



NORGES HØYESTERETT

Den 17. april 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-00809-A, (sak nr. 2012/1596), sivil sak, anke over dom,

Kristiania Hjemmelskap AS (advokat Mathias Tveten)

mot

AS Bærums-Hus (advokat Tallag Andersen)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Tjomsland**: Saken gjelder spørsmålet om bortfeste av tomt til boligblokk med utleieleiligheter omfattes av "tomt til bustadhus" i tomtefesteloven § 15 første ledd, noe som vil innebære at festeavgiften ikke vil kunne reguleres mer enn endringene i konsumprisindeksen.
- (2) Sakens bakgrunn er følgende:
- (3) Kristiania Hjemmelskap AS eier tomten Gamle Drammensvei 37 i Bærum kommune. Tomten – som i dag er festet av AS Bærums-Hus – var opprinnelig på 4 528 m², men ble etter en ekspropriasjon på 1980-tallet redusert til 3 871 m². Festekontrakten ble inngått 3. august 1961. Partene på kontraktstidspunktet var Frits W. Petterson som bortfester og Grunn- og Høybygg-Bærum AS som fester. Grunn- og Høybygg transporterte i forbindelse med oppføringen av bygget festekontrakten til AS Bærums-Hus i 1966. Tomten ble i 2007 overdratt til Kristiania Hjemmelskap AS for 5 500 000 kroner.
- (4) Ifølge festekontrakten er festetiden 50 år. Pristaksten for tomten var 160 000 kroner. I kontraktens punkt XIII fremgår det at tomten skal bebygges med blokkbebyggelse overensstemmende med stadfestet bebyggelsesplan med eventuelle endringer og tilbygg

som måtte bli godkjent av bygnings- og reguleringsvesenet i Bærum. AS Bærums-Hus, som driver boligutleie som næring, satte på begynnelsen av 1960-tallet opp en boligblokk med 22 leiligheter på festetomten.

- (5) Festekontrakten punkt II inneholder blant annet bestemmelsen om regulering av festeavgiften og lyder slik:

"Festeavgiften skal idag beregnes etter kr. 160.000,- og skal være den høyeste avgift som til enhver tid godkjennes av prismyndighetene, for tiden 5 %, og utgjør således idag kr. 4 000,- pr. halvår.

Grunneieren kan om han så ønsker, kreve festeavgiften regulert hvert 3. år, og hensyn skal i slike tilfelle tas til verdien av tilsvarende tomter samt til rentenivået på det tidspunkt eventuell regulering av festeavgiften vil bli foretatt. Festeavgiften forfaller til betaling forskuddsvis hvert halvår, første termin ved underskrift av denne kontrakt."

- (6) I henhold til kontrakten punkt VI ydet festeren et lån på 80 000 kroner til grunneieren.
- (7) Jeg bemerker – uten at dette er sentralt i saken – at det er ufullstendige opplysninger om når og hvordan festeavgiften tidligere har vært regulert. Lagmannsretten har lagt til grunn at festeavgiften er regulert i 1976, 1986, 1989, 1997 og en gang senere. Det er ikke opplyst hvordan reguleringen skjedde i 1976 og 1986. I 1989 ble avgiften regulert i henhold til en multiplikasjonsfaktor med utgangspunkt i konsumprisindeksen etter de reglene som gjaldt på dette tidspunkt. Kristiania Hjemmelskap AS fremsatte i 2003 eller 2005 krav om indeksregulering av festeavgiften, og tok forbehold om "å kreve riktig" regulering på grunnlag av tomteverdi. Avgiften ble etter denne reguleringen satt til 59 040 kroner per år.
- (8) Kristiania Hjemmelskap AS satte høsten 2008 frem krav om regulering av festeavgiften basert på endringer i tomteverdien og rentenivået. Det ble anført at slik regulering var hjemlet i festekontrakten punkt II. Den festeavgift som da ble krevet, utgjorde 1 235 000 per år. AS Bærums-Hus bestred kravet og viste til at festeavgiften etter tomtfesteloven § 15 første ledd bare kan reguleres på grunnlag av endringer i pengeverdien. Kristiania Hjemmelskap AS tok deretter ut stevning i voldgiftssak i henhold til festekontrakten punkt XII. Under saksforberedelsen for voldgiftsretten ble partene enige om at saken skulle behandles av domstolene, og voldgiftssaken ble hevet.
- (9) Kristiania Hjemmelskap AS tok 21. januar 2011 ut skjønnsbegjæring for Asker og Bærum tingrett, som 1. juli 2011 avsa skjønn med slik slutning:
- "1. Festeavgiften for Gamle Drammensvei 37 (gnr. 14, bnr. 100) i Bærum reguleres med grunnlag i konsumprisindeksen.**
 - 2. AS Bærums-Hus frifinnes for øvrig.**
 - 3. I sakskostnader for tingretten betaler Kristiania Hjemmelskap AS 302 450,12 – trehundredeogtusenfirehundredeogfemti – kroner og tolv øre – til AS Bærums-Hus innen 2 – to – uker etter forkynnelse av denne dom."**
- (10) Kristiania Hjemmelskap AS begjærte overskjønn. Borgarting lagmannsrett avsa 1. august 2012 overskjønn med slik slutning:

- "1. Festeavgiften for Gamle Drammensvei 37, gnr. 14 bnr. 100, i Bærum reguleres med grunnlag i konsumprisindeksen.
- 2. Forøvrig frifinnes AS Bærums-Hus.
- 3. Anken over tingrettens saksomkostningsavgjørelse forkastes.
- 4. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Kristiania Hjemmelskap AS til AS Bærums-Hus 281 981 – tohundreogåttientusennihundreogåttien – kroner. Oppfyllelsesfristen er to uker fra forkynnelsen av overskjønnet. I tillegg kommer omkostningene til skjønnsmedlemmene fastsatt i egen avgjørelse. Beløpet forfaller til betaling to uker fra forkynnelsen av avgjørelsen."

- (11) Kristiania Hjemmelskap AS har anket overskjønnet til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (12) Jeg nevner for fullstendighetens skyld at AS Bærums-Hus i brev 8. juli 2010 til Kristiania Hjemmelskap AS fremsatte krav om forlengelse av festeavtalen etter tomtesteloven § 33. Kravet ble bestridt. Den tvisten er stilt i bero i påvente av en endelig avgjørelse i denne saken.
- (13) Den ankende part – *Kristiania Hjemmelskap AS* – har sammenfatningsvis gjort gjeldende:
- (14) Lagmannsretten bygger på en uriktig tolkning av uttrykket "tomt til bustadhus" i tomtefesteloven § 15 første ledd, når den legger avgjørende vekt på hva tomten faktisk var ment anvendt til. Avgjørende for hvilken rettslig kategori festekontrakten omfattes av, er om det er boligformål for festeren eller næringsformål kontrakten tar sikte på å fremme. Når festekontrakten – slik som her hvor festeren er et eiendomsselskap som driver boligutleievirksomhet – er inngått for å skaffe festeren en økonomisk avkastning ved utleie av leilighetene i boligblokken som skulle settes opp, anvendes tomtegrunnen utvilsomt som et ledd i festerens næringsvirksomhet.
- (15) Lagmannsrettens lovtolkning har ikke støtte i forarbeidene til tomtefesteloven. Lagmannsretten har lagt betydelig vekt på at tomtefesteloven § 32 tredje ledd før bestemmelsen ble opphevet i 2004, inneholdt en begrensning i hvem som hadde innløsningsrett som ikke har noen parallell i ordlyden i § 15 første ledd. Denne bestemmelsen kan imidlertid – særlig fordi den nå er opphevet – ikke tillegges særlig vekt ved tolkningen av § 15 første ledd.
- (16) Utformingen av den nye bestemmelsen fra 2010 i tomtefesteloven § 5 a, som inneholder forbud mot å etablere festeforhold på bebygd tomt, er av atskillig interesse for tolkningen av § 15 første ledd. Her valgte lovgiver – nettopp for å unngå at det skulle oppstå tvil i denne type saksforhold – en formulering som utvilsomt også omfatter boligtomter festet til næringsformål.
- (17) Avgjørende for det foreliggende tolkningsspørsmål er de forbrukerhensyn som har begrunnet vernelovgivningene i tomtefesteloven. En lang rekke steder i forarbeidene fremheves nettopp hensynet til vern av egen bolig som begrunnelse for den preseptoriske lovregulering i tomtefesteloven § 15 første ledd. Tilsvarende hensyn gjør seg ikke gjeldende ved bortfeste av boligtomt til bruk til utleieboliger i næringsvirksomhet.

- (18) Lagmannsretten har fremhevet at det for festerens leietakere indirekte vil kunne være en fordel at festeavtalen omfattes av tomtefesteloven § 15 første ledd. Tomtefesteloven er imidlertid ikke et egnet virkemiddel til å gi slik beskyttelse.
- (19) Det er ellers av stor betydning at Justisdepartementets lovavdeling, i en tolkingsuttalelse 28. oktober 2004 (sak nr. 2004/008489*) mente at tomtefesteloven § 15 første ledd må forstås slik den ankende part gjør gjeldende. En slik uttalelse fra departementets fagavdeling har betydelig vekt som rettskilde.
- (20) Dette innebærer at det er tomtefesteloven § 15 tredje ledd som gjelder for reguleringen av festeavgiften. Den ankende part hevder at det i festekontrakten utvilsomt ble avtalt regulering etter tomteverdien, jf. festekontrakten punkt II. Det er ikke holdepunkter for at partene – i forbindelse med tidligere reguleringer – ved konkludent adferd har endret festekontrakten på dette punkt. Slik kan heller ikke lagmannsrettens korte bemerkninger om dette forstås.
- (21) Kristiania Hjemmelskap AS har nedlagt slik påstand:
- "1. Borgarting lagmannsretts overskjønn oppheves og saken hjemvises til ny behandling.**
- 2. Kristiania Hjemmelskap AS tilkjennes sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett."**
- (22) Ankemotparten – *AS Bærums-Hus* – har sammenfatningsvis anført:
- (23) Prinsipalt gjøres gjeldende at det er avtalt regulering etter konsumprisindeksen, og at dette derfor blir resultatet også dersom tomtefesteloven § 15 tredje ledd anvendes. Dette fremgår ikke av selve festekontrakten, men partenes etterfølgende forhold blant annet i forbindelse med reguleringen i 2003 eller 2005 viser at slik avtale er inngått. Også lagmannsretten synes å ha lagt en slik forståelse til grunn.
- (24) Subsidiært gjør *AS Bærums-Hus* gjeldende at lagmannsretten har bygget på en riktig lovtolkning. Ordlyden i tomtefesteloven § 15 første ledd er helt klar. Boligblokken er utvilsomt et bustadhus. Det er bruken av tomten som er avgjørende; ikke festerens bakenforliggende formål – næring eller egen bruk – med tomten. Innrettelseshensyn tilsier at lovens ordlyd må tillegges stor vekt i saker om tomtefeste, jf. Rt. 2010 side 836 avsnitt 50. Det er heller ikke andre bestemmelser i loven som gir grunnlag for å innfortolke en begrensning i § 15 første ledd i strid med ordlyden.
- (25) Lagmannsretten har med rette lagt betydelig vekt på at tomtefesteloven § 32 tredje ledd slik det lød før lovendringen i 2004, hadde en uttrykkelig begrensning av hvilke festeforhold som ble omfattet. Det sentrale i denne sammenheng er at en tilsvarende begrensning ikke ble tatt inn i § 15 første ledd. At § 32 tredje ledd senere er opphevet, er her uten betydning for rettskildevekten av den tidligere bestemmelsen.

* : (sak nr. 2004/00848)

Rettet i medhold av tvl. § 19-8.
24. april 2013

Tore Schei (sign.)

- (26) I tomtefesteloven § 5 a ble det foretatt en tilføyelse for å unngå eventuell tolkningstvil. Det er – slik den er begrunnet i forarbeidene – ikke holdepunkter for å anta at dette var ansett å være en nødvendig tilføyelse.
- (27) Det er riktig – som anført av den ankende part – at lovgiver har tatt særlig sikte på å verne festerens egen bolig og fritidseiendom, og at det er en rekke uttalelser i lovforarbeidene – også direkte knyttet til § 15 første ledd – som bekrefter dette. Men dette innebærer ikke at det er tilstrekkelig grunnlag for å tolke loven innskrenkende slik at den blir begrenset til disse tilfeller. Det vil for øvrig – som de tidligere instanser har gitt uttrykk for – være en viss faktisk beskyttelse for leietakerne i at § 15 første ledd også kommer til anvendelse på festeforhold som dette.
- (28) Det må sees hen til at ankemotpartens lovtolkning også har støtte i voldgiftsdom 2. desember 2003 om AS Bogstadveien 30 og i Falkanger og Falkanger: Tingsrett, 7. utgave, 2012, side 429**.
- (29) Det er ikke grunn for Høyesterett til å "reparere" loven på grunnlag av en antatt lovgivervilje. En slik reparasjon vil det for øvrig være vanskelig fullt ut å øyne konsekvensene av. Det vil i så fall oppstå en lang rekke avgrensningsspørsmål, noe som viser at det i tilfelle må være en oppgave for lovgiver å endre rettstilstanden.
- (30) AS Bærums-Hus har nedlagt slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Ankemotparten tilkjennes saksomkostninger."**
- (31) *Jeg er kommet til anken fører frem. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse, jf. skjønnsprosessloven § 38.*
- (32) Hovedspørsmålet i saken er forståelsen av tomtefesteloven § 15. Bestemmelsen gir i første ledd regler om regulering av festeavgiften for "tomt til bustadhus og fritidshus". I tredje ledd er det gitt egne regler for fastsettelsen av festeavgiften for andre festeforhold enn "tomt til bustadhus og fritidshus". Det festeforholdet, som her skal bedømmes i forhold til uttrykket "tomt til bustadhus", gjelder en tomt som i samsvar med gjeldende reguleringsplan skulle benyttes til en boligblokk med utleieleiligheter.
- (33) Tomtefesteloven § 15 regulerer ikke eksplisitt den foreliggende problemstilling, og bestemmelsen synes heller ikke å være formulert med sikte på dette. Jeg er imidlertid enig med lagmannsretten i at ordlyden – selv om den ikke er helt entydig – isolert betraktet kan tale for at det avgjørende er hva selve tomten skal anvendes til. Slik bestemmelsen er utformet, synes det altså å være bruken av tomten som er det avgjørende kriterium og ikke festerens formål med festekontrakten.

** : 261

Rettet i medhold av tvl. § 19-8.
24. april 2013

Tore Schei (sign.)

- (34) Lagmannsretten har lagt atskillig vekt på bestemmelsen i tomtefesteloven § 32 slik den lød før 2004. Bestemmelsen gjaldt innløsningsrett for festeavtaler inngått før 1976 der husene på tomta var i "varig bruk som bustadhus for festaren, festarens ektemake, livsarving, fosterbarn som står i same stilling som livsarving, eller av nokon som dei to siste åra har høyrte til same husstand som festaren". Det kan anføres at begrensingen i hvem som kunne gjøre gjeldende innløsningsrett, neppe var nødvendig dersom § 15 første ledd forstås slik den ankende part anfører. At bestemmelsen nå er opphevet, svekker isolert sett i liten grad dette argumentet. Det må imidlertid bemerkes at innløsningsretten også var betinget av at husene på tomten var i "varig" bruk som bustadhus, noe det er nærmere redegjort for i Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 32. Siden tomtefesteloven § 15 første ledd og den tidligere bestemmelsen i § 32 tredje ledd regulerte forskjellige problemstillinger og heller ikke ble behandlet samlet i forarbeidene, viker jeg tilbake for å legge avgjørende vekt på dette forholdet.
- (35) Bestemmelsen i tomtefesteloven § 5 a, som inneholder et forbud mot å etablere festeforhold på bebygd tomt, er trukket frem av begge parter. Den bestemmelsen gjelder altså en helt annen problemstilling enn § 15 første ledd. Utformingen av bestemmelsen på det aktuelle punktet ble uttrykkelig vurdert av lovgiver. Jeg viser til drøftelsen i Prop. 115 L (2009–2010) side 53–54, hvor det heter:
- "Forbudets rekkevidde foreslås ikke knyttet til tomtefestelovens begrep 'feste til bustadhus'. Riktignok vil avtaler om feste av bebygd grunn hvor bygningene skal benyttes til bolig, i det overveiende antall tilfeller også regnes som avtaler om 'feste til bustadhus' i tomtefestelovens forstand. Dette kan imidlertid etter omstendighetene synes noe uklart der boligformålet ikke er det sentrale for partene i festeavtalen, for eksempel hvor et eiendomsselskap inngår avtale om å feste en tomt til en bygning som skal brukes til leieboliger. Det kan hevdes at dette vil være et feste til næringsformål. For å unngå eventuell tolkningstvil går derfor departementet inn for at forbudet i stedet avgrenses til tilfeller hvor man etter en objektiv vurdering kommer til at bygningene i hovedsak skal benyttes til bolig."**
- (36) Dette viser at lovgiver var klar over problemstillingen og ønsket å løse spørsmålet direkte i lovteksten. Jeg synes det er vanskelig å si at selve drøftelsen trekker i en bestemt retning når det gjelder vårt tolkingsspørsmål.
- (37) Hovedargumentasjonen til den ankende part har vært knyttet til formålet med den preseptoriske regelen i tomtefesteloven § 15 første ledd. Det var hensynet til forbrukervernet som begrunnet de særlige beskyttelsesreglene for festerne av tomt til bolig og fritidshus, og bestemmelsens rekkevidde må etter den ankende parts mening tolkes slik at den er begrenset til slike festeavtaler.
- (38) Jeg skal gjengi enkelte uttalelser fra forarbeidene som illustrerer dette. Fra forarbeidene til 1996-loven viser jeg først til NOU 1993: 29 side 44–45 hvor det heter:
- "Utvalet har kome fram til at for feste av bustadtomt bør siktemålet vera å gje festaren ein rettsleg posisjon som så langt råd er tilsvarar den ein eigar har. Det bør berre vera skilnad så langt sjølve forma tomtefeste gjer at reglane må vera ulike. Det er festeføremålet og den kjenslemessige tilknyttinga ein gjerne får til heim og bustad som gjer at bustadtomter etter utvalet sitt syn bør vurderast på ein annan måte enn tomter til andre føremål – her og medrekna fritidstomter."**
- (39) Deretter viser jeg til Ot.prp. nr. 28 (1995–96) side 14 hvor det heter:

"Slike føremål har ein fyrst og fremst med å gjere ved feste av tomt til bustadhus og fritidshus. Samanliknar ein feste av tomt til bustadhus og fritidshus spesielt, er det nok generelt sett størst grunn til å verne festaren av bustadtomt. Rett nok vil både festaren av bustadtomt og fritidstomt ofte ha gjort store investeringar i samband med opparbeiding av tomta og i bygningar og andre faste tilskipingar på tomta. Det er likevel større grunn til å sikre den einskilde tryggleik når det gjeld bustaden enn fritidshuset. Ved feste av tomt til bustadhus gjer bustadpolitiske omsyn seg særleg gjeldande. I Regjeringas langtidsprogram (St meld nr 4 for 1994-95) vert butryggleik både økonomisk og juridisk framheva som ei sentral målsetting (s 299)."

- (40) Når det gjelder lovendringen i 2006, viser jeg først til Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 21 der det heter:

"Det avviket som over tid har oppstått mellom prisregulerte festeavgifter og verdistigningen i boligmarkedet, har ført til at oppreguleringen som kunne foretas i enkelte festekontrakter etter 1. januar 2002, har gjort kraftige innhugg i mange familiers og ensliges husholdningsbudsjett. Denne prisutviklingen har man også hatt i utleiemarkedet, men her har stigningen vært jevnere, og en forskjell på boligfeste og det ordinære leiemarkedet er at festeren har oppført huset for egne midler."

- (41) Og deretter til Innst. O. nr. 74 (2005–2006) side 2 hvor det heter:

"K o m i t e e n viser videre til at for den som leier festet grunn er et bolig- eller fritidshus et vesentlig gode. Sosiale hensyn og ønsket om et forbrukervern også for slike sentrale goder ligger bak ønsket om å verne festernes interesser. K o m i t e e n viser i denne sammenheng til de respektive partiers merknader i Innst.S. nr. 102 (2002–2003) og Innst. O. nr. 105 (2003–2004). I Innst. O. nr. 105 (2003–2004) oppnådde man flertall for å få styrket vernet for festere av bolig- og fritidshus, både når det gjelder regulering av festeavgift, innløsning av festetomter og forlengelse av festekontrakter på samme vilkår som før."

- (42) Det er – som det fremgår av det jeg her har gjengitt – på det rene at det er boligpolitiske og forbrukerpolitiske hensyn som har vært begrunnelsen for vernereglene – blant annet § 15 første ledd – i tomtefesteloven. Bildet fremstår her som entydig. Det er illustrerende at diskusjonen i stor utstrekning dreide seg om fritidsbolig skulle likestilles med vanlig bolig. Motsetningen til festeavtaler med slike formål er festeavtaler med næringsformål. Det er ikke uttalelser i lovforarbeidene hvor beskyttelseshensynet direkte eller indirekte har vært trukket frem for så vidt gjelder bestemte former for næringsformål. Det er således ingen uttalelser i forarbeidene hvor det fremgår at feste til slikt formål som denne saken gjelder, er forutsatt vernet etter bestemmelsene.

- (43) Lagmannsretten mener at den tolkningen den la til grunn, på grunn av begrensningen i adgangen til å regulere festeavgiften indirekte vil gi en viss beskyttelse for leietakerne i utleieleilighetene. Jeg kan imidlertid ikke se at et slikt formål kan forankres i tomtefesteloven. Etter mitt syn er tomtefesteloven verken et naturlig eller et egnet virkemiddel for å beskytte festernes leietakere.

- (44) Justisdepartementets lovavdeling avga 28. oktober 2004 en tolkningsuttalelse vedrørende tomtefesteloven § 15, hvor det – på grunnlag av de hensyn jeg har redegjort for – heter:

"Vi forstår spørsmålet som å gjelde om en festet tomt der festeren er et aksjeselskap, er å anse som en festetomt til 'bustadhus' eller ikke, i tomtefestelovens forstand, dersom huset helt består av beboelsesleiligheter. Vi antar at dette avhenger av omstendighetene. Innledningsvis vil vi understreke at spørsmålet kan anses noe uavklart, da det ikke er nærmere behandlet i lovforarbeid, og ikke har vært prøvet av Høyesterett.

Som et utgangspunkt må spørsmålet etter vårt skjønn vurderes ut fra hvilket festeformål som er eller må anses avtalt mellom bortfesteren og festeren. Hvis formålet med festet på avtaletidspunktet er å sikre tomtegrunn for å dekke et boligbehov for festeren, dennes nærstående, eller for festerens andelshavere hvis festeren er et borettslag eller et annet selskap som har som formål å skaffe andelshaverne bolig, er det etter vår vurdering tale om en 'tomt til bustadhus', jf. bl.a tomtefesteloven § 7 og § 15 kapittel VI. Lovens ordlyd og dens formål taler for dette resultatet.

Motsatt vil det ikke være naturlig å si at det er tale om en 'tomt til bustadhus' hvis formålet med festet på avtaletidspunktet er å sikre tomtegrunn for å skaffe festeren økonomisk utbytte, eller det samme for festerens andelshavere hvis festeren er et selskap som har som formål å skaffe andelshaverne økonomisk utbytte. Dette må etter vårt skjønn også gjelde hvis formålet oppnås ved å bygge hus for utleie, enten utleieobjektene er næringsarealer eller boligenheter."

- (45) Lovavdelingens uttalelse har her atskillig interesse blant annet fordi den er avgitt av den fagavdeling som har ansvaret for tomtefesteloven. For fullstendighetens skyld nevner jeg – slik det også fremgår av gjengivelsen av ankemotpartens anførsler – at lagmannsrettens lovtolkning har støtte i en voldgiftsdom og i juridisk teori.
- (46) Jeg er etter dette blitt stående ved at lagmannsretten har bygget på en uriktig tolkning av tomtefesteloven § 15 første ledd når den er kommet til at bestemmelsen får anvendelse på det foreliggende saksforhold. Den omstendighet at begrunnelsen for beskyttelsesregelen for festeren ikke gjør seg gjeldende i denne type tilfeller, må – slik jeg ser det – veie tyngre enn de argumenter som trekker i retning av en annen tolkning.
- (47) Det er nok så at denne tolkningen innebærer at det kan oppstå enkelte grensetilfeller hvor løsningene kan være tvilsomme. Uten at det er foranledning for meg til å ta stilling til alle enkeltheter i uttalelsen, bemerker jeg at Justisdepartementets oppsummering i uttalelsen av 28. oktober 2004, fremtrer som en hensiktsmessig avgrensning. Det kan for øvrig være et spørsmål om det lovutvalget som ved kgl. res. 15. februar 2013 ble nedsatt for å gjennomgå tomtefesteloven som følge av EMDs dom 12. juni 2012 i saken Lindheim og andre mot Norge, vil overveie om avgrensningsspørsmålet bør reguleres nærmere.
- (48) Dette innebærer at festeforholdet reguleres av tomtefesteloven § 15 tredje ledd, jf. nærmere Rt. 2012 side 1393 avsnitt 60 og 61. Den ankende part har gjort gjeldende at det er avtalt regulering av festeavgiften i samsvar med endringene i tomteverdien. Ankemotparten har prinsipielt gjort gjeldende at partene ved konkludent adferd har inngått en endringsavtale som innebærer at det er avtalt regulering av festeavgiften i samsvar med konsumprisindeksen. Under enhver omstendighet bestrider ankemotparten at det er avtalt regulering etter tomteverdien.
- (49) Lagmannsretten har – slik jeg ser det – ikke tatt stilling til hva som her er avtalt mellom partene. Retten har riktignok som et "støtteargument" – i forbindelse med lovtolkningen – en bemerkning hvor det blant annet sies at det er "grunn til å anta" at prisen for tomten ville vært en annen dersom tidligere "grunneier hadde ment at festekontrakten ga grunnlag for en årlig festeavgift på over en million kroner". Jeg kan imidlertid ikke se at lagmannsretten med dette har tatt stilling til hva som er avtalt.
- (50) Det er her ikke bare uenighet om hvorledes selve festekontrakten skal forstås, men også om den senere er endret ved konkludent adferd. Under disse omstendigheter finner jeg det

klart at Høyesterett ikke har kompetanse til å ta stilling til hva som nå er avtalt mellom partene. Dette må i tilfelle avgjøres ved et nytt overskjønn.

- (51) Mitt syn er altså at lagmannsrettens overskjønn bygger på uriktig rettsanvendelse, og at det derfor må oppheves, jf. tvisteloven § 30-14 jf. § 29- 24.
- (52) Saken gjelder et generelt og tvilsomt rettslig spørsmål hvor det i det fremlagte rettsmateriale har vært gjort gjeldende ulike oppfatninger. Jeg er kommet til at sakskostnader ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (53) Jeg stemmer for slik

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- (54) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (55) Dommer **Noer:** Likeså.
- (56) Dommer **Webster:** Likeså.
- (57) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (58) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: