



NORGES HØYESTERETT

Den 9. mai 2018 avsa Høyesterett dom i

HR-2018-865-S, (sak nr. 2017/1693), sivil sak, anke over overskjønn,

Nannestad kommune (advokat Christian Piene Gundersen – til prøve)

mot

Rådyrvegen borettslag (advokat Torstein Burkeland – til prøve)

Møter i saken i medhold av
tvisteloven § 30-13:

Staten v/Justis- og beredskaps-
departementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Karen Mellingen)

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

- (1) Dommer **Endresen**: Saken gjelder regulering av festeavgift. Spørsmålet er hvilket prinsipp som skal anvendes ved reguleringen – endring i pengeverdi eller endring i tomteverdi. Saken for Høyesterett reiser særlig spørsmål om hvilken betydning Den europeiske menneskerettskonvensjons første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P 1-1) om vern av eiendom har for tolkningen av det såkalte tvillaust-kravet i tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 når bortfesteren er en kommune. Denne bestemmelsen følger nå av overgangsreglene nr. 5 bokstav b til lov 19. juni 2015 nr. 63.
- (2) Forholdet mellom bestemmelser i tomtefesteloven av 1996 og EMK P 1-1 har vært behandlet av Høyesterett i flere saker. I plenumsavgjørelsene i Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) og Rt-2007-1306 (Lindheim), som gjaldt festerens rett etter dagjeldende § 33 til å forlenge avtalen på uendrede vilkår etter at festetiden var utløpt, kom Høyesterett til at det ikke forelå noen krenkelse av EMK P 1-1. Flere bortfesterere, som tapte saker i det norske rettssystemet som følge av utfallet i disse plenumsdommene, klaget til Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) og påstod at deres konvensjonsbeskyttede eiendomsrett var krenket. Ved EMDs dom 12. juni 2012 *Lindheim mfl. mot Norge* ble retten til forlengelse på samme vilkår funnet å utgjøre en krenkelse av bortfesterens eiendomsrett.

- (3) I flere senere avgjørelser av Høyesterett har betydningen av EMD's avgjørelse i Lindheimsaken stått sentralt. I dommen i Rt-2015-421 (Grimstvedt) kom Høyesterett i storkammer til at lovforståelsen i en tidligere sak, Rt-2007-1706 (Bøvre) om retten til et såkalt engangsløft i § 15 andre ledd nr. 2, ikke kunne opprettholdes i lys av de hensyn som var trukket frem av EMD. Høyesterett hadde i Bøvresaken konkludert at en kontraktmessig justering av festeavgiften etter konsumprisindeksen skulle regnes som "den første reguleringa" og dermed stenge for avtalt regulering basert på tomteverdi. I storkammerdommen i HR-2016-304-S (Guldborg), hvor spørsmålet var om reglene for fastsettelse av innløsningssum i § 32 var forenlige med konvensjonsvernet, ble det slått fast at bortfesterens interesser var tilstrekkelig vernet.
- (4) I HR-2016-2195-S (Hegdahl II) gjorde bortfester gjeldende at tvillaust-kravet i § 15 andre ledd nr. 2 ikke var forenlig med EMK P 1-1. Under dissens ble imidlertid saken avvist, og konvensjonsspørsmålet ble derfor ikke avgjort i realiteten. Et mindretall på tre dommere, som var uenig i at saken skulle avvises, uttalte seg om konvensjonsspørsmålet og fant at det forelå en krenkelse av bortfesterens konvensjonsbeskyttede eiendomsrett.
- (5) Nannestad kommune har i saken her i stor grad argumentert sammenfallende med det bortfesteren i Hegdahl II-saken gjorde gjeldende om forholdet til konvensjonen.
- (6) Nannestad kommune inngikk 24. oktober 1977 avtale med Opplysningsvesenets fond om feste av arealer som opprinnelig lå under Nannestad prestegård. Etter denne avtalen kunne festeavgiften reguleres hvert tiende år og i samsvar med endringer i verdien av festearealet. Kommunen hadde etter avtalen rett til frembortfeste.
- (7) I forbindelse med utbyggingen av ny hovedflyplass på Gardermoen på 1990-tallet ønsket Nannestad kommune å tilby klargjorte tomter for bolig- og næringsformål. Etter forutgående behandling i kommunestyret i 1994 ble 45 tomter i Preståsen i Nannestad – som var omfattet av tomtearealet i kommunens festeavtale med Opplysningsvesenets fond – besluttet klargjort til utbygging. Det ble også fattet vedtak om at det skulle benyttes en standard festekontrakt.
- (8) Saken for Høyesterett gjelder en av disse fremfesteavtalene. Festeavtalen mellom kommunen og Rådyrvegen borettslag, ved dets interimstyre, ble inngått 23. desember 1996. Festetiden ble satt til 80 år. Avtalen bestod av en standard festekontrakt med et vedlegg. I vedlegget punkt 8 er det fastsatt:
- "I festeavgift betales inntil videre kr. 0,55 pr. m². Videre betales i tillegg inntil videre et administrasjonsgebyr på kr. 200,- pr. år. Festeavgiften justeres etter de tidspunkter som framgår av festekontrakten mellom kommunen og departementet m.h.t. gnr. 27, bnr. 1, feste nr. 64 som vil si hvert 10. år. Første justering er pr. 1.1.98."**
- (9) I festeavtalens bestemmelser om "tvister" heter det:
- "Eventuelle tvister som måtte utspringe av denne festekontrakten avgjøres etter bestemmelser i lov om tomtefeste, som gjelder helt ut for denne kontrakt. ..."**
- (10) Festearealet gjaldt syv festetomter. Nannestad boligbyggelag prosjekterte og bygde ut tomtene i 1997–1998. Boligbyggelaget oppførte 16 boenheter fordelt på seks tomannsboliger og én firemannsbolig.

- (11) Borettslaget har frem til i dag betalt 1 737 kroner i årlig festeavgift. Avgiften har ikke blitt regulert siden 1996. Den har – av årsaker det her ikke er grunn til å gå nærmere inn på – vært noe lavere enn kommunen hadde rett til å beregne den til.
- (12) Nannestad kommune sendte i desember 2013 varsel om økning av festeavgiften til Rådyrvegen borettslag. I brev 18. september 2014 til borettslaget fastsatte kommunen den nye festeavgiften til 60 973 kroner gjeldende fra 1. januar 2014. Økningen var basert på endring i tomteverdien. Bakgrunnen for at kommunen ville benytte retten til oppregulering av festeavgiften, var at festeavgiften som kommunen betalte til Opplysningsvesenets fond, hadde økt kraftig.
- (13) Borettslaget bestred at kommunen kunne regulere festeavgiften etter endring i tomteverdi og viste til at det ikke kunne anses "tvillaust avtalt" at det var rett til slik oppregulering. Regulering måtte derfor skje på grunnlag av endringen i pengeverdien etter hovedregelen i dagjeldende tomtefestelov § 15 første ledd, og ikke etter unntaksregelen i andre ledd nr. 2. Partene kom ikke til enighet.
- (14) Kommunen kjøpte i 2016 festeområdene på Preståsen av Opplysningsvesenets fond. For festeområdet som skjønnet gjelder, ble prisen satt til 475 kroner per kvadratmeter.
- (15) Den 30. april 2015 begjærte borettslaget rettslig skjønn med krav om regulering av festeavgiften etter hovedregelen i tomtefesteloven. Under saksforberedelsen besluttet tingretten i medhold av skjønnsprosessloven § 2, jf. tvisteloven § 16-1 første ledd å dele forhandlingene, slik at det først skulle tas stilling til hvilket prinsipp som gjelder for reguleringen.
- (16) Øvre Romerike tingrett avsa 10. juni 2016 skjønn med slik slutning:
- "1. Skjønnet fremmes.**
 - 2. Festeavgiften for gnr. 27 bnr. 1 festenummer 179 i Nannestad kommune reguleres etter endringer i konsumprisindeksen, og blir kr. 2 439,38 per 1. januar 2014.**
 - 3. Nannestad kommune betaler 166 271,88 kroner i sakskostnader til Rådyrvegen borettslag innen 2 uker fra forkynnelsen av skjønnet.**
 - 4. Nannestad kommune pålegges å dekke salær til skjønnsmedlemmer fastsatt i egen avgjørelse."**
- (17) Tingretten kom til at det var mye som talte for at det var avtalt at endring kunne skje etter tomteverdi, men at dette ikke var "tvillaust avtalt". Brudd på EMK P 1-1 var ikke anført, og bestemmelsen ble ikke vurdert av retten.
- (18) Nannestad kommune begjærte overskjønn. Lagmannsretten ble satt med tre fagdommere og to skjønnsmedlemmer, jf. skjønnsprosessloven § 34 andre ledd. For lagmannsretten fremsatte kommunen en ny anførsel om at kravet til tvillaust avtale ikke er forenlig med eiendomsvernet i EMK P 1-1.
- (19) Eidsivating lagmannsrett avsa 12. juni 2017 overskjønn med slik slutning:
- "1. Festeavgift for gnr. 27 bnr. 1 feste nr. 179 i Nannestad kommune reguleres etter endringene i konsumprisindeksen, og blir 4 208,70**

– firetusentohundreogåtte 70/100 – kroner pr. 1. januar 2014.

2. **I sakskostnader for lagmannsretten betaler Nannestad kommune til Rådyrvegen borettslag 197 750 – etthundreognittisyvtusensyvhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av overskjønnet.**
 3. **Nannestad kommune betaler lovbestemte utgifter ved overskjønnet, herunder godtgjørelse til skjønnsmedlemmene etter rettens særskilte salærfastsetting."**
- (20) Lagmannsretten fant ikke grunn til å vurdere om kravet til tvillaus avtale var forenlig med EMK P 1-1, da den ikke anså kommunen som vernet etter konvensjonsbestemmelsen.
- (21) Nannestad kommune har anket overskjønnet til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen og rettsanvendelsen.
- (22) Høyesteretts ankeutvalg tillot anken fremmet ved beslutning 28. november 2017. Justitiarius Øie besluttet 29. november 2017 at saken skal avgjøres av Høyesterett i storkammer, jf. domstolloven §§ 5 fjerde ledd og 6 andre ledd.
- (23) Staten har opptrådt i saken i medhold av tvisteloven § 30-13.
- (24) For lagmannsretten gjorde kommunen prinsipalt gjeldende at tvillaust-kravet er oppfylt. Denne anførselen er ikke opprettholdt for Høyesterett. For øvrig står saken i samme stilling som for lagmannsretten.
- (25) Den ankende part, *Nannestad kommune*, har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (26) Festeavtalen gir etter alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper kommunen som bortfester rett til å kreve festeavgiften oppregulert basert på endring i tomteverdien.
- (27) En kommune er ikke rettighetshaver etter EMK og kan dermed ikke påberope presumpsjonsprinsippet basert på egen rettsposisjon. Presumpsjonsprinsippet kan imidlertid få betydning indirekte ved at loven av hensyn til private bortfester generelt må tolkes på en bestemt måte. Dette vil så få betydning for kommunens rettsstilling, ettersom loven gjelder også for offentlige bortfester. En slik tilnærming samsvarer fullt ut med Høyesteretts avgjørelse i Rt-2015-421 (Grimstvedt).
- (28) Det følger da at retten må ta stilling til om private bortfesteres vern etter EMK må føre til en tolkning av tomtefesteloven som innebærer at det generelt må ses bort fra tvillaust-kravet.
- (29) Den direkte følgen av tvillaust-kravet er at bortfester avskjæres fra den avtalte oppregulering av festeavgiften. Dette inngrepet i bortfesteres rettsstilling er uforenlig med eiendomsvernet i EMK P 1-1. Tvillaust-kravet kan da ikke opprettholdes. For at det ikke skal oppstå krenkelser av EMK P 1-1, må innholdet i inngåtte avtaler fastlegges ved hjelp av ordinære tolknings- og bevisregler; tvillaust-kravet må tolkes bort.
- (30) Selv om Høyesterett ikke på helt generelt grunnlag skulle legge til grunn en slik endret tolkning av tomtefesteloven § 15, vil resultatet i saken likevel måtte bli at kommunen vil være berettiget til å oppregulere festeavgiften etter tomteverdi. Anvendelse av tvillaust-kravet overfor en privat bortfester under tilsvarende omstendigheter som i saken her, ville innebære en krenkelse av EMK P 1-1, og forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven

fører da til at den avtalte adgang til oppregulering ikke kan avskjæres. Lovgiver har på prinsipielt grunnlag bestemt at det skal gjelde de samme regler for festeavtaler med offentlig bortfester som for festeavtaler der bortfester er et privat rettssubjekt, og indirekte fører EMK P 1-1 da til at også en kommune kan kreve oppregulering.

- (31) At det er Stortingets uttalte forutsetning at loven skal gjelde på samme måte overfor offentlige og private bortfestere, følger entydig allerede av forarbeidene til tomtefesteloven 20. desember 1996. Tidligere særregler for offentlige bortfestere ble sløyfet, og likebehandlingen ble gitt en prinsipiell begrunnelse.
- (32) Den prinsipielt begrunnede likebehandlingen ble opprettholdt da loven i 2015 ble endret som følge av at EMD hadde konkludert med krenkelse i Lindheimsaken. Det var på det rene at EMDs avgjørelse ikke gjorde det nødvendig å endre loven for så vidt gjelder offentlige bortfestere, men Stortinget valgte likevel å videreføre det tidligere fastlagte prinsippet om likebehandling av alle bortfestere.
- (33) Det må legges avgjørende vekt på Stortingets forutsetninger, på samme måte som Høyesterett i Rt-2009-1118 tillå lovgivers forutsetning om tilsvarende regler i sivil- og straffeprosessen avgjørende betydning for at lagmannsrettens ankenektelser må begrunnes også i sivile saker. Forutsetningen om like regler ble i den saken funnet avgjørende selv om det var tale om tolkning av to ulike lover der hensynene kunne være noe avvikende. I saken her er det desto større grunn til å la forutsetningen om like regler være avgjørende.
- (34) Også dersom Høyesterett skulle komme til at det meget strenge beviskravet som er antatt å følge av tvillaust-kravet, ikke kan opprettholdes, men at det fortsatt vil følge et kvalifisert beviskrav av tvillaust-kravet, vil lagmannsretten ha bygget sin avgjørelse på en uriktig forståelse av lovens beviskrav. Dette vil i seg selv måtte føre til at lagmannsrettens overskjønn må oppheves.
- (35) Nannestad kommune har nedlagt slik *påstand*:
- "1. Eidsivating lagmannsretts overskjønn av 12. juni 2017 i sak 16-171398SKJ-ELAG oppheves.
 2. Nannestad kommune tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."
- (36) Ankemotparten, *Rådyrvegen borettslag*, har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (37) Det følger allerede av en ordinær tolkning av den inngåtte festeavtalen at bortfester bare kan kreve festeavgiften regulert i samsvar med endring i konsumprisindeksen. Spørsmålet om hva som tvillaust er avtalt, oppstår ikke; det er ikke tale om noe inngrep. Det er følgelig ikke noe prinsipielt tolkningsspørsmål knyttet til tvillaust-kravet i saken her.
- (38) Det er uomtvistet at kommuner ikke er rettighetssubjekter etter EMK, og at lovgiver følgelig kan legge begrensninger på offentlige bortfestere uten å måtte ta hensyn til det vern konvensjonen gir private bortfestere. Den ankende parts anførsler går i realiteten ut på at kommunen likevel skal kunne påberope seg konvensjonen. Det er det ikke noe grunnlag for; det må være opp til lovgiver å ta stilling til om offentlige bortfestere skal ha en videre adgang til å regulere festeavgiften enn det som i dag følger av tomtefesteloven.

- (39) Selv om det skulle være slik at det særlige beviskravet avskjærer tomteprisregulering, ville dette ikke under noen omstendighet føre til en krenkelse av EMK P 1-1 slik tomtefesteloven lyder etter lovendringen i 2015. Ved forlengelse av festeavtalen vil kommunen, som private bortfestere, nå være berettiget til å oppregulere festeavgiften etter tomteverdi, jf. tomtefesteloven § 15 fjerde ledd. Dette vil være situasjonen også for en privat bortfester under tilsvarende omstendigheter som for Nannestad kommune.
- (40) I Høyesteretts plenumsavgjørelse i Rt-2007-1281 (Øvre Ullern) er det utførlig redegjort for den rettslige reguleringen av festeavtaler i Norge, og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på dette rettsfeltet. Det er ikke noe i EMDs avgjørelse i Lindheimsaken som rokker ved den overordnede tilnærming som har vært bestemmende for lovgiver. At denne tilnærmingen ligger fast, følger direkte av Høyesteretts storkammeravgjørelse i HR-2016-304-S (Guldberg).
- (41) Det avgjørende for EMDs avgjørelse i Lindheimsaken var at muligheten for oppregulering etter tomteverdi ble avskåret uten tidsbegrensning – også utover den perioden festeavtalen var inngått for. Etter lovendringen i 2015 er det kun tale om en begrensning i muligheten for å oppregulere festeavgiften innenfor den festeperioden som partene har avtalt.
- (42) Det følger av langvarig praksis fra EMD at domstolen er svært tilbakeholden med å gripe inn overfor ulike former for offentlig leieregulering. Denne praksis er videreført etter EMDs avgjørelse i Lindheimsaken.
- (43) Hensett til bortfesteres mulighet for innrettelse og forutberegnelighet, siktemål med tilretteleggelsen av tomteområdet og økonomiske stilling, er det heller ingen særlige hensyn i saken her som tilsier at begrensningen i oppreguleringsadgangen ville ha vært uforholdsmessig overfor en privat bortfester i en sammenlignbar situasjon.
- (44) Rådyrvegen borettslag har nedlagt slik *påstand*:
- "1. Anken forkastes.
 2. Det offentlige tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."
- (45) *Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet* har sluttet seg til borettslagets hovedsynspunkter. Staten har fremhevet at en motstridssituasjon etter menneskerettsloven § 3 ikke oppstår når bortfester er et offentlig organ. Om Høyesterett – etter en prejudisiell, abstrakt og hypotetisk vurdering – likevel skulle komme til at tvillaust-kravet er uforenlig med EMK P 1-1 der bortfester er privat, kan ikke presumpsjonsprinsippet føre til at tvillaust-kravet bortfortolkes også overfor offentlige bortfestere. Prinsippet om at domstolene ikke skal legge inn sikkerhetsmarginer ved anvendelse av folkeretten, har særlig betydning i denne saken, ettersom kommunen ikke er vernet under EMK P 1-1. Uansett er det ikke motstrid mellom tvillaust-kravet i tomtefesteloven § 15 og EMK P 1-1. Den løsning som lovgiver har valgt, balanserer kontraktspartenes motstridende interesser på dette særegne kontraktsområdet.
- (46) Staten tar ikke stilling til den privatrettslige tvisten mellom partene og har ikke lagt ned påstand eller krevd sakskostnader.

- (47) *Jeg er kommet til at anken må forkastes.*
- (48) Tomtefesteloven av 1996, som trådte i kraft 1. januar 2002, fastsatte at hver av partene kunne kreve festeavgiften regulert i samsvar med pengeverdien, om det ikke "tvillaust" var avtalt at festeavgiften skulle stå uendret eller reguleres på annet grunnlag, jf. lovens § 15 første ledd. Ved lovendring 2. juli 2004 ble det gitt mer utførlige regler om regulering av festeavgiften. Tvillaust-kravet ble videreført som vilkår for å kunne kreve regulering etter tomteverdi, jf. tomtefesteloven § 15 andre ledd slik bestemmelsen da lød. Hvordan dette beviskravet nærmere skal forstås, er klargjort gjennom en rekke høyesterettsdommer, jf. Rt-2005-1202 (Falkum), Rt-2006-1547 (Hegdahl), Rt-2007-1697 (Båtsvikdalen), Rt-2007-1706 (Bøvre), Rt-2008-306 (Strinda) og Rt-2010-577 (Rygge). Ved disse dommene er det slått fast at det gjelder et strengere beviskrav enn alminnelig sannsynlighetsovervekt. Et sentralt spørsmål i saken her er om dette særlige beviskravet nå skal tolkes på en annen måte som følge av bestemmelsen i EMK P 1-1 og prinsippet om at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med våre folkerettslige forpliktelser.
- (49) En kommune er ikke et rettighetssubjekt etter EMK. Dette gjelder også når en kommune er part i en privatrettslig avtale, jf. EMDs dom 7. juni 2001 *Danderyds kommun mot Sverige*. Etter en henvisning til tidligere praksis, uttales det:

"According to this jurisprudence it is not only the central organs of the State that are clearly governmental organisation, as opposed to non-governmental organisations, but also decentralised authorities that exercise public functions, notwithstanding the extent of their autonomy vis-à-vis the central organs. This is the case even if the municipality is claiming that in this particular situation it is acting as a private organ."

- (50) Det er da klart at en eventuell begrensning i Nannestad kommunes rett til å oppregulere festeavgiften, ikke utgjør en krenkelse av EMK.
- (51) Ankende part har imidlertid anført at dersom tvillaust-kravet, slik det så langt har vært fortolket, systematisk fører til krenkelser av EMK P 1-1 for private bortfestere, må det vurderes om presumpsjonsprinsippet kan gi grunnlag for en generelt endret tolkning av loven, som så igjen ville kunne få konsekvenser også for offentlige bortfestere.
- (52) Etter mitt syn kan et slikt resonnement ikke føre frem.
- (53) Jeg nevner først at handlingsrommet for ulike tolkninger av lovbestemmelsen her er svært begrenset. Det følger allerede av lovteksten at det skal gjelde et særlig beviskrav, og det fremgår av lovens forarbeider at dette nettopp var siktemålet med bestemmelsen. I en rekke avgjørelser av Høyesterett er så denne forståelsen, som allerede nevnt, opprettholdt og utdypet.
- (54) Lovgiver har etter EMDs avgjørelse i Lindheimsaken revidert tomtefesteloven for å unngå krenkelser av EMK P 1-1, og det etablerte beviskravet ble ikke endret i denne forbindelse. Det synes da nærliggende å konkludere på samme måte som Høyesterett gjorde i plenumssaken i Rt-2000-1811 på side 1831:

"Vi er utenfor de tilfeller hvor en bestemmelse 'lar seg ... forstå på flere alternative måter', jf. det jeg foran har sitert fra Ot.prp. nr. 79 (1991–1992), og vi er dermed også utenfor det som med rimelighet kan anses som tolkning av bestemmelsen."

- (55) Det følger allerede av dette at det i saken her knapt nok er rom for den tilnærming Høyesterett bygget resultatet på i storkammerdommen i Rt-2015-421 (Grimstvedt). På bakgrunn av at ankende parts anførsel er så vidt tett knyttet opp til dommen i Grimstvedtsaken, finner jeg likevel grunn til å understreke at vår sak også ellers atskiller seg på avgjørende måte fra denne.
- (56) I Grimstvedtsaken, som for øvrig ikke gjaldt en offentlig bortfester, fant Høyesterett at den tidligere lovtolkning ville gjøre forholdet til EMK P 1-1 problematisk, og at engangsløftet var nødvendig for at lovens ordning samlet sett skulle innebære en slik balansering av interessene som EMD legger stor vekt på. Jeg forstår da dommen slik at den nye tolkningen av lovens vilkår for å kunne oppregulere etter tomtepris, ble valgt for å unngå mulig systematisk krenkelse av EMK P 1-1.
- (57) Det ble i dommen videre lagt til grunn at den tidligere tolkningen førte til ulike løsninger for tomtefestere, selv om forskjellene i deres avtaleforhold og omstendighetene ellers ikke kunne begrunne dette på en tilfredsstillende måte.
- (58) Saken her gjelder et beviskrav som ikke i seg selv kan utgjøre en krenkelse av EMK P 1-1. Det som kan vurderes opp mot EMK P 1-1, vil være de eventuelle *konsekvenser* av beviskravet i den enkelte sak. Det er da uten videre klart at beviskravet ikke systematisk vil føre til krenkelser. Dersom det eksempelvis er kort tid igjen av festeperioden etter den aktuelle festekontrakten, vil det følge nærmest av seg selv at det ikke vil foreligge et uforholdsmessig inngrep.
- (59) Å tolke bort tvillaust-kravet helt generelt vil da innebære at den løsning lovgiver har valgt, settes til side også i de tilfellene der lovgivers avveining av partenes interesser er fullt forenlig med EMK P 1-1.
- (60) Samlet sett er det etter mitt syn klart at det ikke foreligger noen folkerettslig forpliktelse som gir grunnlag for å tolke tvillaust-kravet på annen måte enn det som følger av Høyesteretts praksis. Om, og i tilfelle under hvilke omstendigheter, tvillaust-kravet ville kunne føre til uforholdsmessige inngrep overfor private bortfestere, har jeg ikke foranledning til å ta stilling til.
- (61) Jeg skal mot denne bakgrunn gå nærmere inn på den ankende parts anførsel om at lovgiver på prinsipielt grunnlag har valgt å likestille offentlige og private bortfestere, og at dette må føre til at kommunen gis adgang til å oppregulere festeavgiften etter endring i tomteverdien i samme utstrekning som EMK P 1-1 fører til slik regulering for private bortfestere. Anførselen fremstår som en alternativ begrunnelse for at tvillaust-kravet må tolkes bort. Jeg forstår imidlertid kommunen slik at kravet til likebehandling av private og offentlige bortfestere hevdes å gjelde selv om den private bortfesters posisjon ikke følger av en generell tolkning av loven, men må baseres på forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.
- (62) Den ankende part anfører at Høyesterett bør resonnerer etter de samme linjer som i Rt-2009-1118, som riktig nok gjaldt et annet rettsområde; saken gjaldt plikt til å begrunne ankenektelser i sivile saker. Denne avgjørelsen må leses på bakgrunn av storkammeravgjørelsen i Rt-2008-1764. I den saken fastslo Høyesterett at det fulgte av FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter at lagmannsrettens ankenektelser i straffesaker må begrunnes. Samme spørsmål kom året etter opp for ankenektelser i sivile

saker. Det var på det rene at et tilsvarende krav til begrunnelse av ankenektelser i sivile saker ikke fulgte av FN-konvensjonen. I avgjørelsen fra 2009 kom Høyesterett likevel til at det også i sivile saker måtte oppstilles et krav til begrunnelse. Det inngikk i Høyesteretts argumentasjon at reglene om ankenektelse i sivile saker bevisst var utformet med utgangspunkt i reglene i straffeprosessen, og at lovgiver utvilsomt ville ha innført et begrunnelseskrav også i sivile saker om lovgiver allerede da tvisteloven ble vedtatt, hadde hatt den oppfatning at dette var gjeldende straffeprosess.

- (63) Saken gjaldt imidlertid et sentralt rettssikkerhets spørsmål som ikke berørte partenes materielle rettsposisjoner, og omstendighetene var også for øvrig slik at avgjørelsen ikke gir noen veiledning for avgjørelsen av saken her.
- (64) Etter mitt syn er det, slik den foreliggende saken ligger an, mer nærliggende å ta utgangspunkt i prinsipielle synspunkter fra Høyesteretts plenumsdom i Rt-2000-1811, som gjaldt forholdet til EØS-avtalen. I førstvoterendes votum heter det på side 1832 blant annet:
- "... Det er lovgiveren som har til oppgave å gjennomføre direktivene i norsk rett, og det er også lovgiveren som – i et tilfelle som det foreliggende – må rette opp eventuelle feilvurderinger som senere blir fastslått. Således har Samferdselsdepartementet i Ot.prp. nr. 26 (1999–2000) på side 24 gitt uttrykk for at EFTA-domstolens rådgivende uttalelse gjør det nødvendig med endringer i bilansvarsloven § 7 tredje ledd bokstav b, og at saken vil bli fulgt opp av Justisdepartementet. Domstolene kan ikke avgjøre saken ut fra en hypotese om hva de øvrige statsmakter vil foreta seg når det nå er avklart at det foreligger motstrid."**
- (65) Lover vedtas etter særlige prosedyreregler fastlagt i Grunnloven, og kan normalt ikke erstattes med domstolens oppfatning av en hypotetisk lovgivervilje.
- (66) Slik er situasjonen utvilsomt i saken her. Det er tale om å oppstille en regel som innebærer en avveining av ulike politiske hensyn, og som, i motsetning til storkammersaken i Rt-2009-1118, griper direkte inn i det økonomiske mellomværendet mellom partene. Det lar seg ikke oppstille en entydig folkerettslig forpliktelse som det skal tas hensyn til ved fastleggelsen av norsk rett, og gitt at tvillaust-kravet ikke generelt kan bortfortolkes, synes det heller uklart hvordan den påberopte likebehandling skulle praktiseres. En offentlig bortfester kan for eksempel ha hatt andre siktemål med bortfestet enn det en privat bortfester må antas å ha hatt.
- (67) Jeg tilføyer for fullstendighetens skyld at det etter mitt syn heller ikke er grunnlag for å ha noen begrunnet oppfatning av hvilken løsning lovgiver vil velge, om det skulle vise seg at tvillaust-kravet fører til krenkelser av EMK P 1-1. Det er vel så at det i tomtefestelovens forarbeider er uttalelser som fremstår som en prinsipiell tilnærming til spørsmålet om likebehandling av private og offentlige bortfestere, jf. NOU 1993: 29 punkt 3.2 og 3.4.2 og Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) punkt 3.11, men realiteten synes snarere å være at lovgiver var opptatt av å styrke *festeres* vern ved at de fikk samme vern overfor offentlige som private bortfestere. Den forståelse av loven som kommunen argumenterer for, vil i stedet svekke festernes vern.
- (68) Under enhver omstendighet klargjør revisjonen av tomtefesteloven i 2015 at den tidligere prinsipielle tilnærming ikke var av en slik karakter at det kan trekkes noen slutninger fra den av betydning for vår sak. Spørsmålet om det bør gis særregler for offentlige bortfestere drøftes i NOU 2013: 11 punkt 6.2.3 og i Prop. 73 L (2014–2015) punkt 5.2. I

drøftelsene er det ikke spor av slutninger fra prinsipielle synspunkter om likebehandling. Konklusjonen om at de nye reglene skulle få anvendelse også for offentlige bortfestere, er i stedet begrunnet i en politisk hensiktsmessighetsvurdering.

- (69) Jeg finner det etter dette klart at det ikke er noe rettslig grunnlag som kan føre til at Nannestad kommune kan oppregulere festeavgiften utover det som følger av endringene i konsumprisindeksen, og anken må forkastes.
- (70) Anken har ikke ført frem. Ankemotparten har for Høyesterett hatt fri sakførsel, og den ankende part må erstatte det offentlige omkostningene med saken, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Advokat Burkeland har på vegne av ankemotparten krevd dekket 182 325 kroner i salær og utlegg. Kravet tas til følge.
- (71) Jeg stemmer for slik

D O M:

1. Anken forkastes.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Nannestad kommune til det offentlige 182 325 – etthundreogåttitotusentrehundreogtjuefem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (72) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (73) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (74) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (75) Dommer **Noer:** Likeså.
- (76) Dommer **Bull:** Likeså.
- (77) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (78) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (79) Dommer **Falch:** Likeså.
- (80) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.
- (81) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (82) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M:

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Nannestad kommune til det offentlige 182 325 – etthundreogåttitotusentrehundreogtjuefem – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: