

Norges Høyesterett – Dom.

(Øvre Ullern-dommen) Tomtefeste. Statsforfatningsrett. EMK.

Høyesterett i plenum kom enstemmig til at tomtefesteloven § 33, som gir festere av tomt til bolig- eller fritidshus rett til ved festetidens utløp å kreve festet forlenget «på same vilkår som før», ikke var i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 eller kravet om «full Erstatning» ved ekspropriasjon i Grunnloven § 105. Anvendelsen av bestemmelsen krenket ikke Norges folkerettslige forpliktelser etter første tilleggsprotokoll til EMK artikkel 1.

Avsagt: 21.09.2007 i sak HR-2007-1593-P - Rt-2007-1281

Saksgang: Oslo tingrett TOSLO-2006-90544 – Høyesterett HR-2007-1593-P, (sak nr. 2007/237), sivil sak, anke. Se også dom i EMD av 12. juni 2012: EMD-2008-13221.

Parter: Mette-Marit Sakrisvold m.fl. (fullstendig partsliste nederst) (advokat Anders Ryssdal). Hjelpeintervenient: Tomtefesterforbundet. Mot Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS (advokat Toril Grimsvang Kjøllesdal – til prøve). Hjelpeintervenient: NORSKOG Norsk Skogbruksforening (advokat Bjørn Stordrange). Møter i saken etter plenumsloven § 5: Staten v/Justisdepartementet: Regjeringsadvokat Sven Ole Fager-næs (rettslig medhjelper: advokat Chr. H. P. Reusch).

Dommere: Matningsdal, Lund, Tjomsland, Skoghøy, Utgård, Stabel, Schei.

- (1) Dommer **Matningsdal**: Saken gjelder tomtefesteloven § 33, som gir festere av tomt til bolig- eller fritidshus rett til ved festetidens utløp å kreve festet forlenget «på same vilkår som før». Spørsmålet er om anvendelsen av denne bestemmelsen er i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 eller med § 105, som fastsetter at det ved ekspropriasjon skal betales «full Erstatning». Saken reiser også spørsmål om det krenker Norges folkerettslige forpliktelser etter første tilleggsprotokoll til EMK artikkel 1 å anvende bestemmelsen.
- (2) Ved skjøte datert 15. november 1960 overdro Axel Løvenskiold eiendommen Øvre Ullern Terrasse, gnr. 28 bnr. 647 i Oslo, til Olav Selvaag I/S for kr 326 466. Kjøpekontrakt var inngått 5. desember 1956. Ved festekontrakt datert 22. desember 1956 bortfestet Olav Selvaag I/S tomten til Selvaaghus A/S. Festekontrakten har følgende innhold:
 - «1. Olav Selvaag I/S bortfester til Selvaaghus A/S en tomt på ca. 19 dekar av gnr. 28, bnr. 647 Ullern i Oslo.
 2. Festeren har rett til fremfeste.
 3. Festetiden er 50 år.
 4. Festeavgiften er kr 15.000,- pr. år, og skal betales forskuddsvis hver 1/1.
 5. Festeavgiften skal justeres opp eller ned hvert 5. år proporsjonalt med den norske engrosprisindeks hvis denne på justeringstidspunktet avviker mer enn 10 poeng fra hva den var ved kontraktens underskrift.....»
- (3) Ved festekontrakt av 3. juni 1958 ble tomten fremfestet til I/S Øvre Ullern Terrasser. Festeavgiften ble satt til kr 60 000 pr. år.
- (4) Tomten ble regulert for 54 terrasseleiligheter fordelt på seks grupper samt tre garasjeanlegg. Festekontraktene, som deretter ble inngått med boligkjøperne, er datert 22. april 1963. Fra festekontraktene, som er likelydende, bortsett fra at fem av dem hadde en festeavgift på kr 1200, gjengis:
 - «1. I/S Øvre Ullern Terrasser fremfester til ... 1/54 av eiendommen gnr. 28, bnr. 647, Ullern i Oslo og 3 tilgrensende mindre parseller, som vil bli sammenføyet med bnr. 647 så snart de er særskilt oppmålt og skyldsatt.
 2. Festetiden er 50 år regnet fra 22. desember 1956. Ved utløpet av festetiden har grunneieren valget mellom å forlenge det primære festeforhold for nye 50 år eller la festeren innløse tomten til full verdi på innløsningstiden. Dette valg blir også bestemmende for festerens rett ifølge nærværende kontrakt.

3. Festeavgiften er kr 1.600,- pr. år.

Avgiften skal betales til I/S Øvre Ullern Terrasser ved A/S Selvaagbygg forskuddsvis hver 2. januar, dog første gang ved festekontraktens underskrift og da for tiden 1. januar til 31. desember 1963.

Festeavgiften skal reguleres opp eller ned hvert 5. år proporsjonalt med den norske engrosprisindeks hvis denne på reguleringsstidspunktet avviker mer enn 10 poeng fra hva den var ved kontraktens underskrift, respektive siste gjennomførte regulering.

....»

- (5) Jeg tilføyer at festet også omfatter bnr. 752 og 765, og at det festede arealet totalt er 20 688 m².
- (6) Eiendomsretten til tomten ble i 1982 overført fra Olav Selvaag I/S til Selvaags datter, Cecilie Nustad. Festeretten ble i 1994 overført fra Selvaaghus AS til Nustads selskap Mallin Eiendom AS. Mallin Eiendom AS står dermed nå som fremfester overfor I/S Øvre Ullern Terrasser som fortsatt er beboernes avtalepart.
- (7) Fra kontraktene ble inngått og fram til 2002, bortsett fra en periode i 1983, var festeavgiften regulert ved forskrift. Disse forskriftene gav utelukkende adgang til indeksregulering. Etter den siste reguleringen før avtalen utløp i 2006, betaler eierne av 49 leiligheter hver kr 9000 pr. år, mens eierne av fem leiligheter betaler kr 6810. Den totale festeavgiften utgjør kr 475 000.
- (8) Festetiden etter festeavtalene løp ut 22. desember 2006. I den anledning sendte Mallin Eiendom AS den 10. juni 2004 et likelydende brev til samtlige beboere i Øvre Ullern Terrasse. Her uttales det at «[f]or å gjøre det helt klart at bortfester ikke ønsker å fortsette eksisterende kontraktsforhold etter kontraktstidens utløp, **vil bortfester derfor allerede nå si opp kontrakten når festetiden er ute i 2006**». Det ble samtidig presisert at beboerne kunne ta opp forhandlinger om ny festeavtale hvis de ønsket det i stedet for å kjøpe tomten. Beboerne måtte opptre samlet under forhandlingene – enten ved at det ble inngått ny, felles festeavtale eller at eiendommen ble kjøpt i sameie.
- (9) Den 1. november 2004 trådte de någjeldende bestemmelsene i tomtefesteloven § 32 og § 37 om innløsning og § 33 om forlengelse av tomtefeste på samme vilkår som før i kraft. Etter tomtefesteloven § 36 måtte krav om forlenging av festet fremsettes senest 22. desember 2005. Ved likelydende brev fra samtlige festere datert 13. desember 2005 påberopte de seg forlengelsesretten etter § 33.
- (10) Under henvisning til festeavtalen punkt 2 bestred Mallin Eiendom AS festernes adgang til å kreve festet forlenget på samme vilkår som før. Festerne ble samtidig tilbudt å kjøpe tomten for 43 millioner kroner. I den sammenheng nevnes at OPAK i januar 2003 etter oppdrag fra ankemotpartene vurderte tomtens salgsverdi i byggeklar stand til 77 millioner kroner, mens AGDESTEIN i september 2005 etter oppdrag fra festerne konkluderte med at tomten «som ubebygget, etter fradrag for verdiøkning som festerne selv har tilført tomten, enten med egne tiltak eller tilskudd til tiltak» hadde en markedsverdi på 41 millioner kroner.
- (11) Da det ikke ble oppnådd enighet, brakte Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS ved stevning datert 15. juni 2006 saken inn for Oslo tingrett med påstand om at festerne ikke hadde rett til forlengelse av avtalen på samme vilkår som før.
- (12) Oslo tingrett avsa 10. januar 2007 dom (TOSLO-2006-90544) med denne domsslutning:
 - «1. Festerne har ikke rett til forlengelse av kontraktene på samme vilkår som før.
 2. De saksøkte dømmes til å betale saksøkerne sakens omkostninger med 94 766 – nittifiretusensjuhundreogseksiseks – kroner. Beløpet forfaller til betaling 2 – to – uker fra dommens forkynning.»
- (13) Tingretten kom til at det ville være i strid både med Grunnloven § 105 og § 97 om festerne fikk anledning til å kreve festet forlenget på samme vilkår som før.
- (14) Festerne har anket tingrettens dom. Anken gjelder tingrettens rettsanvendelse og bevisbedømmelse. Med hjemmel i tvistemålsloven § 6 annet ledd har Høyesteretts kjæremålsutvalg samtykket i at anken bringes direkte inn for Høyesterett. Justitiarius

har besluttet at saken i sin helhet skal avgjøres av den samlede Høyesterett, jf. lov av 25. juni 1926 nr. 2 § 4 tredje ledd jf. § 3.

- (15) Tomtefesterforbundet har for Høyesterett erklært hjelpeintervensjon til fordel for festerne, mens NORSKOG Norsk Skogbruksforening har erklært hjelpeintervensjon til fordel for ankemotpartene. Da saken reiser spørsmålet om det er grunnlovsstridig å anvende tomtefesteloven § 33, er Justisdepartementet underrettet om saken, jf. lov av 25. juni 1926 nr. 2 § 5 tredje ledd. Staten ved Justisdepartementet har møtt under saken og vært representert ved regjeringsadvokaten.
- (16) Saken har vært behandlet i sammenheng med sak nr. 2007/410 (HR–2007–1594–P) Berit Mogan Lindheim mot Bjørg og Ove Melsom, som også gjelder forholdet mellom tomtefesteloven § 33 og Grunnloven. Den er videre behandlet i sammenheng med sak nr. 2007/350 (HR–2007–1595–P) Svein Olaf Sørheim mot Opplysningsvesenets fond, som gjelder forholdet mellom innløsningsbestemmelsen i tomtefesteloven § 37 og Grunnloven.
- (17) Da de tre sakene reiste spørsmålet om habiliteten til flere av Høyesteretts dommere, er det avholdt et særskilt rettsmøte hvor partene og staten ved Justisdepartementet møtte og gav uttrykk for sitt syn på dommernes habilitet. Høyesterett avsa 4. mai 2007 kjennelse, HR–2007–818–P, med denne slutning:
«Dommerne Gjølstad, Gussgard, Coward, Stang Lund, Oftedal Broch, Flock, Rieber-Mohn, Bruzelius, Øie, Tønder og Indreberg viker sete i sak nr. 2007/237, 2007/350 og 2007/410.»
- (18) Etter dette har åtte av Høyesteretts dommere deltatt under saken. Ved voteringen har dommer Endresen fratrudd, jf. lov av 25. juni 1926 nr. 2 § 7 annet ledd.
- (19) De ankende parter, *Mette-Marit Sakrisvold og Sturla Strandly mfl.* og hjelpeintervenienten, *Tomtefesterforbundet*, har med tilslutning fra *staten ved Justisdepartementet* i korte trekk anført:
- (20) Spørsmålet er om den retten tomtefesteloven § 33 gir festerne til å kreve festet forlenget «på same vilkår som før» er i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97 og/eller påbudet i § 105 om at det ved ekspropriasjon skal betales «full Erstatning». I relasjon til § 105 anfører de ankende parter og hjelpeintervenienten at retten til å kreve et kontraktsforhold forlenget, ikke kan regnes som ekspropriasjon. Det riktige må være å vurdere konsekvensen av § 33 som en rådhetsinnskrenkning, slik at det eventuelt er tale om en analogisk anvendelse av § 105. Grunnlovsstrid forutsetter dermed at det er tale om et vesentlig inngrep som virker sterkt urimelig – noe som ikke er situasjonen her. Skal bedømmelsen skje i forhold til § 97, er spørsmålet om forlengelse av festetiden «på same vilkår som før» er særlig urimelig eller urettferdig overfor bortfesteren. Det bestrides at dette er tilfellet her. Ved vurderingen må det legges stor vekt på at Stortinget vurderte grunnlovsspørsmålet, og at det konkluderte med at det ikke er grunnlovsstridig å anvende § 33.
- (21) Med hensyn til den nærmere argumentasjonen nøyer jeg meg med å nevne at det særlig er understreket at tomtefeste har flere særtrekk som tilsier at bortfesteren ikke med rimelighet kunne forvente å bli likestilt med grunneiere med en ubeheftet tomt. Det er videre fremhevet at den betydelige prisøkningen på tomter fra slutten av 1990-tallet, som avvek markert fra prisutviklingen for øvrig, gjorde det nødvendig for lovgiveren å gripe regulerende inn for å ivareta boligsosiale hensyn.
- (22) *Mette-Marit Sakrisvold og Sturla Strandly mfl.* har nedlagt denne påstand:
- «1. Festerne har rett til forlengelse av festekontrakten på samme vilkår som før.
 2. Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS dømmes in solidum til å betale sakens omkostninger for tingretten med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd 1. punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
 3. Cecilie Nustad, Mallin Eiendom AS og NORSKOG Norsk Skogbruksforening dømmes in solidum til å betale sakens omkostninger for Høyesterett med tillegg for den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd 1. punktum fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.»

- (23) Ankemotpartene, *Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS*, har i korte trekk anført:
- (24) Prinsipalt anføres det at den retten tomtefesteloven § 33 gir festerne, er ekspropriasjon og dermed omfattes av Grunnloven § 105. Uten denne bestemmelsen hadde festerne – dersom partene ikke hadde blitt enige om ny festeavtale – etter 22. desember 2006 stått uten festeavtale til tomten. Virkningen av loven er dermed i realiteten at den medfører en overføring av den totale bruksretten til tomten. Også overføring av bruksrett innebærer en avståelse av eiendomsrett etter Grunnloven § 105.
- (25) Grunnloven § 105 krever at det ytes «full Erstatning». Etter festeavtalen hadde grunneieren valget mellom «å forlenge det primære festeforhold for nye 50 år eller la festeren innløse tomten til full verdi på innløsningstiden». Etter begge alternativene kunne bortfesteren ha godskrevet seg tomtens markedsverdi. Sammenholdt med adgangen til oppregulering etter § 15 avskjærer tomtefesteloven § 33 denne muligheten. Særtrekkene ved tomtefeste, som festerne har fremhevet, kan ikke begrunne motsatt løsning. Et ønske om å drive sosial utjevningsspolitikk ved inngrep i festeavtaler er heller ikke forenlig med de krav som følger av Grunnloven § 105. Boligsosiale hensyn kan ikke vektlegges dersom grunneieren ikke får full erstatning.
- (26) Om Stortingets syn på grunnlovsspørsmålet anføres det at vurderingene er beheftet med flere svakheter som har betydning for vekten av Stortingets standpunkt. Vurderingene tilfredsstillende kort sagt ikke de kvalitetskravene som følger av Kløftasaken – Rt–1976–1. Grunnlovdrøftelsen er bare foretatt i forhold til § 97. Videre er det ikke drøftet at bortfesternes økonomiske situasjon vil kunne bli til dels betydelig forskjellig avhengig av om festeren krever forlengelse eller innløsning. Hadde festerne i stedet krevd innløsning, ville 40 prosentregelen ha gitt en innløsningssum på 24 millioner kroner om man tar utgangspunkt i gjennomsnittet av de to takstene som er avholdt. Kapitalverdien av den utgåtte kontraktens festeavgift, som festerne under henvisning til § 33 krever forlenget, er derimot bare 9,5 millioner kroner. Lovgiveren synes heller ikke å ha vært oppmerksom på at retten til forlengelse vil kunne åpne muligheten for å omgå 40 prosentregelen ved at festeren i første omgang krever forlengelse, og deretter – under henvisning til at festeavtalen er blitt tidsbegrenset – krever innløsning etter 30 gangerregelen.
- (27) Subsidiært anføres det at bestemmelsen også er i strid med tilbakevirkningsforbudet i § 97. Det er særlig vist til at gjennomsnittet av de to takstene gir en markedsverdi på 60 millioner kroner, mens kapitalverdien av gjeldende festeavgift er 9,5 millioner kroner.
- (28) Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS har nedlagt denne påstand:
- «1. Oslo tingretts dom av 10.01.07 stadfestes.
 2. De ankende parter dømmes til in solidum å betale sakens omkostninger for Høyesterett, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall og til betaling skjer.»
- (29) Hjelpeintervenienten, *NORSKOG Norsk Skogbruksforening*, har primært fremholdt de forpliktelsene som følger av første tilleggsprotokoll til EMK artikkel 1. Grunnloven går lenger enn artikkel 1 i å beskytte erstatningsnivået. Men EMDs praksis viser at artikkel 1 stiller strengere krav enn Grunnloven når det gjelder de interesseavveiningene som må foretas, og til at det må oppnås en rimelig balanse mellom partene. Da de omstridte bestemmelsene i tomtefesteloven innførte sjablonregler, kan dette medføre at resultatet i enkelte saker blir grunnlovsstridig. Høyesterett må derfor vurdere de generelle utslag av loven.
- (30) *NORSKOG Norsk Skogbruksforening* har nedlagt denne påstand:
- «Hjelpeintervenienten tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett, samt renter av omkostningene fra forfall til betaling skjer.»
- (31) **Mitt syn på saken:**
- (32) Jeg er kommet til et annet resultat enn tingretten.
- (33) Tomtefesteloven § 33 har, etter endring ved lov av 2. juli 2004 nr. 63, følgende ordlyd:
- «I staden for å krevje innløsning av festetomt til bustadhus eller fritidshus etter § 32 når festetida er ute, kan festaren eller dei som er omfatta av § 32 andre ledd krevje

lenging av festet på same vilkår som før. For feste som er lenga etter fyrste punktum gjeld § 7 fyrste ledd om festetid.»

- (34) Lovens § 7 fyrste ledd, som det vises til, har følgende ordlyd:
«For nye festeavtaler og avtaler som er lenga etter § 33 gjeld feste av tomt til bustadhus og fritidshus til festet vert sagt opp av festaren eller tomta vert innløyst.»
- (35) Ankemotpartene bestrider ikke at festerne kan kreve festekontraktene forlenget med den rettsvirkningen som følger av § 7 fyrste ledd. Tvisten gjelder om det kan kreves at dette skal skje «på same vilkår som før».
- (36) *Rettsstilstanden før dagens lovgivning om innløsning og forlengelse – noen hovedtrekk*
- (37) Før jeg går inn på vurderingen om det er grunnlovsstridig å anvende denne bestemmelsen, skal jeg gjennomgå hovedtrekkene i utviklingen av lovgivningen på dette området:
- (38) Før tomtefesteloven av 30. mai 1975 nr. 20, som trådte i kraft 1. januar 1976, hadde vi ingen generell lovregulering av festeforhold. Innløsningsrett for festeren krevde hjemmel i avtalen mellom partene, jf. Lid: Tomtefeste side 304 og Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet side 27 (NUT–1971–3). Om rett til forlengelse uttaler Lid: Tomtefeste side 252:
«Som nemnt er det mange stader rett vanleg at festeavtalane med reine ord steller i utsikt ei fornying av festet. Dette kan – saman med risikoen for oreigningsinngrep – ha skapt grunnlaget for ein sedvane om at festaren skal ha rett til å feste tomta på nytt om ikkje eigaren har sakleg grunn til å nekte ny bortfesting. Dette vil ein kanskje heller seia på den måten at det har vore ein stillteiande føresetnad at avtala skulle fornyast. Særleg om festetida er stuttare enn den vanlege avskrivningstida for slike bygningar som festaren etter avtala skal kunna ha på tomta, vil dette synspunktet ha stor vekt.»
- (39) I Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet side 18 (NUT–1971–3) finner man stort sett tilsvarende synspunkter.
- (40) Da tomtefesteloven ble vedtatt i 1975, hadde vi derimot i lang tid hatt hjemmel for å ekspropriere festet grunn. Lov om ordning av visse jordspørsmål av 22. juni 1928 nr. 25 § 70 tredje ledd inneholdt følgende ekspropriasjonshjemmel:
«Er der på leiet (festet) grunn opført noen sådan bebyggelse som i første og annet ledd nevnt [blant annet boligtomt] og husene tilhører leieren, kan Kongen likeledes gi herredskommunen tillatelse til å kreve tvungen avståelse av grunnen og hvor dertil er rimelig adgang med fornøden grunn til have til fordel for leieren, hans ektefelle, barn, herunder adoptivbarn og barnebarn.»
- (41) I Innstilling fra Utvalget til å utrede spørsmålet om forenkling og rasjonalisering av ekspropriasjonslovgivningen, som avgav sin innstilling i 1954, opplyses det på side 101 at denne bestemmelsen hadde vært «meget brukt». Ved lov om oreigning av fast eiendom av 23. oktober 1959 ble det i § 2 fyrste ledd nr. 31 gitt hjemmel for ekspropriasjon av grunn for «[b] Justadbygging eller å få eigar- eller bruksrett til tuft som det står hus på når huseigaren ikkje eig grunnen». Denne bestemmelsen gjelder fortsatt.
- (42) Tomtefesteloven av 1975 § 10 fyrste ledd gav – med noen unntak som jeg ikke går inn på – fester av tomt til bolig- eller fritidshus innløsningsrett når det var gått 50 år av festetiden; deretter hver gang det hadde gått nye ti år og senest ved festetidens utløp. For tomter som før lovens ikrafttreden 1. januar 1976 var festet bort til bolig- eller fritidshus, fastsatte § 33 at Kongen kunne samtykke i at festeren fikk rett til å kreve tomten innløst. I Rundskriv G–95/88 (G–1988–95) av 24. mai 1988 fra Justisdepartementet opplyses det at samtykke til innløsning «som hovedregel [har] vært gitt der ikke vesentlige interesser har talt imot».
- (43) Om innløsningssummen bestemte § 11 tredje ledd at den skulle være i samsvar med «tomteverdet på innløysingstida, med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller med tilskott til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdet må ikkje reknast høgare enn ved verdsetjing i oreigning.»
- (44) Tomtefesteloven av 1975 inneholdt ingen generell hjemmel for at festere kunne

kreve festet forlenget. Lovens § 10 annet ledd 1. punktum oppstilte imidlertid et unntak fra innløsningsretten for tomter festet bort til fritidshus hvor tomten hørte til et familie- eller kombinasjonsbruk innen landbruket, og hvor det festearealet som hørte til bruket «til saman utgjer ein turvande del av inntektsgrunnlaget». Innløsningsrett kunne i disse tilfellene bare gjøres gjeldende når dette var avtalt. Som konsekvens av denne begrensningen – «landbruksunntaket» – fastsatte § 10 annet ledd 2. punktum at når 1. punktum avskar innløsningsretten, kunne festeren kreve festet «lengd på same vilkår som før, kvar gong for minst 10 år, så framt omsyn til landbruket ikkje gjev rimeleg grunn til at festet skal opphøre». I Rt–1999–1294 kom Høyesterett til at denne retten gjaldt direkte også for festeavtaler inngått før 1. januar 1976, og at forlengelse ikke krevde Kongens samtykke.

- (45) For feste av tomt til bolig- eller fritidshus ble det i § 6 fastsatt at det ikke kunne avtales kortere festetid enn 80 år. Kortere festetid forutsatte at festeavtalen gav hjemmel for forlengelse «på same vilkår som før», og slik at festetiden minst ble 80 år. Festeavtaler for disse tomtene vil altså ikke kunne utløpe før etter 1. januar 2056.
- (46) En rekke festeavtaler har inneholdt en bestemmelse om at bortfesteren skal kunne kreve at festeren innløser tomten, gjerne med noen måneders varsel, fra det tidspunktet bortfesteren bestemmer. Ved denne innløsningen skulle det etter avtalene ofte betales et beløp som tilsvarende markedsverdien for tomten på innløsningstidspunktet. Særlig i pressområdene rundt de større byene hadde prisutviklingen for alminnelige boligtomter på andre halvdel av 1980-tallet ført markedsprisen opp i flere hundre tusen kroner. En del grunneiere benyttet da muligheten til å kreve innløsning – noe som satte mange festere i en vanskelig økonomisk situasjon. For å motvirke slike utslag, ble det ved lov av 12. mai 1989 nr. 22 gitt følgende bestemmelse i tomtefesteloven § 4:
- «Avtale om at bortfestaren kan krevje at festaren innløysar tomt som er festa bort til bustadhus eller fritidshus før festetida etter avtala elles er ute, er ikkje bindande for festaren.»
- (47) Etter § 32 nr. 1 gjaldt bestemmelsen også for festeavtaler som var inngått før 1. januar 1976. For disse avtalene var det imidlertid gjort unntak for tilfeller hvor «det ville verke urimeleg for bortfestaren om han ikkje kunne krevje innløysing».
- (48) Dette forbudet ble behandlet i plenumssaken i Rt–1990–284 – Selsbakkdommen – som jeg kommer tilbake til.
- (49) Tomtefesteloven av 20. desember 1996 nr. 106 § 32 regulerte opprinnelig festerens innløsningsrett for tomt festet bort til bolighus. For festeavtaler inngått etter lovens ikrafttreden, kunne det kreves innløsning etter 30 år, mens det for festeavtaler inngått tidligere, men etter 1975, kunne kreves innløsning etter 50 år. I begge tilfeller var det tatt forbehold for tilfeller hvor det var avtalt kortere festetid. Også for festeavtaler inngått før 1976, og som var i «varig bruk» som bolighus for festeren mv., kunne det kreves innløsning etter 50 år, eller når festetiden var ute. Var festet i dette tilfellet festet bort på festerens livstid, måtte Kongen samtykke i innløsning.
- (50) Innløsningsretten for feste av tomt til fritidshus var regulert i § 33. For festeavtaler inngått etter 1975, men før lovens ikrafttreden, kunne det kreves innløsning etter 50 år, med mindre kortere tid var avtalt. For festeavtaler inngått før 1976, og hvor tomten var i «varig bruk» som fritidshus for festeren mv., kunne innløsning skje med Kongens samtykke. Det ble derimot ikke gitt noen innløsningsrett for festeavtaler inngått etter lovens ikrafttreden. Dette er begrunnet i at § 7 første ledd fastsetter at disse festeavtalene gjelder inntil de sies opp av festeren, jf. Innst.O.nr.85 (1995–1996) side 10.
- (51) Innløsningsvilkårene var regulert i § 36. Var festeavtalen tidsubegrenset uten oppsigelsesrett for bortfesteren, skulle innløsningssummen settes til «kapitalverdien av den årlege festeavgifta etter regulering på innløysingstida». For andre festeavtaler inngått etter 1975 skulle innløsningssummen settes til «tomteverdien på den tida festet vart skipa, omrekna etter endringa i pengeverdien frå då av og fram til innløysingstida, med tillegg eller frådrag for halvparten av den endringa i tomteverdien i

- festetida som ikkje skriv seg frå endringar i pengeverdien eller frå festaren». For festeavtaler inngått før 1976, fastsatte imidlertid § 36 tredje ledd at, dersom ikke noe annet fulgte av avtalen, kunne bortfesteren også kreve innløsningssummen fastsatt etter reglene om erstatning ved ekspropriasjon. I Ot.prp.nr.28 (1995–1996) side 69 er det vist til innstillingen fra Sivillovbokutvalet i NOU 1993:29 hvor det uttales at dette «er ein naturleg og truleg og ein naudsynleg skipnad, ettersom det i røynda er regulær oreigning av eigarrett det er tale om».
- (52) Loven inneholdt ingen generell rett for festeren til å kreve festet forlenget. For tomt til bolighus gav imidlertid § 32 femte ledd festeren rett til å kreve forlengelse dersom offentlig myndighet ved krav om innløsning ikke samtykket i deling av eiendommen. I så fall kunne festeren kreve festet forlenget «på same vilkår som før», hver gang for minst ti år. For festeavtaler inngått før 1976, kunne derimot bortfesteren kreve endringer i samsvar med det som hadde hjemmel i festeavtalen. Men det kunne også kreves nye vilkår selv om festeavtalen ikke gav hjemmel for det. Dersom partene ikke ble enige, hørte avgjørelsen under skjønn.
- (53) Ved feste av tomt for fritidshus videreførte § 33 «landbruksunntaket» i tomtefesteloven av 1975 for avtaler inngått etter 1975 og fram til lovens ikrafttreden. For disse festeavtalene fulgte det av § 33 første ledd 4. punktum at festeren kunne kreve forlengelse «på same vilkår som før», hver gang for minst ti år. For festeavtaler inngått før 1976, og hvor fritidshuset var i «varig bruk» for festeren mv., fulgte det av § 33 annet ledd at festeren ved festetidens utløp kunne kreve forlengelse, hver gang for minst ti år. Dersom partene ikke ble enige om de nye vilkårene, hørte avgjørelsen under skjønn.
- (54) De rettighetene som tomtefesteloven av 1996 gav festere med festeavtale inngått før 1976, forutsatte at festetiden utløp to år eller mer etter lovens ikrafttreden, jf. § 44 tredje ledd.
- (55) Omsetning av fast eiendom og festeavgiftene var prisregulert fra og med 1940. I perioden 15. oktober 1954 fram til 18. juli 1958 gjaldt det noen reservasjoner som jeg ikke går inn på. Av interesse for vår sak nevner jeg at midlertidige forskrifter for omsetning og bortfeste av grunnarealer, gitt ved kgl.res. 18. juli 1958, § 5 fastsatte at det ikke måtte tas høyere festeavgift enn bestemt av prisnemnda. Avgiften skulle i alminnelighet settes til fire prosent av eiendommens takstverdi. Forhøyelse av eldre festeavgifter krevde samtykke fra prisnemnda. Prisreguleringen gjaldt i byene og i de kommunene, eventuelt deler av dem, hvor dette var bestemt. Om oppregulering av avgiften ble det senere ved Lønns- og prisdepartementets forskrifter av 24. november 1965 fastsatt at oppregulering kunne skje med intervaller på ti år, og normalt ikke med et høyere beløp enn det som tilsvarte økningen i Statistisk Sentralbyrås engrosprisindeks.
- (56) Fram til 26. mai 1983, da prisreguleringen ble opphevet, fortsatte reguleringen etter omtrent samme mønster. For festeavgiftene ble prisreguleringen gjeninnført ved forskrift fastsatt 16. desember 1983 av Forbruker- og administrasjonsdepartementet. Da enkelte bortfestere i mellomtiden hadde økt festeavgiften betydelig, fulgte det av § 2 at det ikke måtte tas høyere avgift enn den som gjaldt pr. 26. mai 1983, «oppregulert med multiplikator etter § 3 for det år da festeavgiften siste gang ble forhøyet». Den nye prisreguleringen var begrenset til forhøyelse av festeavgiften. For nye festeavgifter fulgte det av tomtefesteloven av 1975 § 13 at de ikke måtte overskride «det som svarar til ei rimeleg avkasting av tomteverdet – med frådrag for tilskott etter § 5 – og under omsyn til rentenivået».
- (57) Den prisreguleringen som ble gjeninnført i desember 1983, gjaldt, med noen mellomliggende justeringer, fram til 1. januar 2002 da tomtefesteloven av 1996 trådte i kraft. Opphevelsen var begrunnet i at det i tomtefesteloven § 15 ble gitt regler om regulering. Disse innebærer at oppreguleringen som hovedregel skal skje etter konsumprisindeksen.
- (58) Loven unntok imidlertid tilfeller hvor det «tvillaust» er avtalt regulering på annen måte. Med de kraftige økningene i bolig- og tomteprisene som ble innledet på siste

halvdel av 1990-tallet, kunne denne reservasjonen medføre at bortfestere med festeavtaler som gir hjemmel for oppjustering i samsvar med økningen i tomteverdien, kunne mangedoble sine festeavgifter. For å begrense konsekvensene av den reguleringsadgangen som fulgte av § 15, ble bestemmelsen endret ved lov av 7. juli 2000 nr. 70. Når festeavtalen gjelder tomt til bolig- eller fritidshus, og festeavtalen er inngått før 26. mai 1983, kan avgiften som en engangsjustering forhøyes til maksimalt kr 9000 for hver dekar tomt. For mindre tomter enn ett dekar, ble grensen satt til samme beløp. Dette maksimalbeløpet kan forhøyes ved hvert senere årsskifte i samsvar med utviklingen i konsumprisindeksen.

- (59) *Endringen av innløsningsreglene og innføringen av rett til å kreve forlengelse av festetiden «på same vilkår som før» ved lov av 2. juli 2004 nr. 63*
- (60) Tomtefesteloven av 1996 trådte i kraft 1. januar 2002. I august 2001 sendte Justisdepartementet ut et høringsnotat med utkast til visse endringer i loven for å sikre festernes rett til egen bolig mv. Her uttales det at regjeringen mente at loven «på sentrale punkt ikkje tar godt nok omsyn til dei sosialpolitiske omsyn og rettferdsomsyn som gjer seg gjeldande». Det ble blant annet foreslått en noe forbedret innløsningsrett for festeren, og det ble også reist spørsmål om festeren – i stedet for å kreve innløsning – skulle gis rett til å kreve festetiden forlenget.
- (61) I januar 2003 traff Stortinget i Innst.S.nr.102 (2002–2003) følgende vedtak:
«Stortinget ber Regjeringen i forbindelse med evaluering av virkningen av dagens lov og uttalelsene til Stoltenberg-regjeringens høringsrunde, å legge frem for Stortinget ulike alternativer til regelverk som innebærer rett til innløsning av festetomter til bolig og fritidsformål, herunder også forslag til nødvendige lovendringer.»
- (62) I juni 2003 sendte departementet ut et nytt høringsnotat – dels om regulering av festeavgiften og dels om fastsettelse av innløsningssummen.
- (63) Departementet mottok en rekke innspill. De mottatte uttalelsene gjaldt stort sett innløsningsretten, jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 54. På bakgrunn av høringene utarbeidet departementet Ot.prp.nr.41 (2003–2004). Som ny § 32 ble det for tomt til bolig- eller fritidshus foreslått å gi festeren innløsningsrett når det er gått 30 år av festetiden. Etter utkastet § 37 skulle innløsningssummen settes til «30 gonger årleg festeavgift etter regulering på innløysingstida, om ikkje ein mindre innløysingssum er avtalt». Det ble dessuten foreslått et minstebeløp på kr 50 000.
- (64) I stedet for innløsning skulle festeren etter utkastet § 33 både for tomt til bolig- og fritidshus kunne kreve forlengelse «på same vilkår som før». I så fall ville festet gjelde inntil det ble sagt opp av festeren eller tomten ble innløst.
- (65) Både i proposisjonen, innstillingen til Odelstinget og under debatten i Odelstinget fremhevet man sterkt de boligsosiale hensyn som begrunnelse for lovendringen. Den konkrete begrunnelsen som departementet gav for også å foreslå en rett til ved festetidens utløp å kreve festet forlenget «på same vilkår som før» kommer jeg tilbake til.
- (66) Med en viktig reservasjon fulgte justiskomiteen opp dette forslaget. Komiteen fjernet imidlertid minstesummen på kr 50 000. I stedet ble det i Innst.O.nr.105 (2003–2004) innført en sontring mellom tidsbegrensede og tidsubegrensede festeavtaler. For de tidsbegrensede avtalene ble det foreslått følgende alternativ til 30 gangerregelen:
«Om ikkje anna er avtalt skal innløysingssummen for andre tomter enn dei som er festa bort på uavgrensa tid utan oppseiingsrett for bortfestaren likevel ikkje vere mindre enn 40 pst. av tomteverdet på innløysingstida, med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller tilskott til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdet må ikkje setjast høgare enn det tomta kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta.»
- (67) Før denne innstillingen ble avgitt, foregikk det omfattende forhandlinger mellom de politiske partiene om innløsningsvilkårene. Dagen før innstillingen ble avgitt, oppnådde regjeringspartiene enighet med Arbeiderpartiet. Forliket gikk ut på at Arbeiderpartiet prinsipalt skulle stemme for en innløsningssum som tilsvarte 25 ganger opprinnelig prisjustert årlig festeavgift, og at det ikke skulle lovfestes noen minste innløsningssum. Subsidiært skulle Arbeiderpartiet stemme for regjeringspartienes

forslag, og begge parter skulle ha adgang til å påberope seg 40 prosentregelen. Dette hadde imidlertid ikke kommet med i lovutkastet i Innst.O.nr.105 (2003–2004), men i sitt første innlegg under Odelstingsdebatten opplyste saksordføreren, Finn Kristian Marthinsen, om dette, og han la fram utkast til ny lovtekst. Forslagene til § 32 om innløsningsrett og § 33 om rett til forlengelse ble vedtatt med 57 mot 16 stemmer, mens § 37 første ledd ble vedtatt med 47 mot 26 stemmer.

(68) *Noen statistiske opplysninger om tomtefeste*

(69) Før jeg går inn på de rettsspørsmål saken reiser, er det naturlig først å gi noen faktiske opplysninger om hvor utbredt tomtefeste er. Om dette viser jeg til høringsnotatet fra 2003 hvor det gis følgende opplysninger:

«I grunnbøkene var det pr. juli 2002 registrert noe over 265 000 eiendommer med festere og fremfestere. I følge Statens kartverk var det til samme tid registrert 352 773 festeforhold. Dette tallet er noe høyere enn det reelle, i det hver enkelt fester registreres som å ha et festeforhold også når det er flere personer på festersiden. Basert på disse tallene er det grunn til å anta at det er mellom 300 000 og 350 000 festeforhold i Norge.

...

I 2001 var det 137 067 registrerte hjemmelsoverføringer i Norge. Til sammenligning forelå 16 067 overføringer av festeforhold. Det ble etablert 2648 nye festeforhold. Av disse var 352 for boligformål og 1806 for fritidsformål. Dette tyder på at de aller fleste nye festekontrakter knytter seg til fritidseiendommer.

Av de 352 773 registrerte festeforholdene pr. juli 2002 står privatpersoner som festere i 295 277 tilfeller. Dette utgjør 84 % av det samlede antall festeforhold. Aksjeselskap er oppført som festere i 22 342 tilfeller (6 %), mens kommuner er oppført som festere i 18 500 tilfeller (5 %). Tallene viser at det i første rekke er privatpersoner på festersiden.

Av de registrerte festeforholdene er 151 790 til boligformål, mens 97 128 er til fritidsformål. 67 843 tilfeller er ikke oppgitt å knytte seg til ovennevnte kategorier, mens i 55 433 av disse tilfellene er det privatpersoner som står oppført som festere. Dette tyder på at det stort sett dreier seg om feste til bolig- eller fritidsformål. På denne bakgrunn foreligger det trolig om lag 300 000 festeforhold som er til bolig- eller fritidsformål.»

(70) I Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 51 er det – på grunnlag av en spørreundersøkelse – gitt følgende opplysninger om hvor utbredt ulike reguleringsklausuler er:

«Etter undersøkelsen har 50 til 70 prosent av festekontraktene klausuler som sikrer justering av avgiften ved endringer i pengeverdien, mens 10 til 20 prosent ikke har bestemmelse om hvordan avgiften skal reguleres, og 20 til 30 prosent har klausuler om regulering på annen måte.»

(71) Om det siste anslaget nevner jeg at det i proposisjonen på side 47 uttales at «i underkant av 30 prosent av boligfestene og mellom 10 og 20 prosent av fritidsfestene» har tomteverdiklausul.

(72) *Domstolenes prøvingsrett overfor lovens grunnlovmessighet*

(73) Før vurderingen av om anvendelsen av tomtefesteloven § 33 i vår sak er grunnlovsstridig, finner jeg det riktig først å gå inn på domstolenes prøvingsrett. Prøvingsretten har nå vært praktisert i mer enn 150 år, og den innebærer at domstolene både har en prøvingsrett og en prøvingsplikt. Om innholdet av den uttaler førstvoterende i plenumsdommen i Rt–1976–1 – Kløftasaken – på side 5–6:

«Det er imidlertid forskjellige oppfatninger av hvor meget som skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig. Jeg finner ikke grunn til å uttale meg i sin alminnelighet om dette. Løsningen vil i noen grad avhenge av hvilke grunnlovsbestemmelser det er tale om. Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg som førstvoterende i plenumssaken inntatt i Rt–1952–1089, særlig side 1098 (hvalavgiftssaken), at

domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.

Jeg finner det klart at Stortingets forståelse av lovens forhold til slike grunnlovsbestemmelser må spille en betydelig rolle når domstolene skal avgjøre grunnlovsmessigheten, og domstolene må vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgiverens. I og med at Stortinget har gitt ekspropriasjonserstatningsloven, må spørsmålet for domstolene bli om lovens regler leder til resultater som er forenlige med grunnlovens § 105, ikke om resultatene ville blitt de samme uten lovregler. Ut fra dette vil jeg for min del vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven. Men skal prøvelsesretten ha noen realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med grunnloven.»

- (74) Denne tredelingen gjentas i plenumsdommen i Rt–1996–1415 hvor førstvoterende uttaler (side 1429):

«Jeg ser denne tredelingen som grunnleggende riktig. Det er nok så at den er relativt grov, især omfatter de økonomiske rettigheter svært forskjellige kategorier, men som generelt utgangspunkt må grunnlovsvernet etter bestemmelser om den personlige frihet eller sikkerhet være sterkere enn grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter.»

- (75) Vår sak gjelder grunnlovsvernet for økonomiske rettigheter, hvor det altså følger av sikker rettspraksis at domstolene må være mer tilbakeholdne med å sette lovgiverens grunnlovsvurderinger til side enn ved bestemmelser som gjelder personlig frihet og sikkerhet. Men også for økonomiske rettigheter er – som Kløftadommen viser – grunnlovsvernet en realitet.

- (76) Før jeg går inn på min egen grunnlovsvurdering, vil jeg først se på den grunnlovsvurderingen som ble foretatt fra lovgivers side. Her minner jeg om at førstvoterende i Kløftasaken fremhevet betydningen av at Stortinget «klart har vurdert og bygd på» at loven ikke kommer i strid med Grunnloven. Av dette utleder jeg at det må stilles et kvalitetskrav i den forstand at Stortingets standpunkt må være basert på et overveid syn, og at eventuelle misforståelser kan ha betydning for hvilken vekt Stortingets standpunkt kan tillegges.

- (77) Jeg gjengir først departementets begrunnelse for å foreslå lovfestet en rett for festeren til å kreve festeavtalen forlenget, jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 54 andre spalte:

«*Departementet* peker på at hovedmålsettingen med lovforslaget er å legge til rette for at flere skal ha mulighet til å overta festetomten til eie. I enkelte tilfeller vil imidlertid innløsning være en så tung økonomisk byrde at festeren bør ha andre alternativer enn å avvikle festeforholdet. De festerne som ikke er i stand til å innløse tomten, bør etter departementets vurdering sikres en varig disposisjonsrett over tomten. Spørsmålet har ikke hatt stor aktualitet fram til nå, men dette må antas å endre seg i årene som kommer når flere kontrakter løper ut. Uten ufravikelig lovgivning vil disse festerne stilles overfor valget mellom å innløse, avvikle eller forlenge festekontrakten på de vilkår grunneieren setter dersom grunneieren ikke ønsker å avvikle festeforholdet. Dette er etter departementets oppfatning ikke en holdbar rettstilstand, og det foreslås derfor at festeren skal ha rett til å forlenge festekontrakten når festetiden er ute. Departementet har vurdert om grunneieren bør ha rett til å kreve nye vilkår i festeavtalen, men har kommet til at festeren skal kunne forlenge festeforholdet på samme vilkår. Boligsosiale hensyn på festerensiden er det avgjørende for departementet i denne vurderingen. Dersom bortfesteren skal ha adgang til å oppjustere festeavgiften til markedsleie, vil festeren i prinsippet komme i den samme økonomiske klemme som ved en eventuell innløsning der kostnadene ved lånefinansieringen overstiger den årlige festeavgiften.»

- (78) Grunnlovsvurderingen i Ot.prp.nr.41 (2003–2004) knytter seg primært til innløsningsvilkårene, jf. proposisjonen side 48–52. Vurderingen av retten til å kreve forlengelse er derimot atskillig mer kortfattet, jf. proposisjonen side 55, hvor det utta-

les:

«Lovforslaget innebærer en viss tilbakevirkning, særlig for grunneiere som har inngått festeavtaler før 1976, da det ikke gjaldt noen slik rett til forlengelse. Departementet har kommet til at de sosiale hensyn på festersiden veier tyngre enn hensynet til grunneiersiden, og legger til grunn at forslaget er forenlig med Grunnloven § 97. Forslaget anses ikke mer inngripende enn de foreslåtte reglene om innløsning, og det vises for så vidt til Rt–1990–284 og drøftelsen av forholdet til Grunnloven under punkt 6.5 [som gjelder innløsningsvilkårene]. Departementet vektlegger bl.a. de sosiale hensyn som gjør seg gjeldende, og at det er tale om regler relatert til et langvarig kontraktsforhold mellom partene.»

(79) I Innst.O.nr.105 (2003–2004) side 18 første spalte uttaler justiskomiteen:

«Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, er enig med departementet i at de festerne som ikke har økonomisk mulighet til å innløse tomten etter ny tomtfestelov § 37, bør sikres en varig disposisjonsrett over tomten. Flertallet mener at rett til forlengelse bør gis på samme vilkår som festekontrakten gir anvisning på. I vurderingen av disse forhold har flertallet lagt betydelig vekt på boligsosiale hensyn.

Flertallet støtter departementets vurdering av forholdet til Grunnloven også på dette punkt og viser for øvrig til det som ovenfor er sagt om forholdet til Grunnloven.»

(80) Også under debatten i Odelstinget gjentok flertallet at man mente forslaget var i samsvar med Grunnloven.

(81) Disse sitatene viser at både departementet og Stortinget vurderte forholdet til Grunnloven, og konkluderte med at det ikke var grunnlovsstridig.

(82) Sammenligningen med innløsningsvilkårene i proposisjonen lider av en svakhet ved at departementet foreslo at innløsningssummen skulle settes til 30 ganger årlig festeavgift etter regulering på innløsningstiden. Denne multiplikatoren innebar en viss overkompensasjon – noe departementet selv påpekte, jf. proposisjonen side 47. Men sitatet fra justiskomiteens innstilling viser at komiteen var klar over at forlengelse for festerne, økonomisk sett, kunne være gunstigere enn innløsning. Det kan vanskelig bygges på at Stortinget ikke var oppmerksom på at bortfesterne vil kunne komme dårligere ut om festerne velger forlengelse fremfor innløsning. Jeg kan kort sagt ikke se at det er svakheter ved Stortingets grunnlovsvurdering som fratrar den vekt ved den vurderingen som domstolene skal foreta.

(83) Det er anført at Stortingets grunnlovssyn her uansett ikke kan tillegges vekt, fordi Stortinget bygget på en annen grunnlovsforståelse i 1996.

(84) Etter min vurdering kan ikke det forholdet at det i 1996 og 2004 ble inntatt forskjellig standpunkt til grunnlovsspørsmålet, begrunne at det standpunktet som ble inntatt i 2004, underkjennes. Stortinget er ikke under en lovbehandling bundet av den grunnlovstolkningen det har bygget på i forbindelse med en tidligere lovsak. Også i slike tilfeller er det den aktuelle lovbestemmelsen – og den aktuelle grunnlovstolkningen – som skal prøves. Dette illustreres av hva førstvoterende fremholdt i plenumsdommen i Rt–1996–1415 hvor det på side 1431 uttales at «[r]ettsutviklingen kan medføre endringer med hensyn til hvilke interesser som beskyttes av Grunnloven § 97, og den kan også medføre endringer i synet på hva som skal til av urimelighet eller urettferdighet for å konstatere brudd på grunnlovsbestemmelsen». Da prisutviklingen på tomtemarkedet første halvdel av 1990-tallet var vesensforskjellig fra den utviklingen som Stortinget ble konfrontert med på begynnelsen av dette århundret, hadde ikke Stortinget den gang samme foranledning som i 2004 til å foreta en like inngående vurdering av hvor omfattende reguleringen kunne være uten å komme i strid med Grunnloven.

(85) *Skal grunnlovsprøvingen ta utgangspunkt i Grunnloven § 97 eller § 105?*

(86) Ankemotpartene bestrider, som nevnt, ikke lovgiverens adgang til å gi festerne en lovfestet rett til å kreve festet forlenget. Anførselen er at det er grunnlovsstridig å gi dem rett til forlengelse «på same vilkår som før».

(87) Ved vurderingen av dette spørsmålet må det først avgjøres om Grunnlovens grenser

- følger av § 97 eller av § 105, eller om det – som anført av festerne – er tale om en rådgighetsinnskrenkning hvor en analogisk anvendelse av § 105 bare unntaksvis gir krav på erstatning.
- (88) Festerne anførsel om at retten til forlengelse av festeretten «på same vilkår som før» er en rådgighetsinnskrenkning, kan etter min mening ikke føre fram. Helt siden dommen i konsesjonslovsaken i Rt. 1918 I side 403 (Rt–1918–403) har Høyesterett bygget på at dersom det, som uttalt av assessor Siewers i Rt–1914–177 på side 205, skjer «en *avstaaelse* fra eierens side og fra statens side en tilegnelse, som helt eller delvis *overfører eiendomsraadigheten* til staten eller andre til dens videre utnyttelse i samme eller andet øiemed», følger det av § 105 at det må betales full erstatning. Omvendt foreligger det en rådgighetsinnskrenkning når «der ikke er tale om en *avstaaelse* og tilegnelse, men om saadanne bestemmelser, som av almene hensyn, i samfundets interesse sigter til at *regulere eiendomsraadigheten*, uten at der sker nogen overførelse til andre».
- (89) Retten til forlengelse i § 33 atskiller seg klart fra en regulering av eiendomsrådigheten. Ved § 33 er festeren gitt en rett til å feste tomten i en lengre periode enn avtalen gir adgang til. Det er altså tale om overføring av rettigheter til eiendommen ut over den avtalte perioden – noe som isolert sett kunne tale for at forholdet direkte reguleres av § 105. I denne sammenheng bemerker jeg at påbudet om «full Erstatning» i § 105 også gjelder ved ekspropriasjon av begrensede rettigheter, jf. Andenæs/Fliflet: Statsforfatningen i Norge, tiende utgave side 423.
- (90) Selv om tomtfesteloven § 33 medfører overføring av eiendomsrådighet, finner jeg det likevel klart at grunnlovsmessigheten av retten til forlengelse på uendrete vilkår må vurderes etter Grunnloven § 97 og ikke etter § 105. Slik har også lovgiver sett det, jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 55 som er sitert foran, og hvor det forutsettes at grunnlovsmessigheten må avgjøres etter § 97. I denne sammenheng er det sentralt at reglene om forlengelse griper regulerende inn i en situasjon som partene selv har skapt ved festeavtalen. Avtalen gjør det nødvendig at festerne får ha sine bygg på tomten i svært lang tid etter at den avtalte festetiden er utløpt. Det er en regulering – med tilbakevirkning – direkte knyttet opp til avtalen, eller rettere sagt til begrensningene i den, som lovbestemmelsen gir. En slik etterfølgende regulering, knyttet opp til et kontraktsforhold mellom partene, har i vår rettstradisjon vært vurdert ut fra Grunnloven § 97, og ikke ut fra § 105. Det gjelder også om reguleringen har medført en overføring av rettigheter og plikter partene imellom. Synsvinkelen må også kunne anvendes i et tilfelle som det foreliggende selv om inngrepet i avtalen innebærer en overføring av rådighet.
- (91) Jeg viser her til Knoph: Rettslige standarder på side 160–162 hvor han ved drøftelsen av grunnlovsmessigheten av lovgivning om tvangskontrahering uttaler:
- «1. På sett og vis har all regulering av eldre kontrakter et element av tvangskontrahering i sig, iallfall potensielt. ...
- Sålenge man bare innskrenker rettighetene etter kontrakten, faller slektskapet med tvangskontrahering dog ikke sterkt i øinene. Men når man ikke bare relativt, men også absolutt sett øker de plikter den fører med sig, begynner likheten å tre tydeligere frem. Og ganske påtagelig blir den hvis man forlenger kontraktstiden, eller gjør en opsigelig kontrakt uopsigelig. En viss forskjell blir det dog alltid tilbake, såvel i rettslig som i faktisk henseende: Hvis man søker tilknytning til avtaler som er inngått frivillig, og nøier sig med å forlenge virkningen av dem, er dette tross alt et mindre vidtgående inngrep enn om man tvinger folk til å slutte avtaler på helt bar bakke.
2. Egentlige tvangskontrakter kan lovgivningen normalt ikke pålegge borgerne, medmindre det blir betalt erstatning for mulige tap. Noen vil si at dette følger av grl. § 105, andre vil støtte sig til § 97. ...
- Noen tilsvarende ubetinget regel om at det også skal svares erstatning når et bestående kontraktsforhold blir forlenget, kan derimot ikke oppstilles. Tvertimot så vi foran at grl. § 97 ikke stod i veien for moratorier, hvis de var av rimelig lengde og grunnet i ekstraordinære forhold. ...

3. Spørsmålet om nye lover kan forlenge eldre kontrakter uten å støte an mot grl. § 97 har særlig vært praktisk hos oss, når kontraktene gir rådighet over fast eiendom. Aller størst betydning har lovgivningen om husleieregulering hatt. Men også de midlertidige lovene om forlengelse av husmannsfeste, som var innledning til den avvikling av husmannsinstitusjonen som nå er i full gang, gjorde spørsmålet aktuelt.

I sånne forhold synes det klart at man ikke kan nøie sig med å se tilbakevirkningsspørsmålet obligasjonsrettslig an, som et rent og skjært spørsmål om nye lovers adgang til å virke inn på bestående kontrakter. I minst like høi grad gjør lovene inngrep i rådigheten over fast eiendom og må vurderes derefter. Det innebærer bl.a. at det må tas hensyn til hvor vesentlig inngrepet er i forhold til hele eiendomsrådigheten. Den samfunnsmessige bakgrunn for inngrepet blir også lett en annen; å sitte med fast eiendom er nå engang et sosialt privilegium, hvis regulering til sine tider er bydende nødvendig.»

- (92) Knoph legger altså uttrykkelig til grunn at forlengelse av avtalers varighet reguleres av § 97. Rettspraksis bygger også på at lovgivning som griper inn i inngåtte avtaler, reguleres av § 97 selv om lovgivningen – på samme måten som når en avtaleperiode forlenges – medfører en omfordeling av partenes rettigheter og plikter.
- (93) Dette illustreres blant annet av plenumsdommen i gullklausulsaken i Rt–1962–369. Flere statslån fra forrige århundreskifte inneholdt en klausul som gav kreditor rett til å få innfridd kravet etter gullverdi. Ved en lov fra 1923 ble debtors plikt til å innfri sine forpliktelser etter denne klausulen suspendert. Selv om loven medførte at debtors betalingsplikt ble betydelig redusert, kom Høyesterett til at den ikke var grunnlovsstridig. Det ble blant annet vist til at loven inneholdt en «saklig og forsvarlig avgjørelse», og at loven tok sikte på å verne om «samfunnets vitale interesser» (side 385). Avgjørelsen viser for øvrig at når samfunnets vitale interesser står på spill, skal det svært mye til før en lov blir grunnlovsstridig. Det kan selvfølgelig hevdes at de samfunnsmessige hensyn var enda tyngre i denne enn i vår sak. Men poenget i forhold til vår problemstilling er at den betydelige forskyvningen av rettighetsposisjoner fra kreditor til debitor ble vurdert i forhold til § 97 og ikke § 105.
- (94) Det kan også vises til plenumsdommen i Rt–1990–284 – Selsbakkdommen – om tomtefeste. Sakens bakgrunn var at noen grunneiere under henvisning til festeavtalene krevde at festerne skulle innløse tomtene til markedspris. Loven av 12. mai 1989 nr. 22, som jeg omtalte under gjennomgangen av lovhistorien, forbød grunneierne å kreve innløsning. Da loven var vedtatt etter at innløsningskravet var fremsatt og forfalt, kunne den ikke anvendes på de aktuelle innløsningskravene. Førstvotende kommenterte likevel på side 295 forholdet til § 97:
- «Også for innløsningskrav som framsettes etter at endringsloven ble vedtatt, kan det reises spørsmål i forhold til grunnlovens § 97. Det står ikke til å nekte at loven griper sterkt inn i sentrale deler av en lovlig inngått festeavtale hvor retten til å kreve innløsning til markedspris kan ha vært avgjørende for at bortfesteren valgte å feste bort sin eiendom. Slik sett virker loven tilbake. Når jeg likevel er kommet til at lovendringen her går klar av grunnlovens § 97, skyldes dette i sum en rekke forhold. Lovgivning som griper inn i avtaleforhold knyttet til boliger, er ikke noe nytt. Eiere av boligtomter har tradisjonelt måttet tåle en streng prisregulering blant annet til vern for festere, og festeavgiften er fremdeles regulert. Festeavtaler er forutsatt å skulle ha meget lang varighet. Den som inngår avtaler som skal ha virkning i en fjern framtid, må være forberedt på at lovgiverens syn på hva som vil være rettferdig eller akseptabelt kan endre seg, og at utviklingen også ellers får et annet forløp enn forutsatt. Hensynet til at partene har forutberegnet sin situasjon, har derfor ikke helt den samme vekt her som i kontraktlivet ellers. Det er videre tale om en slik utnyttelse av eiendomsrett at synspunkter om avkastning på investeringer har begrenset betydning.»
- (95) Også i denne saken endret altså lovgivningen balansen i forholdet mellom partene. Høyesterett forutsatte likevel at lovens grunnlovsmessighet ble regulert av § 97.
- (96) Jeg nevner også plenumsdommene i Rt–1988–276 og Rt–1988–295 hvor festeavgifter ble oppregulert med hjemmel i avtaleloven § 36. Også i disse sakene ble det for-

utsatt at det var § 97 som eventuelt hadde vært til hinder for å anvende § 36 på eldre kontrakter.

- (97) Jeg konkluderer etter dette med at spørsmålet om det foreligger grunnlovsstrid her skal vurderes etter Grunnloven § 97 og ikke etter § 105.
- (98) *Den konkrete vurderingen av forholdet til Grunnloven § 97*
- (99) Da § 33 regulerer konsekvensene av en allerede inngått avtale, står vi overfor det som betegnes som «uegentlig tilbakevirkning». Det er imidlertid klart at også inngrep i etablerte rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene kan rammes av Grunnloven § 97. For slike tilfeller er den såkalte «standardteorien» fremherskende i dag, jf. Rt–2006–293 avsnitt 60. Etter den må det foretas en helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Ved denne vurderingen må det på den ene siden legges vekt på hensynet til festerne. Disse hensynene må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.
- (100) Hva som aksepteres, avhenger av hvilket rettsområde det er tale om. Og som det fremgår av sitatet foran fra plenumsdommen i Rt–1996–1415, omfatter de økonomiske rettighetene «svært forskjellige kategorier». Videre viser sitatet fra Selsbakkdommen at det skal mye til for at en lov som regulerer bestående tomtefesteforhold, blir grunnlovsstridig.
- (101) Ved tomtefeste er det grunnleggende at man står overfor en interessekollisjon ved at det er tale om to parter med hver sin interesse i eiendommen. Grunneieren eier grunnen, mens festeren eier den eller de bygningene som er oppført på eiendommen. Ved avveiningen har det sentral betydning at festerens økonomiske innsats nærmest unntaksfritt er klart størst. Selv om eksempelet ikke er representativt for eiendommer hvor det oppføres eneboliger eller fritidshus, nevner jeg likevel at i salgsprospektet for Øvre Ullern Terrasse hadde de 54 leilighetene en oppgitt salgssum fra kr 140 000 til 395 000 – avhengig av størrelse og beliggenhet. Salgssummen for en av de dyreste leilighetene var altså høyere enn det som få år tidligere var betalt for hele råtomten. Men også ved eneboliger og fritidshus er det normalt festeren som har ytt den klart største økonomiske innsatsen.
- (102) Ved feste av boligomt er det tale om å sikre festerens grunnleggende rett til å ha et sted for seg og sin familie å bo – noe som var den bærende begrunnelsen bak lovendringen. For de fleste festerne er det dessuten tale om deres klart største investering. De har en velbegrunnet forventning om at lovgiveren beskytter deres faktiske situasjon. Dette illustreres også av at vi utenom festeforholdene har flere eksempler på at lovgiveren har funnet det riktig å verne rettigheter av denne karakter – også når det skjer ved inngrep som kan ha en viss karakter av rettighetsoverføring:
- (103) Jeg nevner for det første lov av 23. juli 1920 nr. 1, som fastsatte at «[h]usmenn, bysgelmenn og leilendinger skal uansett om leieforholdet ifølge opsigelse fra eierens side eller ifølge leieavtalen skulde ha ophørt før faredag 1922, dog ha rett til å fortsette bruken av leiebruket på de samme vilkår som før inntil nevnte faredag». Bestemmelsen var begrunnet i at det på denne tiden pågikk et arbeide med å revidere husmannsloven, og at man fryktet at enkelte grunneiere skulle si opp avtalen før den nye lovgivningen kunne vedtas og tre i kraft, jf. Ot.prp.nr.63 (1920). Da den nye lovgivningen dro ut, ble det på 1920-tallet vedtatt flere tilsvarende lover fram til vedtakelsen av jordloven av 22. juni 1928 nr. 25, som i kapittel V regulerte forholdet mellom grunneieren og husmannen.
- (104) Som et annet eksempel nevner jeg lov av 16. juni 1939 nr. 6 om husleie, som i § 38 innførte en rett for leietakeren til ved tidsbestemte leieavtaler med oppsigelsesrett for utleieren, å få kjent en oppsigelse av leieforholdet ugyldig dersom den ikke var saklig begrunnet eller ville virke urimelig. Bestemmelsen gjaldt også i en viss utstrekning for tidsbestemte leieavtaler. For de tidsbestemte leieavtalene ble bestemmelsen gitt anvendelse også på tidligere inngåtte avtaler når oppsigelsen ble gitt etter lovens ikrafttreden.
- (105) Husleiereguleringen er et tredje eksempel som illustrerer lovgiverens bestrebelser på å verne retten til bolig. I Norge ble den innledet ved en prisanordning av 17. desem-

- ber 1915. Deretter hadde vi fram til 1935 bestemmelser om husleieregulering. I Rt. 1918 I side 497 (Rt–1918–497) kom Høyesterett til at det ikke var i strid med Grunnloven § 97 å anvende denne reguleringen på eldre husleiekontrakter. Siden har vi fra mai 1940 hatt spesialbestemmelser om husleieregulering. Någjeldende lov er lov om husleieregulering m.v. av 7. juli 1967 nr. 13 som etter hvert stort sett er opphevet, men som fram til 31. desember 2009 fortsatt gjelder i Oslo og Trondheim for boliger eller boligrom i hus oppført før 8. april 1940.
- (106) Retten til forlengelse av festeavtalen «på same vilkår som før» har først og fremst betydning for bortfesterens adgang til å forhøye festeavgiften. Gjennomgangen foran viser at det foreligger en langvarig og omfattende lovgivningsaktivitet for å verne retten til bolig. Rettsområdet har vært sterkt lovregulert, og markedsmekanismene har langt på veg ikke fått anledning til å råde. Bortfesterne må dermed allerede av denne grunn ha vært forberedt på at lovgiveren ville følge nøye med i utviklingen og om nødvendig gripe regulerende inn i løpende festeforhold for å ivareta festerens behov for å verne sin bolig og sine investeringer.
- (107) Ved langsiktige avtaler, som det er tale om ved tomtefeste, må partene dessuten være forberedt på at utviklingen vil kunne ta en retning som øker lovgiverens behov for å gripe inn med regulerende lovgivning for å sikre en rimelig balanse mellom partene. I festeforhold har dette ikke bare kommet festerne til gode, idet vedtakelsen av avtaleloven § 36 i 1983 gav bortfesterne muligheten for å få oppregulert festeavgiften i festeavtaler uten reguleringsklausul, og hvor avgiften som følge av sterkt fallende pengeverdi hadde blitt urimelig lav. Jeg viser til plenumsdommene i Rt–1988–276 og Rt–1988–295. Den siste dommen – Skjelsvikdommen – gjaldt for øvrig en festeavtale fra 1955.
- (108) Betydningen av at det ved tomtefeste er tale om langsiktige kontrakter, fremheves i Ot.prp.nr.28 (1995–1996) side 24–25 i forbindelse med at det ble foreslått begrensninger i adgangen til å oppregulere festeavgiften i allerede inngåtte avtaler:
- «Departementets framlegg grip inn i allerede inngåtte avtaler. Departementet har vurdert om framlegget på dette punktet kjem i konflikt med grunnlova § 97, men har kome til at det ikkje er tilfelle. Generelt vil departementet vise til at festeavtaler ofte vil vere svært langvarige. Partane i slike avtalehøve må difor vere budde på at lovgjevarens oppfatning av kva som er rimeleg og rettvist endrar seg, og at utvekinga går i ei anna lei enn partane såg for seg då dei gjekk inn på avtala.»
- (109) Da festeavtalene ble inngått i en periode med prisregulering, har ankemotpartene fremhevet at man forventet at prisreguleringen etter hvert ville bli opphevet, og at man ved forlengelse av festeavtalen ville få mulighet til å oppnå en festeavgift som avspeilte tomtens reelle verdi. Til dette bemerker jeg at det kan reises spørsmål om hvor sterk denne forventningen kan ha vært. Dette fremheves også i Ot.prp.nr.28 (1995–1996) side 24 andre spalte i forbindelse med forslaget til reguleringsklausul i lovens § 15. Jeg viser videre til Rt–2006–1547, som gjaldt oppregulering av festeavgift for en tomt til fritidshus i Hvaler kommune, og hvor festeavtalen ble inngått i 1965 – med andre ord omtrent samtidig med festeavtalene i vår sak. Om partenes forventninger uttaler førstvoterende i avsnitt 51:
- «Ankemotpartene har lagt stor vekt på at dersom partene hadde forutsatt at tomtefesteavgiftene skulle reguleres etter konsumprisindeksen, var det ikke behov for å ta inn en bestemmelse i kontrakten om at tvister om reguleringen skal avgjøres ved skjønn. Etter mitt syn kan man imidlertid ikke legge særlig vekt på dette. På 1960-tallet var det vanskelig å forutse at prisene på hyttetomter skulle stige vesentlig kraftigere enn det som det alminnelige fall i pengeverdien skulle tilsi. Mest sannsynlig hadde partene ved inngåelsen av kontrakten ikke noen klare forestillinger om hva som skulle danne det materielle grunnlag for regulering av festeavgiften.»
- (110) I tillegg til det som fremgår av dette sitatet, bemerker jeg at i den grad bortfesteren eventuelt hadde forventninger om at prisreguleringen skulle opphøre, kunne ikke bortfesteren ha noen berettiget forventning om at lovgiveren ville akseptere en prisstigning for festeavgifter som avvek markert fra den øvrige prisutviklingen. Hadde

ikke lovgiveren grepet inn, ville de senere års prisøkninger nærmest hatt karakter av en «tilfeldig gevinst», jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 51 andre spalte. En forventning om at lovgiveren til fordel for festerne ikke ville gripe regulerende inn overfor den prisutviklingen vi har hatt de siste årene, var derfor ikke realistisk.

- (111) Jeg viser videre til at det her er tale om langvarige kontrakter som grunneieren i 45 år har mottatt kontraktsmessig festeavgift for. Dette har også vekt ved vurderingen etter Grunnloven § 97.
- (112) Bortfesterne har anført at det er urimelig at de ved utløpet av avtalt festetid kommer i en annen stilling enn bortfestere som inngår nye festeavtaler. I disse tilfellene følger det av tomtefesteloven § 11 at avtalefriheten er betydelig ved at den avtalte festeavgiften er gyldig så lenge den ikke er «urimeleg høy i høve til det som vanlegvis vert betalt på staden ved nye feste av liknande tomter på liknande avtalevilkår». Etter min mening er det imidlertid en grunnleggende forskjell på de to situasjonene: Jeg viser til de forhold som jeg allerede har trukket fram. I denne sammenheng vil jeg særlig fremheve at det ved festekontrakter som her hvor bygningens levetid klart vil overskride avtalt festetid, har bortfesteren hele tiden vært klar over at forlengelsesspørsmålet vil bli aktualisert. Ved forhandlingene om vilkårene for forlengelse ville det økonomisk sett stå mye på spill for festeren. Til tross for ekspropriasjonshjemmelen i oreigningsloven, kunne man, som det også antydes i Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 54 andre spalte, risikere at bortfesteren fikk presset gjennom svært tyngende vilkår for festeren. Bortfesterne kunne i så fall ikke forvente at lovgiveren ville avstå fra prisregulering ved fornying av festeavtalene. Jeg minner om at da de aktuelle festeavtalene ble inngått, var etablering av festekontrakter prisregulert, og at forhøyelse av festeavgiften krevde samtykke fra prisenemnda.
- (113) De forhold som jeg her har gjennomgått, taler med tyngde for at bestemmelsen, som gir festerne rett til å forlenge festeavtalene «på same vilkår som før», ikke rammes av tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven § 97. Bestemmelsen innebærer rett nok at hele økningen i tomteverdien – i den utstrekning den overstiger økningen i konsumprisindeksen – etter forlengelsen kan sies å tilfalle festerne. Det skjer altså ikke noen fordeling av den verdistigningen som har begrunnet lovendringen. Jeg finner imidlertid at det i den situasjonen som forelå, må ligge innenfor lovgivers frihet etter Grunnloven § 97 å foreta en generell regulering som den som er foretatt.
- (114) I grunnlovsvurderingen må det også stilles spørsmål om den aktuelle tilbakevirkende bestemmelsen ivaretar saklige likhetshensyn. Dette er trukket fram i flere rettsavgjørelser. Jeg viser her til plenumsdommen i Rt–1996–1415, hvor førstvoterende på side 1432 uttaler følgende om likhetshensynet i forhold til rimelighetsvurderingen etter § 97:
- «Likhets-hensynet må komme inn med tyngde i grunnlovsvurderingen. Selv om blant annet innrettelseshensynet kan gjøre seg gjeldende i særlig grad for pensjonister hvor pensjonen var begynt å løpe, må hensynet til å unngå forskjellsbehandling være vesentlig.»
- (115) Det er bestemmelsen i § 15 om regulering av festeavgiften som særlig reiser spørsmålet om likhetshensynet er ivaretatt på en tilstrekkelig måte. Som følge av denne bestemmelsen ble, som nevnt, den tidligere prisreguleringen for festeavgifter opphevet. § 15 første ledd har følgende ordlyd:
- «Ved feste av tomt til bustadhus og fritidshus kan kvar av partane krevje at festeavgifta blir regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan festeavtala vart inngått. Har festeavgifta vorte regulert, er det den avgifta som lovleg vart innkrevd etter forrige regulering, som kan bli regulert i samsvar med endringa i pengeverdien sidan det tidspunktet. Har partane tvillaust avtalt at festeavgifta skal stå uendra, eller har dei avtalt ei lågare regulering enn det som følgjer av endringa i pengeverdien, gjeld denne avtala istaden.»
- (116) Om engangsreguleringen ved lovens ikrafttreden 1. januar 2002 fastsetter annet ledd:
- «1. Når reguleringa skal skje i samsvar med endringa i pengeverdien, kan bortfestaren krevje regulering i samsvar med endringa sidan festeavtala vart inngått,

- sjølv om festeavgifta har vore regulert før.
2. Bortfestaren kan krevje avgifta regulert i samsvar med det som tvillaust er avtalt. Men er avtala inngått 26. mai 1983 eller før, kan bortfestaren likevel ikkje krevje avgifta regulert meir enn til eit høgstebeløp om året for kvar dekar tomt eller til det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje. Høgstebeløpet etter 2. punktum er kr 9.000 justert ved kvart årsskifte etter 1. januar 2002 i samsvar med endringa i pengeverdien. Dette høgstebeløpet gjeld òg der tomta er mindre enn eitt dekar.
-»
- (117) Tomtefesteloven § 15 gir altså i visse tilfeller adgang til å innkalkulere i beregningsgrunnlaget for festeavgiften en økning i tomteverdien ut over den alminnelige prisstigningen. Men adgangen er begrenset til kontrakter hvor det «tvillaust» er avtalt slik regulering, og kravet til klarhet i avtalen er svært strengt, jf. Rt–2006–1547. Ut fra dette kravet til klarhet, og ut fra de opplysningene som foreligger om reguleringsbestemmelser i festekontrakter i sin alminnelighet, vil det være et mindretall av festeavtaler som omfattes av bestemmelsen. Dernest er det vesentlige begrensninger, også for de tilfeller som omfattes av § 15 annet ledd nr. 2, i retten til å innkalkulere verdistigning som nevnt. Det er kun åpnet for en engangsregulering, og det er beløpsmessige begrensninger.
- (118) Jeg ser det slik at selv om Grunnloven § 97 neppe nødvendiggjør det unntaket som følger av tomtefesteloven § 15 annet ledd nr. 2, kan det anføres saklige grunner for å stille disse festeavtalene i en viss særstilling ved adgangen til å regulere festeavgiften. Grunnlaget er nettopp at regulering i henhold til tomteverdi her er kommet direkte til uttrykk og derfor har skapt en sikrere og mer nærliggende forventning om regulering på et slikt grunnlag. Ut fra dette kan jeg ikke se at bestemmelsen i tomtefesteloven § 15 annet ledd krenker et vilkår om likhet og derfor kan gi grunnlag for å sette retten etter § 33 til side som stridende mot Grunnloven § 97.
- (119) Jeg tilføyer at det at innløsningsreglene kan gi et bedre økonomisk resultat for bortfesterne enn forlengelse av feste på uendrete vilkår, ikke er noe argument for at regelen i § 33 strider mot Grunnloven § 97. Innløsning beror på festers valg. Det må være opp til lovgiver å bestemme at om fester ønsker å benytte denne retten, må han betale et vederlag ut over det grunnlovsmessige minimum.
- (120) Jeg nevner videre at det fra grunneierens side også har vært trukket fram at bruk av retten etter § 33, gir festerne mulighet til å frata grunneieren retten til å kreve innløsningssummen fastsatt til 40 prosent av tomteverdien ved senere innløsning. Jeg ser ingen grunn til å gå inn på denne anførselen, idet jeg ikke kan se at den har betydning for grunnlovsmessigheten av adgangen til å kreve forlengelse av festet på uendrete vilkår. Synspunktet kan eventuelt og utelukkende ha betydning for forståelsen av innløsningsbestemmelsen.
- (121) Min konklusjon er etter dette at tomtefesteloven § 33 ikke er i strid med Grunnloven § 97. Jeg har særlig lagt vekt på følgende: Bestemmelsen er begrunnet i tungtveiende boligsosiale hensyn. Det forelå et klart beskyttelsesbehov for en rekke festere, og bortfesterne hadde ingen rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn.
- (122) *Forholdet til vernet om eiendomsretten i første tilleggsprotokoll til EMK artikkel 1*
- (123) Avslutningsvis må det vurderes om § 33 gir resultater som er i strid med første tilleggsprotokoll til EMK artikkel 1. Denne artikkelen har følgende ordlyd:
 «Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.
 Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.»
- (124) Det følger av menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr. 30 § 3 jf. § 2 at «ved motstrid»

går denne artikkelen foran tomtefesteloven § 33.

- (125) Spørsmålet er om det forhold at bortfesteren ved forlengelsen ikke får anledning til å oppregulere festeavgiften til et beløp som avspeiler den aktuelle tomteverdien, medfører at ordningen blir i strid med denne konvensjonsbestemmelsen.
- (126) Den sentrale avgjørelsen i denne sammenheng er EMDs plenumsdom av 21. februar 1986 i saken *James and Others v. The United Kingdom*, application no. 8793/79 (EMD-1979-8793). Foranledningen til saken var at det britiske parlamentet hadde vedtatt en lov – «the Leasehold Reform Act 1967» – som gav beboerne rett til å innløse kontrakter som gjaldt «building lease» og «premium lease». Den førstnevnte typen avtaler hadde store likhetstrekk med norsk tomtefeste, med den forskjell at etter kontrakten tilhørte også huset grunneieren. Det var imidlertid beboerne som hadde bekostet oppføringen, og de betalte en avgift for tomten til grunneieren. Den nye loven bestemte at beboerne ved innløsning bare skulle betale for verdien av tomten. Tomten skulle ikke verdsettes som en tomt der eiendomsretten til hus og grunn var samlet, men ut fra hva grunneieren kunne antas å omsette den for med en påheftet festerett for minst 50 år, dersom noen andre kjøpte tomten. Dette beløpet var langt lavere enn markedsverdien på en frigjort tomt, og saksøkerne påberopte seg et tap på anslagsvis opp mot 1,5 millioner kroner ved enkeltoverdragelser. Klagerne fikk ikke medhold.
- (127) Klagerne anførte for det første at testen om inngrepet var «i det offentliges interesse» forutsatte at eiendommen var tatt «for a public purpose of benefit to the community generally» (avsnitt 39). Dette førte ikke fram (avsnitt 45):
- «For these reasons, the Court comes to the same conclusion as the Commission: a taking of property effected in pursuance of legitimate social, economic or other policies may be 'in the public interest', even if the community at large has no direct use or enjoyment of the property taken. The leasehold reform legislation is not therefore ipso facto an infringement of Article 1 (P-1) on this ground. Accordingly, it is necessary to inquire whether in other respects the legislation satisfied the 'public interest' test and the remaining requirements laid down in the second sentence of Article 1 (P1-1).»
- (128) I avsnitt 46 understreker EMD videre at nasjonale domstoler «are in principle better placed than the international judge to appreciate what is 'in the public interest'». Nasjonale myndigheter måtte derfor ha «a certain margin of appreciation».
- (129) EMD drøfter deretter om de målene som det britiske parlamentet hadde søkt å oppnå ved loven, var legitime. Om dette uttales det blant annet (avsnitt 47):
- «Eliminating what are judged to be social injustices is an example of the functions of a democratic legislature. More especially, modern societies consider housing of the population to be a prime social need, the regulation of which cannot entirely be left to the play of market forces. The margin of appreciation is wide enough to cover legislation aimed at securing greater social justice in the sphere of people's homes, even where such legislation interferes with existing contractual relations between private parties and confers no direct benefit on the State or the community at large. In principle, therefore, the aim pursued by the leasehold reform legislation is a legitimate one.»
- (130) Domstolen understreker deretter at det ikke er tilstrekkelig at lovgivningen ivaretar «a legitimate aim 'in the public interest'», men «there must also be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised» (avsnitt 50). Om den konkrete proporsjonalitetsvurderingen uttaler EMD (avsnitt 51):
- «According to the applicants, the security of tenure that tenants already had under the law in force ... provided an adequate response and the draconian nature of the means devised to give effect to the alleged moral entitlement, namely deprivation of property, went too far. This was said to be confirmed by the absence of any true equivalent to the 1967 Act in municipal legislation of the other Contracting States and, indeed, generally in democratic societies. It is, so the applicants argued, only if there was no other less drastic remedy for the perceived injustice that the extreme remedy of expropriation could satisfy the requirements of Article 1 (P1-1).

This amounts to reading a test of strict necessity into the Article, an interpretation which the Court does not find warranted. The availability of alternative solutions does not in itself render the leasehold reform legislation unjustified; it constitutes one factor, along with others, relevant for determining whether the means chosen could be regarded as reasonable and suited to achieving the legitimate aim being pursued, having regard to the need to strike a 'fair balance'. Provided the legislature remained within these bounds, it is not for the Court to say whether the legislation represented the best solution for dealing with the problem or whether the legislative discretion should have been exercised in another way ...

The occupying leaseholder was considered by Parliament to have a 'moral entitlement' to ownership of the house, of which inadequate account was taken under the existing law ... The concern of the legislature was not simply to regulate more fairly the relationship of landlord and tenant but to right a perceived injustice that went to the very issue of ownership. Allowing a mechanism for the compulsory transfer of the freehold interest in the house and the land to the tenant, with financial compensation to the landlord, cannot in itself be qualified in the circumstances as an inappropriate or disproportionate method for readjusting the law as to meet that concern.»

- (131) Om adgangen til å vedta lovgivning som ikke gir full erstatning, uttales det i avsnitt 54:

«The Court further accepts the Commission's conclusion as to the standard of compensation: the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1–1). Article 1 (P1–1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances. Legitimate objectives of 'public interest', such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value. Furthermore, the Court's power of review is limited to ascertaining whether the choice of compensation terms falls outside the State's wide margin of appreciation in this domain»

- (132) Jeg kan ikke se at de grunnleggende avveiningene som fremgår av denne dommen, er fraveket i EMDs senere praksis. Når saksforholdet og de hensyn som hadde begrunnet den engelske lovgivningen, sammenlignes med vår sak, finner jeg det klart at anvendelsen av tomtfesteloven § 33 ikke er i strid med Norges folkerettslige forpliktelser.

- (133) *Om kostningsspørsmålet*

- (134) Anken har ført fram. Etter tvistemålsloven § 180 annet ledd jf. § 172 er utgangspunktet at de ankende partene skal tilkjennes saksomkostninger. Jeg er imidlertid kommet til at det ikke bør tilkjennes saksomkostninger for noen instans, og viser til at anken har reist grunnleggende spørsmål om forholdet mellom lov og Grunnlov som det var viktig å få prøvd i Høyesterett.

- (135) Jeg stemmer for denne dom:

1. Festerne har rett til forlengelse av festekontraktene på samme vilkår som før.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

- (136) Dommer **Lund**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

- (137) Dommer **Tjomsland**: Likeså.

- (138) Dommer **Skoghøy**: Likeså.

- (139) Dommar **Utgård**: Det same.

- (140) Dommer **Stabel**: Likeså.

- (141) Justitiarius **Schei**: Likeså.

- (142) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

dom:

1. Festerne har rett til forlengelse av festekontraktene på samme vilkår som før.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen instans.

Fullstendig partsliste:

Mette-Marit Sakrisvold, Sturla Strandly, Hilde S. Johansen, Per Gundhus, Morten Erik Hornæss, Signe M. Stray Ryssdal, Otto B. Morcken, Jan-Fredrik Borge, Kristin G. Rode, Per Thorkildsen, Edel Christin Staff Schonhowd, Lise Sinding Johnsen, Per Chr. Haukenes, Vigdis Müller, Per Erik Fjeldstad, Fridtjov Clemet, Arne O. Bransæther, Anne Thingvold, Bjørn Kristvik, Sergey Ozmidov, Ingrid Johanne Aam, Dag Mejdell, Einar Eik, Jan Hogne Sandven, Jan P. Halvorsen, Jo Rodin, Peter Anker, Jan Henning Høgebøl, Nils Erik Ekjord, Peder Hans August Cappelen, Liv Stray Laudal, Rolf Erik Rolfsen, Kjell Elgjo, Eva Fjeld-Hansen, Paal Østmoe, Laila Rekdal, Hans Olaf Mathisen, Unni Rita Songe-Møller, Sonja Karin Dybwad, Torgunn Valdis Sørensen Voldnes, Jan Thorleif Schiøth, Inge Nyquist, Victor Tasca, Jul Lindseth, Otto Jacob Berg, Per Otto Lorentz Larssen, Leif Johan Åsenden, Kristofer Berg, Bjørg Lie, Mona B. Reinboth, Gyrd Sundsbø, Knut Eilif Lind, Gunnar Aasen, Joachim Arnold Holter (advokat Anders Ryssdal). Hjelpeintervenient: Tomtefesterforbundet mot Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS (advokat Toril Grimsvang Kjøllesdal – til prøve). Hjelpeintervenient: NORSKOG Norsk Skogbruksforening (advokat Bjørn Stordrange). Møter i saken etter plenumsloven § 5: Staten v/Justisdepartementet: Regjeringsadvokat Sven Ole Fagernæs (rettslig medhjelper: advokat Chr. H. P. Reusch).