



NORGES HØYESTERETT

DOM

Avsagt 24. juni 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Erik Møse
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Cecilie Østensen Berglund
kst. dommer Sven-Jørgen Lindsetmo

HR-2019-1206-A, (sak nr. 18-179157SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts overskjønn 9. oktober 2018

Mallin Eiendom AS
Stiftelsen Karibu

(advokat Carina Orge Borchgrevink Næss –
til prøve)

mot

Marianne Cecilia Lundin
Kristian Andersen
Sebastian Brodtkorb
Per Morten Alvenes
Erik Maartmann
Jan Hogne Dandven
Carl-Gustav Bjørnqvist
Mette-Marit Sakrisvold
Ola Bøsterud
Ulf Eric Styren
Peder Hans August Cappelen
Per Otto Lorentz Larssen
Kaare Schanke
Olav Øverli
Jan Thorleif Schiøth
Renate Marie Vik
Ester Paus
Nils Erik Ekjord
Ingunn Tidemann
Berit Clemet
Erik Fjeld-Hansen
Håkon Fjeld-Hansen

Fridtjof Clemet
Tore Lunde
Leiv Olavson
Ida Melbye-Larsen
Berit Alsaker Schanke
Kristin Halvorsen Borge
Gyrd Olav Sundsbø
Jan Harald Dammen
Peter Anker
Merethe Lister
Monica Fjeld-Hansen
Ellen Skalleberg Eik
Tom Jo Gysler
Winnie Cecilie Nyheim
Torild Johanne Østmoe
Kristin Ginni Rode
Victor Tasca
Camilla With Bjørnqvist
Rune Klemetsen
Kristina Morken
Sven Ove Hølland
Harald Lone
Mona Bækkelund Reinboth
Anders Christian Stray Ryssdal
Tuula Annikki Raasakka
Vigdis Müller
Eva Johanne Mår Tasca
Jan Fredrik Borge
Bjørge Lie
Sverre Kirkevold
Tonje Lyng-Olsen
Edel Christin Schonhowd
Stein Erik Grønland
Hans Olaf Mathisen
Hege Fisknes
Robert Lorenzo Mal Jomisko
Kjell Ørnulv Hallbing
Finn Arne Moskvil
Inger Kristine Lindseth Kaltenborn
Morten Hornnæss
Gunnar Aasen
Paal Østmoe
Ranveig Thomassen Hvaal
Vibeke Øverli
Søren John Johnsen
Anne Tingvold
Kari Tveten Lunde
Sturla Strandly
Henriette Thilert
Kari Helena Maartmann

Bodil Aase
Kari Brænden Grønland
Bjørn Inge Kristvik
Benedicte Borna
Wenche Hauge
Bushra Siddique Butt
Jennifer Ann Lysholt Alvenes
Einar Eik
Finn Erik Bjerke
Caroline Francke Berg
Jane Vibeke Fjeld
Knut Ellif Lind
Gertrude Morcken
Surandand R. Adyanthaya
Otto Jacob Berg
Michal Rachel Suissa
Rolv Erik Stray Ryssdal
Else Broch
Øistein Grevskott Larsen
Kristine Elene Stray Ryssdal

(advokat Anders Christian Stray Ryssdal)

Møter i saken i medhold av
tvisteloven § 30-13:
Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Anders Blakstvedt)

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

- (1) Kst. dommer **Lindsetmo**: Saken gjelder krav om regulering av festeavgift ved forlengelse av feste av tomt til bolighus, jf. tomtefesteloven § 33. Hovedspørsmålet er om bortfester har krav på en oppregulering av festeavgiften ut over begrensningen som følger av høyestebeløpet i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd, for å unngå krenkelse av Den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1), jf. tomtefesteloven § 15 niende ledd.
- (2) Festetomta som saken gjelder, ligger i en bratt skråning ned mot Mærradalen på Øvre Ullern i Oslo kommune. Tomta, på cirka 20,5 dekar, ble kjøpt i 1956 av Olav Selvaag I/S (bestående av Olav Selvaag og hans tre barn) for 326 466 kroner fra Axel Løvenskiold. Skjøtet ble tinglyst i 1960.
- (3) Tomta ble bebygd med seks terrasseblokker med til sammen 54 leiligheter, som stod ferdige i 1964. Det er omtalt som et pionerprosjekt hva gjelder bygging av terrasseleiligheter i skrånende terreng. Leilighetene var store og kostbare, varierende i størrelse fra 155 m² til 412 m², pluss terrasse og annet areal. Salgsprisen lå mellom 140 000 og 395 000 kroner, alt etter størrelse og beliggenhet.
- (4) Tomtearealene ble opprinnelig festet bort fra Olav Selvaag I/S til Selvaaghus AS og fremfestet videre til I/S Øvre Ullern Terrasser. Disse selskapene var eid av Olav Selvaag og hans familie. Ved Olav Selvaags død overtok datteren Cecilie Nustad eiendomsretten til tomtearealet, og etter hennes bortgang er det nå stiftelsen Karibu som er hjemmelshaver. Tomta forvaltes av Mallin Eiendom AS.
- (5) Stiftelsen Karibu ble opprettet av Cecilie Nustad, og avkastningen av stiftelsens kapital benyttes til nasjonalt og internasjonalt utviklingsarbeid, blant annet til støtte for kirkelige organisasjoner og prosjekter i det sørlige Afrika.
- (6) Det ble inngått likelydende festeavtaler mellom I/S Øvre Ullern Terrasser og kjøperne av de 54 leilighetene i terrasseblokkene. Festeavtalene var på 50 år regnet fra 22. desember 1956. Ved utløpet av festetiden hadde grunneier valget mellom å forlenge festeavtalen for nye 50 år eller å la fester innløse tomta til full verdi på innløsningstiden. Festeavtalen ga også rett til å kreve festeavgiften regulert hvert femte år etter endringer i engrosprisindeksen.
- (7) Festetiden utløp 22. desember 2006, og i den forbindelse hadde Mallin Eiendom AS meddelt festerne at bortfester ikke ønsket å fortsette det eksisterende kontraktsforholdet.
- (8) Ved lov 2. juli 2004 nr. 63, som trådte i kraft 1. november 2004, var imidlertid tomtefesteloven § 33 og § 7 endret slik at den ga festere av tomt til bolighus og fritidshus rett til forlengelse av festeforholdet på samme vilkår som før og uten tidsbegrensning.
- (9) Samtlige av festerne fremmet krav om forlengelse av festeforholdet i medhold av tomtefesteloven § 33.

- (10) Bortfester bestred kravet om forlengelse på samme vilkår. Det ble ikke oppnådd enighet, og Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS brakte kravet inn for Oslo tingrett. Ved Oslo tingretts dom 10. januar 2007 fikk de medhold. Tingretten fant at en forlengelse på samme vilkår som før, ville være i strid med både Grunnloven § 97 og § 105.
- (11) Tingrettens dom ble anket direkte til Høyesterett, som i dom 21. september 2007 ga festerne medhold. Dommen ble avsagt av Høyesterett i plenum, jf. Rt-2007-1281 (Øvre Ullern-dommen). Høyesterett behandlet samtidig to andre saker i plenum, jf. Rt-2007-1306 (Rollag-dommen) og Rt-2007-1308 (Sørheim-dommen). Rollag-dommen, som gjaldt feste til fritidshus, fikk samme utfall som Øvre Ullern-dommen, og begrunnelsen er i hovedsak en henvisning til premissene i denne. Sørheim-dommen omhandlet innløsningsreglene.
- (12) Berit Mogan Lindheim, som var part i Rollag-dommen, og fem andre grunneiere klaget Norge inn for Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) for brudd på EMK P1-1 om vern av eiendomsretten.
- (13) EMD kom ved dom 12. juni 2012 (Lindheim-dommen) til at det forelå brudd på EMK P1-1. Domstolen mente at tomtefestelovens bestemmelser om forlengelse på samme vilkår som før og uten tidsbegrensning representerte et uforholdsmessig inngrep i eiendomsretten.
- (14) Dommen førte til en gjennomgang og revisjon av tomtefestelovens regler om forlengelse av feste av tomt til bolighus og fritidshus. Ved lov 19. juni 2015 nr. 63 ble tomtefesteloven § 15 og § 33 endret for å bøte på de mangler ved lovgivningen som EMD hadde påpekt. Det ble også gjort nødvendige tilpasninger i enkelte andre bestemmelser. Lovendringene trådte i kraft 1. juli 2015.
- (15) Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS fremmet krav om økning av festeavgiften ved skjønnsbegjæring for Oslo tingrett 3. mai 2016. De gjorde gjeldende at høyestebeløpet for oppregulering på 9 000 kroner for hvert dekar tomt, med senere justeringer for endringer i pengeverdien, i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd var i strid med EMK P1-1, og at festeavgiften måtte økes i medhold av § 15 niende ledd.
- (16) Oslo tingrett avsa 24. januar 2017 skjønn med slik slutning:
- «1. Skjønnen blir fremma.
 2. Huseierforeningen Øvre Ullern Terrasse ved festarane blir frifunne.
 3. Cecilie Kathrine Nustad og Mallin Eiendom AS skal ein for begge og begge for ein betale Huseierforeningen Øvre Ullern Terrasse ved festarane 1.500.000 – einmillionfemhundretusen – kroner i sakskostnader innan 2 – to – veker frå forkynning av skjønnet her.»
 4. Cecilie Kathrine Nustad og Mallin Eiendom AS skal betale dei lovfesta utgiftene med skjønnet.»
- (17) Cecilie Nustad og Mallin Eiendom AS begjærte overskjønn. Borgarting lagmannsrett, satt med tre fagdommere og to skjønnsmedlemmer, avsa 9. oktober 2018 overskjønn med slik slutning:
- «1. Overskjønnet fremmes.

2. **Huseierforeningen Øvre Ullern terrasse v/sameierne frifinnes for kravet om forhøyet festeavgift.**
3. **Huseierforeningen Øvre Ullern terrasse v/sameierne frifinnes for kravet om avsavnsrente.**
4. **Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS dømmes til i fellesskap og innen to uker å erstatte sakskostnadene til Huseierforeningen Øvre Ullern terrasse v/sameierne med 1.500.000 – enmillionfemhundretusen – kroner inkludert mva. for tingretten og med 2.000.000 – tomillioner – kroner inkludert mva. for lagmannsretten.**
5. **Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS dekker i tillegg i fellesskap utgiftene til skjønnsmedlemmene fastsatt i egen avgjørelse.»**

- (18) Overskjønnet er anket til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse. Ved ankeutvalgets beslutning 29. januar 2019 ble anken tillatt fremmet. Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet har opptrådt i saken for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-13. Tomtefesteforbundet har inngitt støtteskriv, jf. tvisteloven § 15-8. Saken står i hovedsak i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (19) De ankende parter – *Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS* – har i korte trekk anført:
- (20) Det er tre feil ved rettsanvendelsen i overskjønnet.
- (21) Lagmannsretten har for det første bygd på en uriktig tolking av vilkåret i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd andre punktum om at tomteverdien ikke må settes høyere enn det tomta kan selges for om det bare er tillatt å sette opp «det huset eller dei husa», ved å legge til grunn en verdivurdering basert på en bebyggelse som er identisk med den eksisterende, både inn- og utvendig. Det skal legges til grunn en verdivurdering ut fra hvordan tomta kunne blitt utnyttet med samme bygningsmasse hva gjelder størrelse, utnyttelsesgrad og festeformål, men etter dagens byggeskikk og offentligrettslige krav, og med en mer optimal arealbruk med mindre og flere boenheter. Dette vil gi en vesentlig høyere tomteverdi og grunnlag for en høyere festeavgift.
- (22) For det andre har overskjønnet lagt til grunn feil forståelse av tomtefesteloven § 15 fjerde ledd første punktum, når eiendomsverdien er redusert for kostnadene ved å opparbeide tomta, med den begrunnelse at utbygger tok seg betalt for utomhusarbeidene ved salget av leilighetene. Bestemmelsen må tolkes slik at det bare skal gjøres fradrag for eventuelle tiltak som festerne har fått utført på tomta etter at festeavtalene ble inngått, med unntak av alminnelige vedlikeholdsarbeider.
- (23) For det tredje bygger overskjønnet på feil rettsanvendelse når det legges til grunn at tomtefesteloven § 15 fjerde ledd, jf. niende ledd, ikke gir grunnlag for regulering av festeavgiften ved forlengelsen av festekontrakten. Høyestebeløpet i fjerde ledd er dermed en skranke for ytterligere verdijustert festeavgift, noe som er i strid med EMK P1-1. Denne skranken innebærer et uforholdsmessig inngrep i bortfesterens eiendomsrett. I realiteten er all verdistigning på tomta overført til festerne.
- (24) Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS har lagt ned slik påstand:

«1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves.

2. Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS tilkjennes sakskostnader for alle instanser.»

- (25) Ankemotpartene – *Marianne Cecilia Lundin med flere* – har i korte trekk anført:
- (26) Overskjønnets forståelse av «det huset eller dei husa» i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd andre punktum er korrekt. Det skal legges til grunn en utnyttelse lik eller tilsvarende den eksisterende bebyggelse, det vil si 54 leiligheter.
- (27) Lagmannsrettens forståelse av vilkåret «frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta ...» i § 15 fjerde ledd første punktum er også korrekt, da det er gjort fradrag for tiltak utført av bortfester mot betaling fra fester ved kjøp av leilighetene. Det er uten betydning om arbeidet ble utført forut for avtaleinngåelsen.
- (28) Tomtefesteloven § 15 fjerde ledd gir ikke bortfester hjemmel for oppregulering av festeavgiften. Festeavgiften er i dag 2,7 ganger høyere enn lovens høyestebeløp. Det er heller ikke grunnlag for oppregulering av festeavgiften i medhold av tomtefesteloven § 15 niende ledd, som er en snever unntaksregel. Den kommer ikke til anvendelse, da det ikke foreligger noen krenkelse av EMK P1-1.
- (29) Lovgiver har etter Lindheim-saken revidert de aktuelle bestemmelsene i tomtefesteloven og foretatt en balansert og grundig avveining av partenes interesser. Avveiningen er gjort i lys av allmennhetens interesser og det rettighetsvern EMK gir for festers bolig og bortfesters eiendomsrett.
- (30) Dagens festeavgift gir en avkastning av tomteverdien på cirka 0,6 prosent, som er vesentlig høyere enn hva som var tilfellet i Lindheim-saken. Dette er tilstrekkelig til at det ikke foreligger noen krenkelse, verken vurdert isolert eller samlet sett.
- (31) Marianne Cecilia Lundin med flere har lagt ned slik påstand:
- «1. Anken forkastes.**
- 2. Ankemotpartene tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»**
- (32) *Staten v/Regjeringsadvokaten* har sluttet seg til ankemotpartens anførsler og særlig fremhevet at lov 19. juni 2015 nr. 63 er resultatet av en omfattende og grundig lovgivningsprosess, som lojalt har fulgt EMDs anbefalinger. Staten har ikke lagt ned påstand.
- (33) *Mitt syn på saken*
- (34) Saken gjelder en anke over et overskjønn, og det følger av skjønnsprosessloven § 38 at Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens rettsanvendelse og saksbehandling. Høyesterett er bundet av lagmannsrettens bevisvurdering.
- (35) Foranlediget av prosedyrene for Høyesterett bemerker jeg innledningsvis at jeg anser det for å være uten betydning om det her foreligger fremfesteforhold.

(36) Hovedspørsmålet i saken er som nevnt om bortfester har krav på en oppregulering av festeavgiften etter tomtefesteloven § 15 niende ledd, ut over begrensningen som følger av høyestebeløpet i fjerde ledd, for å unngå krenkelse av EMK P1-1.

(37) Tomtefesteloven § 15 fjerde og niende ledd lyder slik:

«Ved lenging av feste etter § 33 kan bortfestaren krevje at den årlege festeavgifta blir regulert ein gong slik at ho svarer til 2 prosent av tomteverdet 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 huset eller dei husa som er på tomta. Bortfestaren kan likevel ikkje krevje avgifta regulert meir enn til eit høgstebeløp om året for kvart dekar tomt eller til det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje. Høgstebeløpet er 9 000 kroner 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. Bortfestaren må setje fram kravet innan tre år etter at festetida er ute. Retten til å regulere festeavgifta etter leddet her gjeld ikkje om det er avtalt ein rett for festaren til lenging, og det fylgjer av avtala at bortfestaren ikkje har rett til regulering av festeavgifta utover det som fylgjer av endringa i pengeverdien.

...

Ved regulering etter fjerde ledd kan festeavgifta setjast høgare enn høgstebeløpet i fjerde ledd tredje til femte punktum i den grad det er naudsynt av omsyn til vernet bortfestaren har etter Den europeiske menneskerettskonvensjonen fyrste tilleggsprotokoll artikkel 1. Det same gjeld ved regulering etter femte ledd.»

(38) Festerne betaler en samlet festeavgift på 658 225 kroner per år, fra siste regulering 1. januar 2016. Dette utgjør 31 816,75 kroner per dekar tomt. Høyestebeløpet utgjorde på reguleringstidspunktet 11 724 kroner per dekar tomt. Dette taket stenger for ytterligere forhøyelse av festeavgiften etter hovedregelen i fjerde ledd første punktum om et engangsløft tilsvarende to prosent av tomteverdien. Lagmannsretten satte tomteverdien til 110 millioner kroner.

(39) Før jeg går nærmere inn på spørsmålet om dette krenker bortfesters rettigheter etter EMK P1-1, tar jeg stilling til anken over rettsanvendelsen knyttet til de to særskilte temaene i tomtefesteloven § 15 fjerde ledd.

(40) *Frdrag for «verdauke som festaren har tilført tomta»*

(41) Tomtefesteloven § 15 fjerde ledd første punktum slår fast at det ved fastsetting av tomteverdien skal gjøres frdrag for verdiøkning som festeren har tilført tomta.

(42) Overskjønnet la til grunn at de prisene som ble betalt for leilighetene, tilsier at utbygger tok seg betalt for utomhusarbeidene ved kjøpet. Jeg forstår det slik at lagmannsretten på den bakgrunn har gjort frdrag for en verdiøkning som festerne har tilført tomta.

(43) I prospektet, som ble utarbeidet i forbindelse med salget av leilighetene, ble følgende opplyst i avsnitt «IV Generell beskrivelse»:

«Tomtearealet leveres ferdig opparbeidet og beplantet, og kjøreveier og parkeringsplasser blir asfaltert.»

(44) I prospektet del V om priser mm. listes opp prisforlangende for de ulike leilighetstypene. Deretter sies det:

«Disse prisene er faste og omfatter alle omkostninger ved fullførelsen av huset, 1 carport (garasje) og utvendige anlegg i samsvar med beskrivelsen i dette prospekt.»

- (45) Med utgangspunkt i dette er jeg enig i lagmannsrettens rettsanvendelse. Lovens ordlyd trekker klart i denne retning, jf. uttrykksmåten «tilskott til tiltak som er gjort av andre». Formålet med bestemmelsen har vært å unngå at festeren skal betale for en verdiøkning på tomte vedkommende selv har bidratt til. Jeg finner også støtte for dette i Falkanger, Tomtefesteloven, Kommentartutgave, 2017, side 78–79, hvorfra siteres:

«Fra den antatte salgsverdi skal det etter første punktum gjøres fradrag for den verdiforøkelse som skyldes festeren. Det kan f.eks. dreie seg om rydding og opparbeidelse av tomten (utfylling, sikrings- og grunnarbeider), opparbeidelse av vei, fremføring av elektrisitet, vann og kloakk. Hvorvidt det er festeren selv som har gjort arbeidene, eller de er utført av en tredjeperson mot betaling fra festerens side, er uten betydning.»

- (46) At denne «tredjeperson» i dette tilfellet er grunneier, kan etter mitt syn ikke tillegges betydning. Jeg kan heller ikke se at bestemmelsen er begrenset til påkostninger gjort etter inngåelsen av festekontraktene, så lenge realiteten er at denne kostnaden er dekket inn gjennom salgsprisen på leilighetene.
- (47) Anken fører på dette punkt ikke frem.
- (48) *Kriteriet «det huset eller dei husa som er på tomte»*
- (49) Tomtefesteloven § 15 fjerde ledd andre punktum sier at tomteverdien ikke kan settes høyere enn det tomte kan selges for om det bare er tillatt å sette opp «det huset eller dei husa som er på tomte».
- (50) Lovens ordlyd trekker klart i retning av at verdsettelsen må skje ut fra den bebyggelse som rent faktisk står på tomte, og den bruk av tomte den aktuelle bebyggelse innebærer. Formålsbetraktninger støtter også en slik forståelse. Bestemmelsen ble gitt for å demme opp for store økninger i festeavgiften for større festetomter som kunne benyttes til utbyggingsformål. Jeg viser til redegjørelsen i Ot.prp. nr. 41 (2003–2004) side 24 hvor bestemmelsens begrunnelse fremgår. Etter mitt syn gir det best sammenheng i regelverket å tolke bestemmelsen slik at når tomte skal verdsettes ut fra den bebyggelse som står på tomte, så kan heller ikke bortfester forlange at verdsettelsen skal bygge på en annen, og mer «tidsriktig», utnyttelse av bygningsmassen enn den faktiske.
- (51) Lagmannsretten har uttalt følgende om sin forståelse av bestemmelsen:
- «Etter lagmannsrettens syn følger det klart av lovens ordlyd at verdsettelsen skal baseres på en tenkt bygging av hus tilsvarende de som faktisk står på eiendommen i dag, og den utnyttelsen dette gir. Begrepet ‘det huset eller dei husa’ kan ikke forstås slik at det bare siktes til bebyggelsens formål og areal (BRA(s)) slik saksøkerne har anført.»**
- (52) Etter mitt syn bygger dette på riktig rettsanvendelse. Anken over rettsanvendelsen kan følgelig ikke føre frem.
- (53) At anken over rettsanvendelsen forkastes vedrørende disse to bestemmelsene, innebærer samtidig at lagmannsrettens rettsanvendelse angående vurderingen av tomteverdien også er riktig. Høyesterett skal ikke prøve lagmannsrettens bevisvurdering.
- (54) *EMDs dom i Lindheim-saken*

(55) De seks klagerne i Lindheim-saken var bortfestere av ulike eiendommer, dels fritidseiendommer, dels boligeiendommer. En av klagerne, Lindheim, var som nevnt part i Rollag-dommen, hvor avgjørelsen i stor grad viser til premissene i Øvre Ullern-dommen. Av den grunn blir Øvre Ullern-dommen omtalt som «the leading case» ved prøvelsen ved EMD, jf. Lindheim-dommen avsnitt 13–16.

(56) De sentrale avsnitt i Lindheim-dommen er avsnitt 119–136. I avsnitt 119 vises det til EMDs storkammerdom 19. juni 2006 *Hutten-Czapska mot Polen* avsnittene 167–168, hvor det uttales:

«167. Not only must an interference with the right of property pursue, on the facts as well as in principle, a ‘legitimate aim’ in the ‘general interest’, but there must also be a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised by any measures applied by the State ... That requirement is expressed by the notion of a ‘fair balance’ that must be struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights.

...

168. In assessing compliance with Article 1 of Protocol No. 1, the Court must make an overall examination of the various interests in issue, bearing in mind that the Convention is intended to safeguard rights that are ‘practical and effective’. It must look behind appearances and investigate the realities of the situation complained of. ...»

(57) Selv om *Hutten-Czapska*-dommen omhandler leie av fast eiendom, peker EMD i avsnitt 120 i Lindheim-dommen på at de uttalte prinsippene også er anvendelige ved vurderingen av kravet om proporsjonalitet ved inngrep vedrørende tomtefesteavtaler. Dette er det helt sentrale tema i dommen.

(58) I avsnittene 121–124 drøfter domstolen ulikheter og likheter mellom festeforhold og leieforhold, og det pekes på betydelige forskjeller både i ytelser og ikke minst kontraktsperiodens lengde.

(59) I avsnitt 125 uttaler domstolen:

«As can be seen from the above, the interests at stake on each side were markedly different in nature and difficult to reconcile and the issues with which the Norwegian Parliament was confronted were particularly complex. In view of the very large number of ground lease contracts in Norway, the Court further understands the need emphasized in the national legislative process for clear and foreseeable solutions and the need to avoid costly and time-consuming litigation on a massive scale before the national courts. This is the background against which the Court will examine whether in the instant case the national authorities acted within the wide margin of appreciation accorded to them under Article 1 of Protocol No. 1.»

(60) I avsnitt 126 gjør EMD rede for de vurderinger Stortinget foretok i forbindelse med behandlingen av regelen i tomtefesteloven § 33 om forlengelse på samme vilkår, og for § 15 om et engangsløft for eldre festekontrakter der avtalen går ut på regulering i samsvar med endringer i tomteverdien, med et høyestebeløp tilsvarende den gjeldende bestemmelse som står til prøving i nærværende sak. Det ble vist til de erfaringer man hadde høstet etter opphevelsen av prisreguleringen, som medførte en dramatisk oppregulering av

festeavgiften for mange festere. Videre ble det pekt på at departementet mente forslagene innebar en balansert løsning mellom interessene til festerne og bortfesterne.

- (61) I avsnitt 128 uttaler EMD at den ikke kunne se, ut fra det foreliggende materialet, at det var foretatt noen særskilt vurdering – «any specific assessment» – av om endringen av tomtfesteloven § 33 innebar en «fair balance» mellom interessene til fester og bortfester. Deretter sies det i avsnitt 129:

«The Court is further struck by the particularly low level of rent the applicants received under the terms of the various ground lease agreement as extended pursuant to section 33 of the Ground Lease Act. As quantified by the applicants, and as was undisputed by the Government, the level amounted to less than 0,25% of the plots' market value and was either equal to or lower than the statutory level of the real-estate tax chargeable on the plots (0,2%–0,7%). Although it was for the lessee to pay tax, as if he or she owned the property, the comparison nonetheless illustrates the striking contrast. Any adjustment to the rent would be limited to taking into account changes in the consumer price index. In the applicants' case, there seems to have been no general interest demands sufficiently strong to justify such a low level of rent, bearing no relation to the actual value of the land. ...»

- (62) Som det fremgår av dette, ga domstolen uttrykk for at festeavgiftene var særlig lave, under 0,25 prosent av verdien av tomtene, og at en oppregulering som kun var mulig på grunnlag av endringer i konsumprisindeksen, ikke hadde noen sammenheng med den faktiske tomteverdien.
- (63) Videre peker domstolen i avsnitt 130 på at forlengelse av festekontraktene etter tomtfesteloven § 33 kunne skje uavhengig av festers økonomiske situasjon, og at regelen sannsynligvis hadde en langt større rekkevidde enn til bare å bøte på økonomiske vanskeligheter og sosial urettferdighet, og måtte anses som et boligsosialt tiltak i vid forstand.
- (64) I avsnittene 131–132 fremholder domstolen konsekvensene av de aktuelle bestemmelsene sett fra ståstedet til fester og bortfester, herunder konsekvensene ved salg av eiendommene. I avsnitt 133 godtas det at bortfester hadde en berettiget forventning – «legitimate expectation» – om at festekontraktene ville utløpe i henhold til kontraktens bestemmelser om dette, uavhengig av eventuelle lovgivningsmessige reguleringer.
- (65) I avsnitt 134 konkluderes det deretter:

«In these circumstances, it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed solely on the applicant lessors (see, *mutatis mutandis*, *Hutten-Czapska*, cited above, § 222, 224-225). The Court is therefore not satisfied that the respondent State, notwithstanding its wide margin of appreciation in this area, struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants, who were made to bear a disproportionate burden.»

- (66) Oppsummert kan det sies at EMD kom til at tomtfestelovens bestemmelse om rett for festerne til å kreve forlengelse av de aktuelle festekontrakter på de samme vilkår som før og uten tidsbegrensing, ikke innebar noen rettferdig fordeling av de sosiale og økonomiske byrder involvert, siden disse byrdene uten noen nærmere vurdering ene og alene ble lagt på bortfester. Samlet sett fremstod en slik fordeling av byrdene som uforholdsmessig og utgjorde derfor en krenkelse av EMK P1-1.

- (67) Avslutningsvis under denne gjennomgangen gjengis domstolens uttalelse om behovet for generelle tiltak etter konvensjonen artikkel 46, jf. avsnitt 137:

«Whilst in reaching the above conclusion the Court has focused on the particular circumstances of the applicant's individual complaints, it adds by way of a general observation that the problem underlying the violation of Article 1 of Protocol No. 1 concerns the legislation itself and that its findings extend beyond the sole interests of the applicants in the instant case. This is a case where the Court considers that the respondent State should take appropriate legislative and/or other general measures to secure in its domestic legal order a mechanism which will ensure a fair balance between the interest of lessors on the one hand, and the general interests of the community on the other hand, in accordance with the principles of protection of property rights under the convention. It is not for the Court to specify how lessors' interests should be balanced against the other interests at stake. The Court has already identified the main shortcomings in the current legislation (see paragraphs 128 to 136 above). Under Article 46 the State remains free to chose the means by which it will discharge til obligations arising from the execution of the Court's judgement ...»

- (68) Dette fører meg over til neste tema – lovgivningsprosessen i etterkant av Lindheim-dommen.
- (69) *Revisjonen av tomtefesteloven*
- (70) Som det fremgår av det siterte fra Lindheim-dommen avsnitt 137, ga EMD uttrykk for at Norge burde sørge for at den nasjonale lovgivning inneholdt bestemmelser som sikrer en rettferdig balanse mellom bortfesternes interesser og de generelle samfunnsinteresser som gjør seg gjeldende. Jeg viser også til domstolens uttalelse i avsnitt 128 om at lovgiver ikke syntes å ha foretatt «any specific assessment» – noen særskilt vurdering – av om den aktuelle lovbestemmelsen oppnådde en «fair balance» – rettferdig balanse – mellom interessene til fester og bortfester.
- (71) Ved gjennomgangen av revisjonen av tomtefesteloven vil jeg særlig ha dette tema for øye.
- (72) Jeg finner det ikke nødvendig å gi noen generell redegjørelse for tomtefestelovgivningen, og utviklingen av denne, frem til Lindheim-dommen. Dette er det gitt flere detaljerte redegjørelser for i ulike sammenhenger. Jeg viser til Øvre Ullern-dommen avsnittene 55–58, Rt-2015-421 Grimstvedt-dommen avsnitt 38–43, Lindheim-dommen del II avsnitt 38 flg., samt NOU 2013: 11 kapittel 3.
- (73) Som følge av Lindheim-dommen oppnevnte regjeringen det såkalte tomtefestelovutvalget 15. februar 2013. Utvalget var bredt sammensatt av medlemmer med høy faglig kompetanse med bakgrunn fra universiteter og advokatyrket, samt representanter for både festerne og bortfesterne.
- (74) Utvalget fikk i mandat å utrede og fremsette forslag til endringer i tomtefestelovens regler om forlengelse av feste til bolighus og fritidshus «... for å bringe disse i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser» etter EMK P1-1. Det var en premiss for utvalgets arbeid at det fortsatt skulle gjelde en rett for festere til å kreve et feste til bolig- eller fritidshus forlenget inntil det sies opp av fester eller tomta blir innløst. Det sies videre i mandatet:

«Utvalget skal vurdere endringer i reguleringen av på hvilke vilkår festet skal kunne kreves forlenget og i hvilken utstrekning slike endringer er påkrevet av hensyn til EMK ..., jf. EMDs dom 12. juni 2012. Spørsmålet om bortfesters adgang til å kreve nye vilkår og tilbakevirkning skal vurderes bredt, og forslagene til nye bestemmelser må ikke reise tvil om forholdet til EMK. Forslagene skal sikre de boligsosiale hensyn som ligger til grunn for tomtefesteloven, og ivareta bortfesterens eiendomsrett og behov for forutberegnelighet. Innenfor rammen av Norges folkerettslige forpliktelser skal utvalget legge vekt på å finne frem til praktikable regler som gir en rimelig avveining av partenes interesser og samtidig ivaretar de nødvendige retts tekniske hensyn.»

- (75) Jeg nevner at utvalget under sitt arbeid fikk tilgang til oppdaterte opplysninger omkring tomtefestesituasjonen i Norge og også gjennomførte en spørreundersøkelse i egen regi.
- (76) I NOU 2013: 11 Feste kontrakter og folkerett fremla utvalget fem ulike modeller for regulering av festeavgift ved forlengelse. Utvalgsmedlemmet fra Tomtefesteforbundet fremla en egen modell. I punkt 6.3 gjør utvalget rede for modellene. Den første modellen er en «engangs løftmodell», som har fellestrekk med taket i tomtefesteloven § 15 andre ledd. De andre modellene inneholder ulike reguleringsmekanismer og kombinasjoner av disse. Om modellene og forholdet til EMK P1-1 uttaler flertallet i utvalget på side 14 i utredningen:

«For at ingen av de fem modellene skal reise tvil om forholdet til P1-1, har utvalget funnet det nødvendig å gjøre enkelte tilpasninger i dem. I alle modellene er det lagt inn en mulighet for bortfesteren til å kreve festeavgiften regulert på nytt med intervaller på minst 30 år. I alle modellene så nær som generalklausulen er det tatt inn en sikkerhetsventil. Dersom modellene inneholder et høyestebeløp, lavestebeløp eller en bestemt prosentsats, er det fastsatt at størrelsen kan endres av Kongen ved forskrift hvert tjuende år. Hvis det gjelder et høyestebeløp, er det bestemt at dette skal gjelde for den enkelte boenhet.

Med disse tilpasningene er utvalgets konklusjon at ingen av de fem modellene reiser tvil om forholdet til P1-1.»

- (77) Lovutkastet ble behandlet av departementet, som sendte forslaget ut på høring før det ble fremmet en proposisjon til Stortinget med forslag til lovendringer, jf. Prop. 73 L (2014–2015).
- (78) I presentasjonen av proposisjonens hovedinnhold på side 5–6 skriver departementet:

«... Siktemålet med lovforslaget i proposisjonen er å sikre bedre proporsjonalitet i reglene om forlengelse av feste til bolighus og fritidshus slik at liknende krenkelser av EMK ikke gjentar seg. En nærmere vurdering av forpliktelsene etter EMK og behovet for å endre tomtefesteloven som følge av Lindheim-dommen er gitt i punkt 3 i proposisjonen.

Departementet legger på bakgrunn av dommen til grunn at festerens rett etter tomtefesteloven § 33 til å forlenge festeavtalen ved festeavtalens utløp er forenlig med EMK. Endringsbehovet knytter seg til festeavgiften etter forlengelse av avtalen. I sin kritikk av de nåværende reglene i § 33 pekte domstolen blant annet på den lave festeavgiften reglene kan føre til, at tomteverdi er utelukket som relevant reguleringsfaktor, og at verdistigning av tomten utelukkende tilfaller festeren ved videresalg. Etter departementets vurdering skyldes krenkelsen av EMK samspillet mellom tomtefesteloven §§ 7, 15 og 33. Disse bestemmelsene fører til at festeavtalen etter forlengelsen blir tidsbestemt, og at festeavgiften ved forlengelsen ikke kan reguleres med mer enn endringer i konsumprisindeksen.

Forslaget om nye regler i tomtefesteloven som stiller bortfesteren i en gunstigere posisjon ved forlengelse av festet enn etter nåværende lovgivning, må forene ulike og til dels motstridende hensyn, noe høringen viser. De nye reglene må avhjelpe de svakheter ved lovgivningen som EMD pekte på i Lindheim-dommen. Samtidig må det tas hensyn til festerens vern etter EMK og Grunnloven. Sentralt står også behovet for regler som kan gi stabilitet på et område som har vært preget av tvister. Det er videre nødvendig å se lovens regler i sammenheng. Lovendringene må utformes på en måte som i størst mulig grad er forenlig med lovens system for øvrig.»

- (79) Når det gjelder departementets nærmere vurderinger av forslaget til lovendringer, viser jeg særlig til proposisjonen punkt 4.4 på side 43 flg. Her gjør departementet rede for de avveininger som må foretas og hvilke løsninger departementet har falt ned på. Dette berører kjernen i saken. Jeg gjengir først departementets mer generelle overveielser innledningsvis under punkt 4.4 på side 43:

«På den ene siden må de nye reglene avhjelpe de svakheter ved lovgivningen som EMD pekte på i Lindheim-dommen. Samtidig må det tas hensyn til festerens vern etter EMK og Grunnloven. Sentralt står også behovet for regler som kan gi stabilitet på et område som har vært preget av tvister. Det er videre nødvendig å se lovens regler i sammenheng. Lovendringene må utformes på en måte som i størst mulig grad er forenlig med lovens system for øvrig.»

- (80) Her fremheves altså behovet for å ivareta både bortfesters og festers menneskerettigheter, og behovet for regler som gir stabilitet og som står i sammenheng med lovens øvrige regler.
- (81) Deretter gjør departementet rede for valget av hovedregel, en adgang for bortfester til å kreve oppregulering av festeavgiften etter *en prosentsats* av tomteverdien:

«Departementet foreslår som utvalgets flertall en regel som gir bortfesteren adgang til å kreve regulering av festeavgiften dersom festeforholdet forlenges. Departementet foreslår at den regulerte festeavgiften skal utgjøre 2,5 prosent av tomteverdien. Det foreslås at tomteverdien skal beregnes på samme måte som etter utvalgets forslag. Departementet foreslår også et høyestebeløp ('tak') for maksimal festeavgift per dekar tomt. Høyestebeløpet foreslås utformet etter modell av tomtefesteloven § 15 annet ledd nr. 2.

Departementets lovforslag bygger på elementer både fra utvalgets engangsløftmodell, kombinasjonsmodell og prosentmodell. I høringen har bortfesterens side i hovedsak støttet engangsløftmodellen, mens festerens side i hovedsak har støttet en generalklausul. En generalklausul, som er en skjønsmessig bestemmelse, vil innebære at det er partene, eller i ytterste konsekvens domstolene, som må foreta avveiningen mellom hensynet til festeren og hensynet til bortfesteren når den nye festeavgiften skal fastsettes. Departementet foreslår at bortfesteren i stedet gis rett til et 'engangsløft' av festeavgiften når festeavtalen forlenges. Forslaget bygger på en generell avveining mellom hensynet til bortfesteren og hensynet til festeren. Selv om det vil variere hvor godt en slik generell bestemmelse vil treffe i forskjellige festeforhold, er det etter departementets syn et tungtveiende hensyn å sikre forutberegnelighet for partene i avtaleforholdet og begrense potensialet for tvister på et område som har vært preget av et høyt konfliktnivå.»

- (82) Departementet valgte å foreslå at prosentsatsen for beregningen av festeavgiften skulle tas inn direkte i loven. Dette ble begrunnet med at prosentsatsen stod helt sentralt ved balanseringen av hensynene mellom bortfester og fester.
- (83) Departementet begrunner forslaget om *et høyestebeløp* for festeavgiftene slik på side 44 flg.:

«Departementet foreslår som nevnt at festeavgiften ikke skal kunne reguleres til mer enn et høyestebeløp per år. Høyestebeløpet er i departementets forslag 9000 kroner, justert ved hvert årsskifte etter 1. januar 2002 i samsvar med endringen i pengeverdien. Dette svarer i 2015 til 11 378 kroner. Høyestebeløpet gjelder for hvert dekar tomt, eller per tomt dersom tomten er mindre enn ett dekar. Høyestebeløpet er i forslaget utformet likt som etter gjeldende § 15 annet ledd nr. 2, men er ikke begrenset til avtaler inngått 26. mai 1983 eller før. Høyestebeløpet er begrunnet i hensynet til festeren. De hensyn som er nevnt foran i tilknytning til spørsmålet om presentsats, taler også for at det settes et tak for hvor mye festeavgiften kan utgjøre. For festere med særlig verdifulle tomter vil den foreslåtte regelen om at festeavgiften skal utgjøre 2,5 prosent av tomteverdien, kunne føre til en betydelig økning av festeavgiften. Dette kan for noen festere bety at de ikke vil ha økonomisk mulighet til å fortsette festeforholdet. Et høyestebeløp har til formål å forhindre urimelige utslag av reglene og innebærer en lovfastsatt begrensning av det tillatte vederlaget på et område der vanlige markedsmekanismer ikke virker som følge av festerens binding til tomten. En slik begrensning er for øvrig allerede kjent fra gjeldende § 15 annet ledd. Og det kan i den forbindelse nevnes at i Lindheim-dommen fremheves nettopp den balanseringen av hensynene som fremgår av forarbeidene til § 15, som noe som også burde ha vært gjort ved vedtakelsen av § 33 (dommens avsnitt 126 til 128).»

- (84) Departementet foreslo i motsetning til tomtefestelovutvalget å knytte høyestebeløpet til størrelsen på tomta, hvert dekar tomt, etter mønster av en lignende bestemmelse i dagjeldende tomtefestelov § 15 andre ledd. Begrunnelsen var dels hensynet til sammenheng i regelverket og dels å unngå tilfeldige og utilsiktede konsekvenser av en regel om et høyestebeløp knyttet til antall boenheter. Det fremgår at høyestebeløpet var begrunnet ut fra hensynet til festeren for å unngå urimelige utslag av reglene.
- (85) I tillegg foreslo departementet en snever sikkerhetsventil i tomtefesteloven § 15, for å kunne fange opp eventuelle ekstraordinære tilfeller hvor høyestebeløpet ved regulering av festeavgiften ville føre til en så lav festeavgift at reguleringen ikke i tilstrekkelig grad ivaretok bortfesters rettigheter etter EMK P1-1. Det vises til proposisjonen side 45. Bestemmelsen skulle bare gjelde for regulering av festeavgiften ved forlengelse av avtalen og ga ingen generell adgang til revisjon av festeavgiften.
- (86) Oppsummeringsvis sier departementet på side 46:

«Forslaget til endringer i reglene om forlengelse og regulering av festeavgiften skal reparere svakhetene ved lovgivningen som EMD viste til i Lindheim-dommen samtidig som hensynet til festeren og festerens vern etter EMK og Grunnloven må ivaretas. Hensynet til sammenheng i lovverket og behovet for en regulering som kan gi stabilitet i avtaleforholdene og dempe tvistenivået, er også tillagt vekt ved utformingen av lovforslaget. Etter departementets syn ivaretar lovforslaget disse hensynene og ivaretar samtidig balansen mellom partene i kontraktsforholdet. Departementet viser i denne forbindelse til avsnittene 128–136 i Lindheim-dommen, der EMD pekte på flere forhold ved tomtefesteloven § 33 som hadde betydning for om balansen etter EMK P1-1 var ivaretatt.»

- (87) Ved behandlingen av lovsaken i Stortinget var det politisk uenighet omkring departementets forslag, jf. Innst. 349 L (2014–2015). Justiskomiteen stilte seg samlet bak følgende uttalelse på side 4 i innstillingen:

«K o m i t e e n merker seg at forslaget om nye regler i tomtefesteloven stiller bortfesteren i en gunstigere posisjon ved forlengelse av festet enn etter nåværende lovgivning. Forslaget må forene ulike og til dels motstridende hensyn, noe komiteens høring på saken tydelig viste.»

- (88) Stortingsflertallet, medlemmene fra Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig folkeparti, ga sin tilslutning til departementets forslag om et engangsløft med regulering av festeavgiften etter en prosentsats av tomteverdien, men kom etter en avveining til at to prosent var tilstrekkelig, med følgende begrunnelse, jf. innstillingen side 4–5:

«Flertallet viser til at regjeringen i proposisjonen har lagt til grunn at 2,5 prosent fremstår som en rimelig balanse mellom partenes interesser. Flertallet viser til at den foreslåtte prosentsatsen i utgangspunktet kan synes å være balansert, men at den bør reduseres noe. Flertallet viser til at festeavgiften i tillegg kan reguleres etter konsumprisindeksen i tråd med de øvrige reglene i tomtefesteloven § 15. Flertallet viser til at i saken hvor Norge ble dømt, viste EMD særlig til den lave festeavgiften som var på mindre enn 0,25 % av markedsverdi. Rentesatsen som nå foreslås, er over 2,25 % høyere. Flertallet er av den oppfatning at en rentesats på 2,5 % kan synes å gå noe langt til bortfesteres fordel. Det er etter flertallets mening viktig å bidra til en 'fair balance' mellom fester og bortfester. Flertallet viser også til at det er knyttet lavere risiko til festetomter, og dermed forventning om lavere avkastning. Dette bør derfor etter flertallets mening medføre at rentesatsen settes til 2 %, slik at færre festetomter vil nå taket.»

- (89) Det samme flertall ga sin tilslutning til departementets forslag om et høyestebeløp ved oppregulering av festeavgiften etter tomteverdi, og uttalte i den forbindelse, jf. innstillingen side 7:

«Flertallet begrunner dette med hensynet til festeren. For festere med verdifulle tomter vil en festeavgift på 2% av tomteverdien kunne føre til en betydelig økning av festeavgiften. Dette kan for noen festere bety at de ikke vil ha økonomisk mulighet til å fortsette festeforholdet. Et høyestebeløp har derfor til formål å forhindre urimelige utslag av reglene.»

- (90) Jeg nevner også at det var flertall i Stortinget for å innføre en regel om rett til ny regulering av festeavgiften når det er gått minst 30 år, slik som foreslått av tomtefestelovutvalget, men som ikke inngikk i departementets lovforslag. Denne retten ble gitt begge parter, og forslaget ble begrunnet slik:

«... ved å gi adgang til ny regulering av festeavgiften når det har gått minst 30 år, vil man ivareta 'fair balance' mellom partene bedre over tid, og ha en sikkerhetsventil som reduserer risikoen for at balansen mellom partene igjen kommer i strid med EMK P1-1.»

- (91) Forslaget om en egen bestemmelse om at festeavgiften kan settes høyere enn høyestebeløpet hvis det er nødvendig på grunn av bortfesteres vern etter EMK P1-1, fikk også støtte fra justiskomiteens flertall og ble tatt inn i tomtefesteloven § 15 niende ledd.
- (92) Stortinget vedtok 19. juni 2015 någjeldende tomtefestelov § 15 og § 33.
- (93) I brev 8. oktober 2015 fra Justis- og beredskapsdepartementet til sekretariatet for Ministerkomiteen i Europarådet ble det gjort rede for de vedtatte lovendringer og vurderingene som lå bak disse. Det ble gitt uttrykk for Norge hadde oppfylt sine forpliktelser etter konvensjonen artikkel 46. Ministerkomiteen har i resolusjon CM/ResDH (2016) 46, 30. mars 2016, uttalt at Norge har iverksatt de tiltak artikkel 46 krever.
- (94) *Nærmere om vurderingene etter EMK P1-1*

- (95) Som det fremgår av Lindheim-dommen, var det kravet til forholdsmessighet etter EMK P1-1 som var det sentrale tema. Jeg vil derfor kort si noe mer om hva som ligger i dette.
- (96) EMK P1-1 lyder slik:
- «Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.**
- The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.»**
- (97) EMD har lagt til grunn at bestemmelsen inneholder tre regler. Prinsippregelen i første ledd første punktum er av generell karakter og slår fast at enhver har rett til å nyte sin eiendom i fred. Avståelsesregelen i første ledd andre punktum setter rammer for pålegg om tvungen eiendomsavståelse. Den tredje regelen, kontrollregelen i andre ledd, anerkjenner det offentlige behov for og rett til å fastsette regulerende tiltak for å ivareta fellesskapsinteresser.
- (98) Det er enighet om at det er kontrollregelen som kommer til anvendelse i denne saken. Det la også EMD til grunn i Lindheim-dommen, se avsnitt 75–78. Jeg peker også på at domstolen kom til at inngrepet var i samsvar med allmenne interesser («the general interest»), jf. avsnitt 96–100. Lovkravet er også utvilsomt oppfylt.
- (99) Forutsetningen om forholdsmessighet er bærende for hele konvensjonen. Det er et grunnleggende vilkår at det må være en rettfærdig balanse mellom de samfunnsinteresser som begrunner et inngrep, og konvensjonens rettigheter.
- (100) I praksis er dette tolket slik at et inngrep vil være uforholdsmessig, og konvensjonsstridig, dersom den berørte part må bære «an individual and excessive burden». Dette kriteriet har vært brukt i flere plenums- og storkammersaker fra EMD. Jeg viser blant annet til dom 18. desember 1984 *Sporrong og Lönnroth mot Sverige* avsnitt 73, dom 21. februar 1986 *James mfl. mot Storbritannia* avsnitt 50, dom 29. mars 2010 *Depalle mot Frankrike* avsnitt 83 og dom 16. november 2010 *Perdigão mot Portugal* avsnitt 67.
- (101) Jeg viser også til den tidligere nevnte *Hutten-Czapska*-dommen avsnitt 167 om at det må være «... a reasonable relation of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised ...». I dette ligger at det må være «a fair balance» mellom de allmenne samfunnsinteressene som ligger bak inngrepet og konvensjonsbestemmelser som er gitt til beskyttelse av individets grunnleggende rettigheter, og det må ikke foreligge en «disproportionate and excessive burden».
- (102) Når det gjelder det nærmere innhold av EMK P1-1, herunder kravet til forholdsmessighet, viser jeg til NOU 2013: 11 punkt 5.2.1.7 side 27, HR-2016-304-S (Guldborg-dommen) avsnitt 39–51 og Grimstvedt-dommen avsnitt 52–66.
- (103) Jeg kan ikke se at det foreligger nyere rettspraksis fra EMD som endrer innholdet i forholdsmessighetskriteriet, slik det her er redegjort for.

- (104) Etter menneskerettsloven § 2 gjelder EMK P1-1 som norsk lov. Ved motstrid skal den gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3. I den forbindelse viser jeg til de grunnleggende tolkningsprinsipper vedrørende menneskerettsloven § 3 som er trukket opp av Høyesterett i plenumsdommen i Rt-2000-996 på side 1006, og som senere er gjentatt i andre avgjørelser. Ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen, og i den forbindelse benytte samme metode som EMD. Dette oppsummeres slik i Rt-2005-833 avsnitt 45:
- «Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen. Og dersom det er tvil om forståelsen, må norske domstoler ved avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.»**
- (105) Jeg viser i denne forbindelse også til Gullberg-dommen, avsnitt 50–51, hvor det gis uttrykk for at det må være et romslig spillerom for begrunnede lovgiveravveininger på et område som dette – et politisk felt med komplekse problemstillinger og sterke interessemotsetninger.
- (106) For øvrig bemerker jeg at tomtefesteloven § 15 niende ledd, som åpner for å sette festeavgiften til et høyere beløp enn høyestebeløpet i fjerde ledd dersom dette er nødvendig av hensynet til vernet bortfester har etter EMK P1-1, er en påminnelse om de nasjonale forpliktelser som følger av konvensjonen.
- (107) *Forholdsmessighetsvurderingen*
- (108) I tråd med Gullberg-dommen avsnitt 60 flg., vil min vurdering bestå av to hovedkomponenter. Den ene er lovgivers begrunnelse for reglene om regulering av festeavgiften ved forlengelser etter tomtefesteloven § 33 – herunder høyestebeløpet som skranke for hovedregelen om oppregulering etter tomteverdi. Den andre er de økonomiske realitetene; virkningen av at taket setter en skranke for ytterligere oppregulering av festeavgiften i samsvar med økningen i tomteverdien.
- (109) Jeg ser først på lovgivers begrunnelse for begrensningene i hovedregelen om oppregulering etter tomteverdien, og da særlig på høyestebeløpet, og avveiningen mellom bortfester og fester interesser i den forbindelse. De ankende parter har gjort gjeldende at høyestebeløpet må settes til side for å unngå krenkelse av EMK P1-1.
- (110) Fra et overordnet perspektiv må det etter mitt syn kunne sies at lovgiverne har fulgt opp pålegget fra EMD i Lindheim-dommen avsnitt 137 på en samvittighetsfull måte. Prosessen har vært styrt av en klar målsetting om å foreta nødvendige lovendringer for å unngå fremtidige krenkelser av EMK P1-1. De involverte aktører – lovutvalget, høringsinstansene, departementet og til slutt justiskomiteen og Stortinget – har alle vært opptatt av nettopp dette.
- (111) Samtidig er det også klart at dette ikke har vært noen enkel oppgave.
- (112) Tomtefesteloven berører mange personer og husstander i Norge, og det er sterke økonomiske og personlige interesser involvert. Særlig stortingsbehandlingen viser dette. Den var preget av politisk uenighet, og loven bærer preg av å være et kompromiss mellom motstridende interesser.

- (113) Når det gjelder lovforarbeidene, har jeg særlig festet meg ved departementets uttalelser i proposisjonen om at hovedsiktemålet med lovforslaget var å «sikre bedre proporsjonalitet» i regelverket for å unngå lignende krenkelser av EMK i fremtiden. Jeg har også merket meg uttalelsen om at lovforslaget vil stille bortfester i en gunstigere posisjon enn tidligere. Dette gjenspeiles også i departementets forslag til hovedregel – ved forlengelse av festeavgift etter tomtefesteloven § 33 ble bortfester gitt adgang til en oppregulering av festeavgiften basert på tomtas verdi, ikke bare etter konsumprisindeksen.
- (114) Samtidig er det også på det rene at hensynet til festerne har vært svært tungtveiende, og at begrensningene, både i form av en bestemt prosentsats og et høyestebeløp (engangsløft), ble ansett nødvendig for å unngå urimelige konsekvenser av hovedregelen om adgangen til oppregulering etter tomteverdi. Jeg viser her til at departementet i proposisjonen punkt 4.4. på side 43, som jeg har sitert fra tidligere, uttaler at forslaget bygget på en generell avveining mellom hensynet til bortfesteren og festeren.
- (115) Det står for meg som klart at departementet var innforstått med at de foreslåtte regler, herunder høyestebeløpet, ville kunne ramme bortfesterne ulikt. I dette ligger også det selvsagte, at noen bortfesterne – med dyre tomter – ville kunne bli rammet særlig hardt, jf. sitatene fra proposisjonen side 44 flg. ovenfor. Det er også fremholdt i proposisjonen kapittel 9 om økonomiske og administrative konsekvenser på side 77, at noen festeavtaler ikke vil bli berørt, fordi festeavgiften ligger over høyestebeløpet. Ved vurderingen ble det imidlertid lagt avgjørende vekt på at en regel som ga bortfester en ubetinget rett til oppregulering etter 2,5 prosent av tomteverdien, ville kunne gi en betydelig økning av festeavgiften, noe som kunne få den konsekvens at enkelte festere ikke ville hatt råd til å fortsette festeforholdet.
- (116) Det er også klart at stortingsflertallet var klar over at høyestebeløpet særlig ville ramme bortfesterne av dyre tomter, men at en slik begrensning var nødvendig for å hindre urimelige utslag. Flertallet valgte, som en ekstra sikkerhetsventil for å unngå konvensjonskrenkelse, å innføre regelen om adgang til ny regulering av festeavgiften når det var gått minst 30 år, nettopp for å sikre «fair balance» mellom partene også over tid.
- (117) Etter mitt syn viser lovforarbeidene at det ble foretatt en grundig vurdering og avveining av hensynene til både bortfesterne og festerne. At høyestebeløpet ville ramme eierne av dyre tomter var åpenbart, og konsekvensene av dette ble uttrykkelig vurdert – men med det utfall at hensynet til festerne ble funnet mer tungtveiende. At bortfesterne, og særlig de som eier dyre tomter, finner dette urimelig, kan ikke være til hinder for at lovgiver velger å legge større vekt på andre og mer sosiale hensyn. Dette gjør ikke at inngrepet, sett ut fra en samlet vurdering av mer allmenne hensyn, må betraktes som uforholdsmessig.
- (118) At loven er generelt utformet, og gjelder uavhengig av festerens økonomiske stilling, kan heller ikke gjøre bestemmelsen uforholdsmessig. Jeg nevner i den forbindelse at departementet vurderte en bestemmelse om individuell vurdering av avgiftsnivået i det enkelte festeforhold, se proposisjonen side 45. Departementet kom til at Lindheim-dommen avsnitt 130 ikke kunne tolkes slik at loven måtte åpne for en individuell vurdering. Tatt i betraktning at det er cirka 170 000 festeforhold til bolig og fritidshus i Norge, har jeg forståelse for at det ble lagt vekt på hensynet til forutberegnelighet for partene og behovet for å begrense potensialet for tvister, jf. også Lindheim-dommen avsnitt

125. Jeg viser for øvrig til James-dommen avsnitt 69 hvor EMD godtok lovgivers generelle vurdering selv om resultatet kunne få ulike konsekvenser for enkeltpersoner.

- (119) Jeg går så over til å vurdere de økonomiske konsekvenser – og forholdsmessigheten av disse.
- (120) Som tidligere nevnt kom lagmannsretten til at tomta hadde en verdi på 110 millioner kroner. Den årlige festeavgiften på 658 225 kroner tilsvarer 31 816,75 kroner per dekar tomt og gjennomsnittlig cirka 12 200 kroner per leilighet. Festeavgiften utgjør cirka 0,6 prosent av tomtas verdi per år. Til sammenligning minner jeg om at festeavgiftene i Lindheim-dommen var mindre enn 0,25 prosent av tomtenes verdi per år.
- (121) Dersom bortfester hadde kunnet foreta en oppregulering av festeavgiften tilsvarende to prosent av tomtas verdi, ville dette gitt en årlig festeavgift på 2,2 millioner kroner. Det ville gitt en årlig festeavgift på cirka 107 317 kroner per dekar og cirka 40 740 kroner per leilighet.
- (122) Det er også på det rene at dagens festeavgift er lavere enn den opprinnelige festeavgiften korrigert for endringene i pengeverdien siden 1963. En ren konsumprisindeksregulering av opprinnelig festeavgift til pengeverdien i 2016 ville gitt en årlig festeavgift på 963 342 kroner.
- (123) Høyestebeløpet på 9 000 kroner per dekar utgjorde som tidligere nevnt, etter konsumprisindeksregulering, på reguleringstidspunktet 11 724 kroner. Høyestebeløpet vil, ut fra en avkastningsberegning på to prosent, få virkning for tomter med en verdi som overstiger cirka 600 000 kroner.
- (124) Bortfesteres økonomiske interesse i tomta ut over avkastningen av festeavgiften må normalt sett sies å være liten så lenge festekontrakten løper. Det ligger også i tomtefestets natur; normalt oppgir bortfester all rådighet over tomta når det inngås en festeavtale. Fester på sin side vil normalt kreve full bruksrett og bebygge tomta for så å ta den i bruk.
- (125) I dette tilfellet var det avtalt en festetid på 50 år, med adgang for bortfester til å bestemme om festeforholdet skulle forlenges eller om fester skulle få innløse tomta. Isolert sett må derfor bortfester kunne sies å ha en økonomisk interesse i tomta ut over løpende festeinntekter. Det lå i kortene etter festekontraktens bestemmelser at en forlengelse av festekontrakten måtte bli et forhandlingsspørsmål, og at den faktiske situasjonen ved opphør av kontrakten allerede etter 50 år ville gi bortfester et godt utgangspunkt dersom det ble forhandlet om dette – med tilsvarende muligheter for å få uttelling for tomtas verdi. Jeg nevner i denne forbindelse at Selvaag, da festekontraktene ble inngått, hadde sikret seg en relativt høy festeavgift.
- (126) Men dette kan bare være et utgangspunkt. Da festekontraktene ble inngått, var det prisregulering, og det måtte fremstå som temmelig åpenbart for bortfester at det på dette feltet måtte påregnes offentlig regulering også i fremtiden. På hvilken måte, og i hvilket omfang, var selvsagt usikkert, men dette må ha preget de forventninger bortfester kunne ha til at fremtidige festeavgifter skulle avspeile tomteverdien ved en eventuell forlengelse.
- (127) I Lindheim-dommen er det ingen holdepunkter for at selve forlengelsesretten var konvensjonsstridig. Det ble også lagt til grunn ved den etterfølgende lovrevisjonen. Det

kan ved proporsjonalitetsvurderingen likevel ikke ses bort fra at bortfester – i alle fall i utgangspunktet – må kunne sies å ha hatt en forventning om at festekontrakten ville opphøre etter sitt innhold etter 50 år. Ved forholdsmessighetsvurderingen må denne forventning anerkjennes som ett moment i en samlet vurdering, slik jeg oppfatter at EMD gir uttrykk for i Lindheim-dommen avsnitt 133. Det er også lagt til grunn av Høyesterett i Grimstvedt-dommen avsnitt 69–70 og Guldberg-dommen avsnitt 86.

- (128) Jeg ser at de økonomiske konsekvensene for bortfesterne i denne saken er store, når man sammenligner avkastningen med hva de ville fått dersom de kunne regulere festeavgiften etter hovedregelen om to prosent av tomteverdien. Et høyestebeløp vil nødvendigvis medføre at jo mer verdifull tomta er, jo mindre avkastning får bortfester – relativt sett.
- (129) Jeg legger imidlertid vekt på at festeavgiften er en tilnærmet risikofri avkastning som tilflyter bortfester ene og alene i egenskap av å være eier av eiendommen. Det ligger ingen ytelse bak avkastningen fra bortfester ut over dette, som derfor mest kan sammenlignes med en passiv pengeplassering. Denne årlige avkastningen vil fortsette i overskuelig fremtid, med adgang til konsumprisindeksregulering og ny revisjon etter 30 år. En så vidt lav risiko tilsier en beskjedne forventning til avkastningen.
- (130) Den økonomiske avkastningen kan imidlertid ikke alene være avgjørende ved forholdsmessighetsvurderingen. For meg har det vært avgjørende at lovgiver har foretatt en bred og sammensatt avveining hvor de økonomiske konsekvenser for både bortfester og fester har vært vurdert. I prinsippet har lovgiver anerkjent en rett for bortfester til en festeavgift som tar i betraktning tomteverdien, men samtidig funnet det nødvendig å innføre en begrensning av andre tungtveiende grunner.
- (131) Etter en samlet vurdering av disse forhold kan jeg ikke ut fra økonomiske betraktninger rundt festeforholdet se at bortfesterne må bære en individuell og overdreven byrde som gjør at det er et uforholdsmessig inngrep i relasjon til EMK P1-1.
- (132) Jeg konkluderer etter dette med at lagmannsrettens overskjønn bygger på riktig rettsanvendelse, og anken må da forkastes.
- (133) Anken har ikke ført frem. Ankemotpartene har vunnet saken fullt ut og har krav på å få dekket sine sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg finner ikke grunnlag for å anvende noen av lovens unntaksregler.
- (134) Ankemotpartene har krevd dekket 1 230 656 kroner inkludert merverdiavgift i sakskostnader for Høyesterett. Beløpet er i sin helhet salær. De ankende parter har ikke hatt innvendinger. Beløpet anses nødvendig og tilkjennes, jf. tvisteloven § 20-5.
- (135) Jeg stemmer for slik

D O M

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS, én for begge og begge for én, til Marianne Cecilia Lundin mfl. i fellesskap

1 230 656 – énmilliontohundreogtrettitusensekshundreogfemtiseks – kroner innen
2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (136) Dommer **Østensen Berglund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (137) Dommer **Møse:** Likeså.
- (138) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (139) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (140) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Stiftelsen Karibu og Mallin Eiendom AS, én for begge og begge for én, til Marianne Cecilia Lundin mfl. i fellesskap 1 230 656 – énmilliontohundreogtrettitusensekshundreogfemtiseks – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.