



# NORGES HØYESTERETT

Den 21. oktober 2016 avsa Høyesterett kjennelse i

**HR-2016-02195-S, (sak nr. 2015/1777), sivil sak, anke over dom,**

A

B

(advokat Sveinung O. Flaaten)

mot

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten

v/advokat Karen Mellingen)

(Regjeringsadvokaten

v/advokat Christian Reusch –

rettslig medhjelper)

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

- (1) Dommer **Arntzen**: Saken gjelder erstatningssøksmål fra bortfestere mot staten, der det anføres at reguleringsvilkåret "tvillaust er avtalt" i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjonens tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 om vern om eiendom (EMK P 1-1). Et hovedspørsmål i saken er om søksmålet må avvises fordi bortfesternes rett til å kreve oppregulering på grunnlag av tomteverdien ble endelig avgjort ved Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2006 side 1547, jf. domstolloven § 200 tredje ledd.
- (2) A og B (AB) – de ankende parter – eier eiendommen gnr. 00 bnr. 00 og 00 i X kommune. De har festet bort en hyttetomt på 1,036 dekar til C (C).
- (3) Festeavtalen, som AB og C er parter i, ble inngått i 1962, men ble først undertegnet i desember 1965. Festetiden er 99 år, og den opprinnelige festeavgiften var 75 kroner per år. Kontrakten inneholder en reguleringsklausul hvor det heter:  
**"Partene har rett til å kreve avgiften regulert hvert 10. år. Kommer enighet ikke istand, fastsettes avgiften ved skjønn."**
- (4) Festeavgiften ble regulert i 1972, 1982 og 1992. I 1972 ble det tatt utgangspunkt i en årlig leie på 350 kroner per dekar, mens det ved reguleringen i 1982 ble tatt utgangspunkt i en

årlig leie på 900 kroner per dekar. Reguleringen i 1992 skjedde på grunnlag av de dagjeldende prisforskrifter for tomtefeste, og årlig festeavgift ble satt til 1 640 kroner. Det var ingen uenighet om disse reguleringene.

- (5) I henhold til lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefesteloven), som trådte i kraft 1. januar 2002, skulle regulering av festeavgiften skje i samsvar med endringen i pengeverdien med mindre noe annet "tvillaust er avtalt".
- (6) I 2002 krevde AB oppregulering av festeavgiften med utgangspunkt i tomteverdien, til 8 000 kroner. C protesterte under henvisning til at slik regulering ikke "tvillaust" var avtalt, jf. dagjeldende tomtefestelov § 15 første ledd. Hun mente avgiftsøkningen skulle skje på grunnlag av endringen i pengeverdien i tråd med lovens hovedregel.
- (7) Fredrikstad tingrett avsa sommeren 2005 skjønn der festeavgiften for reguleringsperioden 2002 til 2012 ble fastsatt på grunnlag av endringen i pengeverdien til 2 048 kroner per år. AB anket skjønnet til Borgarting lagmannsrett, som kom til at festeavgiften skulle reguleres på grunnlag av tomteverdien begrenset til det lovbestemte taket på 9 000 kroner per dekar.
- (8) C anket overskjønnet til Høyesterett, som 4. desember 2006 avsa dom i saken, jf. Rt. 2006 side 1547. Et flertall på tre dommere kom til at reguleringen skulle skje på grunnlag av endringene i pengeverdien i tråd med lovens hovedregel, mens et mindretall på to dommere mente at partene "tvillaust" hadde avtalt regulering på grunnlag av tomteverdien. Forholdet mellom "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven – som da var flyttet til § 15 andre ledd nr. 2 første punktum – og eiendomsvernet i EMK P 1-1 var ikke tema i saken.
- (9) Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) kom i dom 12. juni 2012 *Lindheim mfl. mot Norge* (Lindheim-dommen) til at den dagjeldende tomtefesteloven § 33 om rett til forlengelse av festeavtalen på samme vilkår som tidligere, var i strid med eiendomsvernet i EMK P 1-1. AB mente dommen hadde overføringsverdi til egne festeavtaler og tok ut stevning for Oslo tingrett mot staten v/Justis- og beredskapsdepartementet. De krevde erstatning for påstått tap som følge av at "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 fratok dem muligheten for å oppregulere festeavgiftene på grunnlag av tomteverdien, som de mente var avtalt.
- (10) Erstatningskravet i stevningen til tingretten omfatter tap i tilknytning til i alt 15 festekontrakter mellom AB og ulike hytteeiere. I tilsvaret påsto staten søksmålet avvist på grunn av manglende rettslig interesse, jf. tvisteloven § 1-3, så langt det gjelder andre festeforhold enn Cs. Partene ble enige om å dele saken slik at kravet vedrørende festekontrakten med C behandles først. Behandlingen av de andre kravene er stanset i påvente av rettskraftig avgjørelse i saken her. Det er opplyst at det bare er i kontraktsforholdet mellom AB og C at det foreligger en rettslig avgjørelse om regulering av festeavgiften.
- (11) For tingretten påsto staten at også denne delen av søksmålet måtte avvises fordi det i realiteten er et angrep på Høyesteretts dom 4. desember 2006, jf. domstolloven § 200 tredje ledd. Tingretten fremmet saken under henvisning til EMK artikkel 13 om rett til "an effective remedy".

- (12) Oslo tingrett avsa 9. april 2014 dom med slik domsslutning:
- "1. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes.**
  - 2. A og B erstatter én for begge, begge for én innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet sine kostnader med 88 450 – åttiåttetusenfirehundreogfemti – kroner med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer."**
- (13) Tingretten fant at "tvillaust"-vilkåret i § 15 andre ledd nr. 2 var mindre inngripende enn § 33, som EMD satte til side i Lindheim-dommen, og at reguleringsbestemmelsen gir uttrykk for en balansert avveining av de motstående hensyn.
- (14) AB anket til Borgarting lagmannsrett. Staten nedla ikke påstand om avvisning, men viste til at lagmannsretten måtte ta stilling til spørsmålet av eget tiltak. Lagmannsretten fant at en avvisning ville innebære en krenkelse av EMK artikkel 13 og fremmet saken til realitetsbehandling.
- (15) Lagmannsretten avsa 19. juni 2015 dom med slik slutning:
- "1. Anken forkastes.**
  - 2. Partene bærer egne omkostninger for tingrett og lagmannsrett."**
- (16) Lagmannsretten konkluderte med at "i en situasjon hvor festeavtalen er uklar, må bortfester akseptere at staten fastsetter en streng bevisregel med det formål å begrense antall rettstvister, og at en slik regulering fremstår som forholdsmessig/proporsjonal ('fair balance') og følgelig ikke strider mot EMK TP1-1."
- (17) Med virkning fra 1. juli 2015 er tomtfesteloven § 15 andre ledd nr. 2 flyttet til lov 19. juni 2015 nr. 63 om endringer i tomtfesteloven II nr. 5. I det følgende viser jeg likevel til § 15 andre ledd nr. 2, som denne saken direkte gjelder.
- (18) AB har anket over rettsanvendelsen til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg tillot anken fremmet med den begrensning at det "foreløpig bare forhandles om spørsmålet om konvensjonsbrudd, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd". Andre vilkår for erstatning skulle ikke behandles.
- (19) Ankeforhandling i saken ble holdt 5. og 6. april 2016, men i rådslagning 7. april 2016 ble det besluttet at saken skal avgjøres av Høyesterett i forsterket rett, jf. domstoloven § 6 andre ledd andre punktum. Da justitarius Øie, som hadde deltatt under Høyesteretts behandling av saken mellom AB og C i 2006, kunne være inhabil, besluttet dommer Matningsdal, som eldste dommer, at saken skulle behandles av Høyesterett i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd.
- (20) Sammensetningen av storkammer er avgjort ved loddtrekning, jf. forretningsorden for Høyesterett i storkammer, fastsatt av Høyesterett 12. desember 2007 i medhold av domstoloven § 8. Justitarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder ble holdt utenfor trekningen på grunn av inhabilitet, jf. HR-2016-956-S, mens det for dommerne Stabel, Indreberg, Bergsjø og Kallerud forelå rimelig fritaksgrunn.
- (21) De ankende parter, A og B, har i korte trekk gjort gjeldende:

- (22) Det er ikke grunnlag for å avvise saken for så vidt gjelder ABs festekontrakt med C.
- (23) Erstatningssøksmålet bygger på at staten som *lovgiver* har krenket ABs eiendomsvern etter EMK P 1-1 ved å innføre kravet i § 15 andre ledd nr. 2 om at annen regulering av festeavgiften enn etter endringer i pengeverdien bare kan skje når det "tvillaust" er avtalt. Krenkelsen har materialisert seg for AB gjennom Høyesteretts dom av 4. desember 2006. Dommen var, som en følge av loven, heller ikke i samsvar med eiendomsvernet i EMK P 1-1. Det er imidlertid *lovens* innhold som er grunnlaget for søksmålet mot staten. De ankende parters pretensjoner om grunnlaget for erstatningskravet må legges til grunn for avvisningsvurderingen.
- (24) En avvisning vil videre være i strid med Høyesteretts habilitetsavgjørelse i Rt. 2015 side 250 avsnitt 24 (Grimstvedt), der det legges "betydelig vekt på at erstatningssaken er rettet mot staten som lovgiver, ikke mot Høyesterett eller dommerne her".
- (25) Rettsforholdet mellom AB og C er rettskraftig avgjort gjennom Høyesteretts dom 4. desember 2006. Det er derfor ingen tilgjengelige rettsmidler mot dommen. En avvisning av saken nå vil krenke ABs rett etter EMK artikkel 13 til å få kravet, som innebærer "an arguable claim" om konvensjonsbrudd, prøvd for en nasjonal myndighet. Det følger av menneskerettsloven § 3 at EMK går foran domstoloven § 200 ved eventuell motstrid.
- (26) Selve erstatningskravet bygger på at AB og C hadde en avtale om at det ved regulering av festeavgiften skulle tas hensyn til tomtens verdi. Innholdet i "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 fremgår av flertallets premisser i Høyesteretts dom av 4. desember 2006, særlig avsnittene 43, 44, 49, 50 og 60. "Tvillaust"-vilkåret, slik det der er fastlagt, jf. Rt. 2006 side 1547, innebærer ikke bare at prinsippet om alminnelig sannsynlighetsovervekt er fraveket, men også at avtalen ikke kan tolkes i tråd med vanlige tolkingsprinsipper med vekt på momenter som utfyller avtalen. Dette er et inngrep i ABs avtalerettslige posisjon, som er beskyttet etter EMK P 1-1. Inngrepet er ensidig i festerens favør, og lovgiver har ikke vurdert bortfesternes interesser i en avtalemessig oppregulering på grunnlag av tomteverdien. Konvensjonens krav til at partenes ulike interesser må avveies mot hverandre for å sikre en "fair balance", er ikke oppfylt. Inngrepet innebærer derfor en krenkelse av EMK P 1-1.
- (27) Inngrepet i eiendomsvernet utgjør forskjellen i den festeavgiften som AB ville kunne kreve på grunnlag av den avtalte tomteverdireguleringen, og den pengeverdiregulerte avgiften de nå er henvist til. Lovens "tak" med utgangspunkt i 9 000 kroner per dekar bestrides ikke. Det er den årlige differansen fra og med 1. januar 2002 som kreves erstattet. Erstatningskravet omfatter også omkostninger til juridisk bistand og andre utgifter i tvisten som endte med Høyesteretts dom 4. desember 2006.
- (28) De ankende parter har lagt ned slik påstand:
1. **Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilpliktes å betale A og B erstatning utmålt etter Høyesteretts skjønn, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra forfall og frem til betaling skjer.**
  2. **Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilpliktes å erstatte A og B sakens omkostninger for tingretten, lagmannsretten og for Høyesterett, med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra forfall og frem til betaling skjer."**

- (29) Ankemotparten, *staten v/Justis- og beredskapsdepartementet*, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (30) Søksmålet mot staten må avvises i medhold av domstoloven § 200 tredje ledd, som fastsetter at erstatningssøksmål ikke kan reises "i anledning av rettslige avgjørelser". I Høyesteretts dom 4. desember 2006 kom flertallet til at det i kontraktsforholdet mellom AB og C ikke "tvillaust" var avtalt at festeavgiften skulle reguleres med utgangspunkt i tomteverdien. En avgjørelse av erstatningssøksmålet i ABs favør må bygge på at denne avgjørelsen er uriktig fordi den strider mot EMK P 1-1. Konvensjonsbestemmelsen, som ble inkorporert i norsk rett i 1999, kunne vært påberopt av AB i 2006-saken. Domstoloven § 200 tredje ledd har til formål å unngå "omkamp" om endelige rettslige avgjørelser, også i de tilfeller der en anførsel ikke ble påberopt. Erstatningskravet for så vidt gjelder sakskostnadene påløpt under saken mot C, må avvises på samme grunnlag, jf. § 200 fjerde ledd sammenholdt med tvisteloven § 20-12 andre ledd.
- (31) EMK artikkel 13 pålegger statene å sikre at borgerne har en "effective remedy" for å få fastslått sine rettigheter etter konvensjonen. Denne retten er sikret ved at konvensjonsbestemmelsene kan håndheves ved de nasjonale domstoler. Den påståtte konvensjonskrenkelsen kunne ha vært anført i saken som ble behandlet av Høyesterett i 2006.
- (32) Når det gjelder sakens realitet, innebærer "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 ikke noe inngrep i ABs eiendomsvern etter EMK P 1-1. Festeavtalen med C gir etter en vanlig tolking og utfylling ikke rett til oppregulering på grunnlag av tomteverdi. Et eventuelt inngrep i ABs kontraktsposisjon er uansett proporsjonalt og innebærer derfor ikke et konvensjonsbrudd. Formålet bak "tvillaust"-vilkåret er å unngå tvister, ikke å omfordele verdier. Hensynet til bortfesteres etablerte avtaleposisjoner ivaretas ved at klare avtaler om avgiftsregulering på annet grunnlag enn i samsvar med endringer i pengeverdien, fortsatt skal gjelde. Inngrepet er langt mindre tyngende enn det EMD fant konvensjonsstridig i Lindheim-dommen. EMK P 1-1 er ikke til hinder for å operere med bevisbyrderegler på sivilrettens område.
- (33) Ankemotparten har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt:**
- Saken avvises.**
- Subsidiært:**
- Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet frifinnes.**
- I begge tilfeller:**
- Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet tilkjennes sakskostnader."**
- (34) *Jeg er kommet til at søksmålet må avvises for så vidt gjelder erstatningskravet knyttet til ABs festekontrakt med C.*
- (35) Det særegne ved det aktuelle festeforholdet er at det allerede foreligger en rettskraftig dom om oppregulering av festeavgiften. Spørsmålet er da om domstoloven § 200 tredje

ledd, som inneholder en absolutt søksmålshindring, kommer til anvendelse. Bestemmelsen lyder slik:

**"Erstatningssøksmål om en tjenestemanns eller det offentliges ansvar i anledning av rettslige avgjørelser kan ikke reises uten at**

- a) avgjørelsen er opphevet eller forandret,
- b) avgjørelsen er bortfalt med den virkning at rettidig anke mot den ikke kunne tas under behandling eller avgjøres, eller
- c) tjenestemannen ved dom er kjent skyldig i straffbart forhold ved avgjørelsen."

(36) Hovedregelen er altså at det ikke kan reises sak med krav om erstatning "i anledning av rettslige avgjørelser". Ingen av unntakene i bokstavene a–c er aktuelle i saken her.

(37) Bakgrunnen for bestemmelsen er omtalt i NOU 2001: 32 Rett på sak, side 500:

**"Tvistemålsutvalget peker særlig på at søksmålsbegrensningene skal hindre omgåelse av lovens regler om rettsmidler: Adgang til å reise erstatningssøksmål i tilfeller der den omtvistete avgjørelse ikke er opphevet eller endret, gir mulighet for 'omkamp' om spørsmål som etter lovens system forutsettes å være endelig løst, med de begrensninger som følger av adgangen til å begjære gjenopptakelse. Desto lenger man går i å tillate slike søksmål, desto mer vil man undergrave de grenser for rettsmiddelbruk som av ulike årsaker bør stilles opp. Slik sett har dagens regler også en side mot reglene om rettskraft.**

**Tvistemålsutvalget understreker også at det ved utformingen av reglene om rettsmidler er lagt stor vekt på at avgjørelser som av hensyn til partene eller av andre grunner bør kunne overprøves, også vil kunne overprøves. Å avgrense adgangen til etterfølgende erstatningssøksmål etter de linjer som følger av dagens regler, kan derfor vanskelig tenkes å komme i konflikt med tungtveiende rettsikkerhetshensyn. Tvistemålsutvalget er derfor blitt stående ved at dagens ordning for det vesentlige bør videreføres."**

(38) Formålet med søksmålsbegrensningen i § 200 tredje ledd er med andre ord å hindre omgåelser av prosesslovgivningens system. Hovedsynspunktet er at en rettslig avgjørelse skal angripes ved rettsmidler. Dersom avgjørelsen ikke angripes, eller ikke *kan* angripes, følger det av rettskraftreglene at den mellom partene blir bindende etter sitt innhold uavhengig av eventuelle feil. Den tapende part kan da ikke – som et ytterligere rettsmiddel – fremme krav mot det offentlige i anledning avgjørelsen.

(39) Domstolloven § 200 tredje ledd er en videreføring av tvistemålsloven § 436, og tidligere praksis knyttet til denne bestemmelsen er fortsatt relevant for tolkingen.

(40) Av dommen inntatt i Rt. 1974 side 935 følger det at bestemmelsens rekkevidde må fastlegges på bakgrunn av dens formål. Høyesterett uttaler følgende på side 938 om § 436:

**"Den må tolkes i lys av sitt formål – å hindre at den rettslige avgjørelse ad omveier søkes omprøvet. Dreier det seg om et erstatningskrav som – om det vinner medhold – ikke kommer i strid med selve den rettslige avgjørelse, som forutsettes riktig, vil søksmålet ikke innebære noen omprøving av dommen, og må da falle utenfor bestemmelsens rekkevidde."**

(41) Høyesterett sluttet seg til denne formålsbetraktningen i avvisningskjennelsen inntatt i Rt. 1979 side 1481 (side 1485), og uttalte samtidig at dagjeldende tvistemålslov gjennom reglene om anke, kjæremål og gjenopptakelse hadde "bygd inn i rettergangsordningen

tilstrekkelige sikkerhetstiltak mot materielt uriktige avgjørelser". I Rt. 1990 side 214 (side 220) er formålet med § 436 formulert som et ønske om "å forhindre at det skulle bli avsagt motstridende avgjørelser vedrørende erstatningsgrunnlaget i forskjellige saker".

- (42) Den omstendighet at § 200 tredje ledd er en form for "omgåelsesregel", gjør at avvisningsspørsmålet må vurderes ut fra *realiteten* i det omtvistede erstatningssøksmålet. Spørsmålet er om søksmålet reelt sett innebærer en "omkamp" om riktigheten av en tidligere rettslig avgjørelse.
- (43) En slik tilnærming er i tråd med det alminnelige utgangspunktet om at domstolene skal foreta en selvstendig prøving av om lovens vilkår for å reise søksmål foreligger. I kjennelsen inntatt i Rt. 2008 side 478, særlig avsnitt 43 og 44, ble dette utgangspunktet fastholdt også i et tilfelle hvor det var en nær sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og de materielle spørsmålene saken reiste. Høyesterett uttalte at en ren pretensjon om at søksmålsadgangen fulgte av EMK artikkel 6 nr. 1 og Grunnloven § 96, ikke kunne være avgjørende fordi det "ville åpnet for omgøelser og undergrave formålet med å sette forvaltningsklage som vilkår for søksmål". På tilsvarende måte legger Høyesterett i Rt. 2010 side 1500 avsnitt 64 til grunn at søksmålsfristen i skattebetalingsloven § 48 nr. 5 for prøving av ligningsvedtak, ikke kan "formuleres bort" ved å fremme kravet som et tilbakesøkningskrav. Det avgjørende var hvilken myndighetshandling som reelt sett ga grunnlag for tilbakesøkningskravet.
- (44) Jeg legger etter dette til grunn at domstolene skal foreta en selvstendig prøving av om domstoloven § 200 tredje ledd er til hinder for å reise erstatningssøksmål om det aktuelle kravet.
- (45) I denne sammenheng bemerker jeg at habilitetskjenningen inntatt i Rt. 2015 side 250 (Grimstvedt), som de ankende parter viser til, ikke gjelder domstoloven § 200 tredje ledd. Spørsmålet var om dommerne som hadde deltatt i behandlingen av en tilsvarende sak – Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) – var inhabile til å delta i Grimstvedtsaken. Det fremgår av avsnitt 24 at poenget med å vise til at det etterfølgende erstatningssøksmålet i Bøvresaken rettet seg mot "staten som lovgiver", var å få frem at det ikke var "noen mulighet for at dommerne personlig skal kunne bli holdt økonomisk ansvarlig". Etter mitt syn har avgjørelsen ingen overføringsverdi til avvisningsspørsmålet i saken her.
- (46) Med dette som bakteppe, går jeg over til bedømmelsen av om ABs erstatningssøksmål må avvises.
- (47) Erstatningssøksmålet hevdes å være rettet mot staten "som lovgiver". Det påstått ansvarsbetingende forhold er at "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 krenker eiendomsvernet i EMK P 1-1. Denne krenkelsen skal ha "materialisert seg" overfor AB gjennom Høyesteretts dom av 4. desember 2006, som også hevdes å være i strid med konvensjonen. Tapet som kreves erstattet løper fra 2002, og baserer seg på differansen mellom festeavgiften som Høyesterett fastsatte i 2006 og den oppregulering AB mener seg berettiget til.
- (48) Etter mitt syn vil erstatningssøksmålet mot staten – dersom det tillates fremmet – innebære en omkamp om Høyesteretts dom fra 2006. Realiteten i ABs krav er det samme nå som den gang, at festeavgiften skal reguleres i samsvar med utviklingen i tomteverdien. Så lenge erstatningssøksmålet bygger på at dommen fra 2006 er i strid med

eiendomsvernet i EMK P 1-1, påstås det samtidig at rettsanvendelsen i dommen er konvensjonsstridig. En avgjørelse av søksmålet i ABs favør vil derfor innebære at det avvises materielt motstridende avgjørelser om samme saksforhold. De ankende parter kan ikke "formulere bort" denne realiteten ved å redusere Høyesteretts dom til et ledd i årsaksrekken.

- (49) I saker som den foreliggende gir det liten mening å skille staten som lovgiver fra domstolen som rettsanvender. Sentralt i denne sammenheng er at lovgiver *både* har vedtatt det påstått ansvarsbetingende "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2, og inkorporert eiendomsvernet i EMK P 1-1 i norsk rett, jf. menneskerettsloven § 2. I henhold til menneskerettsloven § 3 skal de inkorporerte konvensjonsbestemmelsene ha forrang, og domstolene er da forpliktet til å la konvensjonens bestemmelser gå foran annen lovgivning ved eventuell motstrid. Innenfor rammen av partenes påstander og påstandsgrunnlag skal retten av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler, jf. tvisteloven § 11-3. Det er følgelig under domstolenes *rettsanvendelse* med Høyesterett som siste instans, at lovens innhold fastlegges, jf. eksempelvis HR-2016-304-S, avsnitt 25. I og med at loven bare skal gis anvendelse så langt den er konvensjonsmessig, har jeg vanskelig for å se hvordan lovgivningen i seg selv kan utgjøre et konvensjonsbrudd.
- (50) I kjennelsen inntatt i Rt. 2005 side 730 (Bjugn) ble et lignende forsøk på å rette erstatningssøksmålet mot staten som lovgiver avvist med følgende begrunnelse (avsnitt 23):
- "Søksmålet bygger på at oppreisningskravet i 1995 ble avgjort i strid med uskyldpresumsjonen i EMK art. 6 nr. 2. Det gis også uttrykk for at staten er ansvarlig for manglende eller sen implementering av EMK i norsk rett. Det er noe uklart hva man sikter til med dette. Ved straffeprosessloven § 4 var konvensjonen direkte inkorporert i norsk straffeprosess allerede før menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30, og ved eventuell motstrid var domstolene forpliktet til å la konvensjonens bestemmelser gå foran. I lys av dette, må denne formuleringen av søksmålsgrunnlaget forstås på samme måte, nemlig som en henvisning til at avgjørelsen av oppreisningskravet var uriktig som stridende mot uskyldpresumsjonen."**
- (51) Jeg tolker siste setning i sitatet slik at søksmålsgrunnlaget i *realiteten* ble ansett å rette seg mot den tidligere rettslige avgjørelsen til tross for anførsler om mangelfull implementering av EMK.
- (52) Da festeavgiftsaken mellom AB og C var til behandling i 2006, ble konvensjonsspørsmålet ikke vurdert. Dersom det *hadde* vært vurdert, slik forholdet var i Bjugnsaken, fremstår det som helt klart at erstatningssøksmålet mot staten nå ville måtte avvises. Jeg kan imidlertid ikke se at unnlatsen av å ta opp konvensjonsmessigheten av loven den gang fører til et annet resultat. Det avgjørende må være at forholdet mellom "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 og eiendomsvernet i EMK P 1-1 *kunne* ha vært vurdert, fortrinnsvis på bakgrunn av en anførsel fra AB.
- (53) Domstolloven § 200 tredje ledd gir ingen åpning for de "glemte" anførsler, heller ikke når anførselene gjelder menneskerettigheter. Også i slike situasjoner må partene være henvist til prosesslovgivningens bestemmelser om retten til å påberope nye anførsler gjennom de ulike instansene. Når en avgjørelse er endelig, er det reglene om rettskraftens rekkevidde og om gjenåpning som setter grensene for en ny behandling. Partene kan ikke reise nytt selvstendig søksmål om konvensjonsmessigheten av en domstolsbehandling selv om domstolen har unnlatt å ta stilling til det menneskerettslige spørsmålet, jf. Ot.prp. nr. 51



(2004–2005) side 154. De kan heller ikke kreve gjenåpning med mindre et konvensjonsorgan i *samme* saksforhold har fastslått at det foreligger en konvensjonskrenkelse, jf. tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav d. Etter mitt syn bryter ABs erstatningssøksmål mot staten med dette systemet i vår rettergangsordning, som også har til formål å skape ro rundt omtvistede rettsforhold.

- (54) Det er heller ikke noe i ABs anførsler for øvrig som underbygger at erstatningssøksmålet reelt sett gjelder "staten som lovgiver". Angrepet på tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 retter seg mot "tvillaust"-vilkåret slik Høyesteretts flertall tolket dette i 2006-dommen. Videre hevdes prinsippene for eiendomsvernet som de påberoper seg, å ha blitt fastlagt gjennom EMDs storkammerdom 19. juni 2006 *Hutten-Czapska mot Polen*. Det påståtte konvensjonsbruddet knyttes derved ikke opp mot rettstilstanden på det tidspunkt tomtefesteloven ble vedtatt i 1996 eller trådte i kraft i 2002, men snarere mot tidspunktet da Høyesterett avsa dom i saken 4. desember 2006. Dette til tross for at EMK er en dynamisk konvensjon – et "living instrument", jf. eksempelvis Rt. 2008 side 1601 avsnitt 73 og Rt. 2003 side 359 avsnittene 83 og 84.
- (55) Etter dette finner jeg at ABs erstatningssøksmål mot staten er reist i anledning av en rettslig avgjørelse i strid med domstoloven § 200 tredje ledd.
- (56) Jeg kan ikke se at domstoloven § 200 tredje ledd må tolkes innskrenkende under henvisning til EMK artikkel 13, som sikrer den enkeltes rett til "an effective remedy before a national authority" til prøving av konvensjonsrettighetene. I og med at AB kunne ha prøvd konvensjonsmessigheten av "tvillaust"-vilkåret i den tidligere reguleringsaken mot C, har de hatt tilgang til et effektivt rettsmiddel. En eventuell etterfølgende avgjørelse i EMD om konvensjonsbrudd hadde dessuten kunnet gi grunnlag for gjenåpning av en rettskraftig dom i deres disfavør, jf. tvisteloven § 31-4 bokstav b.
- (57) At AB selv ikke har uttømt disse rettsmidlene med sikte på konvensjonsbruddet som nå gjøres gjeldende, er ikke avgjørende. Også EMK bygger på at rettergangsreglene skal sikre prinsippene om rettssikkerhet ("legal certainty") og rettskraft ("res judicata"). Dette må samtidig innebære at en endelig rettslig avgjørelse ikke skal kunne angripes ad omveier. Som det fremgår av EMDs dommer 21. februar 1986 *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 85 og 19. oktober 2005 *Roche mot Storbritannia* avsnitt 137, gir artikkel 13 ikke rett til "a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms". Et erstatningssøksmål mot staten på det grunnlag at en lovbestemmelse er i strid med en inkorporert konvensjonsforpliktelse må bedømmes på samme måte.
- (58) I tillegg til tapte årlige festeinntekter fra og med 2002 omfatter ABs erstatningskrav også påløpte sakskostnader i forbindelse med festeavgiftssaken mot C. Det følger av domstoloven § 200 fjerde ledd at søksmålshindringen gjelder på tilsvarende måte for sakskostnadene, jf. henvisningen til tvisteloven § 20-12, jf. dens andre ledd.
- (59) Min konklusjon er etter dette at erstatningssøksmålet må avvises fra domstolene for så vidt gjelder kontraktsforholdet mellom AB og C. I samsvar med tvisteloven § 19-3 tredje ledd skal det voteres særskilt over avvisningsspørsmålet. Etter rådslagningen vet jeg at det er flertall for avvisning. Jeg går derfor ikke inn på forholdet mellom "tvillaust"-vilkåret i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 og EMK P 1-1.

- (60) Når saken nå avvises fra domstolene, må konsekvensen også bli at tingrettens og lagmannsrettens dommer oppheves.
- (61) Staten har vunnet frem med sin prinsipale påstand, og skal som utgangspunkt få sine sakskostnader for Høyesterett erstattet, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. I og med at avvisningsspørsmålet først har fått sin prinsipielle avklaring etter Høyesteretts behandling av hele sakskomplekset, finner jeg at tungtveiende grunner gjør det rimelig å fritta de ankende parter for å erstatte statens sakskostnader for Høyesterett så vel som for de tidligere instanser.
- (62) Jeg stemmer for denne

## K J E N N E L S E:

1. Tingrettens og lagmannsrettens dommer oppheves, og saken avvises fra domstolene for så vidt gjelder A og Bs krav om erstatning i tilknytning til festeforholdet med C.
  2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (63) Dommer **Falch**: Jeg har kommet til at søksmålet skal fremmes til behandling.
- (64) *Avvisningsspørsmålet*
- (65) AB har bygget sitt erstatningskrav på at lovgiver krenket EMK P 1-1 da tvillaust-vilkåret ble innført i tomtfesteloven § 15 fra 2002. Krenkelsen, hevdes det, har påført dem tap ved at vilkåret forhindret dem fra, i 15 identifiserte festeavtaler, å oppregulere festeavgiftene ut over endringen i pengeverdien. Bare den del av erstatningskravet som knytter seg til én av dem, festeavtalen med C, behandles nå.
- (66) AB pretenderer med andre ord at staten er erstatningsansvarlig for en *lovgiverfeil*. Et slikt ansvar faller utenfor anvendelsesområdet til domstolloven § 200 tredje ledd, som bare omfatter "[e]rstatningssøksmål om ... ansvar i anledning rettslige avgjørelser". Bestemmelsen rammer klart nok tilfeller hvor ansvarsgrunnlaget er en påstått uriktig rettsavgjørelse, men den rammer ikke tilfeller der ansvarsgrunnlaget er en påstått lovgiverfeil.
- (67) Ansvar for lovgiverfeil og ansvar for dommerfeil er ulike ansvarsgrunnlag. Storkammeravgjørelsen i Rt. 2015 side 250 viser at konsekvensene er andre når saksøkeren påstår lovgiverfeil enn når han påstår dommerfeil. Spørsmålet i den saken var om tre dommere var inhabile i en sak hvor det skulle tas stilling til om en tidligere høyesterettsdom skulle fravikes, fordi den tapende parten i den dommen hadde anlagt erstatningssøksmål mot staten. I avsnitt 24 heter det:

**"Ved vurderingen legger jeg betydelig vekt på at erstatningssaken er rettet mot staten som lovgiver, ikke mot Høyesterett eller dommerne her. Det er ikke noen mulighet for at dommerne personlig skal kunne bli holdt økonomisk ansvarlig."**

- (68) De primæransvarlige er altså andre når ansvaret bygger på lovgiverfeil enn når det bygger på dommerfeil. Hvem de primæransvarlige er – eventuelt påstås å være – har betydning i ulike sammenhenger, også ved vurderinger av inhabilitet. I tillegg vil bedømmelsen av om vilkårene for erstatning er oppfylt, bli forskjellig avhengig av hvilke handlinger som angripes. Å bedømme en lovgivningsprosess vil være noe annet enn å bedømme dommerhandlinger som utføres på et senere tidspunkt. Det er derfor nødvendig å holde fast ved at dette dreier seg om erstatningsansvar for staten på to ulike grunnlag, og at domstoloven § 200 bare rammer det ene.
- (69) Staten har gjort gjeldende at ABs påståtte ansvarsgrunnlag *i realiteten* er at høyesterettsdommen fra 2006 i saken mot C, er uriktig. Synspunktet er at dersom Høyesterett nå skulle komme til at AB er utsatt for et brudd på EMK P 1-1, skulle Høyesterett i 2006 ha gitt dem medhold i den oppregulering av festeavgiften som de krevde, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Erstatningssaken mot staten er derfor, hevdes det, reelt sett en omkamp om riktigheten av dommen fra 2006.
- (70) Dette er jeg ikke enig i.
- (71) La meg først si at jeg er enig med staten i at dersom ABs pretenderte ansvarsgrunnlag i realiteten er at høyesterettsdommen fra 2006 er uriktig, rammes søksmålet av domstoloven § 200 tredje ledd. Jeg er enig med førstvoterende i at en prosessforutsetning "ikke [kan] formuleres bort", som det heter i Rt. 2010 side 1500 avsnitt 64. Men et annet utgangspunkt som også får anvendelse, er at det står saksøkerne fritt å velge hvilken myndighetshandling de vil angripe. Det må derfor gjøres en realitetsbedømmelse av hvilken myndighetshandling AB angriper som grunnlag for sitt påståtte erstatningskrav. Dersom AB *reelt sett har valgt å angripe en lovgiverhandling*, må dette valget respekteres. Søksmålet kan da ikke avvises etter domstoloven § 200 tredje ledd.
- (72) Ved denne bedømmelsen tar jeg utgangspunkt i at AB, som nevnt, har krevd erstatning for tap i 15 festeforhold. For så vidt gjelder tapene i de 14 festeforholdene hvor erstatningssaken er stanset i påvente av avgjørelsen her, foreligger ingen dommer mot festerne. Det reelle ansvarsgrunnlaget som AB har anført i disse 14 tilfellene, er derfor utvilsomt at lovgiver har begått en feil. Staten er da også enig i at tapene som knytter seg til disse 14 festeforholdene, ikke rammes av domstoloven § 200 tredje ledd.
- (73) AB har etter min mening anført nøyaktig det samme som grunnlag for å få erstattet sitt tap i det siste festeforholdet, hvor C er fester. Alle de 15 festeforholdene er likeartete, og tapene påstås å ha oppstått på nøyaktig samme måte: Innføringen av tvillaust-vilkåret i tomtfesteloven § 15 hindret AB fra å oppregulere festeavgiftene ut over endringen i pengeverdien. Dette er etter min mening kjernen – og realiteten – i ABs anførsel, også for at det tapet som knytter seg til festeforholdet med C, skal erstattes.
- (74) Høyesterettsdommen fra 2006 avskar AB fra, i forholdet til C, å oppregulere festeavgiften. Det AB anfører, er at dommen sannsynliggjør at lovens tvillaust-krav rent faktisk påførte dem lavere festeinntekter; tapet "materialiserte" seg da. Etter min mening viser dette at de i erstatningssaken *ikke* angriper dommen. Her gjøres det tvert om gjeldende at dommen, med sitt resultat, skal *legges til grunn* som bevis for at det foreligger årsakssammenheng mellom lovgiverfeilen og tapet.

- (75) Jeg er likevel enig med staten i at dersom AB skulle vinne frem med at lovgiver har begått feil, vil det som en avledet konsekvens oppstå spørsmål om høyesterettsdommen fra 2006 er riktig. At *konsekvensen* av ABs anførsler kan være at dommen er uriktig, er imidlertid noe annet enn at de *påberoper* seg det.
- (76) Mitt syn er derfor at domstoloven § 200 ikke fratrar AB deres grunnleggende rett til selv å velge hvilken myndighetshandling de vil angripe. Dersom AB reelt sett hadde valgt å påberope som sitt grunnlag for erstatning at dommen er uriktig, måtte saken vært avvist, se blant annet Rt. 2005 side 730 (Bjugn), hvor angrepet ble rettet mot en tidligere dom. Men domstoloven § 200 tredje ledd vil bli strukket ut over sine grenser dersom den benyttes til også å avskjære borgerne fra å angripe en lovgiverhandling *fordi* angrepet kan ha som konsekvens at en dom er uriktig. Det bestemmelsen fratrar borgerne, er retten til å bygge erstatningsansvar på at en dom er uriktig. Den fratrar dem ikke retten til å bygge ansvar på andre myndighetshandlinger.
- (77) AB har også, som en av tapspostene, krevd erstattet sakskostnadene de pådro seg i 2006-saken. Domstoloven § 200 fjerde ledd fastslår at tvisteloven § 20-12 gjelder for krav om at staten erstatter sakskostnader "på grunn av feil ved rettens behandling". I tråd med det jeg har sagt, påstår ikke AB at domstolen gjorde noen feil i 2006. For dem dreier dette seg om kostnader de pådro seg i et forsøk på å *begrense* det tapet som de mener at lovens tvillaust-krav påførte dem, og som de ellers ville vært spart for. For slike tap kommer § 200 fjerde ledd ikke til anvendelse.
- (78) Jeg har etter dette kommet til at søksmålet må fremmes til behandling. Saken skal ikke avvises etter domstoloven § 200 fordi AB reelt sett påberoper seg et annet ansvarsgrunnlag enn at høyesterettsdommen fra 2006 er uriktig. Denne konklusjonen støttes etter min mening av sterke reelle hensyn. Adgangen til å anlegge erstatningssøksmål mot rettsstridig lovgivning bør ikke avskjæres den som først prøver å avverge skadevirkningene gjennom søksmål mot andre. Jeg anser det snarere som naturlig – ofte også ønskelig – at bortfesterne uttømmer sine muligheter mot festerne før de eventuelt saksøker staten som lovgiver.
- (79) *Spørsmålet om konvensjonsbrudd – innledning*
- (80) Selv om jeg etter rådslagningen er kjent med at det er flertall for å avvise saken fra domstolene, finner jeg for min del grunn til å uttale meg om det realitetsspørsmålet som Høyesteretts ankeutvalg har henvist til behandling nå. Begge parter har under forhandlingene gitt uttrykk for at de ønsker det. Spørsmålet er om AB, ved innføringen av tvillaust-vilkåret i tomtfesteloven § 15 med virkning fra 2002, har blitt utsatt for en krenkelse av EMK P 1-1.
- (81) Det sentrale innholdet av tomtfesteloven § 15 annet ledd nr. 2, slik den gjaldt fra 2002 med de endringer som kom i 2004, er fremstilt i Rt. 2006 side 1547 fra avsnitt 34. I korthet var hovedregelen for regulering av festeavgift ved feste av tomt til bolig og fritidshus, at begge parter hvert tiende år kunne kreve avgiften regulert i samsvar med endringen av pengeverdien, det vil si i samsvar med endringen i Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks. For avtaler inngått før 1. januar 2002 kunne bortfesteren ved første regulering kreve festeavgiften "regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt". Dersom avtalen var inngått 26. mai 1983 eller tidligere, er oppreguleringen begrenset til

9 000 kroner per dekar, en begrensning som justeres løpende etter endringer i pengeverdien.

- (82) I dommen la Høyesterett til grunn at AB – under festeavtalen med C som ble inngått i 1965 og gitt virkning fra 1962 – ikke hadde krav på oppregulering ut over endringen i pengeverdien, verken ved reguleringen i 2002 eller senere, fordi det ikke "tvillaust" var avtalt en annen regulering. I avsnitt 44 ble det lagt til grunn at "[d]e beviskrav som loven stiller til en avvikende avtale, er ... strenge", og at disse ikke bare gjelder "for *at* det er inngått en avvikende avtale, men også til *hva* denne i tilfelle går ut på". Det heter videre at beviskravet "sjelden [vil] være oppfylt uten at det finnes holdepunkter for det i skriftlige partsdisposisjoner". For å fravike lovens normalordning måtte det derfor "på grunnlag av de partsyringer som har funnet sted, ikke finnes rimelig tvil om at partene har valgt en annen løsning, eller om hva denne går ut på". ABs avtale med C – hvor det fremgikk at festeavgiften hvert tiende år "fastsettes ... ved skjønn" – oppfylte ikke disse beviskravene.
- (83) Frem til tomtefesteloven trådte i kraft i 2002, gjaldt tomtefesteloven fra 1975. Den bestemte i § 14 at hver part kunne kreve festeavgiften regulert hvert tiende år hvis lengre intervaller ikke var avtalt. Den nye festeavgiften skulle "fastsetjast i samsvar med tomteverdet på reguleringstida", med mindre det var avtalt regulering på grunnlag av en offisiell indeks. Begrunnelsen var at "ein må rekne med at det var tomteverdien partane tenkte på då dei gjorde avtala", og at da "er det naturleg at ein seinare revisjon bør byggje på same grunnlag", se NUT 1971: 3, Rådsegn 9 side 40. Bestemmelsen gjaldt imidlertid ikke for avtaler som var inngått før lovens ikrafttreden. Den fikk derfor ikke anvendelse på ABs festeavtale med C. Frem til 2002 bygget deres rett til regulering av festeavgiften på hva de hadde avtalt.
- (84) Det har imidlertid eksistert prisreguleringer med varierende innhold tilbake fra 1940-tallet. I prisforskriftene fra 1947, som gjaldt da ABs festeavtale med C ble inngått i 1965, fremgikk at festeavgiften skulle settes til "et rimelig beløp, avpasset etter det alminnelige rentenivå og eiendommens lovlige salgsverdi". I 1965 var festeavgiften regulert til 4 prosent av tomtens rimelige markedsverdi. Procentsatsen økte til 5 prosent i 1969 og 6 prosent i 1975. Videre fremgikk det av 1947-forskriftene at partene kunne avtale *regulering* av festeavgiften "under hensyn til endringer i rentenivået eller endringer i eiendommens verdi som ikke skyldes brukeren". I perioden 1966 til 1969 måtte oppreguleringen baseres på endringer i engrosprisindeksen. Prisreguleringen ble opphevet 26. mai 1983, men gjeninnført 16. desember samme år, og da slik at det ut fra en multiplikatorstabell ble beregnet høyeste lovlige festeavgift. Tabellen ble justert årlig og gjaldt frem til tomtefesteloven trådte i kraft i 2002.
- (85) Jeg oppsummerer derfor at *før* 2002 bygget ABs rett til oppregulering av festeavgiften på en alminnelig fortolking av partenes avtale, men begrenset oppad til hva prisreguleringene til enhver tid tillot. *Fra* 2002 er ABs rett til oppregulering helt frem til avtalens utløp ved utgangen av 2060 blitt begrenset til endringer i konsumprisindeksen.
- (86) EMK P 1-1 har denne ordlyden:

**"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."**

- (87) Partene har lagt til grunn at det er kontrollregelen i bestemmelsens annet ledd som kommer til anvendelse, og at det inngrepet som måtte være gjort i ABs eiendomsinteresse, er i samsvar med lov og allmenne interesser. Det er jeg enig i. Jeg nøyer meg med å vise til avsnitt 55 i storkammerdommen Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt), der spørsmålet var om andre deler av tomtefesteloven § 15 stred mot EMK P 1-1.
- (88) Det er to spørsmål partene er uenige om. Det første spørsmålet er om AB har blitt utsatt for et inngrep i sin eiendomsinteresse. Det andre spørsmålet, som oppstår hvis det første besvares bekreftende, er om inngrepet er forholdsmessig.
- (89) *Inngrepsspørsmålet*
- (90) Partene er enige om at tvillaust-vilkåret i tomtefesteloven § 15 grep inn i ABs eiendomsinteresse dersom vilkåret begrenset deres rett etter festeavtalen til å oppregulere festeavgiften. Det staten anfører, er at festeavtalen ikke gir dem rett til høyere oppregulering enn etter endringer i pengeverdien. Loven har derfor ikke gjort inngrep i deres eiendomsinteresse.
- (91) Tenkes tvillaust-vilkåret borte, måtte festeavtalens innhold vært fastlagt etter alminnelig, norsk avtaletolkingslære. Ved tvil skal domstolene da bygge på det som mest sannsynlig er avtalt. Utgangspunkt skal tas i avtalens ordlyd som gir partene rett til å kreve festeavgiften regulert hvert tiende år, og dersom de ikke blir enige, "fastsettes avgiften ved skjønn". Noen klar anvisning gir klausulen ikke, men den indikerer en annen regulering enn bruk av en indeks – herunder konsumprisindeksen – som ville ha anvist en ren regneøvelse. Fordi Statistisk sentralbyrås konsumprisindeks – levekostnadsindeksen før 1960 – var veletablert da festeavtalen ble inngått, mener jeg at det kan fastslås at bruk av den *ikke* var avtalt.
- (92) I den grad løsningen ikke fremgår av avtalens ordlyd eller en felles partsforståelse, må klausulen etter alminnelig avtaletolkingslære utfylles. Dette må blant annet skje ut fra bakgrunnsretten, kontraktspraksis, sedvaner, partenes forutsetninger, deres opptreden i avtaleforholdet og konkret rimelighet. I norsk kontraktstradisjon har det vært nokså vanlig – særlig i avtaler mellom ikke-profesjonelle parter – ikke å innta klausuler som samsvarer med bakgrunnsretten. Slike klausuler har gjerne blitt ansett unødvendige fordi bakgrunnsretten uansett blir lagt til grunn ved tolkingen og utfyllingen av avtalen.
- (93) Som jeg allerede har vært inne på, bygget de generelle prisreguleringene som gjaldt den gang avtalen ble inngått, på at partene kunne avtale regulering av festeavgiften ut fra endringer i rentenivå og tomteverdi. Dette ble normalordningen i tomtefesteloven fra 1975 § 14. Det er derfor nærliggende å anta at partene, da de inngikk avtalen, så for seg regulering etter disse prinsippene. Slik regulering ville kreve utøvelse av et skjønn.
- (94) Også fremlagte underrettsdommer og opplysninger om lokal avtalepraksis trekker i retning av at slike klausuler som AB hadde avtalt, måtte forstås som en henvisning til utviklingen i tomteverdi og rentenivå. Jeg nevner også at partenes praksis ved de reguleringene som fant sted før 2002, trekker i samme retning. I 1973 tok partene

utgangspunkt i en modifisert tomteverdi, mens reguleringen i 1982 baserte seg på tomteverdien. Reguleringen i 1992 var annerledes og skjedde blant annet "i henhold til gjeldende prisforskrifter".

- (95) Jeg finner også støtte i høyesterettsdommen fra 2006 for at resultatet hadde blitt et annet og gunstigere for AB hvis tvillaust-vilkåret ikke hadde blitt anvendt. Førstvoterende fremholder i avsnittene 49 og 60 at dersom avtalen skulle tolkes og utfylles på grunnlag av alminnelig avtaletolkingslære, ville det vært relevant å bygge på slike tolkingsfaktorer som jeg har nevnt. Dette ga tvillaust-vilkåret imidlertid ikke rom for, slik saken lå an. Dertil kommer at lagmannsretten og et mindretall på to dommere i Høyesterett – etter også å ha hørt Cs bevisførsel og argumentasjon – fant at det "tvillaust" var avtalt regulering på grunnlag av en vurdering av tomteverdi og rente. At disse fant at den høyere bevisterskel var oppfylt, indikerer at en slik regulering *mest sannsynlig* var avtalt.
- (96) Jeg er etter dette kommet til at dersom tvillaust-vilkåret i tomtefesteloven § 15 ikke hadde fått anvendelse, ville AB hatt krav på en større oppregulering av den festeavgiften C skulle ha betalt fra 2002, enn etter endringen i konsumprisindeksen. Mest sannsynlig ville de etter min mening hatt krav på en festeavgift opp til tomtefestelovens begrensning på 9 000 kroner per dekar som AB ikke har bestridt at kunne anvendes.
- (97) Jeg konkluderer derfor med at vilkåret i EMK P 1-1 om at det må ha skjedd et inngrep i ABs eiendomsinteresse i tomten, er oppfylt. Inngrepet består i at tvillaust-vilkåret i tomtefesteloven § 15 begrenset deres rett til å oppregulere den festeavgiften C skulle betale fra 2002.
- (98) *Forholdsmessighetsvurderingen*
- (99) Når det etter kontrollregelen i EMK P 1-1 annet ledd, med hjemmel i lov og i allmennhetens interesse, er foretatt et inngrep i en eiendomsinteresse, vil inngrepets lovlighet bero på en nærmere forholdsmessighetsbedømmelse. Kriteriene for denne bedømmelsen er over tid utviklet av EMD. Høyesterett har i to storkammerdommer, Rt. 2015 side 421 (Grimstvedt) og HR-2016-304-S (Guldberg) bygget på og anvendt dem. Begge høyesterettsdommene og en av EMDs dommer – Lindheim-dommen – gjelder ulike sider av den norske tomtefestereformen fra 2002, og de gir derfor særlig god veiledning i saken.
- (100) Foranlediget av at førstvoterende har fremhevet at konvensjonen er et "living instrument", nevner jeg at ved fastleggingen av innholdet i EMK P 1-1, er rettspraksis som er kommet til etter at tomtefestereformen trådte i kraft relevant. Også i Lindheim-dommen lå faktum tilbake i tid – saken var som nevnt knyttet til den samme lovreformen fra 2002. Dette hindret ikke EMD fra å bygge avgjørelsen på rettspraksis som var kommet til senere.
- (101) Innholdet i forholdsmessighetsbedømmelsen er generelt uttrykt i EMDs storkammerdom 19. juni 2006 i saken *Hutten-Czapska mot Polen* avsnitt 167 og 168, som også er sitert i Lindheim-dommen avsnitt 119. Jeg siterer avsnitt 167:

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

of a 'fair balance' that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights.

The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole. In each case involving an alleged violation of that Article the Court must therefore ascertain whether by reason of the State's interference the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden (see ...)."

- (102) For at inngrepet skal stå seg, må det altså foreligge en rimelig balanse – "fair balance" – mellom de allmenne interesser som søkes ivaretatt, og individets behov for beskyttelse av sin eiendomsinteresse. Individet skal ikke bære en uforholdsmessig og overdreven byrde – "a disproportionate and excessive burden". I avsnitt 168 i Hutten-Czapska-dommen er det også fremhevet at konvensjonsrettighetene skal være praktiske og virksomme – "practical and effective" – og at inngrepet ikke må være vilkårlig eller uforutsigbart – "neither arbitrary nor unforeseeable" – for det individet som rammes.
- (103) I Lindheim-dommen anvendte som nevnt EMD disse kriteriene på vårt rettsområde. Dommen fastslo at bortfesteres plikt til å tåle at fester forlenget festeavtalen på samme vilkår på ubestemt tid, jf. tomtfesteloven § 33, var i strid med EMK P 1-1. EMD la for det *første* vekt på at lovgiver ikke hadde foretatt noen særskilt bedømmelse av om inngrepet ga en rimelig balanse mellom partenes interesser (avsnitt 128). For det *andre* var festeavgiften lav og hadde ikke sammenheng med tomtens markedsverdi (avsnitt 129). For det *tredje* hadde lovbestemmelsen et videre anvendelsesområde enn formålet tilsa, uten rom for individuelle vurderinger (avsnitt 130). For det *fjerde* skjedde forlengelsen på samme vilkår på ubestemt tid, uten mulighet for annen oppregulering av festeavgiften enn den endringer i pengeverdien gir (avsnitt 131). I sum førte dette til at de sosiale og finansielle byrdene ikke var rimelig fordelt. Byrden var plassert utelukkende på bortfester (avsnitt 134).
- (104) Grimstvedt-dommen, Rt. 2015 side 421, anvender disse momentene i sin drøftelse av om EMK P 1-1 var krenket i et tilfelle hvor tomtfesteloven § 15 annet ledd nr. 2 hindret oppregulering av festeavgiften til taket på 9 000 kroner per dekar – "engangsløftet" – fordi det etter 2002 allerede hadde funnet sted en avtalt oppregulering etter endring i pengeverdien. Høyesterett konstaterte at de økonomiske virkningene for bortfester var sammenlignbare med dem i Lindheim-dommen (avsnitt 67). Etter å ha gjennomgått lovgivers avveininger i forarbeidene, ble det konkludert slik i avsnittene 79 og 80:

"Som gjennomgangen av forarbeidene har vist, var det ulike syn og flere hensyn som gjorde seg gjeldende. Disse hensyn er løftet frem og avveid av lovgiveren. Dette skiller seg markant fra det EMD la til grunn knyttet til forlengelsesregelen i tomtfesteloven § 33, og jeg kan ikke se annet enn at dersom en bortfester som har kontrakt med tomteverdiklausul, får anledning til å foreta et 'engangsløft' av festeavgiftene etter § 15 andre ledd nr. 2, oppstår det ingen motstrid med EMK P 1-1.

Tolkes derimot tomtfesteloven § 15 andre ledd nr. 2 slik at bortfester, til tross for avtalefestet rett til tomteverdiregulering, ikke får anledning til annet enn justering etter konsumprisindeksen, blir forholdet til EMK P 1-1 problematisk. Situasjonen blir da på viktige punkter nokså lik det som var utslagsgivende i Lindheimsaken. Jeg viser særlig til at lovgiverens interesseavveining var knyttet til at bortfester med avtalefestet rett til regulering etter tomteverdi skulle få foreta et engangsløft. Tolkes bestemmelsen slik at denne muligheten faller bort, mangler den balansering av interessene som EMD legger så stor vekt på."



- (105) Det kan uten videre slås fast at flere av de momentene EMD la vekt på i Lindheimdommen, og som Høyesterett fremhevet i Grimstvedtdommen, gjør seg gjeldende på tilsvarende måte i vår sak. Også her er festeavgiften lav og uten sammenheng med tomtens markedsverdi. Tomten var i 2001 taksert til en verdi på 600 000 kroner, noe som innebærer at festeavgiften i 2002 utgjorde 0,34 prosent av tomteverdien. I tillegg ga ikke tomtefesteloven AB rett til noen realverdioppregulering i tiden frem til festeavtalens utløp ved utgangen av 2060 – og, etter den loven som gjaldt i 2002, heller ikke senere. De økonomiske byrdene er derfor plassert på bortfesteren alene i svært lang tid, slik tilfellet også var i Lindheim- og Grimstvedt-dommene. På samme måte som Grimstvedt i utgangspunktet var, ble AB avskåret fra å gjennomføre et "engangsløft" i 2002. Forskjellen mellom de to tilfellene ligger i begrunnelsen; førstegangsregulering-vilkåret for Grimstvedts del, tvillaust-vilkåret for ABs del.
- (106) Det blir på denne bakgrunn nødvendig å se nærmere på lovgivers overveielser og begrunnelse for å innta tvillaust-vilkåret i tomtefesteloven § 15.
- (107) Sivillovbokutvalget foreslo i NOU 1993: 29 at hver part kunne kreve regulering av festeavgiften i samsvar med endringen i pengeverdien hvis partene "ikkje med reine ord har avtalt at festeavgifta skal stå uendra, eller har avtalt regulering på annan måte". I begrunnelsen fremheves på side 65 til 66 at "siktemålet [er] å unngå rettstvistar i dei mange tilfelle der avtala ikkje seier noko, men der partane har ulikt syn på kva som var føresetnaden på avtaletida". Det var uklart om vilkåret "med reine ord" skulle begrenses til avtaler om ikke-regulering av festeavgiften, eller om ethvert avvik fra normalordningen måtte være avtalt "med reine ord" for at avviket skulle legges til grunn, se Rt. 2012 side 1393 avsnittene 35 følgende.
- (108) I departementets lovutkast ble det i § 15 gjort den endring at hver part kan kreve regulering i samsvar med endring i pengeverdien dersom de "ikkje ... tvillaust har avtalt at festeavgifta skal stå uendra", se Ot.prp. nr. 28 (1995–1996). Det innebar et generelt forbud mot å kreve tomteverdiregulering, også når avtalen var inngått under tomtefesteloven fra 1975 hvor slik regulering var normalordningen. Begrunnelsen var at noe annet "vil kunne slå urimeleg ut for festaren", se proposisjonen side 24. Noen nærmere avveining av hensynet til bortfesteren ble ikke foretatt, ut over en henvisning til at retten til å regulere festeavgiften har vært begrenset "på ulike måtar" helt fra 1940. Advokatforeningen hadde i høringen fremhevet at "forholdet mellom partenes økonomiske interesser i kontrakten [ville] forrykkes vesentlig" dersom Sivillovbokutvalgets forslag om å fravike den frie bevisbedømmelsen, skulle vedtas, se proposisjonen side 56. Dette kommenterte departementet ikke. Departementet var imidlertid enig med Sivillovbokutvalget i at det var "eit viktig mål å utforme føresegnene slik at ein unngår rettstvistar".
- (109) Forslaget ble endret under Stortingets behandling av lovsaken. Flertallet i justiskomiteen foreslo en lovtekst som var lik Sivillovbokutvalgets forslag, med unntak av at "med reine ord" ble byttet ut med "tvillaust". Dette forslaget ble vedtatt. Noen nærmere begrunnelse for regelen ble imidlertid ikke gitt, ut over å referere til avtalefriheten fremover i tid og å henvise til at eldre avtaler kan revideres etter avtaleloven § 36, se Innst. O. nr. 85 (1995–1996) side 9.
- (110) I 2000 ble loven endret ved at 9 000 kroner-taket i § 15 ble vedtatt. Formålet var å dempe konsekvensene av den adgangen til oppregulering ut over endringen i pengeverdien som

fulgte av loven slik den var blitt vedtatt i 1996. I forhold til 9 000 kroners-taket ble hensynet til festeren og bortfesteren avveid, se Ot.prp. nr. 29 (1999–2000) side 8. Tvillaust-vilkåret som vår sak gjelder, ble derimot ikke tatt opp til vurdering.

- (111) I denne sammenhengen nevner jeg også at det såkalte "engangsløftet" som ble tilføyd loven i 2004, innebar et forbud mot regulering i samsvar med tomteverdiendringer eller lignende mer enn én gang etter 2002. I proposisjonen opplyses at tomteverdireformen som trådte i kraft i 2002, var vanskelig å forstå og hadde gitt grobunn for et høyt konfliktnivå, se Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 10 og 22. Det ble fremhevet at de nye reglene dels ville balansere partenes interesser ved at eldre avtaler respekteres "i noen grad", og dels virke konfliktdempende ved at man ganske raskt kommer over på et enhetlig system med regulering etter endringer i pengeverdien. Noen drøftelse av tvillaust-vilkåret ble ikke foretatt nå heller. Det ble for eksempel ikke drøftet om det var rimelig å utestenge de bortfesterne som rammes av dette vilkåret fra å ta del i "engangsløftet", og heller ikke om vilkåret fremdeles – i lys av de opplysninger som forelå – ble ansett egnet og nødvendig som et konfliktdempende tiltak.
- (112) Det som etter min mening kan trekkes ut av lovgivers overveielser, er at tvillaust-vilkåret først og fremst er begrunnet i hensynet til å unngå rettsvister i de mange avtaleforhold som hadde uklare reguleringsklausuler, slik Sivillovbokutvalget fremhevet i 1993. En nærmere drøftelse av den tvistedempende effekten ble imidlertid ikke foretatt, heller ikke etter at departementet kort tid etter reformens ikrafttreden i 2002 fikk opplysninger om det høye konfliktnivået. Det måtte for eksempel kunne påregnes at flyttingen av bevisterskelen til et høyere nivå, slik tvillaust-vilkåret gjorde, kunne skape nye tvister knyttet til den nye terskelen. Viktigere er imidlertid at den samfunnsinteressen som tvillaust-vilkåret skulle tilgodese, ikke ble avveid mot hensynet til de bortfesterne som etter ordinær avtaletolkning ville hatt krav på oppregulering etter tomteverdi, men som nå blir fratatt denne retten. Det må på denne bakgrunn konkluderes med at lovgiver ikke har foretatt "any specific assessment" – som var EMDs formulering i Lindheim-dommen avsnitt 128 – av hvordan tvillaust-vilkåret balanserer de motstridende hensyn og interesser på en rimelig – "fair" – måte.
- (113) Dette innebærer at den vide skjønnsmarginen staten har, får begrenset betydning, se HR-2016-304-S (Guldborg) avsnitt 51 med henvisninger.
- (114) Staten har anført at det i forholdsmessighetsvurderingen har betydning at tvillaust-vilkåret åpner for individuelle vurderinger av om bortfesterens avtalte rett til oppregulering består eller ikke. I ABs tilfelle ble det gjort i Rt. 2006 side 1547. Den individuelle vurderingen som EMD etterlyste i Lindheim-dommen avsnitt 130, er riktignok av en annen karakter. Der påpekte EMD at festerens rett til forlengelse av festeavtalen på samme vilkår, jf. tomtefesteloven § 33, var generell, "irrespective of the financial means of the lessee concerned". Lovregelen kunne derfor favne videre enn dens boligsosiale formål skulle tilsi. I vårt tilfelle er, som jeg har vært inne på, lovformålet et annet – å redusere antallet rettsvister. En lovregel som setter til side avtaler med usikkert innhold – de som ikke er "tvillause" – kan bidra til å oppfylle dette lovformålet fordi partene som regel tvistes mer om uklare enn om klare avtaler. Men samtidig vil et slikt lovvilkår kunne få den bivirkning at også de sikrere og tvillause avtalene kommer i spill, fordi det kan oppstå uenighet om avtalene er tvillause nok. Etter min mening må det likevel konkluderes med at tvillaust-vilkåret er tettere knyttet til lovformålet enn hva den generelle plikten til å tåle forlengelse på samme vilkår som ble bedømt i Lindheim-dommen, var.

- (115) Staten har i forlengelsen av dette anført at det i forholdsmessighetsvurderingen har betydning at det bare er bortfesterne med uklare og usikre rettigheter til oppregulering av festeavgiften, som rammes. Uklare og usikre rettigheter nyter, hevdes det, svakere vern under EMK P 1-1 enn de klare og sikre.
- (116) I forholdsmessighetsvurderingen har det utvilsomt betydning hvorvidt bortfesterne – her AB – hadde en *berettiget forventning* om oppregulering av festeavgiften ut over endringen i pengeverdien. Det fremgår blant annet av Lindheim-dommen avsnitt 133.
- (117) Etter min mening skaper imidlertid ikke bare de utvilsomme avtaleklausulene berettigete forventninger hos avtalepartene. Som jeg har nevnt, har det i norsk kontrakttradisjon vært nokså vanlig å la være å innta klausuler som er i samsvar med bakgrunnsretten, i tillit til at avtalen vil bli håndhevet i tråd med den. Partene kan derfor også i tilfeller hvor avtaleklausulen isolert sett ikke er entydig, ha sterke forventninger om oppfyllelse. I vårt tilfelle har jeg allerede fastslått at loven gjorde et inngrep i ABs avtalte rett til oppregulering av festeavgiften. Når det er tilfelle, må det legges til grunn at avtalen ga dem en berettiget forventning om oppfyllelse av avtalen. En nærmere gradering av forventningen avhengig av hvor utvetydig selve avtaleteksten er, finner jeg ikke grunnlag for å gjøre.
- (118) Jeg bygger i denne sammenhengen også på det Høyesterett fremhevet i Grimstvedt-dommen. Der gjorde staten gjeldende at et annet forhold – langvarig prisregulering – reduserte bortfesterens forventning om oppregulering av festeavgiften. Til dette uttalte førstvoterende i avsnitt 70:

**"Til dette bemerker jeg at en part i en festekontrakt i utgangspunktet har en berettiget forventning om at avtalen oppfylles. Dette må også gjelde for en bortfester som er part i en avtale med tomteprisklausul, til tross for at mulighetene for å bringe klausulen til anvendelse kan være usikker på grunnlag av langvarig prisregulering. Selv om forventningene kan være usikre, kan en i proporsjonalitetsvurderingen vanskelig se bort fra at bortfesteren etter avtalen faktisk hadde denne reguleringsretten og en interesse av å kunne påberope seg den."**

- (119) Staten har også anført at inngrepets økonomiske følger for parten ikke skal tillegges vekt når disse er en følge av det legitime lovformålet. Det er blant annet vist til EMDs storkammerdom 30. august 2007 i saken mellom *J.A. Pye (Oxford) Ltd med flere mot Storbritannia*, hvor det ble fastslått at foreldelsesfrister må gjelde selv om utslagene blir store i enkelttilfeller.
- (120) Dette stiller seg imidlertid vesensforskjellig i en sak som vår, hvor tomtefesteloven § 15 ikke ga bortfesterne mulighet til å innrette seg etter de nye reglene. Det problematiske i vår sak er at tvillaust-vilkåret ble gitt anvendelse på avtaler som allerede var inngått da loven ble vedtatt og trådte i kraft. Konsekvensen er at partenes mulighet til å ta forholdsregler ved utformingen av festeavtalen, ble avskåret. Utslagene kunne bli nokså tilfeldige, avhengig av hvordan rettighetene hadde kommet til uttrykk i avtaleteksten. Jeg viser her til avsnitt 81 i Grimstvedt-dommen hvor det fremgår:

**"EMD fremhevet, som jeg allerede har vært inne på, at den nasjonale rettslige ordningen ikke må gi vilkårlige eller uforutsigbare resultater, se avsnitt 119 i dommen. Som det har fremgått av min gjennomgang, vil bortfesterens adgang til å foreta et engangsløft etter hittil gjeldende rett kunne avhenge av når tidspunktet for**

**konsumprisindeksregulering inntreer etter avtaleklausuler som er skrevet uten tanke på en slik konsekvens. Og etter Rød Gårddommen fra 2013 vil den samme reguleringen - justering etter konsumprisindeksen - kunne ha ulike konsekvenser avhengig av om reguleringen skjer i medhold av avtale eller foretas etter en forskriftsbestemmelse. Når tilfellene ses i sammenheng, medfører denne lovforståelsen løsninger som kan fremstå som tilfeldige."**

- (121) Mitt syn er at disse synspunktene gjør seg gjeldende også i vår sak. Anvendelsen av tvillaust-vilkåret på allerede inngåtte avtaler rammet bortfesterne på en uforutsigbar måte og ga vilkårlige og tilfeldige utslag. Bare de som ved avtaleinngåelsen hadde vært mer forsiktig enn nødvendig, beskyttes.
- (122) Når jeg etter dette skal oppsummere den konkrete forholdsmessighetsvurderingen under den norm og de kriterier som jeg har trukket opp, står det sentralt at lovgiver ikke har drøftet tvillaust-vilkårets tvistedependende virkning på eldre avtaler, for deretter å avveie dem mot de bortfesterinteressene som rammes. Jeg har forståelse for at det kan ligge i et tvistedependende tiltaks natur at noen ervervede rettigheter kan bli rammet. Men nettopp derfor er det vesentlig at de eiendomsinteresser som EMK P 1-1 beskytter, blir løftet frem og avveid før inngrepet foretas, med sikte på å avverge inngrep som rammer unødig eller uforholdsmessig hardt. Når det ikke har skjedd, står vi i en situasjon som er ganske lik dem som forelå i Lindheim- og Grimstvedt-dommene. I forholdsmessighetsvurderingen må det da legges stor vekt på at inngrepet rammer AB sterkt ved at *all* stigning i eiendommens realverdi overføres til festeren på en for AB uforutsigbar og tilfeldig måte. De ble, ved at loven fikk anvendelse på eldre avtaler, fratatt sine berettigete forventninger om oppregulering av festeavgiften. Det faktum at deres rett bortfalt etter en konkret og individuell vurdering, endrer etter min mening ikke denne avveiningen på noen avgjørende måte.
- (123) Jeg mener derfor at AB ble påført en uforholdsmessig og overdreven byrde ved at endringen i tomtefesteloven § 15 fratok dem retten til å ta del i den oppreguleringen av festeavgiften til 9 000 kroners-taket som andre bortfesterne med avtalt oppreguleringsadgang fikk. AB har således blitt utsatt for en krenkelse av EMK P 1-1. Det ligger utenfor saken, slik den er henvist til Høyesterett, å ta stilling til om de øvrige vilkår for erstatning er oppfylt.
- (124) Jeg stemmer for at saken fremmes til behandling.
- (125) Dommar **Utgård:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande, dommar Arntzen.
- (126) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (127) Dommer **Webster:** Likeså.
- (128) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (129) Dommer **Noer:** Likeså.
- (130) Dommer **Bull:** Likeså.

- (131) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (132) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Falch.
- (133) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (134) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E:

1. Tingrettens og lagmannsrettens dommer oppheves, og saken avvises fra domstolene for så vidt gjelder A og Bs krav om erstatning i tilknytning til festeforholdet med C.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: