



NORGES HØYESTERETT

Den 10. februar 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-00304-S, (sak nr. 2013/1929, sivil sak, anke over overskjønn,

A (advokat Stein E. Hove – til prøve)

mot

B

C

(advokat Mathias Tveten)

Møter i saken etter tvisteloven § 30-13:

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet (Regjeringsadvokaten
v/advokat Christian Reusch)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder anke over skjønn ved innløsning av boligtomt etter tomtfesteloven. Det overordnede spørsmålet er om den såkalte *40-prosentregelen* i § 37 første ledd gir et tilstrekkelig vern for bortfesterens eiendomsrett, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) første tilleggsprotokoll artikkel 1 (P1-1).
- (2) A, som er svensk statsborger, eier en tomt i -----veien 0, som ligger på X i Oslo. A har arvet tomten. Den er festet bort til B og C, som eier den eneboligen som står på tomten. Festekontrakten ble inngått 24. oktober 1950. Bortfesterne var da D og E. Sistnevnte er As farmor. De opprinnelige festerne var F og G. C er sønn av G.
- (3) Festetomten saken gjelder, som i dag er godt og vel ett og et halvt mål, er en av flere parseller som ble festet bort for boligformål i det samme området. Festeren skulle etter kontrakten bekoste eiendommens andel av opparbeidelse av -----veien, samt vann- og kloakkledning. Det fulgte også av partenes avtale at tomten skulle utbygges "villamessig med kun en hovedbygning som ikke må ha mere enn to etasjer og kun inneholde inntil to leiligheter". Cs far opparbeidet tomten og førte opp en enebolig i to etasjer med grunnflate

på 75 kvadratmeter. En bekk som gikk gjennom tomten ble lagt i rør, og det gamle bekkeleiet ble fylt igjen og planert. I 1991 ble det oppført garasje.

- (4) Festekontrakten ble inngått for 99 år, med utløp i 2048. Etter kontrakten § 7 har fester da rett til å overta tomten etter takst, til "vanlig tomtepris for tilsvarende byggetomt i egnen, uten hensyn til bebyggelse og haveanlegg". Hvis festeren ikke ønsker å overta eiendommen, kan bortfesteren velge å innløse boligen eller gi samtykke til å forlenge festekontrakten for ytterligere 99 år.
- (5) Tomtefesteloven § 32 gir, på nærmere vilkår, festere rett til å innløse en festetomt uavhengig av festeavtalens bestemmelser. B og C satte 4. mai 2011 frem krav om slik innløsning. Da partene ikke kom til enighet om innløsningssummen, ble det 22. mars 2012 krevd skjønn. Oslo tingrett avsa 17. oktober 2012 skjønn, hvor innløsningssummen ble satt til 1 320 000 kroner. A ble pålagt å dekke ekteparet B og C sakskostnader.
- (6) A krevde overskjønn. Han gjorde blant annet gjeldende at den innløsningssummen tingretten hadde fastsatt, var i strid med forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97, retten til full erstatning ved avståelse av eiendom etter Grunnloven § 105 og beskyttelsen av eiendomsretten i EMK P1-1.
- (7) Borgarting lagmannsrett avsa 12. august 2013 overskjønn med slik slutning:
 - "1. **Innløsningssummen for gnr. 0 bnr. 000 i Oslo kommune fastsettes til 1 520 000 – enmillionfemhundreogtyvetusen – kroner.**
 2. **Anken over tingrettens saksomkostningsavgjørelse forkastes.**
 3. **Saksomkostninger ved overskjønnet tilkjennes ikke."**
- (8) Lagmannsretten baserte overskjønnet på de reglene om fastsettelse av innløsningssum som på innløsningstiden fremgikk av tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum – nå § 37 første ledd tredje og fjerde punktum. Vederlaget utgjorde, slik loven anviser, 40 prosent av tomteverdien, verdsatt under den forutsetning at det ikke ville være mulig å bebygge tomten ytterligere. Det var lagmannsrettens vurdering at lovens bestemmelser om innløsningssum var forenlige med Grunnloven og EMK.
- (9) A har anket overskjønnet til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg tillot 16. desember 2013 anken fremmet. Saken har vært stanset i påvente av de endringene i tomtefesteloven som kom ved lov 19. juni 2015 nr. 63. Justitiarius besluttet 10. september 2015 at anken skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd første og andre punktum.
- (10) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet har opptrådt i saken for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-13. Ved prosesskriv 24. november 2015 har A frafalt anførselen om at tomtefestelovens regler om beregning av innløsningssum er i strid med Grunnloven § 97 og § 105. For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (11) Den ankende part – A – har i korte trekk gjort gjeldende:

- (12) Overskjønnet må oppheves fordi det bygger på en rettsanvendelse som er i strid med eiendomsvernet etter EMK P1-1. Det sentrale her er at innløsning av tomten i -----veien 00 til 1,5 millioner kroner er et uforholdsmessig inngrep i As eiendomsrett. Vederlaget står ikke i noe rimelig forhold til tomtens markedsverdi. Nåverdien i 2012 av tomtens markedsverdi ved festetidens utløp i 2048 vil mest sannsynlig – ut fra rimelige prognoser om prisutvikling og rentenivå – kunne sammenlignes med markedsverdien i 2012. Ettersom tomten kan utnyttes til bebyggelse i større grad enn i dag, er den reelle verdien høyere enn det lagmannsretten har tatt hensyn til, innenfor rammen av verdsettelsesreglene i § 37 første ledd andre og tredje punktum. Riktig verdivurdering etter markedspris ligger, når utbyggingspotensialet tas med, et sted mellom 10 og 15 millioner kroner. Etter sikker praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er utgangspunktet ved tvangsmessig avståelse at eieren skal ha full erstatning for eiendommens markedsverdi. Bare unntaksvis er det grunnlag for å fravike dette.
- (13) Bortfesteren har hatt en berettiget forventning om fortsatt å være eier, og om å gjøre seg nytte av tomten økonomisk. For et vederlag på 1,5 millioner kroner fratras bortfesteren verdier tilsvarende summen av markedsverdien av en stor boligtomt i et meget attraktivt område og verdien av festeavgiften frem til kontraktens utløp. Festeren får på sin side tilgang til eiendommens fulle markedsverdi til en brøkdel av prisen, og han kan realisere denne verdien umiddelbart og med stor gevinst.
- (14) Lovforarbeidene er knappe, har lavt presisjonsnivå og er – hva gjelder fastsettelse av innløsningssum – ikke basert på en tilstrekkelig avveining av bortfesteres og festeres motstridende interesser. Festere blir i urimelig grad beriket, når deres lovbestemte rett til forlengelse begrunner at innløsningssummen ikke svarer til markedsverdien på tomten. De boligsosiale hensynene som ligger til grunn for innløsningsretten, ivaretas ved at festere i stedet for innløsning kan velge forlengelse etter tomtefesteloven § 33, som er et mindre inngripende tiltak for bortfesteren. Det foreligger samlet sett ingen "fair balance", slik P1-1 krever.
- (15) Subsidiært gjøres det gjeldende at de boligsosiale formål ikke kan begrunne inngrep i eiendomsvernet til utenlandske statsborgere, jf. henvisningen i P1-1 til "the general principles of international law". Folkerettslig sedvanerett krever at en eier som ikke er hjemmehørende i landet, gis full erstatning dersom han tvinges til å gi fra seg sin eiendom.
- (16) A har lagt ned slik påstand:
- "1. Overskjønnet oppheves og saken hjemvises til ny behandling ved Borgarting lagmannsrett.**
 - 2. Det offentlige tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett."**
- (17) Ankemotpartene – B og C – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (18) Overskjønnet er ikke i strid med eiendomsvernet etter EMK P1-1. Festekontrakten er – som en konsekvens av reglene i tomtefesteloven § 33 om rett til forlengelse ved festetidens utløp – en varig heftelse på eiendommen. For A vil det økonomisk sett være mer fordelaktig at tomten innløses til 1,5 millioner kroner, enn at festeforholdet fortsetter. Gjennom den innløsningssummen som lagmannsretten har fastsatt, får A en

kompensasjon som alt i alt står i et rimelig forhold til de verdier han må gi fra seg, sett på bakgrunn av hvilke forventninger han kunne ha til økonomisk utnyttelse av eiendommen. Innløsningssummen er derfor ikke uforholdsmessig.

- (19) Det har ikke betydning for overskjønnets gyldighet at A er svensk statsborger, ettersom vederlaget tilfredsstillende også den alminnelige folkerettens krav.
- (20) B og C har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Det offentlige tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (21) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* har sluttet seg til ekteparet B og Cs hovedsynspunkter, og dessuten fremhevet spesielt at lovgiver ved reformen i 2004 ønsket å legge til rette for innløsning. Den erstatningsregelen som A mener følger av P1-1, ville gjøre innløsning svært vanskelig for en fester med ordinær økonomi. Lovgiver har, i tråd med de krav P1-1 stiller, foretatt en grundig avveining, hvor også bortfesteres interesser er anerkjent og tatt hensyn til. Det er spesielt viktig i denne forbindelse at bortfesteren gjennom "sikkerhetsventilen" i tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum får en rimelig andel av den samfunnsskapt verdistigningen. Ved forholdsmessighetsvurderingen må det tas hensyn til rettsforholdets egenart, behovet for lovregulering og til at EMD i sin praksis gir de nasjonale myndigheter en vid skjønnsmargin på det boligsosiale området.
- (22) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (23) Overskjønnet gjelder som nevnt innløsning av en festet boligtomt i ----veien 00 på X i Oslo, som A fester bort til C og B etter en kontrakt som løper i 99 år, fra og med 1950 til og med 2048. Det er enighet om at ekteparet B og C har innløsningsrett – det vil si en rett til å overta eiendomsretten til tomten – i tråd med vilkårene i tomtefesteloven § 32, og at innløsningstidspunktet vil være 24. oktober 2012. Tvisten gjelder vederlaget – innløsningssummen. Anken retter seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse i denne forbindelse, som Høyesterett kan prøve, jf. skjønnsprosessloven § 38.
- (24) Lagmannsretten har i sitt overskjønn bygget på den såkalte *40-prosentregelen*, slik denne på innløsningstiden fremgikk av tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum. Etter endring ved lov 19. juni 2015 nr. 63, følger regelen av § 37 første ledd tredje og fjerde punktum. Lagmannsretten har tatt utgangspunkt i en markedsverdi for hus og tomt, solgt samlet til en utenforstående, på 8,5 millioner kroner, hvor tomtens verdi uten festeforholdet utgjør 4,7 millioner kroner. Det er da sett bort fra muligheten for ytterligere utbygging på tomten. Lagmannsretten har, også dette i samsvar med lovens ordning, trukket ut verdien av festerens innsats ved opparbeidelse og senere bearbeidelse av tomten. Nettoverdien som råtomt blir da 3,8 millioner kroner. Den fastsatte innløsningssummen, like i overkant av 1,5 millioner kroner, utgjør 40 prosent av denne nettoverdien.
- (25) Hovedspørsmålet i saken er om tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum helt eller delvis må settes til side som stridende mot P1-1. I så fall må overskjønnet – som

bygger på at tomtefestelovens bestemmelser skal anvendes fullt ut – oppheves. Jeg viser til den enstemmige storkammerdommen i Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt) avsnitt 53: Etter menneskerettsloven § 2 gjelder P1-1 som norsk lov. Ved motstrid skal den dessuten gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. Grunnloven § 92 og menneskerettsloven § 3.

- (26) Jeg starter med tomtefestelovens innløsningsregler, som en nødvendig bakgrunn for vurderingen av forholdet til P1-1. Deretter redegjør jeg for min forståelse av denne konvensjonsregelen, før jeg foretar den konkrete vurderingen av tomtefestelovens regler om beregning av innløsningssum. Slik saken er lagt opp, står *forholdsmessighetsvurderingen* under P1-1 helt sentralt. Til slutt tar jeg stilling til As subsidiære grunnlag, knyttet til det tilleggsvernet han gjør gjeldende å ha etter den alminnelige folkerett.
- (27) *Tomtefestelovens innløsningsregler*
- (28) Bestemmelsene i tomtefesteloven om innløsning av festetomt har vært endret flere ganger, i likhet med flere andre sentrale regler i denne loven. Det er gitt en samlet gjennomgang av dette i plenumsdommen i Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern) avsnitt 36–71 og i Prop. 73 L (2014–2015) side 8–17. Om utviklingen av innløsningsreglene vil jeg spesielt nevne følgende:
- (29) Tomtefesteloven 1996 § 32 gir, etter endring ved lov 2. juli 2004 nr. 63, festeren en generell rett til å kreve eiendomsretten til festetomt for bolig eller fritidshus etter 30 år av festetiden, deretter hvert andre år for boliger og hvert tiende år for fritidsboliger, og i alle tilfeller ved utløpet av den avtalte festetiden. Denne retten til innløsning gjelder, med noen reservasjoner som er uten betydning her, uavhengig av når festet ble etablert, jf. §§ 2 og 44. Den kommer i tillegg til det som måtte være bestemt om innløsning i festeavtalen mellom partene, jf. § 4.
- (30) Festeinstituttet går langt tilbake og hadde en betydelig fremvekst etter den andre verdenskrig. Utviklingen de senere årene viser at mens det i 2002 ble antatt å eksistere opp mot 300 000 festeforhold i Norge, ble antallet i 2013 beregnet til 170 000, jf. NOU 2013: 11 kapittel 4. Tomtefeste har vært attraktivt for dem som ikke har hatt tilstrekkelig finansiering til å kjøpe grunnen for oppføring av egen bolig eller fritidshus. For grunneiere kunne bortfeste av tomten være et alternativ til salg, ettersom dette ga muligheten til en jevn avkastning, uten at eieren selv måtte gjøre investeringer eller forvalte eiendommen.
- (31) Men tomtefeste er et substitutt for eierskap. Under arbeidet med den første tomtefesteloven som kom i 1975, ble det derfor drøftet om lovgivningen burde ta sikte på å avvikle tomtefeste som kontraktstype, blant annet ved å forby nye festeavtaler mellom private. Jeg viser til Ot.prp. nr. 2 (1974–1975) side 22–25. Konklusjonen ble imidlertid at man i stedet ville legge til rette for at flere festere, gjennom innløsning, kunne overta eiendomsretten til grunnen. Mange festeavtaler hadde allerede innløsningsklausuler. Ved tomtefesteloven 1975 ble festerens innløsningsrett introdusert som en *lovbestemt* grunnpilar i tomtefesteretten. Siden er innholdet i innløsningsretten, og reglene om vederlaget, utviklet og ytterligere balansert – blant annet for å håndtere kraftig prisstigning på tomter etter at den offentlige prisreguleringen opphørte i 1983, og i lys av at festetiden etter hvert ville løpe ut i mange festeforhold. EMDs dom 12. juni 2012

Lindheim mfl. mot Norge foranlediget også visse endringer i reglene om beregning av innløsningssum, fastsatt i nytt § 37 første ledd andre punktum, som ble vedtatt ved lov 19. juni 2015 nr. 63.

- (32) Målet med retten til innløsning er å legge til rette for at festeren skal kunne overta festetomten til eie, for fortsatt bruk som grunn til sin bolig eller sitt fritidshus, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 54 andre spalte. Innløsningsretten bygger på en bred lovgivervurdering, hvor hensynet til en rettferdig avveining av interessene hos bortfester og fester har stått sentralt. Jeg viser til Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 31 første spalte, hvor departementet tar utgangspunkt i at bortfeste av tomt til bolig og fritidsbolig representerer en varig omdisponering av tomten, som kan kreve store investeringer fra festeren, og som ivaretar behov av sentral personlig og sosial betydning. Moderne byggeteknikk er normalt til hinder for at festeren flytter bygningen. Når en tomt har vært festet til bolig eller fritidshus i lang tid, vil festeren og vedkommendes familie regelmessig ha en sterk tilknytning til eiendommen. Departementet peker videre på at bortfesterens interesse i tomten i første rekke ligger i den årlige festeavgiften, ettersom han ikke lenger råder over tomten. I Innst. O nr. 105 (2003–2004) side 11 første spalte gir Stortinget uttrykk for det samme synet på innløsningsretten og begrunnelsen for den:

"Bortfeste av tomt til bolig og fritidshus innebærer etter flertallets oppfatning en varig eller særdeles langvarig omdisponering av tomten. En festetid på 99 år er for eksempel svært vanlig. Et slikt festeforhold innebærer i realiteten at bortfesteres eierbeføyelser over tomten langt på vei er redusert til en rett til årlig avkastning i form av festeavgift.

Flertallet viser til at den eller de som har bolig og/eller fritidsbolig på festet grunn som regel vil være sterkt knyttet til eiendommen. Dette, sammenholdt med at fester har den reelle råderett over tomten der ikke annet er avtalt, innebærer etter flertallets mening at det som hovedregel bør gis rett til innløsning for dem som fester tomt til bolig og/eller fritidshus."

- (33) Fastsettelsen av *vederlaget* ved innløsning – innløsningssummen – har naturligvis hele tiden vært et viktig spørsmål. En oversikt over rettsutviklingen og lovarbeidet er gitt i NOU 2013: 11 side 19–21. Det er nødvendig for meg å nevne noen av hovedpunktene:
- (34) Man valgte ved lovendringen i 2004, etter en omfattende politisk prosess, den løsning at *vederlaget* ved innløsning som hovedregel skulle være 30 ganger årlig festeavgift, etter regulering av denne på innløsningstiden. Begge parter skulle imidlertid, som et alternativ, kunne kreve at innløsningssummen i tidsbegrensede festeforhold skulle utgjøre 40 prosent av tomteverdien, med enkelte fradrag, fastsatt under den forutsetning at det bare "er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta".
- (35) I plenumsdommen i Rt. 2007 side 1308 (Sørheim) satte Høyesterett til side som grunnlovsstridig § 37 første ledd, for så vidt som den ga *festeren* rett til å kreve innløsning til 40 prosent av tomteverdien, hvis dette ville gi en *lavere* innløsningssum enn nåverdien av festeavgiften. Hensynet til bortfesterens rett til "full Erstatning" etter Grunnloven § 105 var avgjørende for Høyesteretts konklusjon. Som en direkte følge av Høyesteretts plenumsdom i Sørheim-saken ble tomtefesteloven § 37 første ledd endret på to punkter, jf. lov 19. juni 2009 nr. 76: For det første ble multiplikatoren i første ledd første punktum endret fra 30 til 25. For det andre ble *festeres* rett til å kreve innløsning til 40 prosent av tomteverdien tatt ut av loven.

(36) I forbindelse med lovendringen etter Sørheim-dommen ble det pekt på behovet for klare og entydige regler, på ønsket om rettferdige løsninger mellom partene, og på utfordringen med å balansere spenningen mellom avtalefrihet og nødvendig offentlig styring, jf. Ot.prp. nr. 42 (2008–2009) side 14–15. Dette ledet blant annet til, og det er helt sentralt for saken her, at man for de tidsbegrensede festeavtalene fant det riktig å opprettholde bortfesterens rett til å kreve innløsningssummen fastsatt som en del av tomteverdien. Det ble særlig vist til bortfesterens økonomiske forventninger etter festeavtalen, jf. Ot.prp. nr. 42 (2008–2009) side 38–39.

(37) Dette leder frem til rettstilstanden slik den var da innløsningskravet i saken her ble fremsatt i 2012. Tomtefesteloven § 37 første ledd hadde på denne tiden følgende ordlyd:

"Ved innløsning av tomt som er festa bort til bustadhus eller fritidshus, skal innløsningssummen vere 25 gonger årleg festeavgift etter regulering på innløsningstida, om ikkje ein mindre innløsningssum er avtalt. Om ikkje anna er avtalt, kan bortfestaren likevel krevje at innløsningssummen for andre tomter enn dei som er festa bort på uavgrensa tid utan oppseiingsrett for bortfestaren, skal vere 40 prosent av tomteverdet på innløsningstida med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller tilskott til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdet må ikkje setjast høgare enn det tomta kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta."

(38) Hovedregelen i § 37 første ledd første punktum er altså at innløsningssummen settes til 25 ganger årlig festeavgift. Som en "sikkerhetsventil" gir tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum bortfesteren rett til i stedet å kreve innløsningssummen fastsatt til 40 prosent av tomtens antatte verdi, taksert under den forutsetning at det ikke ville være anledning til å bebygge tomten ytterligere.

(39) *Eiendomsvernet etter EMK P1-1*

(40) Sakens hovedspørsmål er om tomtefestelovens regler om beregning av innløsningssum i § 37 første ledd andre og tredje punktum, slik disse er anvendt i lagmannsrettens overskjønn, er forenlige med As eiendomsvern etter P1-1. Jeg starter med å presisere det relevante rettslige vurderingstema under konvensjonsregelen.

(41) I den autoritative engelske traktatteksten lyder P1-1 – som har overskriften "Protection of property" – slik:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties."

(42) EMD har fra og med plenumsdommen 23. september 1982 *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, understreket at P1-1 inneholder tre spesifikke regler – "three distinct rules" – jf. avsnitt 61 i dommen: "Prinsippregelen" er av generell karakter, og slår fast at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred, jf. første ledd første punktum. "Avståelsesregelen" setter rammer for pålegg om tvungen eiendomsavståelse, jf. første ledd andre punktum.

"Kontrollregelen" anerkjenner det offentliges behov for, og rett til, å fastsette regulerende tiltak for å ivareta fellesskapsinteresser, jf. andre ledd.

- (43) I EMDs praksis er det stadig gjentatt at de tre reglene som kommer til uttrykk i P1-1, er forbundet; avståelsesregelen og kontrollregelen gjelder bestemte former for innblanding i eierens rettighetsutnyttelse, og må derfor tolkes og anvendes i lys av prinsippregelen. Jeg viser, som et nyere eksempel, til EMDs dom 14. april 2015 *Chinnici mot Italia (No. 2)* avsnitt 29, med videre referanser til tidligere praksis. I et antall saker har EMD dessuten gitt uttrykk for at inngrep i eierens rettighetsutnyttelse, om dette ikke skal komme i strid med P1-1, må være i samsvar med loven og ikke vilkårlig, det må forfølge et legitimt formål, og det må være forholdsmessig.
- (44) I Chinnici-dommen avsnitt 32 fremhever EMD at forutsetningen om forholdsmessighet, som er bærende for konvensjonen i sin helhet, tar sikte på å oppnå en rettferdig balanse mellom de samfunnsinteressene som begrunner tiltaket på den ene siden og forventningen om beskyttelse av grunnleggende rettigheter på den andre. Inngrepet vil være uforholdsmessig, og dermed konvensjonsstridig, dersom eieren må bære "an individual and excessive burden":
- "A fair balance 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, the search for such a fair balance being inherent in the whole of the Convention. The requisite balance will not be struck where the person concerned bears an individual and excessive burden ..."**
- (45) Kriteriet "an individual and excessive burden" som EMD benytter i Chinnici-dommen, har vært brukt i flere tidligere plenums- og storkammersaker fra EMD om forholdsmessighetsvurderingen i P1-1. Jeg viser spesielt til Sporrong og Lönnroth-dommen avsnitt 73, dom 21. februar 1986 *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 50, dom 16. november 2010 *Perdigão mot Portugal* avsnitt 67 og dom 29. mars 2010 *Depalle mot Frankrike* avsnitt 83. I de franske versjonene av disse dommene brukes formuleringen "une charge spéciale et exorbitante" som ekvivalent. På norsk vil antakelig uttrykket "en individuell og overdreven byrde" kunne være noenlunde dekkende, se til sammenligning NOU 2013: 11 side 27, som bruker formuleringen "en individuell og urimelig byrde".
- (46) Kravet om forholdsmessighet gjelder uavhengig av hvilken av de tre reglene i P1-1 som får anvendelse, jf. *Perdigão*-dommen avsnitt 67. Det er likevel det vanlige at EMD drøfter og tar stilling til hvilken regel i P1-1 det påklagede tiltaket skal rubriseres under. Og det later til at subsumsjonen virker styrende for forholdsmessighetsvurderingen, for så vidt som kontrollregelen normalt ikke krever at det skal betales erstatning eller annet vederlag. Spørsmålet om økonomisk kompensasjon er snarere ett av en rekke tema i en bredere og mer samlet vurdering, hvor utgangspunktet hele tiden er at konvensjonsstatene i stor utstrekning – og uten vederlag til den som rammes – kan regulere og kontrollere utnyttelsen av privat eiendom. Jeg viser til storkammerdom 19. juni 2006 *Hutten-Czapska mot Polen* avsnitt 167–168, Lindheim-dommen avsnitt 119–134 og dom 28. januar 2014 *Bittó mfl. mot Slovakia* avsnitt 96–100. Under *avståelsesregelen* blir spørsmålet om økonomisk kompensasjon derimot helt sentralt: Utgangspunktet etter en langvarig og entydig praksis fra EMD er her at eieren skal ha en økonomisk kompensasjon som er rimelig relatert til – "reasonably related to" – den verdien vedkommende må gi fra seg ved

avståelsen. I nyere praksis er dette fremhevet i blant andre Chinnici-dommen avsnitt 33, Perdigião-dommen avsnitt 59 og 68, og dom 25. oktober 2012 *Vistiņš og Perepjolkins mot Latvia* avsnitt 110.

- (47) Kravet om økonomisk kompensasjon er best begrunnet ved regulær ekspropriasjon. I *Vistiņš og Perepjolkins-dommen* avsnitt 110 fremhever EMD dessuten at i en del ekspropriasjonssaker, "such as distinct taking of land for road construction or other 'public interest' purposes, only full compensation may be regarded as reasonably related to the value of the property". Det ligger samtidig i dette, og i domstolens øvrige og omfattende praksis, at P1-1 ikke garanterer rett til full erstatning i alle avståelsestilfeller. Legitime samfunnsinteresser kan tilsi lavere kompensasjon enn full markedsverdi, jf. Chinnici-dommen avsnitt 34, med videre henvisninger. I dom 27. november 2007 *Urbárska obec Trenčianske Biskupice mot Slovakia* avsnitt 126, sier EMD at det bør anvendes en glideskala – "sliding scale" – "balancing the scope and degree of importance of the public interest against the nature and amount of compensation provided to the persons concerned".
- (48) EMDs avgjørelse i James-saken har spesiell interesse. Denne plenumsdommen er fra 1986. Det kan synes å ha vært en utvikling i retning av et sterkere eiendomsvern i tiden etter at den ble avsagt, jf. påpekningen av dette i Lindheim-dommen avsnitt 135. Jeg viser også til den gjennomgangen som er gitt av Eirik Bjørge i vedlegg 2 til NOU 2013: 11 på side 107–122. Når jeg likevel trekker frem James-dommen, er det fordi den er én av noen ganske få avgjørelser fra EMD som kan sies å gjelde et rettsforhold som er sammenlignbart med tomtefeste.
- (49) James-dommen gjaldt blant annet leietageres rett til frikjøp av *både* tomt og bolig i forbindelse med en spesiell form for langvarige leieforhold i et meget attraktivt område i London. Ny britisk lovgivning ga leietageren rett til å frikjøpe tomt og bolig til en pris som ikke tok hensyn til selve bygningsverdien og som trolig heller ikke dekket den fulle markedsverdien av tomten. Vederlaget var etter EMDs vurdering likefullt forholdsmessig, ut fra rettsforholdets særlige karakter, og en avveining av utleiers forventninger knyttet til kontrakten og hva som etter leietagers investeringer og personlige tilknytning til bolig og tomt ga en rettferdig balanse. Jeg trekker den slutningen fra James-dommen at P1-1, i rettsforhold som dette, åpner for at lovbestemte vederlagsregler – ut fra rettferdighetsbetraktninger – kan baseres på en *fordeling* av verdier mellom kontraktspartene som avviker fra de formelle eierforholdene og uttrykkelige bestemmelser i kontrakten.
- (50) Det er ellers sentralt i James-dommen at P1-1 gir et romslig spillerom for begrunnede lovgiveravveininger på det boligsosiale området, også når lovgivningen griper direkte og sterkt inn i langvarige private avtaleforhold. Slik må det etter mitt syn være også i dag: Vi er på et politisk felt med komplekse problemstillinger, hvor det lett vil være sterke interessenmotsetninger. Den nasjonale lovgiveren er bedre plassert til å foreta den primære avveiningen, i lys av den spesifikke historiske, sosiale, kulturelle og økonomiske konteksten som den aktuelle lovgivningen inngår i. Jeg viser til Lindheim-dommen avsnitt 125, hvor EMD ved sin prøving nettopp tar utgangspunkt i at det her gjelder en vid skjønnsmargin – "wide margin of appreciation".

(51) Lindheim-dommen illustrerer samtidig at denne vide skjønnsmarginen får begrenset betydning for den konvensjonsrettslige bedømmelsen dersom lovgiver *ikke* har foretatt en kartlegging og avveining av de motstridende interessene, jf. avsnitt 128. Jeg viser i så måte også til Høyesteretts storkammerdom i Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt) avsnitt 62, 71 og 80. Sammenhengen mellom kvaliteten på de nasjonale beslutningsprosessene og intensiteten i EMDs kontroll, kan – så vidt jeg forstår – settes i forbindelse med en mer generell utvikling av subsidiaritetsprinsippet under EMK de senere år. Jeg viser til EMDs storkammerdom 22. april 2013 *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 108:

"It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it (James and Others, § 36). The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation ..."

(52) Jeg går da over til den konkrete bedømmelsen under P1-1. Forholdsmessighetsvurderingen står her helt sentralt. Men før jeg kommer til den, må jeg ta stilling til rubriseringen under de tre reglene i P1-1.

(53) *Regelvalget innenfor P1-1*

(54) Innløsning etter tomtfesteloven § 32 innebærer en tvangsmessig overføring av eiendomsretten til tomten, som er beslektet med ekspropriasjon i regulær forstand, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 48 første spalte. Dette gjelder, etter mitt syn, selv om også festeavtalen gir festeren innløsningsrett, hvis innløsning med hjemmel i tomtfesteloven skjer på et markert annet tidspunkt eller på klart mer gunstige vilkår for festeren enn det festeavtalen gir grunnlag for. Det er utvilsomt tilfellet i saken her.

(55) I Høyesteretts praksis er det lagt til grunn at lovbestemt innløsning av festetomt er å anse som avståelse, som bare er tillatt dersom bortfesteren får "full Erstatning" etter Grunnloven § 105, jf. særlig plenumsdommen i Rt. 2007 side 1308 (Sørheim) avsnitt 35, sml. også Rt. 2015 side 1180 avsnitt 38 (Våle kirke II). Også for rubriseringen innenfor P1-1 antar jeg at det er avgjørende at bortfesteren ved innløsningen mister samtlige gjenværende eierbeføyelser til fordel for festeren, som på sin side får full rettslig og faktisk eierrådighet over den frigjorte tomten. James-dommen avsnitt 38 gir støtte for at slik tvangsavståelse av eiendomsrett omfattes av avståelsesregelen i P1-1 første ledd andre punktum.

(56) Det er ellers på det rene – og ikke omtvistet mellom partene – at innløsning i dette tilfellet er i samsvar med loven. Videre er det heller ikke tvil om at de hensynene som begrunner innløsningsretten, og som jeg allerede har redegjort for, er legitime – at de er "in the public interest", jf. P1-1 første ledd andre punktum. Jeg nevner at det på dette punktet ikke vil være aktuelt, hverken for EMD eller norske domstoler, å sette seg ut over lovgivers skjønn, med mindre tiltaket er formålsløst, vilkårlig eller bryter med andre konvensjonsrettigheter. Jeg viser til Lindheim-dommen avsnitt 100 og Vistiņš og Perepjolkins-dommen avsnitt 106.

(57) *Er innløsning i dette tilfellet forholdsmessig?*

- (58) Hovedproblemstillingen i saken er om innløsning på de vilkår som følger av tomtfesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum er *forholdsmessig*, slik P1-1 krever. Ved denne vurderingen tar jeg utgangspunkt i at feltet gir særlige lovgiverutfordringer, blant annet med hensyn til å balansere de motstridende interessene, forene de politiske motsetningene og ivareta behovet for praktikable og tvistedempende regler for tusenvis av langvarige festekontrakter med stor økonomisk betydning for partene og samfunnet. Bedømmelsen må dessuten forankres i tomtfesterettens egenart, som rettslig og faktisk skiller seg vesentlig fra ordinære leieforhold. Jeg viser til Lindheim-dommen avsnitt 121:

"However, when considering the proportionality issue the Court will also have regard to the differences in nature between a ground lease contract and a tenancy contract with regard to both performance and duration. Whilst under the latter type of contract the tenant would pay a rent to occupy premises financed by the landlord, in the former type the situation would most frequently be the reverse: it would be the lessee who had invested in the buildings and constructions on the land. The landowner, the lessor, would do little more than make the ground available to the lessee against payment of rent. In so doing the lessor would renounce the possibility of using the property for financial gaining by any other means than receiving the said rent."

- (59) Det har også betydning at fundamentet for innløsningsretten er et ganske annet enn ved regulær ekspropriasjon: Festerens rett til å kreve eiendomsretten til tomten er begrunnet i det langvarige, avtalebaserte og gjensidig forpliktende rettsforholdet som festeavtalen representerer, hvor festeren allerede har fått en dominerende økonomisk og personlig tilknytning til tomten gjennom investeringer og faktisk bruk. Formålet med innløsningsretten er å legge til rette for at festeren skal kunne overta eiendomsretten til grunnen, for fortsatt bruk som tomt for vedkommendes bolig eller fritidshus.
- (60) Min videre drøftelse av om innløsning er forholdsmessig under P1-1, vil ha to hovedkomponenter: Den ene er lovgivers begrunnelse for reglene om fastsettelse av innløsningssum og de avveininger som er gjort fra lovgivers side. Den andre er de økonomiske forholdene, spesielt relasjonen mellom innløsningssummen på 1,5 millioner kroner og det A må gi fra seg i og med innløsningen.
- (61) Jeg starter med lovgivers vurderinger, hvor det som har krav på en særlig oppmerksomhet fra Høyesteretts side nå, er hvordan bortfesteres interesser er avklart og vektlagt.
- (62) Spørsmålet om hvordan innløsningssummen skulle beregnes, stod sentralt under arbeidet med de nye innløsningsreglene i 2004. I høringsnotat 5. juni 2003 tar departementet utgangspunkt i – som *det* styrende tema – "hva som er et rimelig nivå for vederlaget når festeren innløser tomten". En rekke mer spesifikke elementer trekkes særskilt frem, herunder eierforholdene i henholdsvis tomt og bygning, de foretatte investeringer, festerens personlige tilknytning og respekten for inngåtte avtaler. Departementet peker også på de særlige utfordringene som ligger i at festeforhold normalt har meget lang varighet, samtidig som samfunnsforholdene er i stadig endring. Opphevelsen av den offentlige prisreguleringen i 1983, og den påfølgende relativt store prisstigningen på eiendomsmarkedet, er spesielt omtalt: Denne prisstigningen er i stor grad samfunnsskapt, og det er ikke gitt at en bortfester burde få full uttelling for denne. Også hensynet til retts teknisk enkle regler som ikke virker tvisteskapende, er fremhevet. I høringsbrevet beskrives i alt sju ulike modeller for beregning av innløsningssummen, som utgangspunkt for den videre lovgivningsprosessen.

- (63) En rekke instanser – inkludert organisasjoner som representerte grunneier- og festerinteresser – uttalte seg under høringen. Det var forskjellige oppfatninger av hvilken ordning som ville være den beste. Departementets vurderinger fremgår av Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 45–53. De er preget av ønsket om å etablere et balansert og retts teknisk håndterlig regelsett, som også ivaretar eiendomsvernet etter Grunnloven § 105 og EMK P1-1. Etter departementets forslag til ny § 37 skulle innløsningssummen settes til "30 ganger årleg festeavgift etter regulering på innløysingstida, om ikkje ein mindre innløysingssum er avtalt". Det ble dessuten foreslått et minstebeløp på 50 000 kroner, for å sperre mot urimelig lave innløsningssummer.
- (64) I Stortinget var det motstand mot forslaget, som – ble det argumentert med – ikke i tilstrekkelig grad ivaretok bortfesteres interesser. Etter omfattende forhandlinger og kompromisser mellom de politiske partiene, oppnådde man etter hvert flertall for en løsning som for de tidsbegrensede festeavtalene avvek fra proposisjonens opplegg, nemlig "sikkerhetsventilen" – den såkalte *40-prosentregelen* – i § 37 første ledd andre og tredje punktum. I Innst. O nr. 105 (2003–2004) side 14 innleder komiteen i tilknytning til denne regelen med å fremheve behovet for å finne frem til et rimelig nivå, som også er forenlig med eiendomsvernet etter Grunnloven § 105. Komiteen er opptatt av at reglene ikke måtte være tvisteskapende, men enkle og egnet til å fremme forutberegnelighet. Med hensyn til selve verdsettelsen heter det samme sted i komiteens innstilling, som uttrykk for det synet som fikk flertall:

"Komiteens medlemmer fra Høyre og Kristelig Folkeparti viser til at ved å ta utgangspunkt i 30 ganger oppregulert festeavgift etter avtalen, vil innløsningssummen reflektere det nivå som partene på avtaletidspunktet anså som riktig årlig avkastning av eiendommen – nemlig festeavgiften som uttrykte verdien av tomten. I de fleste tilfeller vil bortfester med denne modellen få erstattet minst den inflasjonsjusterte verdien av råtomten da festeforholdet ble opprettet, og i mange tilfeller mer enn dette.

Disse medlemmer mener dessuten det er en målsetting at tomtfesteinstituttet lovreguleres slik at hensynene til bortfester og fester balanseres. For disse medlemmer er det i denne forbindelse viktig å presisere at reglene for beregning av innløsningssum må sees i sammenheng med reglene om regulering av festeavgiften, de alminnelige innløsningsvilkårene og rett til forlengelse. Disse medlemmer er opptatt av at disse regelsettene ikke forrykker balansen i kontraktsforholdene vesentlig.

Komiteen har grundig vurdert om det er riktig av hensyn til bortfesterne å innføre nye regler for innløsning.

For komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, har det vært avgjørende at festeavtaler har en svært langvarig karakter og videre at samfunnsforholdene er i stadig endring. Disse forhold tilsier etter flertallets mening at det offentlige kan gripe inn i eksisterende avtaler på tomtfesteområdet.

Komiteens medlemmer fra Høyre og Kristelig Folkeparti viser til at når festeavgiften er avtalt regulert etter endring i pengeverdien og tomten er festet bort for et begrenset tidsrom, vil 30 ganger oppregulert avgift i enkelte tilfeller kunne gi en uforholdsmessig lav innløsningssum. Dette vil særlig være tilfelle der festeforholdet utløper om få år og festeavgiften i forhold til dagens tomteverdi er svært lav, og bortfester har en berettiget forventning om å beholde en vesentlig større del av tomtens verdi enn den innløsningssum departementets sjablongmessige regel vil gi. Disse medlemmer vil imidlertid bemerke at departementets modell i de aller fleste tilfeller gir en enkel utregnet og riktig innløsningssum, slik at en unngår å måtte taksere eiendommen og bli enige om at taksten var riktig.

Disse medlemmer mener på bakgrunn av ovennevnte at det er behov for en skjønnsbasert suppleringsregel knyttet til taksering av tomten, der tomtens verdi som råtomt på innløsningstidspunktet ikke fanges opp i rimelig grad. Disse medlemmer ønsker at departementets forslag til utforming av ny tomtfesteloven § 37 første ledd endres som en følge av dette. På denne måten vil en sikre en individuell fastsetting av minste innløsningssum, der råtomtens verdi inngår i beregningsgrunnlaget. En slik suppleringsregel vil særlig gi merkompensasjon til en del bortfesterne med avtaler der festeavgiften reguleres etter endringer i pengeverdien og der tomtens verdi har økt meget sterkt i forhold til endringen i pengeverdien siden avtalen ble inngått.

Disse medlemmer ser at det kan være mindre grunn for en slik suppleringsregel i avtaler med tomteverdiklausul. Der vil tomtens verdi på innløsningstidspunktet i større grad fanges opp ved beregning av innløsningssummen etter multiplikator Tabellen. Men ettersom det fortsatt for slike kontrakter gjelder en prisregulering på 9.000 kroner pr. dekar (pr. 1. januar 2002 med senere indeksregulering) for festeforhold for tomt til bolig og fritidshus inngått 26. mai 1983 eller tidligere, kan det være behov for en suppleringsregel som nevnt også i disse tilfellene. For eksempel gjelder dette i byer der råtomtverdien tilsier en vesentlig høyere festeavgift enn taket på 9.000 kroner.

Disse medlemmer understreker at det alltid vil bero på et valg hvordan en slik suppleringsregel skal utformes og hvor stor del av verdistigningen bortfester alltid skal være sikret, uavhengig av hvordan bortfesteres interesser er ivaretatt gjennom kontrakten. For disse medlemmer er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i en andel av tenkt 'råtomtverdi', hvor en ser bort fra bygningsmasse, opparbeiding med vei, hage, brygger, vann, kloakk osv.

Disse medlemmer vil at innløsningssummen for tomter som er festet bort for en bestemt tid, ikke skal settes lavere enn 40 % av tomteverdien på innløsningstiden, med fradrag for den verdiøkning som festeren har tilført tomten gjennom egne tiltak eller tilskudd til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdien må ikke settes høyere enn det tomten kan selges for om det bare er tillatt å sette opp de hus som allerede er på tomten. Ved takseringen skal det ikke sees hen til gjenværende festetid eller en eventuell rett for festeren til å kreve forlengelse."

- (65) I det jeg her har sitert fra komiteens innstilling, har jeg spesielt festet meg ved at det var hensynet til bortfesterens interesser som begrunner forslaget om den supplerende *40-prosentregelen*. Det fremgår videre at målet er å legge til rette for "en individuell fastsetting av en minste innløsningssum, der råtomtens verdi inngår i beregningsgrunnlaget", særlig med sikte på "merkompensasjon" for bortfesteren der tomtens verdi har økt meget sterkt i festeperioden. Jeg har også merket meg at fordelingen mellom bortfester og fester av den samfunnskapte verdien som verdistigningen på eiendommen representerer, med den større del til festeren, beror på et bevisst og utvetydig valg. Dette valget er truffet på grunnlag av en inngående politisk prosess. Jeg minner for øvrig om at de avveininger og valg Stortinget tok på dette punktet i 2004, igjen fikk tilslutning da Stortinget foretok en fornyet gjennomgang i forbindelse med revisjonen av tomtfesteloven i 2009, jf. Innst. O nr. 97 (2008–2009) side 3–5.
- (66) A har anført at avgrensingen mot verdien av en eventuell mulighet for ytterligere utbygging i § 37 første ledd tredje punktum, ikke kan anvendes. Han har i denne forbindelse vist til at regelen ikke er begrunnet fra lovgivers side, jf. NOU 2013: 11 side 78, som spesielt etterlyser en vurdering av den muligheten regelen gir festeren til å innløse en stor tomt, "for deretter å utnytte tomten med betydelig økonomisk gevinst". I Prop. 73 L (2014–2015) side 66 har departementet valgt å avstå fra å ta opp denne problemstillingen.

- (67) Etter mitt syn kan det ikke legges avgjørende vekt på at forarbeidene ikke gir noen begrunnelse som er knyttet direkte opp mot § 37 første ledd tredje punktum. Årsaken er dels at jeg oppfatter dette elementet som utslag av de generelle lovgiveroverveielserne som "sikkerhetsventilen" under ett bygger på. Avgrensningen i § 37 første ledd tredje punktum, og bakgrunnen for den, må dessuten ses i sammenheng med det som blir sagt i forarbeidene ellers. Her har avveiningene i tilknytning til den tilsvarende begrensningen som ble fastsatt i § 15 andre ledd nr. 3 om regulering av festeavgiften, overføringsverdi. I denne bestemmelsen het det at ved oppregulering av festeavgift i tilfeller der avtalen medfører "at verdien av tomt utan hus er en del av reknegrundlaget for ny festeavgift, skal verdien ikke bli sett høyere enn det tomte kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomte". Om bakgrunnen for denne regelen sies følgende i Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 24:

"Lovforslaget får anvendelse på de kontraktene der festeavgiften etter en tolkning av reguleringsbestemmelsen skal baseres på festetomtens råtomtverdi. Etter forslaget skal verdien på tomten i disse tilfellene ikke settes høyere enn det tomten kan selges for om det kun er tillatt å oppføre det eller de husene som festeren har på tomten. Festetomten skal ses samlet som én tomt, slik at verdsettelsen ikke kan skje etter en vurdering av hvilken verdi det bortfestede arealet representerer dersom grunneieren hadde kunnet dele opp tomten i mange mindre festetomter og selge hver enkelt for oppføring av hytte eller hus. Bestemmelsen vil således særlig etter omstendighetene gi en mer rimelig taksering av store tomter med bare ett bolig- eller fritidshus, hvor ekstraarealet utover den del av tomten som bebyggelsen er lokalisert til får en betydelig lavere verdi. Departementet mener at denne regelen vil bidra til en viss avklaring av hvordan råtomtverdien skal beregnes i en del festeavtaler, og samtidig sette visse begrensninger i adgangen til å oppregulere festeavgiften etter råtomtverdien. Når grunneieren har valgt å feste bort en stor tomt, er det etter departementets oppfatning rimelig at råtomtverdien baseres på dette. De store festetomtene finnes særlig i de eldre festeavtalene, som er inngått på et tidspunkt da festetomten gjerne var utmark som ikke representerte noen stor verdi for grunneieren. I disse tilfellene vil ikke den bestemmelsen departementet foreslår innebære et vesentlig brudd – om noe i det hele tatt – med partenes forutsetninger på avtaletidspunktet."

- (68) Det fremgår av dette at avgrensningen mot merverdien av en endret utnyttelse av tomten er forankret i en avveining, hvor også bortfesterens interesser er tatt i betraktning og veid mot festerens behov.
- (69) Muligheten for at en fester kan oppnå en gevinst ved å selge hele eller deler av den innløste tomten videre, er også uttrykkelig kommentert i Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 51–52, i tilknytning til departementets vurdering av innløsningsreglens forhold til eiendomsvernet i Grunnloven § 105:

"Festeren vil etter å ha innløst tomten kunne selge hele eiendommen med en stor gevinst i enkelte – men på langt nær alle – tilfeller. På festerens side vil det imidlertid ofte gjøre seg tunge boligsosiale hensyn gjeldende. På forbrukerområdet ser man en stadig sterkere beskyttelse av forbrukerne gjennom ufravikelig avtalerettslig lovgivning, og det ville framstå som et paradoks om ikke retten til så sentrale goder som bolig og hytte også skulle nyte et sterkt vern i tomtfesteloven. Dersom det skal være en målsetting at festere av tomt til bolig- og fritidshus får en varig disposisjonsrett til tomten, må det fastsettes regler som gjør festerne i stand til å betale innløsningssummen."

- (70) Samlet sett viser det jeg har referert fra forarbeidene, at reglene om fastsettelse av innløsningssum, herunder "sikkerhetsventilen" i § 37 første ledd andre og tredje punktum,

er utformet med det for øye å balansere to hensyn: De skal – med utgangspunkt i rettsforholdets særlige karakter – legge til rette for en rettferdig fordeling av de samfunnsskapte verdiene mellom partene i festeforholdet. Reglene skal dessuten sikre at innløsningssummene holdes på et nivå som gjør innløsning for fortsatt bruk som tomt for egen bolig eller fritidseiendom, til et praktisk og reelt alternativ, i tråd med innløsningsrettens hovedformål. Det er mitt bestemte inntrykk at Stortinget har vært oppmerksom på, og også har tatt hensyn til, bortfesteres interesser ved de avveininger og valg som lovens ordning er et uttrykk for.

- (71) Jeg forlater med dette lovgivers overveielser. Den andre hovedkomponenten i min vurdering av om innløsning på de vilkår som følger av tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum er uforholdsmessig under P1-1 er, som jeg har nevnt, de økonomiske verdiene som er involvert. Bedømmelsen her er sammensatt. Den vil også måtte preges av sammenhengen mellom retten til innløsning etter tomtefesteloven § 32 og festerens rett til *forlengelse* etter tomtefesteloven § 33, noe jeg kommer tilbake til etter hvert.
- (72) Bortfesterens økonomiske interesse i festetomten kan, prinsipielt sett, bestå dels i den avkastningen eiendommen gir i form av løpende festeavgift, og dels i det økonomiske utnyttelsespotensialet tomten som sådan måtte representere utover dette. Vurderingen av begge disse elementene må i vår sak bygge på en sammenligning mellom situasjonen ved innløsning til 1,5 millioner kroner i 2012 og verdiene på As hånd dersom innløsning ikke skjer, slik at festeforholdet videreføres, innenfor festeavtalens og lovens rammer.
- (73) Når det gjelder verdien av retten til løpende festeavgift, nevner jeg at festeavgiften ved kontraktsinngåelsen i 1950 var 251 kroner per år, som utgjorde tre prosent av eiendommens antatte verdi. På innløsningstidspunktet i 2012 ble det betalt 6 002 kroner årlig festeavgift. Partene har en stund hatt gående en særskilt tvist om størrelsen på festeavgiften. Det er også andre usikkerhetsfaktorer knyttet til nåverdien av retten til festeavgift frem til 2048, og eventuelt også i tiden deretter. Det gir likevel en brukbar indikasjon å ta utgangspunkt i at den maksimale årlige festeavgiften, innenfor rammen av dagens regler i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd fjerde punktum, vil være godt og vel 16 500 kroner. Innløsningssummen beregnet etter hovedregelen i tomtefesteloven § 37 første ledd første punktum – 25 ganger årlig festeavgift – vil i tilfelle utgjøre omkring 415 000 kroner.
- (74) Jeg går da over til tomtens økonomiske potensial utover retten til festeavgift, for A og hans rettsetterfølgere, hvis tomten ikke innløses.
- (75) Festekontrakten er til hinder for at bortfesteren selger eller på annen måte disponerer over tomten uten påhefte av festeretten. Bortfesteren vil heller ikke kunne fradele parseller for å realisere dem særskilt. Så lenge festeavtalen løper, er tomteverdien derfor rettslig utilgjengelig for bortfesteren. Dette betyr at tomtens verdi på innløsningstidspunktet i 2012, verdsatt uten påhefte av festeavtalen, er uten interesse. Tidligst ved festeavtalens utløp i 2048 vil bortfesteren eventuelt kunne få tilgang til det økonomiske potensial i tomten, utover retten til festeavgift.
- (76) Etter kontrakten § 7 første ledd har festeren ved utløpet av festetiden rett til innløsning av tomten etter "vanlig tomtepris for tilsvarende byggetomt i egnen". Dersom festeren ikke

ønsker innløsning, kan bortfesteren overta rådigheten over tomten, mot å betale festeren et vederlag for bolig og opparbeidelse. Dette siste scenariet representerte rettslig sett den maksimale substansverdien på bortfesterens hånd ved kontraktsinngåelsen i 1950. Nåverdien beregnet *den gang* har jeg ingen formening om. Men det kan vanskelig tenkes at partene så for seg, enn mindre tok i betraktning, den betydelige verdistigningen som kom på fast eiendom fra midten av 1980-tallet, etter at prisreguleringen på salg av tomter opphørte og med sterk vekst i etterspørselen. Det er også forbundet med høy grad av usikkerhet å beregne nåverdien på innløsningstidspunktet i 2012 av kontraktsbestemt innløsning eller tilbakeføring til bortfester i 2048. Den vil blant annet bero på hvordan kontrakten tolkes, hvilke prognoser for prisutviklingen på fast eiendom man baserer seg på og valg av kapitaliseringsrente.

- (77) Fra et praktisk ståsted har en beregnet nåverdi i 1950 eller i 2012 av en tilbakeføring av tomten til bortfester i 2048 i henhold til kontrakten, etter mitt syn nokså begrenset interesse. For langvarige kontrakter som dette vil partene og deres rettsetterfølgere måtte være innstilt på at de samfunnsmessige rammebetingelsene endrer seg gjennom kontraktsperioden, på måter som kan få avgjørende betydning for gjennomføringen. Kontraktspartene kan ikke se bort fra at også lovgivningen vil endres i takt med tidens krav og få virkning for deres egen avtale. Høyesterett fremhever dette i plenumsdommen i Rt. 1990 side 284 (Selsbakk). Også en langvarig praksis fra EMD knyttet til kontrollregelen i P1-1, bygger på erkjennelsen av at samfunnsmessige hensyn vil kunne gjøre det påkrevd å gripe regulerende inn i langsiktige avtaler knyttet til utnyttelsen av fast eiendom. Jeg viser, som et eksempel, til plenumsdommen 19. desember 1989 *Mellacher mfl. mot Østerrike*.
- (78) Ingen vet hvordan lovgivningen om festeforhold vil være i 2048. Men allerede etter de reglene som gjelder i dag, og som også gjaldt på innløsningstiden, er det gjort grunnleggende endringer i rettsforholdet mellom bortfester og fester, med virkning for eldre festekontrakter. Spesielt viktig er festerens rett til *forlengelse* ved festetidens utløp etter tomtefesteloven § 33. Denne retten skal sikre at en fester som ikke overtar eiendomsretten til tomten gjennom innløsning, likevel beholder rådigheten over den, som om han var eier, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 54 andre spalte. Forlengelsesretten representerer en *varig* båndlegging av eierrådigheten, som består inntil festeren skulle ønske å si opp festeforholdet, jf. tomtefesteloven § 7 første ledd. For bortfesteren er derfor tomtens verdi, utover den som ligger i retten til løpende festeavgift, ikke bare utilgjengelig så lenge festeforholdet løper etter kontrakten, men også etterpå: På grunn av forlengelsesretten i tomtefesteloven § 33 må bortfesteren finne seg i at festeforholdet videreføres utover den avtalte festetiden – i prinsippet til evig tid.
- (79) Forlengelsesretten får på denne måten stor betydning for de forventninger en bortfester kan ha om økonomisk utnyttelse av eiendommen etter utløpet av festetiden, og dermed også for bedømmelsen under P1-1. Det er nødvendig å utdype denne sammenhengen noe.
- (80) Tomtefesteloven 1975 og 1996 ga regler om rett til forlengelse, men bortfesteren hadde i tilfelle adgang til å sette nye vilkår, herunder øke festeavgiften. I 2004 fikk festeren rett til forlengelse på "same vilkår" som etter den opprinnelige festeavtalen. Festeavgiften ville heller ikke senere kunne reguleres, utover utviklingen i konsumprisindeksen. Dette gjaldt også festeavtaler som var inngått før lovendringen.

- (81) Høyesterett har akseptert, ut fra de tunge hensynene som begrunner retten til forlengelse av tomtefeste til bolig eller fritidshus, at et slikt inngrep i det avtalte festeforholdet ikke rammes av forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97, og også er forenlig med beskyttelsen av eiendomsretten i § 105, jf. den enstemmige plenumsdommen i Rt. 2007 side 1281 (Øvre Ullern). I relasjon til kravet om full erstatning i Grunnloven § 105 har Høyesterett trukket den konsekvens av forlengelsesretten etter tomtefesteloven § 33 at det er verdien av retten til den løpende festeavgiften som skal kompenseres ved innløsning, ikke tomteverdien. Jeg viser til plenumsdommen i Rt. 2007 side 1308 (Sørheim) avsnitt 44 og til Rt. 2011 side 1254 (Ski) avsnitt 24.
- (82) I Lindheim-dommen fra 2012 konkluderte EMD med at retten til forlengelse "på same vilkår" i tomtefesteloven § 33 ikke var forenlig med bortfesteres rett til respekt for sin eiendomsrett etter P1-1. Det ble vist til at Stortinget ikke hadde vurdert balansen i en ordning med rett til forlengelse "på same vilkår", at festeavgiften var lav og ikke stod i noen sammenheng med tomtens markedsverdi, at forlengelsesreglene ikke ga rom for individuell vurdering, at det ikke var mulighet for senere regulering av festeavgiften utover konsumprisindeksen, og at bortfesterne – som en følge av det øvrige – ikke fikk noen del av en eventuell økt tomteverdi, på tross av berettigede forventninger etter festeavtalen – "legitimate expectations" – om tilgang til eiendommens verdi ved festetidens utløp. Jeg viser til den oppsummeringen av Lindheim-dommen som gis av førstvoterende i storkammerdommen i Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt) avsnitt 59–64.
- (83) Som en følge av Lindheim-dommen ble tomtefesteloven § 33 endret ved lov 19. juni 2015 nr. 63, slik at når den avtalte tiden for feste av tomt for bolig eller fritidshus er ute, og festeren ikke krever tomten innløst, løper festeforholdet videre på samme vilkår, men med den reservasjon at festeavgiften – etter krav fra bortfesteren – kan reguleres, jf. § 15 fjerde ledd. Jeg nevner også § 15 niende ledd, som viser direkte til EMK P1-1. I et nytt § 37 første ledd andre punktum er det dessuten gitt en bestemmelse om oppregulering av festeavgiften som grunnlag for beregning av innløsningssum, som får betydning der innløsning skjer mindre enn ti år før festetidens utløp og vederlaget beregnes etter multiplikatorregelen i § 37 første ledd første punktum.
- (84) Det viktigste poenget for vår sammenheng er imidlertid at det var retten til forlengelse "på same vilkår" som skapte vanskeligheter i Lindheim-dommen. Man har fra lovgivers side forutsatt at denne dommen ikke kan forstås slik at P1-1 er til hinder for å gi festere en generell lovbestemt rett til forlengelse ved utløpet av avtalt festetid, så fremt vilkårene ved forlengelse ikke er uforholdsmessige for bortfesteren, jf. Prop. 73 L (2014–2015) side 5. Jeg er enig i en slik forståelse av Lindheim-dommen. Og jeg legger dessuten til grunn at de reglene om regulering av festeavgiften ved forlengelse som ble vedtatt i 2015, er søkt utformet i tråd med dette proporsjonalitetskravet, jf. NOU 2013: 11 side 7, Prop. 73 L (2014–2015) side 5 og Innst. 349 L (2014–2015) side 3.
- (85) Det jeg her har påpekt om retten til forlengelse etter tomtefesteloven § 33, gir etter mitt syn meget viktige premisser for selve forholdsmessighetsvurderingen under P1-1: Når det etter Lindheim-dommen må konkluderes med at forlengelsesretten som sådan er konvensjonsmessig, vil P1-1 ikke kunne være til hinder for at vederlaget ved innløsning av festetomt fastsettes med utgangspunkt i at denne forlengelsesretten vil bli gjort gjeldende – altså ut fra den forutsetning at festeforholdet, ved lovgivning og innenfor rammene av kontrollregelen i P1-1 andre ledd, er varig. Bortfesteren kan ikke ved

innløsning etter tomtefesteloven § 32 gjøre krav på å bli stilt økonomisk som om festerens forlengelsesrett etter § 33 tenkes borte.

- (86) Men det ligger samtidig i sammenhengen her at innløsningsvilkårene, for at innløsning skal være forholdsmessig, likevel i rimelig grad må forholde seg til bortfesterens *berettigede forventninger* – "legitimate expectations" – etter festekontrakten om å kunne utnytte tomten økonomisk ved festetidens utløp, jf. til sammenligning Lindheim-dommen avsnitt 133 og Høyesteretts enstemmige storkammerdom i Rt. 2015 side 421 avsnitt 63 og 70 (Grimstvedt). Jeg antar at lovgiver har stor frihet når det gjelder den mer detaljerte reguleringen, så lenge bortfesterens forventninger blir anerkjent og tilstrekkelig ivaretatt når innløsningssummen fastsettes, for eksempel ved at han får en andel av eiendommens markedsverdi på innløsningstidspunktet.
- (87) Det fremgår av det jeg allerede har vært gjennom fra forarbeidene, at *40-prosentregelen* i § 37 første ledd andre og tredje punktum kom inn i loven i 2004 nettopp for å ivareta hensynet til bortfesteres forventninger om å kunne utnytte eiendommen økonomisk etter utløpet av festetiden. I 2008, ved den fornyede gjennomgangen av tomtefestelovens innløsningsregler etter Høyesteretts plenumsdom i Rt. 2007 side 1308 (Sørheim), fremhever Stortinget at det bærende grunnlaget for å videreføre "sikkerhetsventilen" er "at bortfesterane i mange tilfelle har hatt ei grunnlagt forventning om ei økonomisk interesse i eiedommen utover den kapitaliserte verdien av festeavgifta". En ren multiplikatorregel, som den i § 37 første ledd første punktum, "vil innebære ei krenking av denne forventninga", jf. Ot.prp. nr. 42 (2008–2009) side 39 og Innst. O nr. 97 (2008–2009) side 3–5.
- (88) Når jeg på denne bakgrunnen skal samle trådene i forholdsmessighetsvurderingen under P1-1, konstaterer jeg at *40-prosentregelen* i tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum skal fange opp bortfesteres berettigede forventning om å kunne utnytte festetomten ved festetidens utløp, i tråd med de krav P1-1 stiller. Effekten av denne "sikkerhetsventilen" illustreres også godt av skjønnet i saken her: Lagmannsretten har, med utgangspunkt i tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum, fastsatt innløsningssummen til omkring 1,5 millioner kroner. Jeg har tidligere antydnet at nåverdien på all fremtidig festeavgift i festeforholdet utgjør i overkant av 400 000 kroner. "Merkompensasjonen" ved innløsning i 2012 knyttet til inngrepet i bortfesterens forventning om å kunne utnytte tomten økonomisk etter 2048 er mer enn 1 million kroner.
- (89) Hvor stort utslag bortfesteres berettigede forventning om en fremtidig økonomisk utnyttelse av festetomten alt i alt bør få, beror på en avveining. Stortinget har i denne forbindelse selv fremhevet at det er "tydelige politiske forskjeller mellom partiene i tomtefestelovgivningsspørsmål", og at fastsetting av regler for innløsningssum "er ikke eksakt matematikk, men verdibasert politikk", jf. Innst. O nr. 97 (2008–2009) side 4. Den etterfølgende domstolsprøvingen må, etter mitt syn, bygge på de politiske avveiningene Stortinget her har foretatt. Det avgjørende ved den rettslige kontrollen opp mot P1-1 er etter mitt syn følgende:
- (90) Regelen om beregning av innløsningssum i tomtefesteloven § 37 første ledd andre og tredje punktum er et resultat av en grundig og representativ lovgivningsprosess, hvor det overordnede siktemålet har vært å finne frem til en rettferdig balanse mellom bortfesteres og festeres interesser. Stortinget har vært oppmerksom på behovet for å ivareta

bortfesteres berettigede forventninger om økonomisk utnyttelse av eiendommen ved festetidens utløp, og har utformet reglene om beregning av innløsningssum også med denne interessen for øye. Innløsningssummen blir betydelig. Den er individuelt bestemt, som en funksjon av eiendommens aktuelle verdi. Og den gir bortfesteren en anseelig andel av den samfunnskapte verdistigningen på tomten fra kontraktsinngåelsen og frem til innløsning.

- (91) I lys av tomtefesterettens særlige karakter og innløsningsrettens formål, er det på denne bakgrunnen mitt syn at innløsning ikke er et uforholdsmessig inngrep i As eiendomsrett, slik denne er beskyttet i P1-1: Innløsningssummen på 1,5 millioner kroner står, alle forhold tatt i betraktning, i en rimelig relasjon til de verdier A må gi fra seg ved innløsningen. Heller ikke av andre grunner påføres A en individuell og overdreven byrde ved at ekteparet B og C får innløse tomten til det beløpet lagmannsretten har fastsatt i overskjønnet.
- (92) *Har A et utvidet eiendomsvern etter den alminnelige folkerett?*
- (93) Subsidiært har A gjort gjeldende at hans eiendomsrett nyter en særskilt beskyttelse, ettersom han ikke er norsk statsborger. Han har vist til at P1-1 refererer til "the general principles of international law", og anfører at James-dommen bekrefter at dette gir utenlandske statsborgere et tilleggsværn: Ved tvungen eiendomsavståelse har utlendinger etter den alminnelige folkerett krav på, som et minimum, en erstatning som er "prompt, adequate and effective". Innløsningssummen på 1,5 millioner kroner er ikke "adequate".
- (94) Etter mitt syn er ikke James-dommen noe prejudikat for at det under P1-1 gjelder et annet eiendomsvern for utlendinger. Det James-dommen slår fast i avsnitt 58–66, er at vernet etter den alminnelige folkerett uansett ikke gjelder egne statsborgere.
- (95) Jeg vil ikke utelukke at det kan tenkes tilfeller der retten til erstatning ved tvangsmessig avståelse av fast eiendom står sterkere for en utenlandsk statsborger etter den alminnelige folkerett enn den gjør etter den generelle konvensjonsregelen i P1-1. Men jeg vet ikke om noen dom fra EMD hvor det er sagt at utfallet under avståelsesregelen i P1-1 ble et annet enn det ellers ville ha blitt, fordi eieren var utlending. Det er i det hele tatt omtrent ikke praksis fra EMD om den henvisningen som konvensjonen her gjør til folkerettens alminnelige regler. Årsaken er trolig at vernet etter den generelle avståelsesregelen i P1-1 regulært oppfyller retten til "prompt, adequate and effective" erstatning etter den alminnelige folkerett, jf. NOU 2003: 29 side 40. Dette er, etter mitt syn, situasjonen også i As sak. Noe vern utover det som allerede følger av den generelle regelen i P1-1, har han i dette tilfellet derfor ikke.
- (96) Konklusjonen min er på denne bakgrunnen at lagmannsrettens overskjønn bygger på en riktig rettsanvendelse. Anken må da forkastes.
- (97) Saken har reist prinsipielle spørsmål om forholdet mellom tomtefesteloven og EMK, på et område av stor betydning for mange. Begge parter har hatt fri sakførsel for Høyesterett. Sakskostnader for Høyesterett bør da ikke tilkjennes.
- (98) Jeg stemmer for denne

D O M :

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

- (99) Dommer **Skoghøy:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (100) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (101) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (102) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (103) Dommer **Normann:** Likeså.
- (104) Dommer **Noer:** Likeså.
- (105) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (106) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (107) Dommer **Falch:** Likeså.
- (108) Justitiarius **Schei:** Likeså.
- (109) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

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

Riktig utskrift bekreftes: