



NORGES HØYESTERETT

Den 22. mai 2013 avsa Høyesterett dom i

HR-2013-01073-A, (sak nr. 2012/1732), sivil sak, anke over dom,

Anita Jansen

Monica Jansen

Nils Kristian Jansen

(advokat Bjørn Trygve Nilsen – til prøve)

mot

Henning Frisch

Morten Frisch

(advokat Tallag Andersen)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**: Saken gjelder regulering av festeavgift. Spørsmålet er om det er foretatt en første regulering av avgift etter 1. januar 2002 som hindrer senere regulering etter tomteverdi, jf. overgangsregelen i tomtefesteloven § 15 andre ledd om det såkalte "engangsløftet".
- (2) Ankemotpartene Henning og Morten Frisch fester tomt til fritidsbolig på Rød Gård, gnr. 26 bnr. 1 i Tjøme kommune. Eiere av gården – og dermed bortfestere – er i dag de ankende parter Anita, Monica og Nils Kristian Jansen.
- (3) Festekontrakten ble inngått 4. januar 1969. Kontrakten gjaldt opprinnelig en tomt på 4 064 kvadratmeter, men etter utvidelse er arealet i dag om lag 4 250 kvadratmeter. Årlig festeavgift er i kontrakten fastsatt til 1 400 kroner. Festetiden er ti år med rett for festeren til fornyelse hvert tiende år. Om regulering av festeavgiften heter det i kontrakten:

"Festeavgiften reguleres hvert tiende år, og da i forhold til prisnivået ved omsetning av fast eiendom på Tjøme. Den årlige grunnleie beregnes etter 5 % av takstsummen."

- (4) Festeavgiften ble oppregulert til 1 900 kroner med virkning fra 1. januar 1979. I desember 1988 ble avgiften igjen oppregulert for den kommende tiårsperioden, denne gang til 4 190 kroner. Den nye avgiften var basert på endringene i konsumpris i henhold til de prisforskrifter som gjaldt da. Om dette heter det i et brev fra bortfester 16. desember 1988:

"Som jeg nevnte for deg i telefonen i går gjelder fremdeles de midlertidige prisforskrifter for regulering av festeavgifter. Vi kan derfor ikke benytte den reguleringspassus som er fastsatt i kontrakten, ..."

- (5) Daværende grunneier og bortfester Arnt O. Jansen skrev i desember 1998 til festerne i forbindelse med fornyelse av festeavtalen. Han viste i brevet til arbeidet med ny festelov og opplyste at han ville kontakte advokat "for å få klarhet i hvordan vi kan regulere i år, om vi kan følge ordlyden i kontrakten, eller det er andre bestemmelser å ta hensyn til". Festerne gjorde gjeldende at avgiften fortsatt skulle justeres i tråd med prisforskriftene. Etter ytterligere kontakt mellom partene i 1999, heter det i brev fra bortfester til Henning Frisch 6. januar 2000:

"Jeg viser til div. korrespondanse og samtaler i fjor vedr. justering av tomten da denne var forfalt til regulering. Vi kom fram til kr. 5.700 for 1999 inkl. det nye tilleggsarealet. Det ble også konstatert at prisen skal justeres hvert år på grunnlag av ny multiplikator som vedtas av konkurransetilsynet på slutten av året. Det kan skje så fremt dette er innenfor festekontraktens rammer vedr. regulering for perioden.

Ny festeavgift blir derfor også i år beregnet på grunnlag av kronprinsregentens resolusjon av 21.12.1990 om prisforskrifter om forhøyelse av festeavgifter § 2.

Ved å fastsette justeringen fra 1979 inklusive tilleggsarealet til kr. 2.000,-, og multiplisere med den nye faktor for året på 2,89, blir leien for i år kr 5.780,-."

- (6) For 2001 ble det innkrevd festeavgift med 6 020 kroner. Deretter ble beløpet konsumprisjustert hvert år til og med 2008.
- (7) I forbindelse med fornyelse av festekontrakten i 2009, krevde bortfester i brev 21. desember 2008 festeavgiften satt til 43 877 kroner med grunnlag i kontraktens reguleringsbestemmelse, men begrenset av maksimumssatsen på 10 324 kroner per dekar, jf. tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2. Festerne bestred at det var adgang til å foreta regulering etter tomteverdi. Bortfesterne fastholdt på sin side kravet om oppregulert festeavgift og begjærte skjønn til fastsettelse av ny festeavgift.
- (8) Tønsberg tingrett avhjemlet 17. oktober 2011 skjønn med slik slutning:

- "1. Festeavgiften for Henning Frisch og Morten Frisch fastsettes med virkning fra 1. januar 2009 til kr 43.877,- –kronerførtitretusenåttehundreogsyttisju–.**
- 2. Henning Frisch og Morten Frisch plikter in solidum innen 2 – to – uker fra skjønnets forkynnelse å betale saksomkostninger til Sameiet Rød Gård v/Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen med kr 75.750,- – kronersyttifemtusensjuhundreogfemti–. I tillegg kommer rettsgebyr.**
- 3. Henning Frisch og Morten Frisch dekker utgiftene til skjønnsmenn i henhold til egen oppgave."**

- (9) Henning og Morten Frisch begjærte overskjønn. Agder lagmannsretts overskjønn 30. august 2012 har slik slutning:
- "1. **Festeavgiften for Henning Frisch og Morten Frisch fastsettes med virkning fra 1. januar 2009 til 7 000 – syvtusen – kroner pr år.**
 2. **Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen dømmes til innen 2 – to – uker fra overskjønnets forkynnelse, in solidum å betale til Henning Frisch og Morten Frisch 100 687 – ethundretusensekshundreogåttisyv – kroner i sakskostnader for tingretten og 120 000 – ethundreogtyvetusen – kroner i sakskostnader for lagmannsretten.**
 3. **Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen dekker in solidum utgifter til skjønnsmedlemmer for tingretten med 5 000 – femtusen – kroner og for lagmannsretten etter egen fastsettelse."**
- (10) Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen har inngitt anke til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen og saksbehandlingen. I ankeutvalgets beslutning 4. desember 2012 ble anken henvist for så vidt gjelder rettsanvendelsen, mens den for øvrig ble nektet fremmet.
- (11) Som jeg kommer tilbake til, har ankemotparten fremsatt en ny prinsipal anførsel for Høyesterett. For øvrig står saken – innenfor rammene for Høyesteretts prøvingskompetanse – i samme stilling som for de tidligere instanser.
- (12) De ankende parter – *Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen* – har i det vesentlige anført:
- (13) Det er feil rettsanvendelse når lagmannsretten har lagt til grunn at en årlig justering av innkrevd festeavgift i medhold av tomtefesteforskriften er en regulering som hindrer senere tomteverdiregulering, jf. tomtefesteloven § 15 andre ledd. Uttrykket "første reguleringa" i § 15 andre ledd omfatter bare oppregulering av festeavgiften på grunnlag av festekontraktens bestemmelser. Både forarbeidene til prisforskriften av 1990 og tomtefesteforskriften av 2001 viser at justering av den festeavgift som lovlig kan innkreves, er noe annet enn en avtalemessig regulering som hindrer senere "engangsløft". Forarbeidene til tomtefesteloven, Justisdepartementets faktaark og underrettspraksis støtter en slik forståelse. Formålet bak overgangsregelen i § 15 andre ledd oppnås heller ikke hvis en justering etter tomtefesteforskriften hindrer senere regulering til tomteverdi. Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) er ikke et prejudikat for en annen lovforståelse.
- (14) Ankemotpartene kan ikke høres med at det her har skjedd en årlig regulering basert på avtale. Kommunikasjonen mellom partene viser at reguleringen har sin bakgrunn i prisforskriftenes bestemmelser om hvor mye som lovlig kunne innkreves. Festekontrakten ga i seg selv adgang til en langt høyere avgift basert på tomteverdi, og det kan da ikke være avgjørende at det faktisk ikke var fastsatt en slik høyere festeavgift.
- (15) Subsidiært gjøres gjeldende at det vil være i strid med første tilleggsprotokoll til Den europeiske menneskerettskonvensjon, artikkel 1 (EMK P-1-1) om vern om eiendom å frata grunneierne retten til regulering ut over konsumprisindeksen. Begrunnelsen i EMDs dom 12. juni 2012 i saken Lindheim mfl. mot Norge må gjelde tilsvarende for problemstillingen i foreliggende sak. Dersom lagmannsrettens dom blir stående, blir

konsekvensen at all fremtidig verdistigning tilfaller festerne. Kravet til "fair balance" blir da ikke tilfredsstillt.

- (16) De ankende parter har lagt ned slik påstand:
- "1. Agder lagmannsretts overskjønn oppheves.
 2. De ankende parter tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."
- (17) Ankemotpartene — *Henning Frisch og Morten Frisch* — har i det vesentlige anført:
- (18) De årlige reguleringene siden 1999 har skjedd på avtalemessig grunnlag. Partene ble enige om at festeavgiften inntil videre skulle reguleres hvert år i tråd med endringene i konsumprisindeksen. Prisforskriften og tomtefesteforskriften hjemlet ikke disse justeringene, i og med at det faktisk ikke var fastsatt en høyere avgift etter tomteverdi. Når de årlige reguleringene etter 2002 på denne måten var avtalebasert, hindrer de senere regulering etter tomteverdi.
- (19) Selv om de årlige justeringene skulle følge direkte av prisforskriften og senere tomtefesteforskriften — og ikke anses avtalebasert — avskjærer de senere tomteverdiregulering. Uttrykket "den første reguleringa" i tomtefesteloven § 15 andre ledd omfatter også slike justeringer. Dette følger av en naturlig språklig forståelse. I Bøvredommen Rt. 2007 side 1706 har Høyesterett dessuten slått fast at "enhver regulering" etter 1. januar 2002 hindrer senere oppregulering til tomteverdinivå. Denne forståelsen samsvarer også best med lovgivers intensjon.
- (20) Det strider ikke mot EMK P-1-1 å nekte bortfesterne å oppregulere til tomteverdinivå. I Lindheimsaken hadde bortfester forventning om at festet ville utløpe i tråd med kontraktens bestemmelser, og saken gjaldt festers rett til forlengelse på samme vilkår. Kontrakten i foreliggende sak er i realiteten evigvarende. Den er inngått under et regime med prisregulering, og grunneier har ikke hatt forventninger om noen gang å få avgift basert på tomteverdi. Resultat og begrunnelse i Lindheimsaken kan derfor ikke overføres på vår sak.
- (21) Ankemotpartene har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.
 2. Ankemotpartene tilkjennes saksomkostninger."
- (22) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (23) Etter skjønnsprosessloven § 38 kan overskjønn påankes til Høyesterett på grunn av feil ved lagmannsrettens saksbehandling eller rettsanvendelse. Lagmannsrettens bevisbedømmelse eller skjønsmessige ansettelse kan ikke prøves, jf. blant annet Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) avsnitt 26. Som førstvoterende uttaler i dommen, omfatter Høyesteretts kompetanse også "spørsmål om adgangen til å kreve oppregulering på grunnlag av tomteverdien er stengt fordi det etter 1. januar 2002 ... har vært krevd regulering på grunnlag av konsumprisindeksen".

- (24) Som jeg allerede har vært inne på, gjelder saken forståelsen av overgangsregelen i tomtefesteloven § 15 andre ledd. Bestemmelsen fikk sitt nåværende innhold ved lov 2. juli 2004, i kraft fra 1. november 2004. Første ledd slår fast hovedregelen om at festeavgiften kan kreves regulert i samsvar med endringer i pengeverdien. I andre ledd heter det blant annet:

"Er ei avtale om feste av tomt til bustadhus eller fritidshus gjort før 1. januar 2002, gjeld disse 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. "**

- (25) De ankende parter har som nevnt anført at det siden 1. januar 2002 bare er foretatt årlige justeringer etter konsumprisindeksen i medhold av tomtefesteforskriften 8. juni 2001 nr. 570. Slike justeringer innebærer etter deres syn ikke en "regulering" som hindrer senere oppregulering til tomteverdinivå etter overgangsregelen, og lagmannsrettens rettsanvendelse er dermed feil. Ankemotpartene mener prinsipielt at de årlige justeringene har et avtalemessig grunnlag, subsidiært at oppregulering til tomteverdinivå er avskåret selv om disse justeringene skulle ha sitt grunnlag i forskriften. Jeg ser først på dette siste og generelle tolkningsspørsmålet.
- (26) Festeavgiftene har med unntak uten betydning for denne saken vært undergitt sammenhengende prisregulering fra 1940. Jeg viser til redegjørelsen i Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 55–58. Førrige fornyelse av kontrakten i vår sak skjedde i 1999, og da gjaldt forskrift 21. desember 1990. Forskriften § 2 lød:

"Det må ikke innkreves høyere festeavgift for den enkelte betalingstermin enn den festeavgiften som gjaldt pr. 26. mai 1983, oppjustert med multiplikator fastsatt i forskrifter gitt av Prisdirektoratet. Slike forskrifter skal fastsettes for hvert kalenderår med utgangspunkt i konsumprisindeksen.

Bestemmelsene i første ledd gir ikke bortfesteren adgang til å ta høyere festeavgift enn det som følger av festekontrakten eller annet rettsgrunnlag."

- (27) I Arbeids- og administrasjonsdepartementets foredrag til statsråd heter det om bestemmelsen:

"Uttrykket 'oppregulert' i forskriftenes første ledd foreslås i utkastet erstattet med 'oppjustert'. Dette innebærer ingen realitetsendring. Bakgrunnen er at uttrykket 'regulering' av festeavgift som regel brukes om fastsettelse av avgift som etter kontrakten skal gjelde i en bestemt periode, f.eks. 10 år. Bestemmelsene i § 2 refererer seg imidlertid til den enkelte betalingstermin, vanligvis 1 år.

Det er således etter forskriftene f.eks. ikke noe i veien for at festeavgiften for en 10-årsperiode fastsettes på grunnlag av tomteverdien på reguleringstidspunktet. Men for de enkelte årlige betalingsterminer må det bare kreves inn eventuelt lavere avgiftsbeløp som følger av § 2 første ledd med tilhørende årlige forskrifter om multiplikatorer. Etter denne formen for prisregulering er det således ikke noe i veien for at det i

reguleringsperioden innkreves stigende årlig festeavgift etter hvert som multiplikatorene måtte bli forhøyet."

- (28) Det har etter mitt syn interesse at uttrykket "regulering" ble forbeholdt fastsettelse av festeavgift "som etter kontrakten skal gjelde i en bestemt periode". Forskriften la begrensninger på hvor høye avgifter som kunne *innkreves* i den enkelte termin. Den forhindret ikke at det i medhold av kontrakten ble fastsatt en høyere avgift for eksempel ut fra tomteverdi, men denne høyere avgiften kunne ikke kreves inn. På denne måten gikk det et skille mellom terminvis oppjustering av den avgift som lovlig kunne innkreves på den ene siden, og regulering av festeavgift etter kontrakten på den annen.
- (29) Prisforskriften 1990 regulerte festeavgiftene frem til 1. januar 2002, da tomtefesteloven 1996 trådte i kraft. Forskriften ble da avløst av tomtefesteforskriften 8. juni 2001 nr. 570. I denne forskriftens § 2 heter det:

"For tida fram til festeavgifta i det einskilde festehøvet første gong er blitt regulert etter lov av 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste § 15, kan det ikkje krevjast inn ei høgare festeavgift enn den som lovleg kunne krevjast inn då lova blei sett i kraft. Dersom beløpet som kan krevjast inn etter første punktum, er lågare enn den festeavgifta som er fastsett i festehøvet, kan bortfestaren kvart år justere beløpet opp i samsvar med endringa i konsumprisindeksen frå Statistisk sentralbyrå."

- (30) I Justisdepartementets foredrag til statsråd uttales det:

"Departementet har kome til at det som utgangspunkt ikkje bør kunne krevjast inn høgare festeavgift enn den som lovleg kan krevjast inn den dagen tomtefestelova 1996 trer i kraft. Denne regelen bør som sagt gjelde fram til festeavgifta i det einskilde festehøvet første gong blir regulert etter tomtefestelova 1996 § 15. Men for å vidareføre systemet frå prisforskriftene, bør bortfestaren i samsvar med endringa i pengeverdien kvart år i denne mellomperioden kunne justere opp det beløpet som kan krevjast inn. Slik oppregulering kan ikkje gje som resultat eit avgiftsbeløp som er høgare enn den avgifta som er fastsett i festehøvet."

- (31) Regimet fra prisforskriften 1990 ble altså videreført. Også her forutsettes et skille mellom en årlig konsumprisjustering av terminene i medhold av forskriften og en egentlig regulering av festeavgiften.
- (32) Denne sontringen er ikke kommentert i forarbeidene til tomtefesteloven § 15, noe som ville vært naturlig dersom den ikke var tenkt videreført. Om bakgrunnen for bestemmelsen uttaler departementet i Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 22:

"I avtaler med tomteverdiklausuler, ville de festere som har fått avgiften oppregulert før lovendringen, oppleve det som urettferdig og tilfeldig at festeavgiften er oppregulert før uforutsigelig konsumprisindeksregulering trer i kraft, mens de bortfestere som ikke har fått oppregulert avgiften før lovendringen, ville oppleve det som urettferdig og tilfeldig at de *ikke* kan benytte seg av tomteverdiklausulen i avtalen. Slike tilfeldige utslag kan man imidlertid unngå med en regel som gir bortfesteren rett til å oppregulere festeavgiften én gang etter avtalen og med de begrensninger som i dag følger av § 15, før uforutsigelig konsumprisindeksregulering slår inn. På denne måten løstes 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.

Departementet foreslår etter dette en løsning som her nevnt for festekontrakter som gjelder tomt til bolighus og fritidshus. Hovedregelen i forslaget er regulering i samsvar med pengeverdiendringene. Men for eldre avtaler foreslås som nevnt at det skal kunne skje et engangsløft av avgiften der avtalte reguleringsklausuler vektlegges. All senere regulering etter engangsløftet skal skje i samsvar med pengeverdiendringen siden siste regulering skjedde."

- (33) Jeg fremhever at departementets siktemål her er å foreslå en regel som gir adgang til oppregulering én gang "etter avtalen", og at det skal kunne skje "et engangsløft av avgiften der avtalte reguleringsklausuler vektlegges". Uttalelsene gir klar støtte for at uttrykket "første reguleringa" i § 15 andre ledd utelukkende tar sikte på en regulering i kraft av festekontraktens bestemmelser, ikke terminvise justeringer etter tomtfesteforskriften. Dette fremgår etter mitt syn også av de spesielle merknadene til § 15. Jeg viser til proposisjonen side 65, der det heter:

"Annet ledd gjelder den første gangen festeavgiften reguleres etter 1. januar 2002. Ved senere reguleringer må partene følge regelen i første ledd. Hensikten bak annet ledd er bl. a. at de tidligere prisregulerte festeavgiftene skal løftes opp til det nivået som følger av en tolkning av reguleringsklausulen i avtalen, ... "

- (34) På samme måte forstår jeg Justisdepartementets faktaark om tomtfestelovens regler om regulering av festeavgift. Her uttaler departementet blant annet følgende om tomtfesteforskriften § 2:

"Poenget med § 2 er at frem til det tidspunktet bortfesteren etter festeavtalen og tomtfesteloven § 15 kan kreve avgiften oppregulert på ny, kan bortfesteren ikke kreve en høyere avgift enn den prisforskriften ga adgang til. Avgiften som lovlig kunne innkreves per 31. desember 2001... blir med andre ord frosset frem til avgiften kan reguleres på ny. Bortfesteren kan likevel hvert år (frem til reguleringstidspunktet) oppjustere beløpet i samsvar med endringen i Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks."

- (35) Oppsummeringsvis bygger prisforskriften 1990 og tomtfesteforskriften på et skille mellom terminvis justering av den avgift som lovlig kan innkreves på den ene side, og oppregulering etter kontrakten på den annen. Lovgivers formål med overgangsregelen i § 15 andre ledd har videre vært å gi adgang til én regulering etter kontrakten – et såkalt engangsløft. Fra dette er det nærliggende å slutte at en årlig justering etter tomtfesteforskriften ikke hindrer senere oppregulering til tomteverdinivå.
- (36) Ankemotpartene har imidlertid anført at en annen løsning følger av Rt. 2007 side 1706 (Bøvre). Synet er forankret i avsnitt 46, der førstvoterende uttaler:

"Jeg er på grunnlag av disse betraktningene 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."

- (37) Jeg er ikke enig i ankemotpartenes tolkning av dommen. I Bøvresaken hadde tingretten rettskraftig fastslått at den avgiftsregulering som etter kontrakten skulle skje hvert femte år, skulle gjennomføres på basis av utviklingen i konsumprisindeksen. Det var gjennomført slike reguleringer etter 1. januar 2002. Flertallet kom til at disse

reguleringene etter konsumprisindeks hindret senere tomteverdiregulering ved forlengelse. Temaet var altså utelukkende om enhver regulering *etter kontrakten* hindret senere oppregulering til tomteverdi, og spørsmålet i vår sak er ikke berørt i dommen. At avsnitt 46 bare har for øye avtalemessige oppreguleringer, følger slik jeg ser det av sammenhengen. Jeg viser her også til avsnitt 44, der det heter:

"Ordlyden i § 15 andre ledd taler for at oppregulering utover det som følger av konsumprisindeksen, bare kan gjennomføres ved første regulering etter 1. januar 2002. Dersom det ved denne reguleringen ikke er avtalemessig hjemmel for å fastsette festeavgiftene på grunnlag av tomteverdien, kan bortfesteren ut fra denne lovforståelse ikke ved en senere regulering gjennomføre en slik oppregulering. Senere reguleringer kan bare skje på grunnlag av utviklingen i konsumprisindeksen."

- (38) Jeg finner støtte for dette synet i Rt. 2011 side 129 (Ringve). I avsnitt 24 uttaler førstvoterende etter å ha vist til Bøvredommen:

"Jeg finner det på denne bakgrunn klart at enhver avtalt endring av festeavgiften må anses som en regulering i tomtefestelovens forstand."

- (39) Min konklusjon er etter dette at det bare er avtalemessige reguleringer som hindrer senere tomteverdiregulering etter § 15 andre ledd. En årlig justering etter konsumpris på basis av tomtefesteforskriften er ikke en slik avtalemessig regulering.

- (40) På denne bakgrunn går jeg over til å vurdere lagmannsrettens rettsanvendelse. I sin drøftelse av hvordan tomtefesteloven § 15 andre ledd må forstås, tar lagmannsretten utgangspunkt i lovforarbeidene og Rt. 2007 side 1706 (Bøvre). Etter å ha referert fra både flertallets og mindretallets votum i dommen, uttaler lagmannsretten:

"Etter lagmannsrettens syn gir 'Bøvredommen' uttrykk for hvorledes tomtefesteloven § 15 andre ledd skal forstås. Det fremgår at enhver regulering av festeavgiften etter 1. januar 2002 medfører at adgangen til senere å foreta regulering etter tomteverdi er avskåret. Dette må gjelde enten festeavgiften reguleres i henhold til festekontrakten, eller justeres etter prisforskrifter og/eller konsumprisindeks. Eventuelle urimelige, eller tilfeldige, utslag av dette er påpekt av mindretallet, uten at dette har medført endring av flertallets standpunkt."

- (41) I forlengelsen av dette – etter mitt syn uriktige – utgangspunktet har så lagmannsretten konstatert at den årlige konsumprisjusteringen etter 2002 hindrer senere oppregulering til tomteverdinivå. Videre uttaler lagmannsretten i tilknytning til Rt. 2011 side 129 (Ringve) avsnitt 21:

"Dette kan ikke forstås slik at det bare er regulering av festeavgiften i tråd med festeavtalen som avskjærer senere tomteverdiregulering. Også endringer i henhold til prisforskrifter, konsumprisindeks, eller andre bestemte verdimål, må omfattes."

- (42) Som det vil fremgå av det jeg allerede har sagt, har lagmannsretten her lagt til grunn en uriktig tolkning av tomtefesteloven § 15 andre ledd. En terminvis justering av festeavgiften i henhold til tomtefesteforskriften er ikke en "regulering" som hindrer senere oppregulering til tomteverdinivå.

- (43) Ankemotpartene har prinsipielt anført at det her har skjedd en avtalemessig regulering, ikke en justering i medhold av tomtefesteforskriften. På den bakgrunn hevdes lagmannsretten uansett å ha kommet til riktig resultat. Denne anførselen ble først fremsatt

i anketilsvaret til Høyesterett og er således ikke behandlet i de tidligere instanser. Det ligger etter mitt syn innenfor Høyesteretts kompetanse å ta stilling til dette spørsmålet, jf. Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) avsnitt 26. Skjønnsgrunnene gir et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, og jeg kan ikke se at det knytter seg betenkeligheter til en slik fremgangsmåte i denne saken, sml. Rt. 1964 side 891.

(44) Slik jeg ser det, er det her naturlig å ta utgangspunkt i dialogen mellom partene i forbindelse med fornyelsene av kontrakten. Av brev fra bortfester 16. desember 1988 – som jeg allerede har sitert fra – fremgår at bortfester den gang så prisforskriftene som et hinder for regulering etter kontrakten. Fester reagerte ikke på innholdet i brevet. Jeg tolker dette slik at begge parter forholdt seg til prisreguleringen, samtidig som ingen av dem var kjent med muligheten for – eller så poenget med – å foreta en kontraktsmessig oppregulering ut over det nivå som lovlig kunne innkreves etter forskriften.

(45) Ved neste kontraktsfornyelse i 1999 var det som nevnt ny kontakt mellom partene. Kontakten munnet ut i brevet fra bortfester 6. januar 2000, og jeg siterer igjen det som i denne sammenhengen er mest sentralt:

"Det ble også konstatert at prisen skal justeres hvert år på grunnlag av ny multiplikator som vedtas av konkurransetilsynet på slutten av året. Det kan skje så fremt dette er innenfor festekontraktens rammer vedr. regulering for perioden."

(46) Jeg kan vanskelig se dette som et uttrykk for at partene her har blitt enige om en årlig regulering som må anses "avtalemessig". Tvert imot gir brevet etter mitt syn uttrykk for at prisforskriftens reguleringsbestemmelser skulle følges, og at begge parter var innforstått med det.

(47) Mot dette synet har ankemotpartene innvendt at prisforskriften og senere tomtefesteforskriften i dette tilfellet ikke har gitt *adgang* til årlig oppjustering. Synspunktet er at de årlige reguleringene etter 1999 dermed nærmest per definisjon må være avtalebasert.

(48) Ankemotpartenes argumentasjon er forankret i de rammer for årlig oppregulering som er gitt i prisforskriften 1990 § 2 og tomtefesteforskriften § 2. Førstnevnte ga i utgangspunktet adgang til årlig oppjustering, likevel slik at den ikke åpnet for "høyere festeavgift enn det som følger av festekontrakten". Tomtefesteforskriften § 2 har en noe avvikende ordlyd. Bestemmelsen slår fast at regulering etter konsumprisindeksen kan skje dersom det beløp som lovlig kan kreves inn "er lågare enn den festeavgifta som er fastsett i festehøvet". I vår sak er det på det rene at bortfester ikke har benyttet den adgangen som festekontrakten ga til ut fra tomteverdi å oppregulere avgiften til et høyere nivå enn det som lovlig kunne kreves inn. Ankemotpartene hevder altså at forskriftene dermed ikke hjemlet årlige reguleringer, og at disse som en konsekvens må være avtalebasert.

(49) Etter mitt syn taler mye for at det avgjørende etter prisforskriften 1990 § 2 var om kontrakten reelt ga hjemmel for en høyere avgift enn den som lovlig kunne innkreves, ikke om det faktisk var fastsatt en slik høyere avgift. I uttrykket "det som følger av festekontrakten" kan man ikke umiddelbart lese et krav om at oppregulering til høyere nivå faktisk må være foretatt. Ordlyden i tomtefesteforskriften § 2 kan nok trekke i motsatt retning, jf. begrepet "fastsett". Imidlertid er det ingenting som tyder på at departementet tilsiktet en realitetsendring på dette punktet.

- (50) Jeg finner det likevel ikke nødvendig å ta stilling til dette tolkningsspørsmålet. Det har åpenbart vært en utbredt oppfatning at prisforskriftene og senere tomtefesteforskriften har hindret fastsetting av en høyere festeavgift enn den som lovlig kunne kreves inn. Partene i vår sak har også sett det slik. Begge har ment at det frem til neste regulering i 2009 skulle skje en årlig oppjustering basert på prisforskriften 1999. Jeg viker i en slik situasjon tilbake for å la adgangen til tomteverdiregulering være avhengig av en ren formalitet – om bortfester faktisk benyttet kontraktens adgang til å oppregulere ut over det nivå som lovlig kunne kreves inn.
- (51) De årlige reguleringer etter 1. januar 2002 har etter dette skjedd med basis i tomtefesteforskriften. Vi har ikke å gjøre med en avtalemessig regulering, og adgangen til oppregulering til tomteverdinivå er ikke avskåret. På denne bakgrunn er det ikke nødvendig å gå nærmere inn på anførselene knyttet til EMK P-1-1.
- (52) Partene var for lagmannsretten uenige om hva som er riktig festeavgift basert på tomteverdi. Dette er et spørsmål som må avgjøres av lagmannsretten, og overskjønnet blir å oppheve.
- (53) De ankende parter har vunnet saken fullt ut og har krav på sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 jf. skjønnsprosessloven § 54b. Sakskostnader er krevd med 184 282 kroner inkludert merverdiavgift, et krav som tas til følge. Ankegebyret på 20 640 kroner kommer i tillegg. Samlet tilkjennes sakskostnader for Høyesterett med 204 922 kroner.
- (54) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Henning Frisch og Morten Frisch som solidarskyldnere til Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen i fellesskap 204 922 – tohundreogfiretusenihundreogtjueto – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (55) Dommer **Bårdsen**: Jeg er enig med førstvoterende i at en årlig justering av den festeavgift som kan innkreves etter tomtefesteforskriften § 2 ikke er en avtalemessig regulering av selve festeavgiften som hindrer senere tomteverdiregulering etter tomtefesteloven § 15 andre ledd. Jeg er også enig i at overskjønnet må oppheves, ettersom lagmannsretten har bygget på en annen rettslig forståelse.
- (56) For så vidt gjelder førstvoterendes konklusjon om at partenes enighet fra 1999 om konsumprisregulering av festeavgiften *ikke* stenger for tomteverdiregulering etter § 15 andre ledd, må jeg derimot ta et forbehold. Mens festeavtalen ga rett til regulering etter tomteverdi hvert tiende år, ble det fra 1999 etablert – og praktisert – en ordning med årlig regulering etter konsumpris. Det er en del argumenter for at denne enigheten må anses som en *avtale* om regulering av festeavgift, og at det er denne avtalen som danner grunnlaget for regulering av festeavgiften også etter 2002, ikke tomtefesteforskriftens regler om justering av innkrevbar festeavgift. I så fall er det ikke anledning til regulering etter § 15 andre ledd, jf. Rt. 2007 side 1706 og Rt. 2011 side 129.

- (57) Når jeg for min del ikke vil trekke noen endelig konklusjon, henger det sammen med at dette grunnlaget er nytt for Høyesterett. Etter skjønnsprosessloven § 38 kan Høyesterett prøve lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse. Dette siste omfatter blant annet spørsmålet om hvilken norm som skal benyttes ved verdsettelsen, herunder tolkningen av festeavtalen, jf. Rt. 2006 side 1547 avsnitt 46 og 47, Rt. 2007 side 1706 avsnitt 26 og Rt. 2007 side 1697 avsnitt 29. Men forutsetningen er at lagmannsretten har tatt stilling til det aktuelle rettsanvendelsesspørsmålet, jf. Rt. 1964 side 891. Dessuten må lagmannsrettens skjønnsgrunner, supplert med det materiale som er lagt frem for Høyesterett, gi et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Spørsmålet om partene i 1999 avtalte regulering av festeavgiften skulle etter mitt syn avgjøres av lagmannsretten i forbindelse med den nye behandlingen.
- (58) Dommer **Endresen:** Som dommer Bårdsen.
- (59) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Bergsjø.
- (60) Dommer **Stabel:** Likeså.
- (61) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Henning Frisch og Morten Frisch som solidarskyldnere til Anita Jansen, Monica Jansen og Nils Kristian Jansen i fellesskap 204 922 – tohundreogfiretusenihundreogtjueto – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: