Høyesteretts dom og av EMDs avgjørelse. Æ påføres bare en rådighetsinnskrenkning. Et påtvunget forlenget kontraktsforhold på uendrede vilkår er vesentlig mer inngripende enn avgiftsregulering etter tomtefesteloven § 15.
- (21) Bortfesterens berettigede forventninger er også ulike i de to sakene. EMD la i Lindheimdommen til grunn at eierne måtte kunne forvente å få tilbake sine eiendommer ved festetidens utløp. Noen tilsvarende forventning gjør seg ikke gjeldende i saken her hvor festerne med grunnlag i kontraktene kan forlenge festetiden. Det har vært nærmest sammenhengende prisregulering siden 1940, og bortfesteren kunne derfor heller ikke forvente å få adgang til å justere avgiften utover økningen i konsumprisindeksen.
- (22) Allerede disse forholdene er tilstrekkelig til at Lindheimdommen ikke er avgjørende for vår sak.
- (23) I tillegg kommer at bortfesterens avkastning her er vesentlig høyere enn i Lindheimsaken. Festetomtene er ikke spesielt attraktive, og det er ikke ført frem vei, vann, kloakk eller strøm. Betydelige kostnader ville påløpe for å etablere en moderne infrastruktur. Et rimelig verdianslag for festernes råtomter kan være 100 000 kroner. Med festeavgifter justert etter konsumprisindeksen gir dette bortfesteren en avkastning i størrelsesorden to prosent. Det er åtte ganger mer enn 0,25 prosent som EMD la til grunn i Lindheimdommen.
- (24) *A med flere* har lagt ned slik påstand:

"Æ sin rett til å regulere festeavgiften er begrenset til regulering på grunnlag av endringen i pengeverdien (Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks).

Æ dømmes til å betale sakens omkostninger for tingrett og lagmannsrett.

Det offentlige tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."

- (25) Ankemotparten – Æ – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (26) Flertallets tolkingsresultat i Bøvredommen fører til at bortfesterens vern etter EMK P 1-1 krenkes i vår sak. Selv om problemstillingene er noe forskjellige, har prinsippene nedfelt i Lindheimdommen betydelig overføringsverdi. Den økonomiske virkningen av å tolke tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 slik at bortfesteren for all fremtid – til tross for avtalene om regulering etter tomteverdi – må nøye seg med konsumprisjustering, er den samme som i Lindheimsaken. I begge tilfeller er resultatet at enhver stigning i realverdien av eiendommen utover konsumprisindeksen tilfaller festeren. Dette er i strid med det proporsjonalitetsprinsipp som følger av P 1-1, slik dette er utviklet blant annet i Lindheimdommen.
- (27) Lovforståelsen i Bøvredommen leder dessuten til vilkårlige resultater: Er den første avtalemessige reguleringen etter 1. januar 2002 en rutinemessig justering etter konsumprisindeksen, holdes leien nede for all fremtid. Er derimot bortfesteren så heldig at kontrakten løper ut etter 1. januar 2002, uten at leien er justert etter dette tidspunktet, kan festeavgiften mangedobles. Det eneste som skiller disse situasjonene, er hvilket år kontraktene ble inngått. Slike tilfeldige resultater var nettopp det lovgiveren ønsket å unngå ved engangsløftet. I Rt. 2013 side 705 (Rød Gård) ble det avklart at konsumprisjustering etter tomtefesteforskriften – i motsetning til den samme justeringen i medhold av festekontrakten – ikke avskjærer adgangen til senere regulering med basis i tomteverdien. Dette forsterker vilkårligheten.
- (28) Salgssummen for sammenlignbare tomter, og de innløsningssummer som er betalt for tomter i det samme området, tilsier at råtomteverdien for festernes tomter er i størrelsesorden 400 000 – 500 000 kroner. Tillates festeavgiften bare justert etter konsumprisindeksen, gir dette en avkastning på under 0,5 prosent. Dette er sammenlignbart med situasjonen i Lindheimsaken.
- (29) Æ har lagt ned slik påstand:
- "1. **Anken forkastes.**
 2. **De ankende parter 1-19 [A – X] og 21-22 [Y – Z] dømmes in solidum til å erstatte Æ sakskostnader for tingretten og lagmannsretten, og erstatte det offentlige sakskostnader for Høyesterett."**
- (30) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* har i korte trekk anført:
- (31) Det er ikke nødvendig å endre tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 på grunn av Lindheimdommen. Her har lovgiveren foretatt nettopp den avveining og balansering av de motstående interesser som EMD savnet i tilknytning til regelen om rett til forlengelse i § 33.
- (32) Inngrepet i Lindheimsaken – evigvarende tvangsmessig fortsettelse av kontraktsforholdet på uendrede vilkår – er klart mer tyngende enn prisregulering etter tomtefesteloven § 15. Det må også tas i betraktning at det har vært nærmest sammenhengende prisregulering av festeavgiftene siden 1940. Verken da kontraktene ble inngått på 1970-tallet eller senere, kunne bortfesteren forvente at denne reguleringen skulle falle bort.

- (33) Likevel kan det være grunn til å legge atskillig vekt på Lindheimdommen som tolkingsmoment. Den er et støtteargument for mindretallets syn i Bøvredommen. For staten som lovgiver er ikke den endrede lovtolking som tingretten og lagmannsretten la til grunn problematisk.
- (34) Staten tar ikke stilling i den privatrettslige tvisten mellom partene, og har ikke lagt ned påstand.
- (35) *Mitt syn på saken*
- (36) Tvisten gjelder om Æ ved den aktuelle forlengelsen av festeforholdene kan fastsette festeavgiftene med basis i tomteverdiene, slik avtalene åpner for. Det som i tilfelle kan hindre ham i dette, er at han, i samsvar med kontraktene, etter 1. januar 2002 allerede har oppjustert festeavgiften én gang etter konsumprisindeksen.
- (37) Innledningsvis skisserer jeg utviklingen i den rettslige reguleringen av festeavgiftene.
- (38) Siden 1940 har festeavgiftene gjennomgående vært prisregulert. I Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) er det i avsnitt 55 til 58 gitt en oversikt over denne reguleringen, som jeg viser til. Den forskriftsbestemte prisreguleringen ble avsluttet 1. januar 2002.
- (39) Tomtefesteloven § 15 trådte istedenfor den forskriftsbaserte prisreguleringen. Ved vedtakelsen av loven i 1996 ble det i § 15 opprinnelig bestemt at partene kunne kreve den avtalte festeavgiften regulert i samsvar med endringen i pengeverdien – basert på konsumprisindeksen – "om ikkje dei tvillaust har avtalt at festeavgifta skal stå uendra eller har avtalt regulering på annan måte". Bortfesteren fikk altså en generell adgang til å regulere festeavgiften etter tomteverdien dersom dette fremgikk tilstrekkelig klart av avtalen.
- (40) Bestemmelsen ble endret før loven trådte i kraft. I et nytt andre ledd ble det fastsatt at det for festekontrakter inngått 26. mai 1983 eller tidligere ikke kunne kreves høyere avgift enn 9 000 kroner per dekar tomt. De nærmere detaljene i utformingen av dette taket, som også er indeksregulert, går jeg ikke inn på. Partene er enige om beregningsmåten dersom bestemmelsen kommer til anvendelse. Det er likevel av interesse at Justisdepartementet i forarbeidene – Ot.prp. nr. 29 (1999–2000) side 13 – trakk frem den grunnleggende interessekonflikten som gjorde – og fortsatt gjør – seg gjeldende:
- "I saka må ein vege omsynet til ulike verdiar mot kvarandre. På den eine sida står ønsket om å la bortfestaren få auke sine innkomster i tråd med det denne har ei avtalebasert forventning om. På den andre sida står omsynet til festarens butryggleik og omsynet til ikkje å bryte for sterkt med festna tilhøve som folk har innretta seg etter."**
- (41) Departementet kom til at § 15 i dens opprinnelige form trolig ville føre til en betydelig økning av festeavgiftene i områder der tomtenes markedsverdi hadde økt vesentlig. Et tak på 9 000 kroner per dekar ville etter departementets oppfatning gi "eit rimeleg maksimumsnivå for festeavgifter i bustad- og fritidsfestehøve", se proposisjonen side 14.
- (42) Tomtefesteloven trådte i kraft 1. januar 2002. Allerede i 2004 ble loven endret på ny. Paragraf 15 andre ledd nr. 2 fikk da ved lovendring 2. juli 2004 nr. 63 denne ordlyden, som fortsatt er gjeldende:

"Er ei avtale om feste av tomt til bustadhus eller fritidshus gjort før 1. januar 2002, gjeld desse reglane for den første reguleringa som skjer frå 1. januar 2002 eller seinare:

1. ...
2. **Bortfestaren kan krevje avgifta regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt. Men er avtala inngått 26. mai 1983 eller før, kan bortfestaren likevel ikkje krevje avgifta regulert meir enn til eit høgstebeløp om året for kvar dekar tomt eller til det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje. Høgstebeløpet etter andre punktum er kr 9.000 justert ved kvart årsskifte etter 1. januar 2002 i samsvar med endringa i pengeverdien. Dette høgstebeløpet gjeld òg der tomta er mindre enn eitt dekar."**

(43) Ved denne lovendringen ble de særskilte reglene for den første reguleringen fra og med 1. januar 2002 innført – det såkalte engangsløftet. Lovendringen bygget på erfaringer som var vunnet etter at loven hadde virket i omlag to år. I lovforarbeidene veies flere, til dels motstridende, hensyn mot hverandre, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 21 flg. Disse avveiningene er av særlig interesse ved vurderingen av Lindheimdommens betydning for lovtolkningen. Jeg kommer tilbake til forarbeidene i den sammenhengen.

(44) I Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) tok Høyesterett stilling til det tolkingsspørsmålet som saken nå gjelder. Førstvoterende uttalte i avsnitt 46 dette om forståelsen av § 15 andre ledd nr. 2:

"Jeg er ... kommet til at § 15 andre ledd må forstås slik at enhver regulering av festeavgiften etter 1. januar 2002 avskjærer adgangen til fremtidig oppregulering til tomteverdinivå. Dette må gjelde selv om bortfesteren ved den første regulering etter 1. januar 2002 ikke hadde adgang til å kreve oppregulering med mer enn det som følger av konsumprisindeksen."

(45) Det fremgår av de foregående avsnitt i dommen at denne tolkingen særlig var bygget på ordlyden – "den første reguleringa" – og på lovgiverens intensjon om at alle festeavgifter "på sikt" bare skulle kunne reguleres etter konsumprisindeksen.

(46) Én dommer hadde et annet syn på forståelsen av § 15 andre ledd nr. 2. Han uttalte i avsnitt 54:

"Det følger av den begrunnelse for ordningen med 'engangsløft' som ble gitt i Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) side 22 - og som førstvoterende har gjengitt - at man nettopp ønsket å unngå at reglene ga tilfeldige utslag i tilfeller hvor kontraktene ga adgang til å regulere ut fra tomteverdien. Dersom en 'tvillaust' avtale om slik regulering likevel ikke skulle gi mulighet for regulering fordi første regulering etter 1. januar 2002 var en femårlig pengeverdiregulering, ville det langt på vei sette reguleringsadgangen i § 15 annet ledd nr. 2 ut av spill, og i tillegg gjøre denne adgangen avhengig av tilfeldigheter. Slik jeg ser det, er det verken i lovens ordlyd eller i den begrunnelse som er gitt i forarbeidene, dekning for å anvende bestemmelsen på en slik måte."

(47) Eiendomsvernet etter EMK P 1-1 ble ikke påberopt av partene og er ikke berørt i dommen. Dette kan formentlig ha sammenheng med at Høyesterett i plenum noen måneder tidligere hadde kommet til at P 1-1 ikke var brutt i sakene som gjaldt retten til forlengelse etter tomtefesteloven § 33, se Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 122 flg. og Rt. 2007 side 1306 (Lindheim) avsnitt 13.

- (48) I Rt. 2011 side 129 (Ringve) ble flertallets lovtolking i Bøvredommen enstemmig lagt til grunn, se dommens avsnitt 24. Heller ikke i denne dommen er EMK P 1-1 berørt.
- (49) Flertallets lovtolking ble forutsetningsvis igjen bekreftet i Rt. 2013 side 705 (Rød Gård). Problemstillingen var der om også årlige justeringer etter konsumprisindeksen i medhold av tomtefesteforskriften av 8. juni 2001 nr. 570 stenger for å foreta et engangsløft etter tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Under henvisning blant annet til at bestemmelsen uttrykkelig gjelder oppregulering "etter avtalen", kom Høyesterett til at justering i medhold av forskriften ikke avskjærer senere regulering, se avsnitt 33. I avsnitt 39 er konklusjonen således at det " ... bare er avtalemessige reguleringer som hindrer senere tomteverdiregulering etter § 15 andre ledd". Siden adgangen til avtalemessig oppregulering ikke var stengt, var det ikke nødvendig å drøfte forholdet til EMK P 1-1, se avsnitt 51.
- (50) Oppsummeringsvis følger det av de norske dommene jeg har gjennomgått, at § 15 andre ledd nr. 2 skal forstås slik at *avtalemessig* justering av festeavgiften etter konsumprisindeksen stenger for å foreta et engangsløft. Adgangen til engangsløft står derimot åpen dersom festeavgiften er justert i medhold av *forskrift*.
- (51) Et klart prejudikat – som Bøvredommen – som også er fulgt opp i senere praksis, skal det mye til for å fravike. Nye folkerettslige forpliktelser – eller ny praksis fra konvensjonsorganer som klarlegger eller endrer forståelsen av eksisterende forpliktelser – er imidlertid omstendigheter som kan gi grunnlag for prejudikatsfravikelse, og jeg går nå over til vurderingen etter EMK.
- (52) I norsk oversettelse lyder EMK P 1-1:
- "Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.**
- Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter."**
- (53) Etter menneskerettsloven § 2 gjelder P 1-1 som norsk lov. Ved motstrid skal bestemmelsen gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven § 3.
- (54) Det konkrete inngrepet er – dersom tolkingen i Bøvredommen opprettholdes – at festekontraktenes bestemmelse om tomteprisregulering settes til side med den følge at bortfesteren bare kan foreta regulering etter konsumprisindeksen. Det er på det rene at dette er et inngrep som faller inn under P 1-1, og at det har tilstrekkelig hjemmel i lov.
- (55) Partene har lagt til grunn at det er kontrollregelen i bestemmelsens andre ledd som kommer til anvendelse, og at inngrepet er i samsvar med allmenne interesser. Dette er jeg enig i. Jeg viser til drøftelsen i Lindheimdommen avsnitt 75–78 hvor EMD konkluderte med at kontrollregelen kom til anvendelse, og avsnitt 96–100 hvor domstolen fant at inngrepet var i samsvar med allmenne interesser. På disse punktene står denne saken i det vesentlige i samme stilling som Lindheimsaken.

- (56) Det sentrale spørsmålet er om det proporsjonalitetsvilkår EMD har oppstilt ved vurderingen etter P 1-1 er oppfylt. I EMDs storkammerdom 19. juni 2006 i saken Hutten-Czapska mot Polen er innholdet i proporsjonalitetsvilkåret uttrykt slik i avsnitt 167:

"Not only must an interference with the right of property pursue, on the facts as well as in principle, a 'legitimate aim' in the 'general interest', but there must also be a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State, including measures designed to control the use of the individual's property. That requirement is expressed by the notion of a 'fair balance' that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights."

- (57) Noe senere i samme avsnitt heter det at det må vurderes om inngrepet fører til at den ene parten må bære "a disproportionate and excessive burden". I avsnitt 168 fremheves at inngrepet ikke må være vilkårlig eller uforutsigbart – "neither arbitrary nor unforeseeable".
- (58) EMD tok i Lindheimdommen utgangspunkt i disse prinsippene, se avsnitt 119. I avsnitt 120 fremheves at selv om Hutten-Czapska gjaldt en annen problemstilling, er prinsippene også relevante ved avgjørelsen av den aktuelle saken. Men de må anvendes ut fra de konkrete forholdene, se avsnitt 121.
- (59) Ved den konkrete proporsjonalitetsvurderingen i Lindheimsaken trakk EMD i avsnitt 126 frem myndighetenes evaluering av effekten av tomtfesteloven § 15 etter ikrafttredelsen i 2002. Domstolen viste her blant annet til at mange festere hadde fått en drastisk økning av festeavgiftene. Lovgiverens løsning av dette problemet – innføring av engangsløftet, og deretter regulering av festeavgiftene basert på konsumprisindeksen – beskrives i samme avsnitt. Avsnittet avsluttes med en fremheving av at departementet mente engangsløftet balanserte interessene knyttet til regulering av festeavgiftene.
- (60) I avsnitt 127 behandles spørsmålet om vederlag ved innløsning. Her trekkes det frem at departementet så dette i sammenheng med reglene om regulering av festeavgiftene, de alminnelige reglene om innløsningsrett og retten til forlengelse. EMD merket seg også at departementet mente at reglene – sett i sammenheng – ikke burde forrykke balansen mellom partene i vesentlig grad. Det heter avslutningsvis i avsnittet:

"The aim of the above-mentioned solution, as expressed by the Ministry, had been to pay due regard to what had been agreed on between the parties and to make it possible to introduce a balanced provision on the calculation of compensation for redemption."

- (61) Umiddelbart deretter heter det i avsnitt 128:

"However, the Court has not been made aware, nor does it appear from the material submitted, that any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a 'fair balance' between the interests of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand."

- (62) Lest i sammenheng er det nærliggende å oppfatte premissene slik at et sentralt moment i proporsjonalitetsvurderingen var at lovgiveren i tilknytning til § 33 – som var den bestemmelsen Lindheimsaken gjaldt – ikke hadde foretatt en tilfredsstillende kartlegging og vurdering av partenes interesser. Dette sto i motsetning til avveiningene når det gjaldt leiereguleringen fastsatt i § 15 og fastsettelsen av innløsningssum.

(63) Videre fremhevet EMD i avsnitt 129 at den lave festeavgiften ikke sto i noen sammenheng med eiendomsverdien, og i avsnitt 130 at reglene gikk langt videre enn hva det angitte sosiale formålet tilsa. I avsnitt 131 og 132 gikk domstolen nærmere inn på effekten av tomtefesteloven § 33 sammenholdt med § 15. EMD konstaterte, enkelt sagt, at festerne på ubestemt tid ville nyte godt av all verdistigning på eiendommen utover økningen i konsumprisindeksen. Dette til tross for at bortfesterne hadde en berettiget forventning om at festekontraktene ville løpe ut som fastsatt i avtalene og dermed gi anledning til regulering på basis av tomteverdiene, se avsnitt 133.

(64) I avsnitt 134 konkluderes drøftelsen slik:

"In these circumstances, it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed solely on the applicant lessors (see, mutatis mutandis, Hutten-Czapska, cited above, §§ 222, 224-225). The Court is therefore not satisfied that the respondent State, notwithstanding its wide margin of appreciation in this area, struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants, who were made to bear a disproportionate burden."

(65) Premissene i dommen har betydelig interesse for vår sak. Dels på grunn av de generelle retningslinjene som trekkes opp, dels fordi det er klare likhetstrekk mellom de to sakene.

(66) EMDs retningslinjer for proporsjonalitetsvurderingen – som jeg har gjennomgått i tilknytning til EMDs dommer i Hutten-Czapska og Lindheim – må danne utgangspunkt også for vurderingen av inngrepet overfor Æ. EMD har etter at Lindheimdommen ble avsagt, bekreftet disse prinsippenes generelle rekkevidde, se dom 12. juni 2014 i saken Berger-Krall med flere mot Slovenia avsnitt 196 flg. og dom 10. juli 2014 i saken Statileo mot Kroatia avsnitt 123 flg. I dommene er det gitt omfattende henvisninger til tidligere praksis.

(67) Dersom § 15 andre ledd nr. 2 forstås slik at Æ ikke på noe tidspunkt får anledning til å regulere festeavgiftene utover stigningen i konsumprisindeksen, blir den økonomiske virkningen sammenlignbar med det som var tilfellet i Lindheimsaken. I den saken skulle de tidsbestemte kontraktene ha gitt eierne tilgang til en andel av den eventuelle verdistigningen på råtomten ved opphør av kontrakten. Bortfesteren i vår sak hadde betinget seg det samme ved forlengelse. Nektet bortfesteren å regulere med basis i tomteverdien, blir effekten i begge tilfeller at all eventuell verdistigning på eiendommen – utover økningen i konsumprisindeksen – tilfaller festerne.

(68) Dersom festeavgiftene bare kan oppjusteres ved økning i konsumprisindeksen, vil avkastningen for Æ – som for bortfesterne i Lindheimsaken – være meget beskjeden. Tingretten antok at markedsverdien av festetomtene, som råtomter, lå over 400 000 kroner. Lagmannsretten fant det mest sannsynlig at tomteprisen kunne ligge noe under det tingretten la til grunn. Jeg har ikke grunnlag for å fravike lagmannsrettens vurdering her. Selv om verdien skulle ligge en del under tingrettens anslag, er det uansett klart at avkastningen ikke vil stå i et rimelig forhold til tomteverdien.

(69) I Lindheimsaken fremhevet EMD at bortfesteren hadde en berettiget forventning om å kunne holde seg til kontrakten, og dermed få anledning til å oppregulere festeavgiften ved utløpstiden. Både de ankende parter og staten har fremholdt at Æ ikke har noen

tilsvarende forventning om adgang til oppregulering siden festerne har rett til forlengelse og festeavgiften i lang tid har vært prisregulert.

- (70) Til dette bemerker jeg at en part i en festekontrakt i utgangspunktet utvilsomt har en berettiget forventning om at avtalen oppfylles. Dette må også gjelde for en bortfester som er part i en avtale med tomteprisklausul, til tross for at mulighetene for å bringe klausulen til anvendelse kan være usikker på grunn av langvarig prisregulering. Selv om forventningene kan være usikre, kan en i proporsjonalitetsvurderingen vanskelig se bort fra at bortfesteren etter avtalen faktisk hadde denne reguleringsretten og en interesse av å kunne påberope seg den. Denne interessen har lovgiveren, som jeg straks kommer til, balansert mot andre hensyn. Det er etter mitt syn her det sentrale.
- (71) I Lindheimsaken la EMD som nevnt vekt på at myndighetene ikke hadde vist at det var foretatt en balansert avveining av de motstående interessene knyttet til forlengelsesregelen i tomtefesteloven § 33, og at dette var annerledes ved reguleringsbestemmelsen i § 15. Jeg ser derfor nå noe nærmere på forarbeidene som førte frem til innføringen av engangsløftet ved lovendringen i 2004.
- (72) I Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 21 tok departementet – som også EMD festet seg ved – utgangspunkt i virkningene av at prisreguleringen ble opphevet ved ikrafttredelsen av tomtefesteloven 1. januar 2002. Mange festere hadde fått en kraftig oppregulering av festeavgiften. Selv om avtalene ga adgang til tomteverdiregulering, hadde den lange perioden med prisregulering ført til at festerne hadde innrettet seg etter at avgiftene ville følge prisstigningen ellers i samfunnet. Festerne var derfor ikke forberedt på prisstigningen, og oppreguleringene hadde "... gjort kraftige innhugg i mange familiers og ensliges husholdningsbudsjett".
- (73) For så vidt gjelder bortfesternes interesser, pekes det på side 22 i proposisjonen for det første på at hensynet til kontraktsfriheten taler mot ufravikelig konsumprisindeksregulering. Videre – i forlengelsen av dette – redegjøres det for at en absolutt regel om indeksregulering ville føre til en reduksjon av festeinntektene for bortfestere som avtalemessig hadde justert avgiften etter 1. januar 2002. Dernest fremholdes at den nye § 15 hadde gitt bortfesterne mulighet til økt avkastning på eiendommer som i en årrekke hadde gitt svært lave inntekter på grunn av prisreguleringen. På denne bakgrunn ville ikke departementet gå inn for ufravikelig konsumprisindeksregulering for eldre festeavtaler.
- (74) Departementet fremhevet på den annen side at tomteverdiklausuler ofte kan være konfliktskapende, og at avtalene antakelig er utformet uten at partene har hatt en bevisst oppfatning av at eiendomsprisene kunne stige så kraftig som i de seneste årene.
- (75) For å ivareta de motstridene hensynene foreslo departementet ordningen som fremgår av den gjeldende § 15 andre ledd nr. 2. En slik løsning ville etter departements syn ivareta hensynet til forutberegnelighet og å unngå tvister. Det fremgår av forarbeidene at bakgrunnen for engangsløftet blant annet var å unngå den tilfeldighet som ellers ville oppstå avhengig av om bortfesteren etter 1. januar 2002 hadde hatt anledning til å foreta regulering etter tomteverdi. Det heter videre på side 22 andre spalte:

"På denne måten løftes festeavgiftene i løpet av en overgangsperiode ved en engangsoperasjon opp på et høyere nivå enn det nivået som etablerte seg under de eldre prisreguleringene som ble opphevet ved tomtefestelovens ikrafttredelse 1. januar 2002.

For nye festeavtaler vil det fortsatt være adgang til å avtale en festeavgift som avspeiler eiendommens verdi og avkastning, men ved senere reguleringer må partene holde seg til konsumprisindeksen. En slik regel respekterer for eldre avtaler i noen grad hensynet til det som er avtalt, samtidig som man på sikt får et enhetlig system med regulering etter konsumprisindeksen. Dette må antas å bidra til færre tvister, og heller ikke gi grunnlag for overraskende og kraftige oppreguleringer av festeavgiften."

- (76) Departementets forslag fikk støtte fra et flertall i Stortinget, se Innst. O. nr. 105 (2003–2004) side 7. Alle medlemmene av justiskomiteén, unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, ga uttrykk for at de hadde "... med bekymring registrert at flere festere i avtaleforhold med såkalt 'tomteverdiklausul' fikk en kraftig oppregulering av festeavgiften etter at prisreguleringen ble opphevet 1. januar 2002".
- (77) Noen av medlemmene i flertallsfraksjonen – representantene fra Høyre og Kristelig Folkeparti – fremhevet videre at "tomtefesteloven § 15 har gitt flere bortfestere mulighet til økt avkastning på eiendommer som i årtier har gitt lavere avkastning enn avtalt på grunn av prisregulerte festeavgifter". Medlemmene fra Fremskrittspartiet ga blant annet uttrykk for at prisreguleringen hadde ført til at "... flere festere hadde en urimelig lav festeavgift", se side 8. Dersom økt festeavgift skulle føre til vansker med å klare boutgiftene, mente disse medlemmene at det burde vurderes en offentlig tilskuddsordning.
- (78) Mindretallet – representantene fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti – ga uttrykk for at "markedspristenkingen som nå råder er svært forvirrende" og viste til at festetomter er "klausulert opp til 99 pst" siden festeren disponerer tomten som om det var hans egen. Mindretallet mente det bare burde være adgang til å regulere festeavgiften etter konsumprisindeksen.
- (79) Som gjennomgangen av forarbeidene har vist, var det ulike syn og flere hensyn som gjorde seg gjeldende. Disse hensyn er løftet frem og avveid av lovgiveren. Dette skiller seg markant fra det EMD la til grunn knyttet til forlengelsesregelen i tomtefesteloven § 33, og jeg kan ikke se annet enn at dersom en bortfester som har kontrakt med tomteverdiklausul, får anledning til å foreta et "engangsløft" av festeavgiftene etter § 15 andre ledd nr. 2, oppstår det ingen motstrid med EMK P 1-1.
- (80) Tolkes derimot tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 slik at bortfestere, til tross for avtalefestet rett til tomteverdiregulering, ikke får anledning til annet enn justering etter konsumprisindeksen, blir forholdet til EMK P 1-1 problematisk. Situasjonen blir da på viktige punkter nokså lik det som var utslagsgivende i Lindheimsaken. Jeg viser særlig til at lovgiverens interesseavveining var knyttet til at bortfestere med avtalefestet rett til regulering etter tomteverdi skulle få foreta et engangsløft. Tolkes bestemmelsen slik at denne muligheten faller bort, mangler den balansering av interessene som EMD legger så stor vekt på.
- (81) EMD fremhevet, som jeg allerede har vært inne på, at den nasjonale rettslige ordningen ikke må gi vilkårlige eller uforutsigbare resultater, se avsnitt 119 i dommen. Som det har fremgått av min gjennomgang, vil bortfesterens adgang til å foreta et engangsløft etter hittil gjeldende rett kunne avhenge av når tidspunktet for konsumprisindeksregulering inntreffer etter avtaleklausuler som er skrevet uten tanke på en slik konsekvens. Og etter Rød Gårddommen fra 2013 vil den samme reguleringen – justering etter konsumprisindeksen – kunne ha ulike konsekvenser avhengig av om reguleringen skjer i medhold av avtale

eller foretas etter en forskriftsbestemmelse. Når tilfellene ses i sammenheng, medfører denne lovforståelsen løsninger som kan fremstå som tilfeldige.

- (82) I Bøvredommen og senere i Ringveddommen ble, som jeg tidligere har redegjort for, forholdet til EMK ikke vurdert. Lindheimdommen, som EMD avsa senere, har endret det rettslige bildet på en avgjørende måte.
- (83) Etter mitt syn er det klart best i samsvar med de hensyn som trekkes fram i Lindheimdommen, og som jeg har påvist at er tillagt vekt i lovforarbeidene, å tolke bestemmelsen slik at bortfesteren i medhold av § 15 andre ledd nr. 2 kan foreta én avtalebasert oppregulering av festeavgiften uansett om avgiften tidligere har vært justert en eller flere ganger på grunnlag av konsumprisindeksen. Den lovtolking som tidligere er lagt til grunn, kan derfor ikke lenger opprettholdes.
- (84) Jeg er etter dette kommet til samme resultat som tingretten og lagmannsretten, og anken må forkastes.
- (85) I likhet med de tidligere instansene mener jeg at det ikke bør tilkjennes sakskostnader. Saken har reist et prinsipielt rettsspørsmål som det var viktig å få avklart. Samtlige parter er for øvrig innvilget fri sakførsel for Høyesterett.
- (86) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

- | | | |
|------|----------------------------|--|
| (87) | Dommer Tjomsland: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (88) | Dommer Skoghøy: | Likeså. |
| (89) | Dommar Utgård: | Det same. |
| (90) | Dommer Øie: | Likeså. |
| (91) | Dommer Normann: | Likeså. |
| (92) | Dommer Noer: | Likeså. |
| (93) | Dommer Bull: | Likeså. |
| (94) | Dommer Ringnes: | Likeså. |
| (95) | Dommer Arntzen: | Likeså. |
| (96) | Justitiarius Schei: | Likeså. |

(97) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes: