

**ER INNLØSNING OG FORLENGELSE ETTER
TOMTEFESTELOVEN
I STRID MED GRUNNLOVEN § 105?**

Kandidatnummer: 512

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17.613 ord

24.04.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Karakteristikk av tomtefeste som rettsinstitutt. Rettspolitiske hensyn	3
1.2	Noen lovgivningshistoriske milepæler	5
1.3	Oversikt over tomtefesteloven av 1996	6
1.4	Temaet	7
1.5	Avgrensninger	9
1.6	Fremstillingen videre	10
<u>2</u>	<u>GRUNNLOVEN</u>	<u>10</u>
2.1	Domstolenes prøvelsesrett	10
2.1.1	Utgangspunkter	10
2.1.2	Betydningen av Stortingets syn	11
2.1.3	Hvorfor bør Stortingets syn tillegges betydning?	14
2.1.4	Virkningen av grunnlovsstrid	16
2.1.5	Litt om plenumsloven av 1926	16
2.2	Grunnloven § 105	17
2.2.1	Utgangspunkter. Hensyn	17
2.2.2	Ekspropriasjonsbegrepet	17
2.2.3	Full erstatning	18
2.3	Grunnlovsvernet ved rådighetsinnskrenkninger	22
<u>3</u>	<u>INNLOSNING - §§ 32 OG 37</u>	<u>23</u>
3.1	Innledning	23

3.2	Er innløsning ekspropriasjon?	25
3.2.1	Utgangspunkter	25
3.2.2	Stortingets syn	26
3.2.3	Vurdering. Forholdet til Grunnloven § 97	27
3.3	Gir tomtefesteloven ”full Erstatning” ved innløsning?	28
3.3.1	Utgangspunkter	28
3.3.2	Enkelte metodebetraktninger	29
3.3.3	Innløsningsvederlaget beregnet etter alminnelige ekspropriasjonsregler	31
3.3.4	Vurdering av prosentmodellen (40 prosent av festeavgiften)	39
3.3.5	Vurdering av multiplikatormodellen (30 ganger festeavgiften)	41
4	<u>FORLENGELSE – TOMTEFESTELOVEN § 33</u>	45
4.1	Innledning	45
4.2	Er forlengelse ekspropriasjon?	46
4.3	Gir tomtefesteloven ”full Erstatning” ved forlengelse?	48
4.3.1	Utgangspunkter	48
4.3.2	Erstatning beregnet etter alminnelige ekspropriasjonsregler	49
4.3.3	Vurdering av § 33 (samme festeavgift)	52
4.3.4	Engangserstatning kontra årlig vederlag	57
4.4	Forholdet mellom innløsning og forlengelse	59
4.4.1	Innløsningsvederlaget	59
4.4.2	Er kombinasjonen forlengelse og innløsning en grunnlovsstridig rådighetsinnskrenkning?	60
	<u>LITTERATURLISTE</u>	62
	<u>REGISTER OVER HENVISNINGER I TEKSTEN</u>	A
	Høyesterettspraksis	A
	Underrettspraksis	A
	Forarbeider	B

1 INNLEDNING

1.1 Karakteristikk av tomtefeste som rettsinstitutt. Rettspolitiske hensyn

Tomtefeste er leie av grunn til hus som leietakeren (festeren) har eller får på tomten, jf tomtefesteloven § 1 første ledd.

Som rettsinstitutt har tomtefeste lange tradisjoner i Norge og går langt tilbake i tid. Det antas eksempelvis at en forordning av 18. desember 1764, som innførte plikt til skylddeling ved utparsellering, bidro til at bruken av tomtefestekontrakter skjøt fart. Forordningen ble nemlig tolket slik at festeavtaler falt utenfor påbudet om skylddeling, slik at tomtefeste ble billigere og enklere for partene enn salg av tomten.¹

I det hele tatt er tomtefeste et substitutt for kjøp av grunn.² Ikke minst har tomtefeste vært benyttet for å overkomme problemer med å skaffe kapital til kjøp av byggetomt. Dette har særlig gjort seg gjeldende i byene, der tomteprisene gjerne har vært høyest. Det bør også bemerkes at banker tidligere var vesentlig mer restriktive med å gi boligrelaterte lån til private enn i dag. Tomtefeste har således avhjulpet *finansieringsbehov* hos potensielle små- og store utbyggere.³ Videre har tomtefeste *avhjulpet mangel på byggetomter* der dette har vært et problem. Grunneiere har gjerne lettere for å tilby grunn til husbygging dersom han ikke behøver å gi slipp på tomten.

For bortfestere har tomtefeste ofte vært en *hensiktsmessig spareform*. En del har oppfattet festeavgift som en tryggere og bedre avkastning enn aksjer eller penger i banken. Det bør bemerkes at tilbudet av kurante spare- og investeringsmuligheter var vesentlig dårligere i

¹ Jf Ot prp nr 2 (1974-75) s 5 og *Simonsen* s 387.

² Ot prp nr 2 (1974-75) s 23.

³ Ot prp nr 2 (1974-75) s 5.

tidligere tider. I dag er dette helt annerledes. Banker og andre finansinstitusjoner frembyr nå et utall av muligheter. For øvrig har tomtefeste også den fordel ved seg at bortfesteren vil kunne høste inn den fremtidige verdistigningen på tomten.

Sammenliknet med avhending av tomter, fører tomtefeste imidlertid også med seg ulemper. Den tette forbindelse bygget har til tomten, skaper særlige problemer når hus og tomt er på ulike hender. På grunn av forbindelsen vil festekontrakter nødvendigvis være svært langvarige, hvilket skaper særlige utfordringer med hensyn til utformingen av kontrakter. Det lange perspektivet gjør at det for partene blir *vanskelig å forutse interessekonflikter som vil oppstå under kontraktens forløp*.⁴ Dette forplanter seg videre ved at kontraktsformen blir *vanskelig å lovregulere*, herunder fordi Grunnloven setter grenser for de inngrep lovgiver kan gjøre i løpende kontraktsforhold.

Ovennevnte problemer har resultert i at tomtefeste etter hvert viser seg som et rettsinstitutt som skaper uvanlig mye *rettstvister og politisk konflikt*.

Fra lovgiverhold har man ellers lenge fremhevet at det gjør seg særlige hensyn gjeldende ved boligfeste. Lovgiver har ment at de særlige fallgruver som tomtefeste innebærer, er en så vidt stor trussel for boligfesterens beskyttelsesverdige interesse i trygghet og stabilitet rundt egen bolig (boligsosiale hensyn), at et særskilt *preseptorisk vern for boligfestere* er påkrevd.⁵ Det har vært et uttalt mål å sette boligfesteren i størst mulig grad i samme stilling som en tomtekjøper.⁶ Man anser videre at det, et stykke på vei, foreligger et beslektet beskyttelsesbehov i relasjon til feste til hytte og liknende (fritidsfeste).

Også i dag er tomtefeste en utbredt kontraktsform. På basis av et visst statistisk materiale anslo Justisdepartementet i 2004 at det finnes mellom 300.000 og 350.000 festeforhold i

⁴ Ot prp nr 28 (1995-96) s 11.

⁵ Ot prp nr 2 (1974-75) s 25, Innst o nr 37 (1974-75) s 2, Ot prp nr 28 (1995-96) s 13 flg og Innst O nr 85 (1995-96) pkt 3.1.

⁶ Se Ot prp nr 2 (1974-75) s 25 og Ot prp nr 28 (1995-96) s 11.

Norge. Om lag 85 % av kontraktene antas å være bolig- eller fritidsfester.⁷ Brorparten av disse igjen, antas å være av førstnevnte type.

1.2 Noen lovgivningshistoriske milepæler

Til tross for rettsinstituttets lange eksistens og etter hvert store utbredelse i landet, fikk vi ingen alminnelig lov om tomtefeste før i 1975.⁸ Frem til da eksisterte det bare sporadiske bestemmelser rundt om i lovgivningen. Kun én av disse reguleringer er verdt å nevne i nærværende sammenheng, nemlig den offentlige reguleringen av festeavgiften. Siden 1940 har festeavgiftsnivået for bolig- og fritidsfester – med unntak for enkelte kortere perioder – vært holdt kunstig nede gjennom ulike typer av offentlig regulering.⁹ Reguleringen skjedde typisk gjennom en prisforskrift som satte et tak for hvor mye festeavgiften kunne justeres opp med når det var tid for justering.

Den første alminnelige lov var lov av 30. mai 1975 nr 20 om tomtefeste, som trådte i kraft 1. januar 1976. Om lovreguleringen av tomtefeste var begrenset før 1975-loven, fikk man til gjengjeld nå en lov som regulerte alle vesentlige sider av denne kontraktsformen. Videre ble loven gjenstand for en rekke fortløpende endringer fra lovgiverhold.

En del festeavtaler har en såkalt ”tomteverdiklausul” som gir bortfesteren rett til å oppjustere festeavgiften i takt med stigningen i tomtens salgsverdi (som råtomt). Den 27. mai 1983 ble den offentlige reguleringen av tomteprisene, så vel som prisforskriften for festeavgift, fjernet av Willoch-regjeringen. Konsekvensen ble at mange festere ble stilt overfor formidable krav om høyere festeavgift. Situasjonen var så vidt uholdbar at prisforskriften for festeavgift faktisk ble gjeninnført av regjeringen senere samme år.¹⁰

Også etter forskriftsendringene i 1983 ble tomtefesteloven gjenstand for endringer, og allerede høsten 1988 – altså knappe 13 år etter lovens ikrafttredelse – anså man tiden

⁷ Ot prp nr 41 (2003-04) s 11.

⁸ Ot prp nr 28 1995-96) s 11.

⁹ Ot prp nr 28 1995-96) s 6 og 25.

¹⁰ Se Ot prp nr 28 (1995-96).

moden for ”å gjennomgå lov 30. mai 1975 nr 20 tomtefeste med sikte på revisjon, samt å vurdere andre spørsmål som har oppstått i forbindelse med tomtefeste”.¹¹

Arbeidet resulterte i gjeldende tomtefestelov, vedtatt som lov av 20. desember 1996 nr 106 om tomtefeste. Grunnet skiftende regjeringer og politisk strid om lovens løsninger, især knyttet til regulering av festeavgiften, ble loven ikke satt i kraft før 1. januar 2002, og da med en lovendring fra 2000(!). Samtidig med lovens ikrafttredelse ble prisforskriften opphevet. Bestemmelser i gjeldende tomtefestelov vil imidlertid i en del tilfelle fortsatt hindre en større stigning i festeavgiften for løpende kontrakter.

Etter ikrafttredelsen har loven blitt endret flere ganger, hvorav den viktigste er endringslov av 2. juli 2004 nr 63 (i kraft fra 1. november 2004), inneholdende vesentlige endringer av reglene om festeavgift, innløsning og festeforholdets varighet.

1.3 Oversikt over tomtefesteloven av 1996

For det første inneholder loven i kapittel I og IX en del *generelle bestemmelser*, hvorav den viktigste er § 2 om tilbakevirkning og § 4 om preseptivitet. Paragraf 2 lyder:

”Lova gjeld for festeavtaler anten dei er inngått før eller etter at lova her tek til å gjelde, om ikkje noko anna er sagt i lova eller går fram av samanhengen. (...)

Der det er sagt i lova eller går fram av samanhengen at føresegnene berre gjeld for nye festeavtaler eller for festeavtaler inngått etter 1975, gjeld føresegnene òg for eldre festeavtaler som vert lenga med ei avtale etter desse tidspunkta.”

Paragraf 4 lyder:

”Ingen kan avtale eller gjere gjeldande vilkår i strid med føresegnene i lova, utan når dette er sagt i lova eller går fram av samanhengen.”

¹¹ Fra mandatet for arbeidet med gjeldende tomtefestelov, jf NOU 1993:29 s 5.

Som sagt må sistnevnte bestemmelse særlig sees i sammenheng med festervernet i tomtefesteloven.

Dernest inneholder loven en del *mindre omstridte kontraktsregler*. Dette gjelder regler om partenes rådighet (kapittel IV), om mislighold og misligholdsvirkninger (kapittel V), om ”avvikling” av festeforholdet, herunder ryddiggjøring av tomten, ved festekontraktens utløp (kapittel VII) og om fremfeste (kapittel VIII).

Til slutt har vi de spesielt *omstridte reglene*, som også er de regler der festervernet – dvs vernet for festere med bolig- eller fritidsfeste – særlig kommer til uttrykk. Dette er reglene om festeavgift (kapittel III) og om innløsning, festetid, oppsigelse og forlengelse (se særlig kapittel VI, men også kapitlene II og X).

1.4 Temaet

Temaet for denne avhandlingen ligger i skjæringspunktet mellom Grunnlovens vern om den private eiendomsrett og tomtefestelovens regler om festerens rett til forlengelse og innløsning.

Før 2004 var mulighetene for innløsning begrenset på ulike måter. Ved lovendringen i 2004 innførte lovgiver imidlertid en alminnelig innløsningsrett for festeren. Dette må delvis sees som en motreaksjon mot at den offentlige prisreguleringen av festeavgiftsnivået ble opphevet fra 1. januar 2002.¹² Opphevelsen medførte at bortfestere med tomteverdiklausul¹³ kunne oppjustere festeavgiften kraftig, jf tomtefesteloven § 15. Stigninger på 100 til 200 prosent var ikke uvanlig for slike avtaler.

Reglene om innløsning har to sider. Den ene er at loven gir festeren en generell adgang til på ulike tidspunkter å innløse tomten, helt uavhengig av om dette er noe festeren har betinget seg i kontrakten, jf § 32 første ledd. Den andre er at reglene om utmåling av

¹² Se f eks Stortingstidende 2003-2004 s 625.

¹³ Altså en klausul som gir anledning til å oppjustere avgiften i tråd med tomtens verdistigning.

innløsningssummen ofte vil gi bortfesteren et lavere vederlag enn om man på innløsningstidspunktet hadde solgt tomten som råtomt på det åpne eiendomsmarkedet. Etter tomtefesteloven § 37 har festeren ved innløsning valget mellom å betale 40 % av råtomtverdien eller 30 ganger festeavgiften.

Den alminnelig forlengelsesretten i tomtefesteloven § 33 ble innført i 2004 som et alternativ til innløsning, særlig for festere som ikke har råd til å innløse tomten ved festetidens utløp. Paragraf 33 gir etter sin ordlyd festeren anledning til å forlenge festeforholdet, i prinsippet for evig tid på samme vilkår som tidligere, herunder samme lave festeavgift, jf § 33, jf § 7.

Det er liten tvil om at tomtefestelovens regler om forlengelse og innløsning setter festere flest i en vesentlig sterkere stilling enn den man ville hatt uten loven. Det er også klart at dette skjer utelukkende på bekostning av bortfesteren – ikke gjennom overføringer fra det offentlige. Reglene har blitt kritisert fra grunneiersiden og annet hold. Hvorvidt loven ut fra en rent politisk vurdering er *for* festervennlig, skal jeg la ligge. Spørsmålet i nærværende sammenheng er om den verdioverføring fra bortfesteren til festeren som loven leder til, er i strid med Grunnloven.

Etter lovendringen som trådte i kraft i november 2004, har tvistene om tomtefestelovens grunnlovsmessighet ikke latt vente på seg. Allerede den 3. februar 2007 forelå det tre tingrettsavgjørelser om temaet, fra tingrettene i Oslo, Ryfylke og Hallingdal - heretter omtalt som henholdsvis Oslosaken, Ryfylkesaken og Hallingdalsaken.¹⁴ I to av disse har loven blitt satt til side som stridende mot Grunnloven. Ankene i disse sakene har nå blitt berammet til behandling for Høyesterett i plenum den 15. august 2007.¹⁵ Et formål med denne avhandlingen blir å forsøke å forutse resultatet av den forestående behandlingen av tvistene som ligger til behandling for Høyesterett.

¹⁴ Oslo tingretts dom av 10. januar 2007 (forlengelse), Ryfylke tingretts overskjønn av 15. januar 2007 (innløsningsvederlag) og Hallingdal tingretts dom av 3. februar 2007 (forlengelse).

¹⁵ KI 09.15.

1.5 Avgrensninger

Grunnlovsvernet om den private eiendomsrett består særlig av Grunnloven § 97 og 105. Nærværende fremstilling begrenses til en behandling av Grunnloven § 105. Dette blant annet av plasshensyn. Jeg kommer imidlertid tilbake til denne avgrensningen lenger ut i avhandlingen, jf pkt 3.3.3 og 4.2.

Innløsnings- og forlengelsesreglene har en del særregler knyttet til landbrukseiendommer, allmenninger, umatrikulert statsgrunn, livstidsfeste, mv. Det vil føre for langt å behandle alt dette. Jeg må begrense fremstillingen til de generelle reglene, jf særlig §§ 32 første ledd, 33 og 37 første ledd.

Jeg avgrenser også mot de prosessuelle reglene, som neppe skaper grunnlovsproblemer.¹⁶ Det er kun materielle regler som skal behandles.

Jeg begrenser også avhandlingen til festeavtaler inngått før 1976. Dette fordi fokuset i grunnlovsdebatten om tomtefesteloven særlig har vært på disse avtalene, dels fordi disse avtalene ble inngått før man hadde noen egentlig lovregulering av temaene innløsning og forlengelse, og dels fordi de aller fleste bolig- og fritidsfestene i dag er inngått før 1976.¹⁷ Dette betyr dog ikke at loven nødvendigvis er uproblematisk i relasjon til etterfølgende avtaler, som reiser særlige spørsmål.¹⁸

Jeg nevner også at det, på grunn av formatets begrensninger (18.000 ord), ikke har vært plass til noen egen gjennomgang av holdbarheten av resonnementene i de tre tingrettsdommene fra 2007. Jeg vil dog knytte enkelte kommentarer til dommene underveis, der dette er hensiktsmessig.

¹⁶ I følge Fleischer stiller Grunnloven § 105 neppe krav til de prosessuelle reglene som gjelder for fastsettelse av ekspropriasjonsstatningen, jf *Fleischer – Grunnloven* s 239.

¹⁷ Om lag 80 prosent av alle boligfester og 50 prosent av alle fritidsfester er fra før 1976, i følge Ot prp nr 41 (2003-2004) s 12.

¹⁸ Se eksempelvis *Flaaten* ss 23 og 24.

1.6 Fremstillingen videre

Som et bakteppe for vurderingen av grunnlovsspørsmålene, behandler jeg enkelte sider av Grunnloven i avsnitt 2 nedenfor. Prøvelsesretten behandles i pkt 2.1, mens Grunnloven § 105 behandles i pkt 2.2. Grunnlovsvernet ved rådhetsinnskrenkninger omtales deretter kort i pkt 2.3.

I avsnitt 3 og 4 behandles grunnlovsmessigheten av tomtfestelovens regler om henholdsvis innløsning og forlengelse.

2 GRUNNLOVEN

2.1 Domstolenes prøvelsesrett

2.1.1 Utgangspunkter

Kjernen i prøvelsesretten er at domstolene, dersom anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med Grunnloven, både har rett og plikt til å bygge sin avgjørelse på den regel som følger av Grunnloven. Prøvelsesretten anses i dag forankret i sikker konstitusjonell sedvanerett.¹⁹

Grunnloven er imidlertid ikke bare en skranke, men også et fortolkningsmoment. Dersom loven gir rom for flere tolkningsresultater, bør rettsanvenderen i alminnelighet velge en løsning som gjør at man unngår kollisjon mellom lov og Grunnlov. Slik harmoniserende fortolkning ved hjelp av Grunnloven kan også sees som en side av prøvelsesretten. Hermed kan domstolene utøve en stillferdig kontroll med lovgivningen.²⁰ Man slipper å sette Stortinget, Regjeringen og forvaltningen i forlegenhet.

¹⁹ I Rt 1976 s 1 (Kløftadommen) var Høyesterett i plenum enstemmig på dette punktet. Se også *Andenæs* ss 271-273.

²⁰ *Andenæs* s 277.

2.1.2 Betydningen av Stortingets syn

Et vesentlig tema knyttet til prøvelsesretten er betydningen av Stortingets syn på lovens grunnlovsmessighet. Dette har blant annet stor interesse i relasjon til tomtefesteloven, ettersom Stortinget var oppmerksom på Grunnloven under lovarbeidet.

Det følger av rettspraksis at betydningen av Stortingets syn – eller om man vil: prøvelsens intensitet – vil variere med arten av den aktuelle grunnlovsbestemmelse. I henhold til Kløftadommen, Rt 1976 s 1, har vi følgende tre kategorier:²¹

- | | | |
|---|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| 1 | Grunnlovsbestemmelser ”til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet” | Her er ”grunnlovens gjennomslagskraft ... betydelig” |
| 2 | Grunnlovsbestemmelser ”som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse” | Domstolene må ”i vid utstrekning ... respektere Stortingets eget syn” |
| 3 | Grunnlovsbestemmelser ”til vern om økonomiske rettigheter” | Slike bestemmelser er i en ”mellomstilling” |

Siden tomtefesteloven regulerer privatpersoners økonomiske rettigheter, befinner nærværende avhandling seg innenfor mellomkategorien – pkt 3 i skjemaet. For så vidt gjelder denne kategori, heter det i Kløftadommen (s 6):

”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.”

²¹ Dommens ss 6 og 7.

I teorien blir dette gjerne fortolket dit hen at Stortingets syn har stor vekt når det er tale om økonomiske rettigheter.²² Jeg mener man imidlertid kan spørre om det ikke er mer treffende å si at Stortingets syn definerer den grunnlovsmessige problemstilling, men at Stortingets syn utover dette i høyden spiller en meget beskjeden rolle ved grunnlovsvurderingen:

- I tråd med ovennevnte sitat, vil Stortingets uttalelse medføre at rettsanvenderen må formulere grunnlovsspørsmålet som et spørsmål om det er ”hevet over rimelig tvil” at loven er grunnlovsstridig.
- Verken ovennevnte sitat eller Kløftadommen for øvrig gir noen indikasjon på at Stortingets syn om at loven er grunnlovsmessig, vil påvirke rettsanvendelsen utover dette, f eks som et selvstendig moment som kan ha større eller mindre vekt ”innenfor” nevnte problemstilling.
- Formuleringen i sitatet gir først og fremst inntrykk av at Stortingets syn innebærer at det gjelder en generell grense for når en lov kan sies å stride mot Grunnloven, jf blant annet uttrykket ”vike tilbake”.
- Under de konkrete grunnlovsdrøftelsene i Kløftadommen,²³ nevnes Stortingets grunnlovssyn ikke med et ord.
- Jeg har også vanskelig for å se at Stortingets grunnlovssyn har vært trukket inn som et moment av større eller mindre vekt i annen høyesterettspraksis (ved vurderingen av om Grunnloven utvilsomt er overholdt), se eksempelvis Rt 1979 s 572 (Bankdemokratisering), Rt 1990 s 284 (Selsbakk) og Rt 1996 s 1415 (Borthen).²⁴

Om man skulle betrakte Stortingets syn som et moment av større eller mindre vekt, synes jeg det er vanskelig å begrunne konkret *hvorfor* synet bør ha større eller mindre vekt i det enkelte tilfellet. Når det gjelder standpunkter i juridisk teori, vil vekten blant annet variere

²² Se eksempelvis *Andenæs* s 275.

²³ Dommens ss 9 flg.

²⁴ Uttalelsene på s 293 i Selsbakkdommen om at ”lovrevisjonen bærer preg av at man har ment at saken hastet”, etc, ble kun gitt for å begrunne behovet for et *obiter dictum*.

med kvaliteten av det juridiske resonnementet som blir anført. Et slik tilnærming kan etter min mening vanskelig overføres på standpunkter inntatt av Stortinget, ettersom Stortinget i all hovedsak består av ikke-jurister uten et eget utredningsorgan. Det kan også hevdes at det vil kunne fremstå som nærmest uærbødig å bygge en grunnlovfortolkning på et synspunkt som reelt innebærer at man mener at Stortinget har ”strøket til eksamen i statsforfatningsrett”.

Det synes også vanskelig å utlede noe om vekten ut fra betraktninger av om det som fremgår av f eks en komitéinnstilling, gir inntrykk av at Grunnloven ”reelt sett” er blitt vurdert av Stortinget. Man kan vanskelig ha noen sikre oppfatninger av om standpunkter som Stortinget har gitt uttrykk for, er reelle eller bare formelle.

Slik jeg ser det, må betydningen av Stortingets syn ved grunnlovsspørsmål begrunnes fra en annen kant. Det er primært Stortingets rolle som landets øverste demokratiske organ, som tilsier at synet bør tillegges vekt – altså demokratihensyn.²⁵ Så vidt jeg kan se, vil styrken av dette hensynet i alminnelighet vil være den samme, herunder uavhengig av f eks kvaliteten av ”Stortingets juridiske resonnement”.

Johs Andenæs gir uttrykk for at Stortingets standpunkt til grunnlovsspørsmålet ikke kan tillegges ”vekt” dersom Stortinget ”ikke [har] overveiet det nøyere”.²⁶ Han oppstiller med andre ord visse minstekrav til kvaliteten av Stortingets vurdering. Det fremgår av det jeg har sagt at jeg ikke bare er uenig i dette ut fra en generell betraktning, men også at jeg ikke kan se at Andenæs’ standpunkt har kommet til uttrykk i Høyesteretts praksis. Andenæs’ uttalelse er ledsaget av en henvisning til Rt 1988 s 861, der Grunnloven § 97 blir nevnt.²⁷ I den dommen tok Høyesterett imidlertid, så vidt jeg kan se, ikke stilling til om vedkommende lov var i strid med § 97, ettersom man fant at Stortinget i det hele tatt ikke

²⁵ Se *Smith* s 292.

²⁶ *Andenæs* s 275.

²⁷ Tilsvarende bruk av dommen gjøres i *Bugge – Grunnloven § 97* ss 79 til 80.

kunne sies å ha tilsiktet å gi vedkommende lov tilbakevirkende kraft.²⁸ Dommen synes således ikke relevant.

Sammenfatningsvis vil jeg ved mine senere grunnlovsvurderinger primært legge til grunn at dersom Stortinget ”klart” har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven, så må grunnlovsspørsmålet formuleres slik:

Loven er i strid med Grunnloven dersom dette er ”hevet over rimelig tvil”, men ikke ellers.

Stortingets standpunkt vil med andre ord først og fremst få den betydning at det kreves en viss ”metodisk overvekt” for å konstatere grunnlovsstrid.²⁹

2.1.3 Hvorfor bør Stortingets syn tillegges betydning?

Jeg følger opp med enkelte bemerkninger om hvorfor Stortingets syn *de lege ferenda* bør tillegges betydning.

Som sagt er det først og fremst demokratihensyn som gjør seg gjeldende. Dette må sees i sammenheng med vår realistiske rettstradisjon, der synspunktet er at rettsanvendelse ikke er noen vurderingsfri prosess. I større eller mindre grad vil rettsanvendelsen nødvendigvis være influert av rettsanvenderens eget syn, meninger og vurderinger.

Det kan dessuten hevdes at det følger av vår demokratiske tradisjon at det å treffe beslutninger på et samfunnsmessig overordnet plan, er en oppgave for Stortinget, ikke for en dommer. Det er nok noe i denne retning historikeren Jens Arup Seip tenkte, da han beskrev prøvelsesretten som ”en kjepp ... i demokratiets hjul”.

Et annet side av dette er at dersom domstolene tar stilling til politisk kontroversielle spørsmål, vil det kunne skade domstolenes anseelse som upolitiske og objektivt dømmende

²⁸ Det forelå med andre ord ingen tilbakevirkning å vurdere opp mot standarden ”klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning”, som er vurderingstemaet etter Grunnloven § 97.

²⁹ Ikke til å forveksle med bevismessig overvekt.

organer. I tilfelle er det en viss fare for at domstolene mister noe av den tillit som de er avhengig av i sitt virke.³⁰

Det som først og fremst anføres i motsatt retning, dvs i retning av at domstolene *bør* vurdere Grunnloven uavhengig av Stortingets syn, er at prøvelsesretten effektiviserer Grunnlovens bestemmelser. Dersom det utelukkende hadde vært opp til Stortinget selv å tolke Grunnloven, ville Grunnloven lett fått et illusorisk preg.

Det kan også hevdes at prøvelsesretten bidrar til stabilitet og forutsigbarhet i samfunnet, og at prøvelsesretten for øvrig er en logisk konsekvens av lex superior-prinsippet.³¹

Om spenningen mellom demokratihensynet og konstitusjonens effektivitet, har Alf Ross uttalt følgende:

”Det eneste der i alminnelighed og ganske vagt kan siges er, på den ene side, at det stemmer bedst med alminnelig oppfattelse af retssikkerhedens krav at kompetencen til at afgøre (...) spørgsmålet [om lovers gyldighet] henlægges til domstolene; og på den anden side, at den løsning, da det drejer sig om gyldigheden af selve det folkevalgte organs akter, kommer i strid med politiske ideer om, at det folkevalgte organ ikke bør være underkastet kontrol fra et organs side der ikke besidder repræsentativ karakter; (...).”³²

Den grense som Høyesterett har trukket mellom personlig frihet og sikkerhet på den ene siden og økonomiske rettigheter på den andre, er etter min mening en logisk konsekvens av demokratihensynet. Det er særlig spørsmål relatert til økonomiske rettigheter som er omstridt på et politisk overordnet plan.³³

³⁰ Se *Helset/Stordrange* s 319 og 320.

³¹ Se *Helset/Stordrange* s 319.

³² Fra Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret, bind I, 2. utg (København 1966)*, s 188, gjengitt i *Smith* s 292.

³³ Hertil kommer dog at tiltak som regulerer frihet og sikkerhet generelt er mer inngripende.

Etter dette er jeg ikke enig med Andenæs når han uttrykker at ”de hensyn som tilsier å legge vekt på lovgivernes vurderinger, har etter mitt skjønn omtrent samme vekt i det ene som i det annet tilfelle.”³⁴

2.1.4 Virkningen av grunnlovsstrid

Når den formelle lov – slik som tomtefesteloven – kun berører økonomiske interesser, har det vært diskutert om man, i stedet for å sette loven til side, kan håndheve loven mot erstatning til den skadelidende.

I prinsippet må løsningen bero på en tolking av den enkelte lov. Imidlertid vil loven selv sjelden eller aldri si noe om konsekvensen av grunnlovsstrid. Andenæs gir uttrykk for at domstolene må velge den løsning som harmonerer best med ”lovens formål”.³⁵ I rettspraksis har holdningen vært forholdsvis tilbakeholden. Normalt blir loven bare opprettholdt dersom dette er sagt i forarbeidene, og man eksplisitt eller implisitt har stilt midler til rådighet for å utbetale erstatning.³⁶ Domstolenes holdning må antas begrunnet i at bevilgningsmyndigheten tilligger Stortinget. Når det ikke med noenlunde visshet lar seg konstatere at Stortinget har vært villig til å pådra staten økonomiske forpliktelser, bør ikke domstolene opprettholde loven mot erstatning.³⁷

Noe mindre avklart er i hvilken utstrekning en lov bør opprettholdes mot erstatning når inngrepet ikke skjer til fordel for staten, men til fordel for en privat part, slik som tilfellet er med tomtefesteloven.

2.1.5 Litt om plenumsloven av 1926

Når det oppstår grunnlovsspørsmål i en sak, gjelder visse særlige prosessuelle regler i medhold av plenumsloven. Etter plenumsloven § 2 skal spørsmål om lovers grunnlovsmessighet forelegges for det samlede Høyesterett dersom det, under Høyesteretts behandling av en sak, viser seg at to eller flere av rettens medlemmer vil bygge avgjørelsen

³⁴ Se drøftelsen i *Andenæs* ss 275-276.

³⁵ Se *Andenæs* s 279.

³⁶ *Helset/Stordrange* s 32-324.

³⁷ I denne retning, *Andenæs* s 279.

på at en lovbestemmelse er grunnlovsstridig. Etter plenumsloven § 3 er det også i andre tilfelle anledning til å prøve lovers grunnlovsmessighet i plenum, hvis det foreligger ”særlige grunner”. Sistnevnte kan blant annet brukes som hjemmel for å bringe en anke over en tingrettsdom direkte inn for Høyesterett i plenum, slik man blant annet gjorde i Bankdemokratiseringsdommen,³⁸ og nå, i tilknytning til Oslo-, Ryfylke- og Hallingdalsakene.

2.2 Grunnloven § 105

2.2.1 Utgangspunkter. Hensyn

Grunnloven § 105 lyder:

”Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statskassen.”

Bestemmelsen har en vilkårsside og en virkningsside. Vilkårssiden er at § 105 kommer til anvendelse når ”Nogen maa afgive sin (...) Eiendom” – altså på ekspropriasjon.

Virkningssiden er at det ved ekspropriasjon må gis ”full Erstatning”.

Det er særlig *likhetshensyn* som ligger til grunn for Grunnloven § 105. Økonomiske ofre som samfunnet krever, bør bæres av samfunnet i fellesskap, ikke veltes over på den som tilfeldigvis sitter med den eiendom som behøves.³⁹

2.2.2 Ekspropriasjonsbegrepet

Grunnloven § 105 kommer til anvendelse på *avgivelse* – dvs overføring – av eiendom. Det er imidlertid ikke enhver overføring (avgivelse) det er tale om, kun den *tvungne* overføring. Av disse grunner mener jeg det er forsvarlig at jeg i det følgende formulerer spørsmålet om Grunnloven § 105 kommer til anvendelse, som et spørsmål om lovgivningsinngrepet er en

³⁸ Rt 1979 s 572.

³⁹ Se *Andenæs* s 348 og *Fleischer – Grunnloven* s 14. I *Stang* ss 572 flg, behandles Grunnloven § 105 under headingen ”Bestemmelser, der sigter til at bevare Liighed mellem Statsborgerne i Henseende til Rettigheder og Pligter”.

”ekspropriasjon”. Å spørre om inngrepet er en avgivelse, er ikke dekkende alene. Det er for øvrig også praktisk å bruke ordet ekspropriasjon som en betegnelse på det noe lengre uttrykket ”maa afgive sin (...) Eiendom”, i Grunnloven § 105. Endelig er ovennevnte så vidt jeg kan se en innarbeidet språkbruk.⁴⁰

Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd kun retter seg mot ekspropriasjon ”til offentlig Brug”, har bestemmelsen aldri blitt forstått slik at lovgiver skulle være forhindret fra å foreta inngrep til fordel for kommuner eller for private, og erstatningskravet vil da gjelde i samme utstrekning.⁴¹

2.2.3 Full erstatning

I dette punktet går jeg noe nærmere inn på prinsippene for erstatningsberegningen ved ekspropriasjon, dels fordi dette har gitt opphav til adskillig diskusjon opp gjennom årene, og dels fordi kravet om full erstatning vil vise seg å stå sentralt i denne avhandlingen.

Uttrykket ”full Erstatning” gir langt fra noen ferdig oppskrift på hvordan erstatningen skal utmåles ved ekspropriasjon. I så måte er det illustrerende at man bygger på samme prinsipp i den alminnelige erstatningsrett, der utmålingsreglene nærmest utgjør et eget fag.⁴²

Utgangspunkt og hovedregel er at ekspropriaten har krav på erstatning svarende til det høyeste av eiendommens⁴³ *salgsverdi* og *bruksverdi*, dvs enten eiendommens omsetningsverdi dersom den tenkes solgt på det åpne markedet, eller den avkastning man ville fått ved å beholde eiendommen. Ved tomtefeste er det festeavgiften som utgjør avkastningen.

⁴⁰ Se *Kolrud – Boligekspropriasjon* ss 61 flg, *Flaaten* s 9 og *Ryfylkesaken* s 6. I *Aschehoug* ss 36 flg, blir Grunnloven § 105 behandlet under tittelen ”Statens Expropriationsmyndighed”.

⁴¹ Se *Andenæs* s 352 og *Fliflet* s 441.

⁴² Reglene for erstatningsutmålingen ved personskader er eksempelvis forholdsvis kompliserte og sammensatte, jf *Lødrup* ss 395 til 513.

⁴³ Selv om det også gis erstatning for ekspropriasjon av begrensede rettigheter og andre formuesgoder enn fast eiendom, vil jeg i det følgende for enkelthets skyld i all hovedsak holde meg til fast eiendom.

Det er et prinsipp at ekspropriaten har krav på å få erstattet sitt individuelle tap.⁴⁴ På den annen side vil ekspropriaten bare få erstatning så langt tapet er *påviselig* – altså at inntekten ”faktisk kunne ha [vært] oppnådd”.⁴⁵

I Rt 1976 s 1, Kløftadommen, angis visse yttergrenser for lovgivers adgang til å presisere og beskjære prinsippet om full salgsverdi erstatning. Saken gjaldt ekspropriasjon til motorvei øst for Kløfta sentrum. Grunneierene fremsatte her krav på omsetningsverdien, og hevdet at ekspropriasjonerstatningsloven av 1973, især §§ 4 og 5, grunnlovsstridig begrenset erstatningen til 60 prosent av verdien.⁴⁶ I allfall hadde lovgiver gjennom § 4 nr 1 og nr 2 i loven, begrenset ekspropriasjonerstatningen ved at omsetningsverdien (alternativt bruksverdien) som hovedregel skulle begrenses til en verdiansettelse basert på eiendommens aktuelle, fysiske bruk.⁴⁷ Utnyttelsesmuligheter skulle man med andre se bort fra. På denne måten kunne eiere av verdifulle eiendommer bli avspist med helt marginale erstatninger, typisk ved verdifulle byggetomter som ligger brakk og uutnyttet. Loven åpnet kun unntaksvis for en høyere erstatning – såkalt ”mererstatning” – etter § 5 nr 1:

”Ville verdsettning etter § 4 føre til en vesentlig lavere verdi enn den som generelt gjelder for tilsvarende eiendommer i distriktet etter deres vanlige bruk, kan det tas hensyn til denne høyere verdi for så vidt det finnes rimelig (...)”.

Hovedspørsmålet i Kløftasaken var om § 5 nr 1 var i overensstemmelse med kravet om full erstatning etter Grunnloven § 105. I sitatet har jeg understreket enkelte problematiske sider av § 5 nr 1.

Når det gjelder presiseringer av Grunnloven, dvs fortolkninger innenfor Grunnlovens ordlyd, uttalte Høyesterett (s 7) at lovgiver hadde

⁴⁴ *Andenæs* s 366.

⁴⁵ Kløftadommen s 7.

⁴⁶ 1973-loven ble avløst av någjeldende ekspropriasjonerstatningslov av 1984.

⁴⁷ 1973-loven § 4 nr 1 og 2.

”(...) atskillig frihet til nærmere å presisere og regulere hvordan erstatningsutmålingen skal skje, uten at man kommer i strid med det sentrale innhold i § 105, og uten at det er avgjørende at domstolspraksis tidligere har valgt en annen løsning.”

Derimot gav man uttrykk for et restriktivt syn på direkte beskjæringer av prinsippet om full erstatning (s 7 og 8):

”Men det som er hovedspørsmålet i denne sak, er om det vil være forenlig med § 105 generelt å sette erstatningen lavere enn til den omsetningsverdi som lovlig kunne beregnes, og som ekspropriaten faktisk kunne ha oppnådd, om ekspropriasjonen ikke hadde funnet sted. Jeg ser det slik at dersom man det gjør, vil man ved ekspropriasjonen inndra en del av en sentral beføyelse hvis verdi tidligere eksisterte på ekspropriatens hånd. (...) Et slikt resultat kan jeg ikke godta. Det ville være i strid med sikker sedvanerett og med praksis opp gjennom alle år i skjønnsretter og Høyesterett. (...) Det avgjørende for meg er at en ekspropriat ikke kan sies å få full erstatning om man helt i sin alminnelighet nekter å tilkjenne ham omsetningsverdien der hvor denne påviselig er den høyeste.

Jeg vil imidlertid ikke utelukke at man kan se bort fra enkelte av de komponenter som inngår i omsetningsverdien. Man kan heller ikke kreve at sluttresultatet av ekspropriasjonen skal være en absolutt og matematisk likhet mellom ekspropriaten og andre grunneiere. Avvikelser som har en rimelig og naturlig sammenheng med den spesielle situasjon ekspropriasjonstiltaket skaper eller er et ledd i, må det være anledning til å akseptere.”

Paragraf 5 nr 1 i 1973-loven ble i denne dommen tilsidesatt av Høyesterett. Bestemmelsen ble betraktet som en uakseptabel beskjæring av prinsippet om full erstatning, herunder var det klart at Grunnloven ikke utelukkende kunne anses overtrådt dersom beskjæringen er ”vesentlig” (jf ordlyden i § 5 nr 1). På s 13 og 14 i dommen uttalte Høyesterett at

”skjønnsretten som utgangspunkt plikter å gi mererstatning når det kan påvises et misforhold mellom verdsettingen etter § 4 og den høyere verdi § 5 nr. 1 angir. Det kan ikke kreves at misforholdet er vesentlig. Jeg tilføyer imidlertid at jeg ikke kan se bort fra at det kan tenkes situasjoner hvor dette utgangspunkt må kunne fravikes. (...) Når det til slutt gjelder resultatet av sammenlikningen, oppstår spørsmålet om erstatningen kan gå opp til full verdi ved frivillig omsetning, begrenset til høyeste lovlige pris. Jeg antar at det må følge av lovens formål og av grunnlovens § 105 at man etter omstendighetene både kan og må gjøre dette (...). Av dette følger at jeg ikke er enig i overskjønnsrettens rettsanvendelse når den uttaler at § 5 ikke kan forstås slik at den kan føre til

erstatning etter full tomteverdi, og at full likestilling mellom prisene ved ekspropriasjon og frivillig salg ikke kan oppnås ved § 5.”

Reelt er det en flytende grense mellom presisering og beskjæring. Grunnlovens skranke kan trolig best forklares ut fra et metodisk perspektiv: Jo mindre en konkret utmåling er forenlig med Grunnlovens ordlyd, hvorefter erstatningen må være ”full”, jo mer nærliggende vil det være å legge til grunn at Grunnloven er overtrådt.⁴⁸

Jeg nevner også Bankdemokratiseringsdommen, Rt 1979 s 572, som gjaldt statens overtakelse av kontrollen over landets forretningsbanker. Overføringen skjedde konkret ved at aksjonærene mistet den dominerende stemmeretten i bankens overordnede organ. Derimot eksproprierte staten ikke aksjene som sådan. Aksjenes verdi hadde falt helt fra spørsmålet kom på den politiske dagsorden, og frem til inngrepsloven ble vedtatt fem år senere. Inngrepsloven gav kun erstatning for gjennomsnittlig kursfall i de siste tre årene før inngrepet, ikke for hele femårsperioden. Beregningen av det konkrete tapet var så vidt uklart, at Høyesterett fant at lovens ordning var god nok (s 586):

”aksjonærene har (...) ikke lenger den avgjørende bestemmelsesrett over forretningsbankenes drift som de tidligere har hatt. Jeg kan ikke se det annerledes enn at det her er gjennomført et inngrep av slik betydning at det må utløse krav om erstatning som i utgangspunktet må svare til det økonomiske tap aksjeeierne kan antas å være blitt påført ved nyordningen. Men det ligger i dagen at vurderingen av om det foreligger noe økonomisk tap og av tapets størrelse vil by på vanskeligheter. I en slik situasjon kan verken grunnlovens § 105 eller konstitusjonell praksis være til hindre for at Stortinget ved lov tilrettelegger en praktisk og gjennomførbar ordning om erstatning eller innløsning med sikte på at aksjonærene ikke skal bli påført økonomisk tap.”

Avslutningsvis nevner jeg at når Grunnlovens vurderingstema er ”full Erstatning”, så mener jeg at det ut fra en metodisk betraktning generelt må være snevrere adgang til å trekke inn reelle hensyn som f eks boligsosiale hensyn, overordnede styringshensyn og

⁴⁸ I denne retning *Fleischer – Grunnloven* ss 44 til 47.

liknende, enn ved en vurdering etter Grunnloven § 97, der vurderingstemaet har en videre formulering ("klart urimelig og urettferdig tilbakevirkning").

2.3 Grunnlovsvernet ved rådighetsinnskrenkninger

Direkte gjelder Grunnloven § 105 altså bare ved den konkrete (og tvangsmessige) *overføring* av eiendom fra en person til en annen eller til staten. Er derimot inngrepet utformet som en ren begrensning av den enkeltes rådighet – en såkalt rådighetsinnskrenkning, kommer § 105 ikke til anvendelse.

Det antas imidlertid at det også gjelder et grunnlovsværn ved rådighetsinnskrenkninger, da basert på en *analogi* fra Grunnloven §§ 97 og 105.⁴⁹ (Paragraf 97 forbyr som kjent at lover gis tilbakevirkende kraft.) Man kan si at en slik analogisk anvendelse utvider vilkårssiden av §§ 97 og 105.

Høyesterett har lagt til grunn at vurderingstemaet i disse tilfellene er om rådighetsinnskrenkningen må anses som en "klart urimelig og urettferdig tilbakevirkning".⁵⁰ Dette avgjøres ved en helhetsvurdering av ulike momenter så som hvor vesentlig inngrepet er for eieren⁵¹, om loven griper inn i en etablert bruk og etablerte investeringer, eller bare hindrer en fremtidig bruksendring,⁵² hvor generelt inngrepet rammer⁵³ samt om reguleringen har et kort og tidsbestemt varighet.⁵⁴

Det er på det rene at dette vernet er høyst begrenset. Det skal svært mye til før grunnlovsstrid kan være aktuelt,⁵⁵ og inngrep i bestående kontrakter er intet unntak.

Tradisjonelt antok man at kontrakter utelukkende kunne anses begrenset av den lovgivning

⁴⁹ Se *Andenæs* s 356 og *Røhnebæk* s 232. Tilsynelatende motsatt, *Fliflet* s 443.

⁵⁰ Rt 2005 s 469 og Rt 1996 1415 (Borthendommen).

⁵¹ Rt 1993 s 321.

⁵² *Fleischer – Miljø* s 18.

⁵³ Rammer det bare en eller noen konkrete personer, vil det være mer betenkelig enn om det rammer bredt, jf *Andenæs* s 359.

⁵⁴ Rt 1970 s 67 (Strandlovdommen).

⁵⁵ I Rt 1993 s 321 finner vi en nokså sterk formulering: "I særegne tilfelle hvor en regulering rammer massivt, kan det foreligge omstendigheter som medfører at grunneieren vil ha krav på erstatning, ut fra en analogisk anvendelse av prinsippet i Grunnloven § 105."

som gjaldt på kontraktstiden, jf eksempelvis *Aschehoug* ss 135 flg, der det blant annet heter:

”En gyldig Contract kan ikke ved senere Lov uden videre ophæves eller omdannes. Med bindende Virkning for bestaaende Retsforhold kan saaledes Lovgivningen hverken skjærpe eller svække Sælgerens Ansvar for den solgte Ting, hverken udvide eller formindske Assurandørens Forpliktelse. (...) Anvendt paa Leilændingsforholdet leder Grundsætningen til, at en ny Lov ligesaalidt kan forøge Leilændingens Rettigheder ligeover for Jorddrotten, f. Ex. ved at tillægge ham Ret til ved en vis Alder at opgive Gaarden mod Føderaad (...).”

I dag er det imidlertid klart at prinsippet om kontraktstidens lov bare gjelder med nokså sterke reservasjoner.⁵⁶ Da rådighetsinnskrenkninger ikke har noen særlig plass i denne avhandlingen, går jeg ikke nærmere inn på dette her.

3 INNLØSNING - §§ 32 OG 37

3.1 Innledning

Innløsning er en ensidig rett for festeren til å overta eiendomsretten til tomten mot et innløsningsvederlag (“innløsningssum”).

Innløsningsreglene har særlig to sider. Den ene siden gjelder adgangen til å kreve innløsning av tomt festet til bolig eller fritidshus. Dette er regulert i tomtefesteloven § 32, som i essens gir festeren en helt generell adgang til å innløse, både under festeperioden og ved festetidens utløp. Den andre delen gjelder fastsettelsen av innløsningsvederlaget dersom festeren innløser. Dette er regulert i lovens § 37, der hovedregelen er at vederlaget settes til 30 ganger festeavgiften eller 40 prosent av tomteverdien, jf § 37 første ledd.

⁵⁶ *Andenæs* ss 385 til 390.

Gjeldende § 32 og 37 ble innført ved endringslov av 2. juli 2004, som trådte i kraft 1. november samme år. Innløsningsadgangen under tidligere lovgivning var mer begrenset.

Den overordnede problemstilling i dette avsnittet er om innløsningsreglene i §§ 32 og 37 strider mot Grunnloven § 105.

Nærværende avhandling er som sagt begrenset til festeavtaler inngått før 1976.

Ovennevnte problemstilling er ikke utelukkende et forhold mellom tomtefesteloven og Grunnloven. Etersom lovgivningsinngrepet i disse tilfellene relaterer seg til et kontraktsforhold, vil også den konkrete kontrakt ha betydning. For det første ved at partene kan ha avtalt vilkår som svarer til lovens løsning – f eks ”Ved innløsning settes vederlaget til 30 ganger festeavgiften”. I et slikt tilfelle kan loven vanskelig anses å virke grunnlovsstridig. For det andre vil omstendighetene rundt kontraktsforholdet kunne lede til at loven f eks gir *mer* enn full erstatning. Det er eksempelvis tale om en tomt med så vidt liten verdi og fremtidig avkastningsmulighet at en innløsningssum lik 30 ganger festeavgiften vil overkompensere bortfesters økonomiske tap.⁵⁷

En analyse av Grunnloven § 105 må foretas i to ledd. For det første vilkårsiden – hvorvidt innløsning er ekspropriasjon, alternativt utløser erstatningsplikt ut fra en analogisk anvendelse av Grunnloven § 105. Dette behandles i pkt 3.2 nedenfor. For det andre virkningssiden – hvorvidt innløsningsvederlaget i tilfelle oppfyller Grunnlovens krav om full erstatning, se pkt 3.3.

⁵⁷ Et eksempel gis i Ot prp nr 41 (2003-2004) s 47.

3.2 Er innløsning ekspropriasjon?

3.2.1 Utgangspunkter

Det er naturlig å starte med spørsmålet om § 105 kommer til anvendelse direkte, altså ikke om § 32 må anses som en rådighetsinnskrenkning som rammes av § 105 (og § 97) per analogi,⁵⁸ men om virkningen av § 32 er en ekspropriasjon.

Etter tomtefesteloven § 32 gis festeren en helt generell adgang til å innløse, både under festeperioden og ved festetidens utløp. Bestemmelsens første ledd lyder:

”Festaren kan krevje å få innløyse ei festetomt til bustadhus eller fritidshus når det er gått 30 år av festetida - om ikkje kortare tid er avtalt - eller når festetida er ute. Etter at det er gått 30 år av festetida, kan festaren også krevje å få innløyse ei festetomt til bustadhus kvar gong det er gått to nye år, og ei festetomt til fritidshus kvar gong det er gått ti nye år.”⁵⁹

Den rettslige problemstilling er om tomtefesteloven § 32 medfører at bortfester ”må afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom” til festeren, jf Grunnloven § 105.

Tomtefeste er et leieforhold. Leie innebærer en overføring av bruksrett mot vederlag. Det er åpenbart at denne konstruksjonen ikke innebærer noen overføring av eiendomsretten til leietakeren. Løper leietiden ut uten at kontrakten sier noe om hva som deretter skal skje, vil leietakerens bruksrett helt enkelt opphøre.⁶⁰ Eiendomsretten vil hele tiden være på utleierens hånd.

Gjør festeren bruk av § 32, gripes det inn i dette. Iallfall umiddelbart er det vanskelig å se at dette kan karakteriseres som noe annet enn en regulær overføring av eiendomsretten fra

⁵⁸ Slik problemstillingen ble formulert i Mogandommen, jf Hallingdal tingretts dom s 7.

⁵⁹ Adgangen etter § 32 til å kreve innløsning ble siste gang utvidet ved lovendring i 2006 som trådte i kraft 1. juli 2006, jf nærmere Ot prp nr 78 (2006-2006).

⁶⁰ Se *Gjelsvik* s 478 og 479 og *Brækhus/Hærem* s 179.

bortfester til fester, slik at festeren går over til å bli eier. Når dette skjer i kraft av loven, må det også anses som et tvungent inngrep – en ekspropriasjon.⁶¹

Ovennevnte tilsier således at en anvendelse av § 32 reelt er en ekspropriasjon, slik at Grunnloven § 105 kommer til anvendelse direkte.

Imidlertid ble forholdet til Grunnloven kommentert av Stortinget da §§ 32 og 37 ble vedtatt. Ettersom Stortingets uttalelser vil kunne være avgjørende for spørsmålet om grunnlovsmessighet, er det foreløpig ikke mulig å trekke noen konklusjon. Stortingets uttalelser må undersøkes nærmere.

3.2.2 Stortingets syn

Forholdet til Grunnloven stod naturlig nok sentralt i forbindelse med Stortingets lovbehandling og gis forholdsvis vid omtale i stortingsdokumentene.

Av komitéinnstillingen, Innst O nr 105 (2003-2004), fremgår det tydelig at innløsning anses som ekspropriasjon som betinger full erstatning etter § 105. Dette fremgår ved at komiteen først gjengir Justisdepartementets grunnlovsvurdering slik (s 14):

”Ved innløsning er det rettslige utgangspunktet at eiendomsretten til tomten går over fra bortfesteren til festeren. I de tilfellene der innløsningsretten ikke følger av avtalen, er det tale om et inngrep som er beslektet med ekspropriasjon, men som også er særpreget ved den tilknytningen til eiendommen som tomtefesteren har gjennom en langvarig kontrakt og sin faktiske bruk av tomten.

Etter Grunnloven § 105 skal det ved tvungen avgivelse av eiendom i offentlig interesse svares full erstatning. Departementet legger etter en lengre drøftelse i proposisjonen til grunn at lovforslaget ligger innenfor rammen av Grunnloven § 105.”

Dette etterfølges av komiteens egen vurdering (s 16):

⁶¹ I denne retning eksempelvis *Falkanger – Tingsrett* s 250.

”Forholdet til Grunnloven

Komiteens flertall, alle unntatt medlemmene fra Fremskrittspartiet, har merket seg departementets vurderinger av forslagene i proposisjonen i forhold til Grunnloven. Flertallet støtter disse vurderingene. (...) Flertallet viser til at Grunnloven § 105 fastsetter at det ved tvungen avgivelse av eiendom skal ytes full erstatning for den økonomiske verdien av den avgitte rettsposisjonen.”

Komiteen går deretter over i en diskusjon av om de foreslåtte reglene gir full erstatning etter § 105, noe komiteen besvarer bekreftende. Tilsvarende uttalelser og konklusjoner fremkom under Odelstingsdebatten.⁶²

3.2.3 Vurdering. Forholdet til Grunnloven § 97

Stortingets uttalelser er ikke overraskende, jf pkt 3.2.1 ovenfor. At innløsning må anses som en tvungen avståelse, og således som en regulær ekspropriasjon etter Grunnloven § 105, må etter dette være klart. Ytterligere belegg – henvisninger til juridisk teori, mv – anser jeg som unødvendig. I Ryfylkesaken kom tingretten til samme konklusjon, også der uten for mye ”anstrengelser”.

Etter dette bortfaller spørsmålet om analogisk anvendelse av Grunnloven § 105.

Ettersom innløsning må anses som regulær ekspropriasjon, er det videre lite rom for noen vurdering av om innløsning innebærer en tilbakevirkning som rammes av Grunnloven § 97 direkte: Dersom det viser seg at tomtefesteloven § 37 *gir full erstatning* etter § 105, er det vanskelig å se at et slik inngrep likevel vil kunne innebære en ”klart urimelig og rettferdig” tilbakevirkning etter Grunnloven § 97.⁶³ Dersom det viser seg at loven *ikke gir full erstatning*, vil Grunnloven § 105 gi et tilstrekkelig grunnlag for å tilsidesette tomtefesteloven § 37. Man vil da ikke trenge Grunnloven § 97.

⁶² Se Stortingstidende 2003-2004 ss 625 til 646.

⁶³ Se likevel pkt 4.4.2 nedenfor. – Vurderingstemaet knyttet til Grunnloven § 97 angis i Rt 1996 s 1415 (Borthendommen), på s 1430.

3.3 Gir tomtefesteloven "full Erstatning" ved innløsning?

3.3.1 Utgangspunkter

Etter tomtefesteloven § 37 første og annet punktum settes innløsningsvederlaget som hovedregel til 30 ganger festeavgiften (heretter "multiplikatormodellen") eller til 40 prosent av råtomtverdien (heretter "prosentmodellen"):⁶⁴

"Ved innløsning av tomt som er festa bort til bustadhus eller fritidshus, skal innløysingssummen vere 30 gonger årleg festeavgift etter regulering på innløysingstida, om ikkje ein mindre innløysingssum er avtalt. Om ikkje anna er avtalt, kan kvar av partane likevel krevje at innløysingssummen for andre tomter enn dei som er festa bort på uavgrensa tid utan oppseiingsrett for bortfestaren, skal vere 40 pst. av tomteverdet på innløysingstida, med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med egne tiltak eller tilskott til tiltak som er gjort av andre." (Mine understrekninger.)

Umiddelbart kan multiplikatormodellen fremstå som hovedregelen. I Justisdepartementets lovforslag var multiplikatormodellen (med en mindre modifikasjon) også den eneste vederlagsregel.⁶⁵

Departementets forslag ble imidlertid endret to ganger av Stortinget, herunder slik at prosentmodellen ble innført. I den form paragrafen til slutt ble vedtatt, har man i praksis *begrenset* multiplikatormodellens anvendelsesområde til tomten som "er festa bort på uavgrensa tid utan oppseiingsrett for bortfestaren" – hvilket i det følgende kort og unøyaktig vil bli omtalt som tidsubegrensede kontrakter.⁶⁶ Dette henger sammen med passusen "kan kvar av partane likevel krevje": Poenget er at dersom prosentmodellen konkret viser seg å gi et høyere vederlag enn multiplikatormodellen, må det ventes at bortfesteren vil kreve prosentberegning. Og dersom det motsatte er tilfelle, vil prosentberegning bli krevet av festeren. Med andre ord er det vanskelig å tenke seg at

⁶⁴ Unntaket i § 37 tredje punktum for byggetomter som ikke er fullt utnyttet, forutsettes foreløpig å ikke komme til anvendelse, noe det for øvrig ikke var grunnlag for i Tausaken. Jeg kommer kort tilbake til dette unntaket i pkt 3.3.4 nedenfor.

⁶⁵ Se f eks s 72 i Ot prp nr 41 (2003-2004), der lovforslaget fremgår.

⁶⁶ Se Rådsegn 9 s 17: "Oftast er det sagt i festeavtala kor lenge festeretten skal vare (...)"

multiplikatormodellen vil bli gjeldende ved innløsning av tidsbegrensede festeavtaler. De to modellenes i praksis separate anvendelsesområder, er etter dette som følger:

Multiplikatormodellen:	Tidsubegrensede festekontrakter uten oppsigelsesrett for bortfester
Prosentmodellen:	Andre festekontrakter

Den rettslige problemstilling i det følgende blir om beregningsmodellene i § 37 gir bortfesteren ”full Erstatning” etter Grunnloven § 105. Problemstillingen må imidlertid presiseres ytterligere som følge av Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven (jf pkt 3.2 ovenfor):

Den rettslige problemstilling er om det er ”hevet over rimelig tvil” at de to beregningsmodellene i tomtefesteloven § 37 ikke gir bortfesteren ”full Erstatning”.

Dersom spørsmålet viser seg å fremstå som tvilsomt og ”åpent” juridisk sett, må loven som følge av Stortingets uttalelser opprettholdes, jf Kløftadommen.

3.3.2 Enkelte metodebetraktninger

Det avgjørende er prinsipielt sett en fortolkning av Grunnlovens ordlyd på basis av vanlig juridisk metode.⁶⁷ I Kløftadommen (Rt 1976 s 1) ble §§ 4 og 5 nr 1 i ekspropriasjonserstatningsloven av 1973 delvis satt til side av Høyesterett. I henhold til dommens premisser, skjedde tilsidesettelsen særlig med støtte i følgende rettskilder (dommens ss 7 og 8):

- *Grunnlovens ordlyd*: Lovens erstatning kunne ikke ”sies å innebære full erstatning”.
- *Praksis i ekspropriasjonssaker*: Lovens erstatning var ”i strid med sikker sedvanerett og praksis opp gjennom alle år i skjønnsretter og Høyesterett (...)

⁶⁷ I denne retning *Fleischer – Grunnloven* s 34 og 35.

Denne praksis er i seg selv et betydelig tolkningsbidrag når det gjelder forståelsen av § 105 på dette punkt”.

At disse kildene ble fremhevet, betyr naturligvis ikke at også øvrige anerkjente rettskilder vil kunne spille inn, f eks løsningene i annen ekspropriasjonslovgivning enn tomtefesteloven (som til dels har kodifisert eller endret, og således avløst, den rettspraksis Høyesterett uttrykkelig bygde på i 1976), juridisk teori og reelle hensyn. Også forarbeidene til tomtefesteloven vil ha vekt, men antakelig kun på nivå med juridisk teori. Dette fordi det ikke er tale om forarbeider til Grunnloven, som er den lov som skal fortolkes her.

Ut fra premissene i Kløftadommen faller det imidlertid for meg naturlig å *starte* med en drøftelse av hvilket beløp man får, dersom man tenker seg innløsningsvederlaget beregnet som en erstatning basert på vanlige ekspropriasjonsregler – dvs lov og rettspraksis (jf pkt 3.3.3 nedenfor). Ikke fordi man kan sette likhetstegn mellom slike regler og full erstatning etter Grunnloven § 105 – det kan man definitivt ikke. Jeg forstår imidlertid Høyesterett slik at en slik betraktning vil være *retningsgivende* ved fastleggelsen av Grunnlovens grenser, altså ved fastleggelsen av lovgivers adgang til å velge alternative løsninger innenfor Grunnloven. Jo mer tomtefesteloven kan sies å avvike fra vanlige ekspropriasjonerstatningsregler på formell lovs nivå, desto mer tilbøyelig bør man generelt sett være til å konstatere at tomtefestelovens ordning er grunnlovsstridig. Dette som et av rettskildemomentene som vil inngå i grunnlovsfortolkningen.

Etter å ha trukket visse konklusjoner knyttet til den alminnelige ekspropriasjonsrett, vil jeg gå over til en mer konkret vurdering av i hvilken grad beregningsmodellene i tomtefesteloven § 37 eventuelt strider mot kravet om full erstatning i Grunnloven § 105. Her vil jeg også trekke en konklusjon. Siden vi her har å gjøre med to beregningsmodeller, må det foretas to grunnlovsvurderinger, jf pkt 3.3.4 vedrørende prosentmodellen og 3.3.5 vedrørende multiplikatormodellen. Etersom modellene har hvert sitt separate anvendelsesområde, kan de to analysene gjøres uavhengig av hverandre.

3.3.3 Innløsningsvederlaget beregnet etter alminnelige ekspropriasjonsregler

a. Generelt

Det finnes ulike ekspropriasjonsregler rundt om i lovgivningen. Hvilken eller hvilke bør en særlig se hen til? Slik § 37 lød frem til endringen i 2004, het det i tredje ledd at bortfesteren, dersom avtalen var inngått før 1976, kunne kreve innløsningsvederlaget fastsatt ”etter føresegnene om skadebot ved urregning”. I henhold til forarbeidene, tenkte man her på ekspropriasjon etter § 2 nr 31 i urregningsloven av 1959,⁶⁸ hvilket innebærer en ekspropriasjonserstatning fastsatt etter vederlagsloven av 1984, jf 1984-loven § 1. Ut fra dette er det naturlig å se særlig hen til vederlagsloven, og det vil jeg gjøre i det følgende.⁶⁹

Som tidligere nevnt, bygger Grunnloven § 105 på at ekspropriaten skal ha erstattet den høyeste av salgsverdien og bruksverdien. Dette fremgår også av vederlagsloven, jf § 4 første ledd. I det følgende vil jeg drøfte i hvilken utstrekning bortfesteren kunne ha krevet salgsverdien og bruksverdien etter vederlagsloven.

I allfall rent umiddelbart er det grunn til å tro at salgsverdien er lite aktuell for tidsubegrensede festeavtaler. Slike avtaler bør følgelig drøftes adskilt fra de tidsbegrensede avtalene. Det er også særlig ved de tidsbegrensede avtalene at man kan tenke seg at bortfesteren vil ha visse forhåpninger om å få tilbakeført den fysiske rådigheten over tomten.

b. Tidsubegrensede avtaler. Litt om diskontering og kapitalisering ved beregning av bruksverdien

Ved de tidsubegrensede avtaler kan det etter vederlagsloven vanskelig være plass for noen salgsverdi. I juridisk teori antas det at bortfesterens økonomiske posisjon i utgangspunktet har to elementer, nemlig (1) de akkumulerte, gjenstående festeavgifter og (2) tomtens verdi ved festetidens utløp (heretter samlet omtalt som ”kombinasjonsmodellen”).⁷⁰ Sistnevnte

⁶⁸ Ot prp nr 28 (1995-96) s 69.

⁶⁹ Prinsipielt er dog alle (grunnlovsmessig kurante) ekspropriasjonsregler vi har i dag relevante.

⁷⁰ Se f eks *Pedersen – Ekspropriasjon* s 185.

ledd utgjør salgsverdien, men modellen forutsetter altså en tidsbegrenset festeavtale. Er avtalen tidsubegrenset, vil ledd (2) i alminnelighet bortfalle.

Nå kan det ikke helt utelukkes at festeren en gang i fremtiden vil innløse tomten. Dette ligger imidlertid helt og holdent i festerens hender, og utgjør følgelig ikke noe som kan påvises som en sannsynlig og påregnelig økonomisk verdi (salgsverdi). Bortfesterens forventning om en fremtidig salgsverdi i form av innløsning eller liknende, er med andre ord så vidt usikker ved de tidsubegrensede avtalene, at forventningen ikke er beskyttet under vederlagsloven.

Ved de tidsubegrensede festeavtalene er det følgelig utelukkende den samlede fremtidige avkastning i form av de fremtidige avgiftsterminene som må legges til grunn – med andre ord bruksverdien. I vederlagsloven er bruksverdien regulert i § 6. Den konkrete beregningen bør omtales noe nærmere.

Grunnleggende sett beregnes bruksverdien på basis av tre elementer:⁷¹

- A. Den årlige avkastning – for tomtefeste blir dette festeavgiften
- B. Antallet gjenstående inntektsår
- C. Diskonteringsrente

Man skal altså legge sammen de inntektene som ville ha kommet i fremtiden. For å gjøre dette, må man finne frem til det antall år man ville ha fått inntekt (pkt B), samt fastlegge beløpet for hvert enkelt år (pkt A). Når det gjelder det siste, må man etter vederlagsloven generelt se bort fra at festeavgiften vil vokse som følge av de periodiske avgiftsreguleringene. Det er festeavgiften på ekspropriasjonstidspunktet som legges til

⁷¹ En mer utfyllende redegjørelse for utmålingsprinsippene som beskrives i det følgende, gis eksempelvis i *Kolrud – Boligekspropriasjon* ss 97 til 103.

grunn for alle årene.⁷² Dette er en retsteknisk forenkling som utvilsomt ligger innenfor Grunnloven § 105.

Ekspropriasjonserstatningen skal som hovedregel beregnes som en engangserstatning. På grunn av dette, må de fremtidige terminene *diskonteres*, dvs nedjusteres for fordelene ved å få det enkelte beløpet utbetalt før tiden. Kort og ekspropriasjonsrettslig unøyaktig kan man si at man må nedjustere av hensyn til den fordel det vil være for ekspropriaten ”å kunne sette pengene i banken med en gang og opptjene rente”. Dette er parallelt med det man gjør ved utmåling av f eks tap i fremtidig erverv ved personskader.⁷³ Jo lenger frem i tid terminen vil forfalle, desto mer må man nedjustere. Den diskonterte verdi kalles *nåverdien*.⁷⁴ Den nærmere matematiske beregningen er for komplisert til at det er hensiktsmessig å beskrive den her.⁷⁵

Ved *tidsubegrensede* festeavtaler vil både de faktiske forhold (tomten er i praksis evigvarende – den blir ikke ”utslitt”) og rettslige forhold (blant annet kontrakten) ligge til rette for inntjening av en årlig festeavgift i all overskuelig fremtid. For slike tilfelle legger man ved den ekspropriasjonsrettslige beregningen til grunn en summering av inntekter i et uendelig antall år. Også dette er en retsteknisk forenkling.⁷⁶ Når det er tale om et uendelig antall år, vil diskonteringen være noe annerledes og enklere å beskrive enn i vanlige tilfelle:

$$\text{Bruksverdi} = \text{årlig festeavgift} \times (100/\text{diskonteringsrente})$$

⁷² Det eksakte skjæringstidspunktet er tidspunktet for skjønnsrettens avhjemling av skjønnet, jf vederlagsloven § 10 første ledd.

⁷³ Se *Lødrup* ss 446 flg.

⁷⁴ Den matematiske beregningen

⁷⁵ Et regneeksempel finnes i *Stordrange – Ekspropriasjon* ss 130-131.

⁷⁶ Matematisk vil summen av nåverdiene over et lengre, bestemt tidsrom være tilnærmet lik summen av evigvarende terminer – dette fordi nåverdien av terminer langt frem i tid vil være svært liten.

En diskontering basert på en uendelig inntjeningsstid kalles *kapitalisering*, og innebærer altså at den årlige inntekt ganges med det man kan kalle en kapitaliseringsfaktor (eller ”multiplikator”).⁷⁷

Om man går tilbake til problemstillingen i dette avsnittet, altså hvordan man etter vederlagsloven vil beregne det økonomiske tapet ved ekspropriasjon av en tomt som er festet bort på ubegrenset tid, er svaret at man altså må gange festeavgiften på innløsningstidspunktet med en kapitaliseringsfaktor.

Jeg nevner allerede nå at multiplikatormodellen i tomtfesteloven § 37 – ”30 ganger årleg festeavgift” – bygger nettopp på en kapitalisering. Lovens forutsetning er således en i praksis evigvarende bruksverdi. Det fremgår av forarbeidene at multiplikatormodellen er relatert til en generell diskonteringsrente på 3,33 prosent.⁷⁸ Den matematiske grunn til at multiplikatoren i loven blir 30, er da følgende:

$$\begin{aligned}\text{Bruksverdi} &= \text{årlig festeavgift} \times (100/\text{diskonteringsrente}) \\ &= \text{årlig festeavgift} \times (100/3,33) \\ &= \text{årlig festeavgift} \times 30\end{aligned}$$

I ekspropriasjonssaker fastlegges kapitaliseringsrenten (pkt C i listen ovenfor) konkret i hver enkelt sak. Dette er som regel et stort stridstema, idet små forskjeller i rentefoten lett gir store utslag på erstatningens størrelse. Det er videre slik at erstatningen blir høyere, jo lavere rente som settes, og omvendt.

Rentespørsmålet er et vanskelig og til dels uavklart rettsfelt, som det vil føre for langt å redegjøre for her. Jeg nevner imidlertid at en diskonteringsrente på f eks 4 eller 5 prosent –

⁷⁷ Matematisk sett vil en kapitalisering innebære at man multipliserer det årlige inntektstapet med det inverse tallet av rentefoten, jf *Kolrud – Boligekspropriasjon* s 102.

⁷⁸ Ot prp nr 41 (2003-2004) s 50.

som tilsvarer en kapitaliseringsfaktor på henholdsvis 25 og 20 – neppe er uvanlig.⁷⁹ For avløsning av pengemessige grunnbyrder etter avhendingsloven § 2-10 annet ledd (som er noe beslektet med tomtefeste), har man i *forskrift av 8. juni 2001 nr. 570 om tomtefeste m.m.* § 9 fastsatt en kapitaliseringsrente på 5 prosent. Av retts tekniske årsaker legger man for øvrig alltid til grunn en konstant forrentning opp gjennom inntjeningstiden – dvs samme rentefot for alle inntektsår.

c. Tidsbegrensede avtaler

Tomtefeste er en form for leiekontrakt. Den rettslige grunnkonstruksjon ved leiekontrakter er at leietakers bruksrett opphører ved leietidens utløp.⁸⁰ Med andre ord går bruken tilbake til eieren. I tomtefesteloven har dette gitt seg utslag i regler om festerens plikt til ”ryddiggjøring” av tomten, alternativt bortfesterens innløsning av huset (mot betaling til festeren), ved festetidens utløp, jf §§ 39 til 41.

Av disse grunner vil bortfesteren kunne ha en større eller mindre forventning om å få tilbake bruken. Og av samme grunn har man i juridisk teori som sagt antatt at bortfesterens økonomiske posisjon i prinsippet må beregnes på basis av kombinasjonsmodellen,⁸¹ dvs (1) nåverdien av akkumulerte, gjenstående festeavgifter (bruksverdien) tillagt (2) nåverdien av tomtens verdi ved festetidens utløp (en fremtidig salgsverdi), se f eks *Pedersen – Ekspropriasjon* s 185, som synes å bygge direkte på synspunktet i *Olav Lid, Tomtefeste*, fra 1961.

Jeg mener det *de lege lata* er grunn til å sette spørsmålstegn ved kombinasjonsmodellen som, så vidt jeg kan se, kun antas å være aktuell ved tomtefeste. Kombinasjonen av bruksverdi og salgsverdi synes nemlig å avvike fra den måten man ellers beregner erstatningen på:

⁷⁹ En mer utfyllende redegjørelse for diskonteringsrenten finnes i f eks *Kolrud – Boligekspropriasjon* ss 103 til 112.

⁸⁰ *Gjelsvik* ss 478 og 479.

⁸¹ Jf pkt b ovenfor.

- En kombinasjon av salgs- og bruksverdi synes ikke å være i tråd med vederlagslovens ordlyd, jf uttrykket ”eller” i § 4 første ledd, som indikerer at ekspropriaten må velge det ene eller det andre.
- I teorien gis det uttrykk for at det er et generelt prinsipp at man ikke blander salgs- og bruksverdi.⁸²
- Dersom ekspropriasjonen skjer mens festetiden løper, bygger ovennevnte modell på en fremtidig salgsverdi. Etter vederlagsloven er imidlertid ekspropriasjonsobjektets salgsverdi generelt definert som verdien *på inngreps-tidspunktet*, ikke på et eller annet fremtidig tidspunkt, jf særlig vederlagsloven § 10. Er objektet beheftet, fastsettes således salgspris for objektet i beheftet stand, ikke i ubeheftet stand på et eller annet fremtidig tidspunkt.
- Dette mener jeg også har kommet til uttrykk i rettspraksis. Beregner man bruksverdien knyttet til f eks en minkfarm, legger man kun inn den forventede bruksavkastning, uten å skjelve til muligheten for at farmen i virkeligheten kunne ha blitt solgt om f eks 10 til 15 år. Man legger altså til grunn at ekspropriaten ville ha oppbåret en årlig avkastning i all overskuelig fremtid.⁸³ Det gis ingen forklaring i litteraturen på hvorfor man i tomtefestesaker likevel skal operere med en kombinasjon av salgs- og bruksverdi.
- Etter min mening er det heller ingen motsetning mellom en kapitalisert erstatning og det at festetiden utløper en gang i fremtiden, ettersom det ikke er noe i veien for at grunneieren fester tomten bort på ny (gitt at tomten frigjøres ved festetidens utløp).
- Det finnes spor av kombinasjonsmodellen i underrettspraksis,⁸⁴ men dette bør ikke være avgjørende.

⁸² Se f eks *Kolrud – Boligekspropriasjon* s 65, som kun åpner for unntak der ”ekspropriasjonsobjektet lar seg oppdele på en naturlig måte”. I tomtefestesammenheng er det generelt ikke aktuelt med en oppdeling av tomten.

⁸³ Et eksempel er Rt 1971 s 155, som gjaldt en person som hadde drevet minkfarm i 40 år. Rt 1986 s 178 gjelder kapitalisering i en sak om erstatningen ved ekspropriasjon av en skogsparsell.

⁸⁴ RG 1975 s 1 (Oslo overskjønnsrett).

Sammenfatningsvis er jeg tilbøyelig til å legge til grunn at bortfesteren prinsipielt sett må *velge* mellom salgsverdi og bruksverdi. Disse kan ikke kombineres, slik man tradisjonelt har antatt. Dersom bortfester velger bruksverdien, må denne i utgangspunktet kunne settes til kapitalverdien av festeavgiften (altså under forutsetning av bortfeste i all overskuelig fremtid).

Salgsverdien per innløsningstidspunkt vil på sin side neppe være aktuell dersom innløsning skjer når det gjenstår mange år av festetiden. Festetomter i beheftet stand er det neppe noe selvstendig marked for.⁸⁵ Er det på den annen side kort tid igjen til festetidens utløp, hevdes det at tomten vil ha en reell salgsverdi som råtomt.⁸⁶ Logisk sett bygger dette synspunktet på en forutsetning om at tomten vil bli ”frigjort” ved festetidens utløp, altså at bortfesteren vil gjenvinne den fysiske rådigheten. Etter min oppfatning er det god grunn til å sette spørsmålsteget ved en slik forutsetning, iallfall om man tar i betraktning gjeldende tomtefestelov, noe man må, ettersom tomtefesteloven i høy grad styrer utnyttelsen av tomten og således påvirker hva som kan anses som påregnelig utnyttelse. Det kan også være grunn til å minne om at man i Kløftadommen (på s 7) gav uttrykk for at erstatningsnivået blant annet må ligge innenfor de til enhver til gjeldende lovbestemte rammene for utnyttelse. Følgende synspunkter kan anføres:

- Ved bolig og fritidsfeste må tomtene rent fysisk anses varig omdisponert til bolig eller fritidshus. Det er temmelig hypotetisk å tenke seg at tomten blir ”ryddiggjort” i henhold til tomtefesteinstituttets grunnleggende, teoretiske konstruksjon, jf blant annet tomtefesteloven § 40 om ”verdiar som går til spille i utrengsmål”.
- Er det mer sannsynlig at bortfesteren vil gjenvinne rådigheten over tomten ved at han ”kjøper” huset etter tomtefesteloven §§ 40 og 41? Så vidt jeg kan se, medfører den alminnelige forlengelsesretten i § 33 (som i prinsippet gir en evigvarende

⁸⁵ Alternativt kunne man tenkt seg salgsverdien satt til verdien av de fremtidige terminer, men i så fall vil salgsverdien egentlig ikke ha noen selvstendig betydning utover bruksverdien. For øvrig kan man spørre om det er logisk at en potensiell kjøper tilbyr en sum som svarer til de fremtidige terminer. Trolig må det ventes at tilbud vil ligge noe *under* summen av de fremtidige terminer.

⁸⁶ Se eksempelvis *Flaaten* s 27.

bruksrett) at forlengelse er det eneste påregnelige alternativet til innløsning ved festetidens utløp.

- En må også se hen til de tungtveiende interesser bolig- og fritidsfestere har i relasjon til sitt hus. En ryddiggjøring vil innebære et så omfattende økonomisk tap for vedkommende, at han må påregnes å gjøre nesten hva som helst for å unngå dette.
- Det synspunktet jeg nå gjør gjeldende, strider også mot den kombinasjonsmodell som er blitt forfektet i juridisk teori. Jeg bemerker imidlertid at forlengelsesretten i § 33 ikke fantes da ovennevnte juridiske litteratur ble skrevet.
- Så vidt jeg kan se, er det uholdbart å hevde at utmålingen må skje ut fra en slags naturtilstand der man tenker seg all tomtefestelovgivning borte, dvs lovgivningsmessig sett ”skruer tiden tilbake” til festeavtalens begynnelse. Som påpekt i Kløftadommen (s 7), må erstatningen beregnes ut fra hva ”ekspropriaten faktisk kunne ha oppnådd om ekspropriasjonen ikke hadde funnet sted”. Festeavtaler eksisterer ikke i et vakuum.
- At forlengelsesretten forhindrer en erstatning bygget på at tomten vil bli ”frigjort”, er noe Justisdepartementet også er inne på i forbindelse med lovendringen i 2004.⁸⁷ Etter min mening er dette et prinsipielt sett korrekt standpunkt.

Oppsummeringsvis mener jeg at et moderne syn på tomtefeste, herunder hensett til den seneste lovutviklingen, tilsier at festetomten for alle praktiske formål må anses varig omdisponert til bolig eller fritidshus for festeren, med den følge at erstatningen settes til en bruksverdi svarende til en kapitalisering av den aktuelle festeavgift.⁸⁸ Dette uavhengig av om det er kort eller lang tid igjen av festetiden, eller, for den saks skyld, om innløsning skjer først ved festetidens utløp.⁸⁹ Jeg mener også at synspunktet har gjennomslagskraft

⁸⁷ Ot prp nr 41 (2003-2004) s 52: ”(...) alternativet til innløsning er at tilfellet faller inn under regler som er gitt eller gis om rett til forlengelse. I så fall er det ikke gitt at den verdien som skal erstattes, er den framtidige verdien av en frigjort tomt.”

⁸⁸ I denne retning *Fleischer – Tomtefeste* s 21.

⁸⁹ Se dog pkt d straks nedenfor, samt pkt 4.4.1.

uavhengig av hva man mente om kombinasjonsmodellen før innføringen av forlengelsesadgangen i tomtfesteloven § 33.

d. Nærmere om forholdet til forlengelse

Jeg har ennå ikke drøftet om forlengelsesreglene overholder Grunnloven § 105. Dette gjøres i avsnitt 4 nedenfor. Jeg finner imidlertid allerede nå grunn til å bemerke at dersom en grunnlovsvurdering tilsier at bortfesterens vederlag ved en forlengelse må settes høyere enn det som følger av tomtfestelovens ordlyd i § 33, vil det lett kunne forplante seg til beregningen av innløsningssummen. Mer om dette i pkt 4.4.1 nedenfor.

3.3.4 Vurdering av prosentmodellen (40 prosent av festeavgiften)

Når det gjelder erstatning etter vederlagsloven, er min vurdering altså at erstatningen i tomtfestetilfelle gjennomgående vil bestå av bruksverdien, som settes lik den kapitaliserte verdi av den aktuelle festeavgiften. Tomtens salgsverdi er ikke aktuell, fordi tomten må anses varig omdisponert til bolig eller hytte for festeren.

Det er imidlertid nettopp salgsverdien prosentmodellen er basert på, ikke bruksverdien. Modellen synes følgelig å bygge på noe som prinsipielt sett befinner seg forholdsvis langt fra bortfesterens økonomiske virkelighet. Allerede dette gir etter min mening grunn til å frykte at prosentmodellen vil kunne gi utslag som strider mot kravet om full erstatning i Grunnloven § 105.⁹⁰

Forskjellen mellom prosentmodellen og bruksverdien (altså den kapitaliserte festeavgift) kan illustreres ved å anvende begge disse reglene på Ryfylkesaken. Jeg starter med å beregne bruksverdien: På skjønnstidspunktet var festeavgiften ca 10.000 kroner, og det gjenstod 59 år av festetiden. Retten antok at en rimelig forrentning i dette tilfellet var 4 prosent. En kapitalisert bruksverdi vil ut fra dette gi en erstatning på 250.000 kroner,⁹¹ og jeg ser da bort fra at man eventuelt bør legge inn en markedsmessig oppjustert festeavgift for terminene 60 og utover. Jeg går så over på prosentmodellen: Ryfylke tingrett antok at

⁹⁰ I denne retning *Flaaten* s 21.

⁹¹ Bruksverdi = festeavgift x (100/rentefot) = 10.000 x (100/4) = 10.000 x 25 = 250.000.

råtomtverdien lå på mellom 150 og 200 kroner pr kvadrat, for en tomt på totalt 1075 kvadrat. Selv om man her av velvillighetsgrunner anvender den høyeste kvadratmeterpris, får man et prosentberegnet innløsningsvederlagt på kun 86,000 kroner,⁹² altså kun om lag 1/3 av bruksverdien beregnet på grunnlag av vederlagsloven. Avviket mellom de to beregningsmåtene er så vidt stort at det i mitt hode er ”hevet over rimelig tvil” at prosentmodellen gir bortfesteren mindre enn ”full Erstatning”.

For de tilfelle der en kapitalisering av festeavgiften gir en påviselig høyere erstatning enn etter prosentmodellen – slik som i Ryfylkesaken, er det grunn til å minne om følgende uttalelse i Kløftadommen (s 7):

”Det avgjørende for meg er at en ekspropriat ikke kan sies å få full erstatning om man helt i sin alminnelighet nekter å tilkjenne ham omsetningsverdien der hvor denne påviselig er den høyeste.”

Det fremgår av lovforarbeidene til 2004-endringen at et hovedhensyn bak valget av sjablongmessige regler var å unngå for mye dyre og tidkrevende rettsprosesser om fastsettelsen av innløsningssummen. I og for seg er dette et legitimt hensyn, og det er klart at visse retts tekniske forenklinger ikke uten videre innebærer at ekspropriaten gis mindre erstatning enn Grunnloven krever, jf blant annet Kløftadommen, der retten på s 8 uttalte:

”Man kan heller ikke kreve at sluttresultatet av ekspropriasjonen skal være en absolutt og matematisk likhet mellom ekspropriaten og andre grunneiere”.

Det er imidlertid grenser for hvor mye erstatningen kan standardiseres. Sitatet fra Rt 1979 s 572 (Bankdemokratiseringsdommen) – gjengitt i pkt 2.2.3 ovenfor – gir etter min mening en viktig presisering. Den noe sjablongpregede kompensasjonen i den saken var akseptabel fordi ordningen kunne sies å være utformet ”med sikte på at aksjonærene ikke skal bli påført tap”. Jeg har vanskelig for å se at dette er en passende karakteristikk på tomtefestelovens prosentmodell eller forarbeidene til denne, som blant annet gir inntrykk

⁹² Prosentmodellen = $(1.075 \times 200) \times (40/100) = 215.000 \times 0,4 = 86.000$.

av at fokus har vært et helt annet sted, nemlig å ivareta festerens boligsosiale hensyn mv. Jeg minner videre om uttalelsene i Kløftadommen, som indikerer en restriktiv holdning til skår i prinsippet om full erstatning.⁹³ Valget av presentsats – 40 – fremstår for øvrig som nokså tilfeldig i seg selv.

Jeg legger til at en bruksverdi i praksis normalt vil være forbundet med noe større usikkerhet enn en salgsverdi. Dette fordi bruksverdien i større grad enn salgsverdien hviler på vesentlige hypoteser om fremtiden, eksempelvis kapitaliseringsrenten. Av denne grunn tror jeg at lovgiver i praksis har et noe større handlingsrom til å standardisere en bruksverdibasert erstatning enn en salgsverdibasert erstatning. Dette forhindrer dog etter min mening ikke at man i relasjon til prosentmodellen bør oppsummere på følgende måte:

Prosentregelen vil trolig måtte anses som grunnlovsstridig i saker der bruksverdien (kapitalisert festeavgift) påviselig gir et høyere beløp. Det er videre grunn til å tro at dette vil være tilfelle i et ikke ubetydelig antall saker.⁹⁴

Etter dette går jeg ikke spesielt inn på § 37 første ledd tredje punktum om tomter med uutnyttet utbyggingsareal.⁹⁵ Jeg nøyer meg med å vise til at dette unntaket, innenfor sitt noe begrensede anvendelsesområde, etter sin ordlyd kan lede til ytterligere skår i erstatning fastsatt etter prosentmodellen.

3.3.5 Vurdering av multiplikatormodellen (30 ganger festeavgiften)

Jeg gjentar min vurdering knyttet til vederlagsloven: Erstatningen i tomtefestetilfelle vil gjennomgående bestå i bruksverdien, som settes lik den kapitaliserte verdi av den aktuelle festeavgiften. Tomtens salgsverdi er ikke aktuell fordi tomten må anses varig omdisponert til bolig eller hytte for festeren.

⁹³ Jf pkt 2.2.3 ovenfor.

⁹⁴ Slik også *Flaaten* ss 20 til 23.

⁹⁵ Ordlyden er: "Tomteverdet må ikke setjast høgare enn det tomta kan seljast for om det berre er tillate å setje opp det eller dei husa som er på tomta." Formålet er typisk å ramme de tilfelle der festetomten er stor og regulert til boligutbygging. Unntaket medfører at man ved verdsettelsen av tomten må se bort fra dette utbyggingspotensialet.

Som sagt er multiplikatormodellen nettopp basert på et kapitaliseringsprinsipp. Jeg nevner også at en (avtalt) rett til ”innløsning” etter eldre rett (dvs før første tomtefestelov) gjerne ble tolket som en rett for festeren til å overta eiendomsretten mot et vederlag fastsatt ved en kapitalisering av festeavgiften.⁹⁶ Etter min mening hadde Justisdepartementet riktig utgangspunkt når departementet i sin proposisjon utelukkende foreslo en multiplikatormodell. Motsatt advokat Sveinung Flaaten som, ut fra et synspunkt om at tomten blir ”frigjort” ved festetidens utløp, mener at multiplikatormodellen ”helt klart [vil] gi en mengde utslag i strid med grunnlovsvernet om full erstatning.”⁹⁷

Enkelte sider av multiplikatormodellen bør likevel kommenteres.

Innledningsvis kan man spørre om multiplikatormodellen i tomtefesteloven § 37 vil kunne anvendes i det ”tomrom” prosentmodellen etterlater seg, dvs i de tilfelle der prosentmodellen er valgt av en av partene, men retten finner at modellen strider mot Grunnloven. I Ryfylkesaken fant retten at prosentmodellen måtte settes til side, og valgte å anvende multiplikatormodellen i stedet. Etter min oppfatning er dette helt i tråd med ordlyden i tomtefesteloven § 37 første ledd. Formelt sett er det nemlig multiplikatormodellen som er hovedregelen. Med andre ord må man kunne falle tilbake på multiplikatormodellen i den grad prosentmodellen er uanvendelig på grunn av Grunnloven.

Dernest reiser det seg visse spørsmål knyttet til den prosentsats som lovens multiplikatormodell bygger på, nemlig 3,33 prosent.

⁹⁶ *Simonsen* s 439.

⁹⁷ Se *Flaaten* s 25. – Justisdepartementets multiplikatormodell ble i det vesentlige videreført av justiskomiteen på Stortinget. (Komiteen la riktignok inn et tillegg om at vederlaget *minst* måtte tilsvare 40 prosent av råtomtverdien, men dette var ikke egnet til å redusere erstatningen i forhold til multiplikatormodellen, kun øke den.) Det fremgår av FrPs uttalelser i komitéinnstillingen at professor Geir Woxholth skal ha kommet med en utredning som konkluderer med at Justiskomiteens forslag var i strid med Grunnloven § 105. Dette kan jeg altså ikke være enig i. Jeg må dog ta et visst forbehold, ettersom jeg ikke har lest selve utredningen.

For det første kan man spørre om det er grunnlovsmessig å bruke en prosentsats på 3,33, tatt i betraktning at rentefoten i ekspropriasjonssaker gjerne settes noe høyere, normalt mellom 4 og 5 prosent.⁹⁸ Etter min oppfatning kan det ikke være grunnlovsstridig å sette en ”for lav” rente, ettersom erstatningen blir høyere jo lavere rentefoten er. Poenget blir da at Grunnloven § 105 ikke er til hinder for at loven fastsetter en erstatning som *overstiger* full erstatning.

Jeg nevner videre at det er vanskelig å tenke seg at 3,33 prosent i enkelttilfelle skulle kunne bli for *høy* i forhold til den rente som vanligvis legges til grunn i ekspropriasjonspraksis.

For det andre kan man spørre om det vil være i strid med Grunnloven § 105 at innløsningsvederlaget etter tomtfesteloven alltid er basert på en rentefot på 3,33, altså at det gjelder en fast rentefot på 3,33 prosent for alle saker. I ekspropriasjonspraksis er det annerledes. Der vurderes renten konkret, og kan variere noe fra sak til sak.⁹⁹ Etter min mening er det neppe grunnlovsstridig å bruke en fast prosentsats, og jeg viser særlig til følgende grunner:

- Innenfor de differanser vi her taler om (2-3 prosent), vil fastleggelsen av kapitaliseringsrenten i den konkrete sak uansett være forholdsvis skjønnsmessig. Det kan følgelig hevdes at multiplikatormodellen medfører en ren presisering som ikke strider mot Grunnlovens ord.
- Den presisering loven medfører, må også anses å ligge innenfor det som saklig kan begrunnes i de legitime forenklings- og retts tekniske hensyn som lovgiver tydelig bygget på da endringsloven ble vedtatt.¹⁰⁰
- Det forhold at bolig- og fritidsfeste er en noenlunde ensartet gruppe, herunder hva reelle hensyn gjelder, tilsier også at presiseringen er forsvarlig.¹⁰¹

⁹⁸ I Ryfylke- og Oslosakene opererte tingrettene med en forrentning på henholdsvis 4 og 5 prosent. Videre er fem prosent som sagt også lagt til grunn i forskrift av 8. juni 2001 nr 571 om tomtfeste m m § 9 for avløsning av pengemessige grunnbyrder etter avhendingsloven § 2-10.

⁹⁹ Igjen kan Ryfylke- og Oslosakene tjene til illustrasjon. Som sagt ble disse sakene vurdert ut fra en forrentning på henholdsvis 4 og 5 prosent.

¹⁰⁰ Se eksempelvis Innst O nr 105 (2003-2004) s 16.

Av disse grunner må man også kunne akseptere at lovgiver i og for seg har valgt en noe ”utradisjonell” rentefot med to desimaler.¹⁰²

I de siste årene er det fra enkelte hold hevdet at lovgiver har ”endret oppfatning” når det gjelder Grunnlovens krav til innløsningsvederlagets nivå for tidsbegrensede avtaler inngått før 1976, jf eksempelvis *Flaaten*, samt Oslo tingretts premisser i tomtefestesaken fra 2007.¹⁰³ Da gjeldende tomtefestelov ble vedtatt i 1996, gav Justisdepartementet uttrykk for at multiplikatormodellen i den opprinnelige § 36 første ledd ikke kunne påtvinges bortfesterne med avtale inngått før 1976. Dette var i realiteten en ekspropriasjon, og da måtte bortfesteren i stedet kunne kreve erstatning fastsatt etter vederlagsloven av 1984.¹⁰⁴ I 2004 derimot – påpekes det, la Justisdepartementet til grunn det motsatte, nemlig at en ren multiplikatormodell gir fullgod erstatning. For min del vil jeg bemerke at premissene i 2004-proposisjonen har et forbedringspotensial med hensyn til klarhet, presisjon mv. De *konklusjoner* departementet trakk i henholdsvis 1996 og 2004, er imidlertid *begge korrekt og ikke innbyrdes motsigende* så langt jeg kan se. Dette har naturligvis sammenheng med at den alminnelige forlengelsesrett for festeren først ble innført i 2004. Ettersom 1996-loven opprinnelig manglet dette, var det iallfall argumenterbart at tomten ville bli ”frigjort” ved festetidens utløp, og at hans innløsningsvederlag måtte gjenspeile dette for å gå klar av Grunnloven § 105.

Avslutningsvis gjentar jeg poenget i pkt 5.6.3.d ovenfor: Dersom Grunnloven medfører at bortfesterens vederlag ved en forlengelse må settes høyere enn det som isolert sett følger av tomtefesteloven § 33, vil dette lett forplante seg videre til beregningen av innløsningssummen, jf pkt 4.4.1 nedenfor.

¹⁰¹ Det er eksempelvis større forskjell på boligfeste og minkfarmvirksomhet enn på bolig- og fritidsfeste.

¹⁰² En helt annen sak er om lovgiver burde revurdere rentefoten, herunder for å undersøke om en slik lav rente som 3,33 prosent generelt sett gir bortfester en *for* god erstatning hensett til de tungtveiende boligsosiale hensyn og liknende som også er blitt anført fra lovgivers side. En slik vurdering er etter min mening et savn i odelstingsproposisjonen. Dette er imidlertid et rent lovgivningspolitisk spørsmål som jeg av hensyn til fremstillingens format må avgrense mot.

¹⁰³ Tingrettsdommens ss 14 og 15.

¹⁰⁴ Ot prp nr 28 (1995-96) s 39.

4 FORLENGELSE – TOMTEFESTELOVEN § 33

4.1 Innledning

Ved festetidens utløp, har festeren etter tomtefesteloven § 33 rett til å forlenge festet på de samme vilkår, herunder samme (typisk: samme lave) festeavgift:

”§ 33. Lenging i staden for innløsning av festetomt til bustadhus og fritidshus

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.”

Henvisningen til § 7 bør en merke seg. Her heter det blant annet:

”[A]vtaler som er lenga etter § 33 gjeld feste av tomt til bustadhus og fritidshus til festet vert sagt opp av festaren eller tomta vert innløyst.”

I praksis avskjæres hermed for all fremtid bortfesterens mulighet til å få tomten tilbake. I Oslosaken beskrives §§ 7 og 33 slik: ”[F]astholder fester (og hans rettsetterfølgere) sitt ønske i all fremtid er bortfester etter § 33 bundet av det.”¹⁰⁵

I likhet med innløsningsreglene, ble også gjeldende § 33 innført ved endringslov av 2. juli 2004, som trådte i kraft 1. november 2004. Frem til da, hadde fester ikke uten videre lovhjemlet adgang til å forlenge.

Den overordnede problemstilling i dette avsnittet er hvorvidt tomtefesteloven § 33 er i strid med Grunnloven § 105.¹⁰⁶

I det følgende vil jeg først vurdere om innløsning er ekspropriasjon, alternativt utløser erstatningsplikt ut fra en analogisk anvendelse av Grunnloven § 105, jf pkt 4.2. I pkt 4.3

¹⁰⁵ Dommens side 7.

¹⁰⁶ Som sagt behandles kun forholdet til festeavtaler inngått før 1976.

drøfter jeg om loven i tilfelle oppfyller Grunnlovens krav om full erstatning.

Avslutningsvis, i pkt 4.4, drøfter jeg forbindelsen mellom forlengelse og beregningen av innløsningsvederlaget.

4.2 Er forlengelse ekspropriasjon?

Den rettslige problemstilling her er om forlengelse etter tomtefesteloven § 33 innebærer at bortfester ”må afgive sin rørlige eller urørlige Eiendom” til festeren, jf Grunnloven § 105.

Som sagt ligger det i tomtefesteinstituttet at festeren har en bruksrett til tomten.

Eiendomsretten befinner seg på sin side hele tiden på bortfesterens hånd.¹⁰⁷ Ved festetidens utløp opphører bruksretten,¹⁰⁸ hvilket ut fra det funksjonelle eiendomsrettsbegrepet¹⁰⁹ innebærer at bruken går tilbake til eieren.

En anvendelse av § 33 griper inn i dette ved at en bruksrett på ny oppstår på festerens hånd, til fortrengsel for eierens bruksrett. Det skjer med andre ord en *overføring* av en bruksrett fra grunneieren til festeren. Når dette skjer i kraft av loven, må det også anses som et tvungent inngrep, hvilket tilsier at man her har med ekspropriasjon å gjøre.

At lovgiver anså forlengelse som en overføring av bruksrett, er klart. Av komitéinnstillingen fremgår det endog at dette var tilsiktet:¹¹⁰

”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 tomtefestelov § 37, bør sikres en varig disposisjonsrett over tomten.” (Min understrekning.)

Rammer så Grunnloven § 105 overføring av bruksrett? Selv om Grunnloven § 105 bare taler om avståelse av ”Eiendomsret”, er det allment antatt at også overføring av begrensede

¹⁰⁷ Ot prp nr 28 (1995-96) s 38.

¹⁰⁸ Se *Gjelsvik* s 478 og 479 og *Brækhus/Hærem* s 179.

¹⁰⁹ Se *Falkanger – Fast eiendom* ss 31 flg.

¹¹⁰ Innst O nr 105 (2003-2004) s 18.

rettigheter, eksempelvis stiftelse eller overføring av bruksrett, utvilsomt faller inn under grunnlovsbestemmelsens regulære anvendelsesområde.¹¹¹ Jeg viser også til Rt 1918 s 401 (Den store konsesjonssaken), der det heter:

”Medfører den legale innskærkning 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 grundlovens §105 og almindelige retsbegreper, at der maa ydes fuld erstatning. Og det kan ikke gjøre nogen forskjel, om tilegnelsen er væsentlig eller uvæsentlig.” (Mine understreknings.)

Hvordan så lovgiver på dette i 2004? Stortingets uttalelser var svært kortfattet. I justiskomiteen gav flertallet uttrykk for at forlengelsesreglene var i samsvar med Grunnloven, dette under henvisning til grunnlovsvurderingen av innløsningsreglene, og for øvrig under henvisning til departementets vurdering.¹¹²

Når det gjelder innløsning, uttalte komiteen helt kort at innløsningsvederlaget anses å ligge innenfor kravet om full erstatning etter § 105.¹¹³ Departementets kommentarer var også forholdsvis kortfattet. Dels viser man til grunnlovsvurderingen knyttet til innløsning – der konklusjonen er at innløsningsvederlaget ligger innenfor § 105, og dels sier man at forslaget ikke er i strid med Grunnloven § 97:

”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 s. 284 og drøftelsen av forholdet til Grunnloven under punkt 6.5. 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.”

¹¹¹ Se *Fleischer – Miljø* s 21, *Røhnebak* s 227 og *Andenæs*, som på s 373 og 374 drøftes erstatningsberegningen ved avgivelse av begrensede rettigheter.

¹¹² Innst O nr 105 (2003-2004) s 18. Under den etterfølgende odelstingsdebatten ble det fra saksordføreren side helt enkelt henvist til justiskomiteens vurderinger, jf Stortingstidende 2003-2004 s 627.

¹¹³ Innst O nr 105 (2003-2004) s 14.

På bakgrunn av henvisningene til innløsning, må også lovgiver anses å ha gitt uttrykk for at forlengelse er ekspropriasjon som faller inn under Grunnloven § 105. Dette kunne dog ha kommet klarere frem.

Sammenfatningsvis må det være klart at forlengelse er ekspropriasjon som faller innenfor Grunnloven § 105.¹¹⁴ En kan imidlertid ikke derav konstatere at § 105 også er overtrådt. Man må vurdere om særlig den festeavgift som følger av § 33, kan sies å gi bortfester ”full Erstatning” for den bruksrettsoverføring som § 33 medfører.

Konklusjonen innebærer for øvrig, på samme måte som for innløsning, at det ikke er nødvendig å ta opp Grunnloven § 97.¹¹⁵

Før jeg går videre, finner jeg grunn til å trekke frem Hallingdalsaken, der retten kom til at forlengelse ikke var grunnlovsstridig. Så vidt jeg kan se, bygger retten utelukkende på et synspunkt om at forlengelse er en ren rådighetsinnskrenkning (og at denne ikke er ”klart urimelig eller urettferdig”, jf Grunnloven § 97). Spørsmålet om forlengelse er regulær ekspropriasjon, ble på sin side ikke en gang nevnt av retten. Premissene i Hallingdalsaken må ut fra dette anses som åpenbart utilstrekkelige.

4.3 Gir tomtefesteloven ”full Erstatning” ved forlengelse?

4.3.1 Utgangspunkter

Grunnlovsspørsmålet er naturligvis om bortfester, ved en tidsubegrenset avståelse av en bruksrett til festetomten, kan sies å få full erstatning all den tid overføringen forutsettes å skje ”på same vilkår som før”.

Om man ser bort fra festeavgiften, kan jeg vanskelig se at ikke lovgiver skulle kunne påtvinge bortfester en ny festeavtale ”på same vilkår som før”. Dette fordi festeavgiften vil kunne oppveie bortfesteres avtaleforpliktelser. Spørsmålet om ”same vilkår” etter

¹¹⁴ I denne retning *Falkanger – Festeforhold* s 221 og 224.

¹¹⁵ Sml pkt 3.2.3 ovenfor.

tomtefesteloven § 33 oppfyller Grunnloves krav om full erstatning, kan følgelig kokes ned til et spørsmål om den ”same” *festeavgiften* gir bortfesteren full erstatning.¹¹⁶

Det fremgikk ovenfor at Stortinget vurderte og fant at tomtefesteloven § 33 overholdt både Grunnloven § 97 og § 105. Hva gjelder § 105, var poenget særlig at § 33 oppfyller § 105 fordi også innløsningsreglene oppfyller § 105 – altså at grunnlovsvurderingen stiller seg på samme måten i forhold til begge regelsett. Etter min mening er dette en noe tvilsom begrunnelse, blant annet fordi jeg mener at man tok feil i relasjon til innløsning.¹¹⁷ Da det først og fremst er demokratihensyn som synes å tilsi at domstolskontrollen skal være tilbakeholden når Stortinget har gitt uttrykk for sitt syn,¹¹⁸ velger jeg likevel å ta hensyn til Stortingets syn når jeg formulerer den rettslige problemstilling:¹¹⁹

Den rettslige problemstilling er om det er ”hevet over rimelig tvil” at en videreføring av festeavgiften ved forlengelse etter § 33 ikke vil gi bortfesteren ”full Erstatning”, jf Grunnloven § 105.

I henhold til Kløftadommen vil jeg også her vurdere problemstillingen med utgangspunkt i ordlyden og alminnelig ekspropriasjonspraksis – fortrinnsvis vederlagsloven, men selvsagt også med støtte i andre vanlige rettskildefaktorer.

4.3.2 Erstatning beregnet etter alminnelige ekspropriasjonsregler

På samme måte som for innløsning, vil jeg først søke å beregne forlengelsesvederlaget som en ekspropriasjonerstatning etter vederlagsloven av 1984. I den grad det skulle vise seg å være forskjeller mellom dette og vederlaget etter tomtefesteloven § 33, vil det etter omstendighetene kunne tale i retning av at § 33 er i strid med Grunnloven § 105.

¹¹⁶ Det kan således ikke være noe i veien for å tvinge bortfesteren til å fortsette med et vilkår som under den forutgående festeperioden har utviklet seg til å bli svært ugunstig for bortfesteren, så lenge den festeavgift som fastsettes ved forlengelsen, inneholder en selvstendig kompensasjon for ulempen som dette vilkåret innebærer.

¹¹⁷ Nærmere bestemt prosentmodellen, jf ovenfor.

¹¹⁸ Se pkt 2.1.2 ovenfor.

¹¹⁹ Slik problemstillingen i prinsippet ble formulert i Kløftadommen, Rt 1976 s 1, på s 6.

Vederlagsloven bygger som sagt på at ekspropriaten kan kreve den høyeste av salgs- og bruksverdien, jf lovens § 4. I det følgende er det en tidsbegrenset bruksrett overført til en fester på de samme vilkår, som skal verdiansettes i begge disse henseender.

a. Bruksverdi

Jeg ser først på bruksverdien – altså avkastningsverdien. Utgangspunktet for vurderingen er eiendommens avkastning ved slik påregnelig bruk som det sannsynligvis er grunnlag for etter forholdene på stedet, dersom festeren ikke hadde forlenget, jf vederlagsloven § 6 første punktum.

Som jeg tidligere har gitt uttrykk for, er det svært vanskelig å tenke seg noen som helst annen utnyttelse enn at den aktuelle festeren fortsetter å bruke tomten. Festeren har så vidt store personlige interesser – både økonomiske og på annen måte – knyttet opp i tomten, at han i alminnelighet må ventes å strekke seg nokså langt for å ikke miste tomten. Dersom forlengelse tenkes borte, vil festeren således f eks kunne beholde rådigheten ved å ty til innløsning eller regulær ekspropriasjon.

Ut fra dette kan det se ut som om man iallfall i alminnelighet må se bort fra bruksverdien når forlengelsesvederlaget utmåles etter vederlagsloven.

b. Salgsverdi

Ved utmåling av salgsverdien må en ta utgangspunkt i en vurdering ”av det som å reknast med at vanlege kjøparar ville gje for eigedomen ved friviljug sal”, jf vederlagsloven § 5.

Selv om loven taler om ”eigedomen”, må loven i dette tilfelle altså forstås dit hen at det ikke er tale om erstatning for ekspropriasjon av hele eiendomsretten til grunnen, men for overføring av en bruksrett.¹²⁰

Loven legger blant annet opp til en sammenlikning med priser oppnådd for andre tilsvarende tomter, jf vederlagsloven § 5 annet ledd annet punktum. Det er vanskelig å foreta den vurdering loven legger opp til uten å tenke seg en råtomt. I tilfelle skulle det

¹²⁰ Jf ekspropriasjonsdefinisjonen i vederlagsloven § 2 bokstav a.

ligge til rette for en konkret festeavgiftssum. Tomtefeste er så vidt vanlig i Norge, at jeg antar det i alminnelighet vil være mulig å påvise et konkret ”markedsleie”. (Siden det er tale om en tidsbegrenset bruksrett, vil bruksverdierstatningen i henhold til oregningsloven § 22 måtte utmåles som en engangserstatning, ikke som et årlig vederlag, slik man har lagt opp til i tomtefesteloven § 33.)

Dersom den markedsleie som skal gjelde fremover blir fastlagt på korrekt måte, vil den nye festeavgiften også inneholde en kompensasjon for det forhold at tomtefesteloven § 15, som til en viss grad fortsatt kan holde festeavgiftens vekst nede (og som må ventes å eksistere i all overskuelig fremtid), vil kunne ”spise opp” en del av det som reelt er bortfesterens erstatning for bruksoverføringen – en erstatning som i følge Grunnloven § 105 må utgjøre full erstatning. Tomtefesteloven § 15 er følgelig intet argument mot å forlenge, når dette skjer på ”markedsvilkår” i alle henseender.

Ovennevnte betraktninger, jf også drøftelsen av salgsverdi i pkt a, innebærer at bortfesteren ikke får benyttet eventuelle inntektsbringende utnyttelsesmuligheter på tomten som forutsetter at festeren og huset fjernes. Eksempelvis vil det kunne være tale om en forholdsvis stor tomt regulert til boligutbygging. Slike muligheter er det ikke uvanlig at eksproprianten får erstattet i andre tilfelle enn ved tomtefeste. Følgelig kan det umiddelbart synes rart at ikke også en bortfester skulle kunne få erstattet dette. Bakgrunnen for forskjellen har imidlertid sammenheng med at eksproprianten i alminnelighet ikke har noen rådighet over det som skal eksproprieres, mens forholdet er motsatt ved tomtefeste.

Oppsummeringsvis finner jeg altså at vederlagsloven i alminnelighet vil lede til at forlengelse bare kan skje ved en markedsjustering av festeavgiften – dvs ”markedsleie” på forlengelsestidspunktet.

4.3.3 Vurdering av § 33 (samme festeavgift)

Jeg starter med å sammenlikne erstatningen etter vederlagsloven med bortfesters vederlag etter tomtefesteloven § 33 gjennom konkrete eksempler, nærmere bestemt Oslosaken og Ryfylkesaken.¹²¹

I Oslosaken var festeavgiften ved festekontraktens utløp 475.000 kroner. Etter tomtefesteloven § 33 er det dette vederlaget som videreføres ved en forlengelse. Når det gjelder ekspropriasjonserstatning etter vederlagsloven, så vil denne altså tilsvare den aktuelle *markedsleien* for vedkommende tomt. Tingrettsdommen inneholder ikke direkte opplysninger om dette, men for sammenlikningens formål mener jeg det er forsvarlig å sette festeavgiften lik en rimelig forrentning av råtomtens salgsverdi. Når det gjelder forrentningen for denne tomten, var det etter rettens syn rimelig å legge til grunn en langsiktig rente på 5 prosent pr år. Basert på gjennomsnittet av de fremlagte takstene, var tomtens verdi på sin side 60 millioner kroner.¹²² Samlet sett, gir dette en ”markedsleie” for det første forlengelsesåret på 3 millioner.¹²³ Tomtefestelovens vederlag vil i Oslosaken følgelig utgjøre mindre enn 1/6 av beløpet etter vederlagsloven. I Oslosaken er det således en relativt stor forskjell mellom tomtefestelovens løsning og det som må anses som en regulær ekspropriasjonserstatning.

Jeg bruker samme tilnærming i forhold til Ryfylkesaken. (Denne saken gjelder ikke forlengelse, men innløsning under festetidens gang. For å kunne foreta sammenlikningen, må jeg følgelig forutsette at festeren ikke krever innløsning men forlengelse, og at dette skjer ved festetidens utløp.) På skjønnstidspunktet utgjorde festeavgiften ca 10.000 kroner. I relasjon til vederlagsloven setter jeg, i mangel av andre opplysninger, også her erstatningen til en rimelig forrentning av tomtens verdi. Tomtens verdi blir i avgjørelsen anslått til mellom 150 og 200 kroner pr kvadrat for en tomt på i alt 1.075 kvadrat. Samtidig

¹²¹ Den tredje av de nye tingrettsavgjørelse om tomtefeste og Grunnloven, Hallingdalsaken, inneholder ingen opplysninger om tomtens markedsverdi, slik at det ikke er mulig å foreta sammenliknende beregninger.

¹²² Det er tale om en tomt på nærmere 21.000 kvadratmeter på Oslo vest.

¹²³ $60.000.000 \times (5/100) = 3.000.000$. Jeg ser her bort fra at ekspropriasjonserstatningen i disse tilfelle skal beregnes som en akkumulert engangserstatning, jf oregningsloven § 22. Det mener jeg er forsvarlig for å kunne sammenlikne med tomtefesteloven, som altså gir et årlig vederlag

sier retten at 4 prosent er en naturlig forrentning på denne tomten. Om man ”legger godviljen til” og anvender 200 kroner som kvadratmeterpris, får man en festeavgift for første forlengelsesår på 8.600 kroner.¹²⁴ Her ser vi altså at det motsatte skjer: Her er det tomtefesteloven som leder til den høyeste kompensasjonen.

Med noe endrede forutsetninger, er det i Ryfylkesaken mulig å få en erstatning som er noe høyere enn tomtefestelovens vederlag. Eksempelvis blir avgiften 10.750 kroner ved en forrentning på fem prosent slik som i Oslosaken. Slike mindre variasjoner bør ikke være avgjørende i forhold til grunnlovsvurderingen av tomtefestelovens beregning. Så lenge det er tale om noenlunde like tall, må det være forsvarlig å konkludere med at tomtefestelovens vederlag ligger innenfor kravet til full erstatning etter Grunnloven § 105.

Det store avviket i Oslosaken har trolig sammenheng med en kombinasjon av at festeavgiften kun har vært regulert i henhold til konsumprisindeks og at Oslo lenge har vært et såkalt pressområde. Begge disse forhold synes å være motsatt i Ryfylkesaken.

Oslo- og Ryfylkesakene er kun to eksempler, men trolig to forholdsvis praktiske eksempler. Det er ikke vanskelig å tenke seg liknende utslag i praksis.

I Oslosaken kan tomtefestelovens vederlag etter min oppfatning vanskelig karakteriseres som full erstatning etter Grunnloven § 105. Til det er avviket alt for stort.

Ryfylkesaken viser at tomtefesteloven i en del tilfelle også vil kunne gi noe som kan anses som full erstatning. Kan de uheldige utslag av tomtefesteloven § 33 forsvares ut fra de forenklings- og prosessøkonomiske hensyn som lovgiver har anført?¹²⁵ Her må man særlig foreta en avveining av prinsippet om at ekspropriasjonserstatningen skal utmåles som en individuell erstatning, og hensynet til prosessøkonomi mv, som også er et legitimt hensyn.

¹²⁴ $1.075 \times 200 \times (4/100) = 8.600$.

¹²⁵ Dette er eksempelvis anført i Ot prp nr 41 (2003-2004) s 49.

I den rettspraksis jeg har gjennomgått, har jeg ikke funnet at Høyesterett har akseptert vesentlige beskjæringer av erstatningen begrunnet i prosessøkonomi og liknende (presiseringer er en annen sak). Uttalelser i Kløftadommen gir videre inntrykk av at Høyesterett generelt stenger for en beskjæring som må anses som vesentlig.¹²⁶ Etter min oppfatning er en slik holdning godt overensstemmende med Grunnlovens ordlyd. Selv om man metodisk ikke kan *utelukke* en vektleggelse av reelle hensyn, herunder prosessøkonomi, ved grunnlovslovfortolkningen¹²⁷ – jf også Kløftadommen, der Høyesterett uttaler at ekspropriaten ikke kan kreve en absolutt og matematisk likhet mellom ekspropriaten og andre grunneiere¹²⁸ – tilsier vurderingstemaet i Grunnloven § 105 at man generelt bør være tilbakeholden med å tillegge et hensyn som prosessøkonomi avgjørende vekt ved fortolkningen av kravet om full erstatning etter Grunnloven § 105.¹²⁹

Ved avveiningen av et hensyn som prosessøkonomi, bør man også kunne legge vekt på om en kan tenke seg en beregningsmåte som i større grad enn tomtefesteloven § 33 gir bortfesteren det man kan kalle en individuell erstatning, men som likevel ivaretar rimelige hensyn til praktikable og prosessøkonomiske regler. Dersom dette er tenkelig, bør kanskje nåværende tomtefestelov § 33 tilsidesettes i saker der loven gir merkbare utslag.

En mer individuell vederlagsberegning må helst bygge på en oppjustering av festeavgiften til ”dagens” nivå. En ikke altfor komplisert avgiftsfastsettelse vil være den jeg har lagt til grunn i eksemplene ovenfor, altså en festeavgift satt til en rimelig forrentning av råtomtens markedsverdi på innløsningstiden. For å unngå for mye tvist, kunne man vedta en fast rentefot for alle forlengelsessaker, f eks 3,33 prosent slik som for innløsning. Jeg antar videre at en del prosess kan unngås ved at skjønnsrettene gis instruks om at den part som forut for skjønnen avviser et rimelig forlikstilbud, som hovedregel skal idømmes saksomkostningene ved skjønnen, dvs uavhengig av hvem som har begjært skjønnen. En

¹²⁶ Rt 1976 s 1, på s 7 og 13.

¹²⁷ I denne retning *Fleischer – Grunnloven* s 34.

¹²⁸ Rt 1976 s 1, på side 8.

¹²⁹ Annerledes etter f eks Grunnloven § 97, der vurderingstemaet er om loven medfører en ”klart urimelig eller urettferdig” tilbakevirkning.

slik beregningsmåten vil i Oslo- og Ryfylkesaken lede til festeavgifter på henholdsvis ca 2 millioner kroner og 7.200 kroner.

Ovennevnte er etter min oppfatning en forsvarlig og prosessøkonomisk løsning. Samtidig er dette en modell som i stor utstrekning er egnet til å gjenspeile den verdistigning tomten har hatt siden festeforholdets etablering. Når det gjelder tomtefesteloven § 33, gis bortfesteren egentlig ingen kompensasjon for den mellomliggende tomteverdistigningen, ettersom den bare viderefører den aktuelle tilstand. Det er utelukkende dersom bortfesteren har betinget seg en tomteverdiklausul eller liknende i *festeavtalen*, at en anvendelse av § 33 vil resultere i en festeavgift som tar høyde for tomteverdien.

Et sentralt spørsmål ved grunnlovsvurderingen av § 33 blir om en verdifastsettelse som i seg selv ser helt bort fra tomtens verdistigning (tomtefesteloven § 33), kan sies å gi full erstatning. Jeg mener Grunnloven § 105 prinsipielt må tolkes slik at erstatningen må ta høyde for mellomkommende verdistigning. Ovennevnte modell viser videre at en regel som – i motsetning til tomtefesteloven § 33 – på selvstendig måte kompenserer for tomtens verdistigning, ikke trenger å gå på akkord med rimelige hensyn til prosessøkonomi og praktikabilitet. Tomtefestelovens aktuelle løsning fremstår ut fra dette som en prosessøkonomisk løsning som i uforholdsmessig utstrekning går på bekostning av det ekspropriasjonsrettslige prinsipp om individuell erstatningsutmåling. Dette taler i retning av at tomtefesteloven ikke bør aksepteres, iallfall all den tid lovens vederlag avviker sterkt fra en vanlig ekspropriasjonsrettslig utmåling.

Jeg kan videre ikke se at boligsosiale hensyn kan tillegges særlig stor vekt, jf ovennevnte betraktninger om det noe begrensede rom for reelle hensyn innenfor uttrykket ”full Erstatning”. Den måten sosiale hensyn trekkes frem på i forarbeidene til tomtefesteloven – særlig i komitéinnstillingen og i Odelstingsdebatten, er etter min oppfatning ikke eksempler til etterfølgelse for juridisk argumentasjon.

Av samme grunn bør man være forsiktig med å legge vekt på synspunkter tilsvarende de som kom til uttrykk i Rt 1990 s 284 – Selsbakkdommen, der Høyesterett uttalte at ”i langvarige kontraktsforhold som tomtefeste må partene være forberedt på at lovgivers syn på hva som er rettferdig eller akseptabelt kan endre seg.” Dette er synspunkter som metodisk har et vesentlig større spillerom ved den mer standardpregede vurderingen etter Grunnloven § 97 (”klart urimelig eller urettferdig tilbakevirkning”), som Selsbakkdommen gjaldt.

I relasjon til sosiale hensyn bør det også noteres at formålet med Grunnloven § 105 særlig er å *likestille* grunneiere som utsettes for ekspropriasjon med grunneiere som ikke utsettes for ekspropriasjon. Dette er nærmest det motsatte av å overføre netto verdier fra grunneier til festeren begrunnet i f eks sosiale hensyn.

I betraktning av alt dette, konkluderer jeg med at tomtefesteloven § 33 i en del tilfelle vil måtte tilsidesettes på bakgrunn av Grunnloven § 105. Dersom markedsleien på forlengelsestidspunktet påviselig er høyere enn det vederlag som følger av § 33 (dvs ”same” festeavgift), vil det etter mitt skjønn være ”hevet over rimelig tvil” at avviket innebærer at full erstatning ikke blir gitt.

Ovennevnte synspunkter er for øvrig i god samsvar med hva Justisdepartementet antok i 1996, jf Ot prp nr 28 (1995-96) s 67:

”Er det (...) ikkje sagt noko i festeavtala (frå før 1976) om lengings- eller fornyingsrett, vil ei plikt for bortfestaren til framleis å feste bort tomta framstå som eit oreigningsrettsleg inngrep - bortfestaren vert påtvungen framleis feste. I slike høve må bortfestaren kunne krevje at festehøvet vert tufta på ny festeavtale med nye vilkår; vilkår som i prinsippet gjev han full kompensasjon for framleis å avstå festeretten. Utgangspunktet må vere at bortfestaren kan krevje at festevilkåra svarar til dei som er vanleg ved skiping av nye festehøve av liknande tomter på staden (« marknadsvikår »). Dersom partane ikkje vert samde om vilkåra, kan kvar av dei krevje vilkåra fastsett ved skjønn (...).”

Med dette har jeg altså lagt til grunn at vederlaget for en bestemt tomt vil være basert på samme festeavgiftsnivå (dvs markedsleie) enten det er tale om innløsning eller forlengelse, jf pkt 3.3.5. Forskjellen blir bare at innløsningssummen etter tomtefesteloven § 33 må utmåles som en årlig sum. Hvordan stemmer dette med at innløsning innebærer en større rettighetsoverføring (eiendomsrett) enn forlengelse (bruksrett)? Så vidt jeg kan se, blir det forskjell mellom innløsning og forlengelse til tross for at man i begge tilfelle tar utgangspunkt i samme leie: Enten man innløser ”nå”, eller først forlenger for så å innløse om femten år, vil innløsningssummen fastsettes på samme måte, nemlig ved en kapitalisering av den aktuelle festeavgiften (f eks 30 ganger festeavgiften). Dette vil i prinsippet være samme beløp. Har innløsning først skjedd f eks femten år etter en forlengelse, vil imidlertid bortfesteren *i tillegg* ha tjent inn 15 avgiftsterminer. Dette tillegget vil nettopp reflektere forskjellen mellom en situasjon der fester i første omgang nøyer seg med bruksrett (dvs han forlenger), og tilfelle der festeren bestemmer seg for å innløse eiendomsretten med det samme.

4.3.4 Engangserstatning kontra årlig vederlag

Når tomtefesteloven § 33 sier at forlengelse skal skje på de samme vilkår, innebærer dette blant annet at bortfesterens ekspropriasjonserstatning (kalt festeavgift) settes til et årlig vederlag fremfor en engangssum. Samtidig er det altså tale om en bruksrett av tidsubestemt varighet, jf blant annet tomtefesteloven § 7. Systemet etter oreigningsloven er imidlertid at erstatningen kun kan gis som en årlig sum hvis inngrepet er *tidsbegrenset*, jf oreigningslova § 22. Ut fra dette kan det reises spørsmål om det er strid med Grunnloven § 105 at tomtefesteloven § 33 setter erstatningen (kalt festeavgift) til en årlig sum, all den tid det er tale om en rettighetsoverføring som er *tidsubestemt*.

Grunnlovens ordlyd gir ikke noen klar indikasjon i forhold til dette spørsmålet, slik at det kan hevdes at dette kun er et spørsmål om en presisering av ordlyden, noe lovgiver i følge Kløftadommen kan gjøre i vid utstrekning.¹³⁰

¹³⁰ Rt 1976 s 1, på side 7.

Den grunnlovsmessige side synes ikke drøftet verken i forarbeidene til oreigningsloven eller vassdragsreguleringsloven av 1917.¹³¹ Jeg nevner vassdragsreguleringsloven fordi det etter denne lovens § 16 nr 5 gjelder et prinsipp om årlig sum uavhengig av ekspropriasjonens varighet, jf lovens § 16 nr 5. Imidlertid skal erstatningen, i henhold til et unntak i loven, likevel settes til en engangssum ”hvis (...) ekspropriaten krever det”.

Andenæs mener at skjønnnet kan fastsette en årlig sum dersom man bare eksproprierer en tidsbegrenset rett. Uttalelsen ledsages av en henvisning til oreigningsloven § 22, men er forøvrig ubegrunnet.¹³² Synspunktet fremstår følgelig som et rent postulat som ikke bør tillegges større vekt ved dette grunnlovsspørsmålet.

Det kan hevdes at hensynet til at bortfesteren ved en forlengelse ikke vi kunne ha reelle forhåpninger om å gjenvinne den fysiske rådigheten over tomten, kan tilsa en engangserstatning slik at han kan slippe å måtte forholde seg til tomten.

På den annen side kan det hevdes at en bortfester som gis en årlig sum, kan sette seg i noenlunde samme situasjon som om han hadde fått en engangssum ved at han tar opp et lån tilsvarende engangssummen, som betjenes ved hjelp av de årlige terminer.

Sammenfatningsvis fremstår spørsmålet for meg som noe åpent. Dette betyr at loven på dette punktet må stå seg, ettersom det da ikke er ”hevet over rimelig tvil” at loven på dette punktet strider mot Grunnloven § 105. Med andre ord er det ikke grunnlovsstridig når tomtefesteloven § 33 bestemmer at bortfesterens vederlag gis som et årlig beløp.

¹³¹ Ot prp nr 43 (1957) og Ot prp nr 1 (1958) for oreigningsloven. Odelstingets forhandlinger 1917 ss 1300 til 1302 samt *NOU 1994:20 Lov om vassdrag og grunnvann* ss 286 til 290 for vassdragsreguleringsloven.

¹³² *Andenæs* s 366.

4.4 Forholdet mellom innløsning og forlengelse

4.4.1 Innløsningsvederlaget

Ovenfor (pkt 4.3.3) konkluderte jeg med at bortfesteren ved *forlengelse* i prinsippet må kunne kreve festeavgiften justert til ”markedsleie”. Dette synes å måtte forplante seg til *innløsningsreglene*. I pkt 3.3.5 gav jeg uttrykk for at en innløsningssum fastsatt til 30 ganger festeavgiften (multiplikatormodellen) i prinsippet er akseptabelt. Det forhold at forlengelse vil kunne medføre en oppjustering av avgiften, bør imidlertid hensyntas innenfor en slik modell.

Den konkrete beregningen kan formodentlig gjøres på følgende måte:

$$\begin{aligned} & \textit{Innløsningsvederlag} \\ & = (30 \times \textit{markedsleie})^{133} \\ & - (\textit{nåverdien av restterminene basert på en markedsleie}) \\ & + (\textit{nåverdien av restterminene basert på avgiften ved innløsningen}). \end{aligned}$$

Med ”restterminene” mener jeg det antall år som gjenstår av den avtalte festetid.¹³⁴ Dersom innløsning skjer ved avtalens utløp, vil beregningen naturligvis bli enklere:

$$\begin{aligned} & \textit{Innløsningsvederlag} \\ & = (30 \times \textit{markedsleie}). \end{aligned}$$

Et innløsningsvederlag utmålt i henhold til multiplikatormodellen er prinsipielt sett en bruksverdierstatning. En oppjustering av erstatningen slik som i ovennevnte beregning,

¹³³ Med ”markedsleie” tenker jeg på markedsleie på innløsningstidspunktet, hva enten det gjenstår festetid eller ikke.

¹³⁴ Jeg forutsetter her at avgiften betales én gang pr år, hvilket er det klart dominerende. Skulle det være tale om f eks halvårlige terminer, må beregningsmodellen tilpasses.

basert på at det er påregnelig med en vesentlig økning i avkastningen på et bestemt fremtidig tidspunkt, må anses å være i tråd med ekspropriasjonsrettslige prinsipper.¹³⁵

Gitt at markedsleien kan fastsettes på en noenlunde praktisk og enkel måte, f eks til en fast lovbestemt forrentning av tomtens aktuelle salgsverdi, er ovennevnte neppe spesielt prosessdrivende. Det er endog mulig at man kan lage et enkelt dataprogram som kan beregne innløsningssummen ved ”innmating” av nåværende festeavgift, markedsleie samt gjenværende festetid. Et slikt program kan f eks gjøre allment tilgjengelig på internett.¹³⁶

Dersom man, slik som over, ved innløsningsberegningen tar hensyn til at festeavgiften vil øke ved en fremtidig forlengelse, vil bortfesteren få en som regel ikke ubetydelig uttelling for tomteverdistigningen. Dette selv om innløsningsvederlaget prinsipielt sett settes til en kapitalisering av festeavgiften (f eks 30 ganger festeavgiften) fremfor en salgsverdi. Under denne forutsetning er det vanskelig å se at en kapitalisert festeavgift ikke skulle anses som en full erstatning etter Grunnloven § 105.

4.4.2 Er kombinasjonen forlengelse og innløsning en grunnlovsstridig rådgighetsinnskrenkning?

Det kan hevdes at kombinasjonen av innløsningsreglene og forlengelsesregelen forhindrer at bortfesteren får brukt tomten til annet enn tomtefeste, hvilket begrenser hans ekspropriasjonserstatning, etter omstendighetene ganske mye.¹³⁷ Tomtefesteloven fungerer da som en rådgighetsinnskrenkning, og man kan spørre om denne er så vidt grov at den strider mot Grunnloven §§ 97 og 105 pr analogi.

Etter min oppfatning vil en slik rådgighetsbegrensning ikke være grunnlovsstridig, blant annet fordi tomtefesteloven utelukkende stenger for et utnyttelsespotensial, ikke for en aktuell bruk. I henhold til høyesterettspraksis vil en slik rådgighetsinnskrenkning vanskelig

¹³⁵ Se eksempelvis *Kolrud – Boligekspropriasjon* ss 96 og 97.

¹³⁶ Jeg tenker meg da en løsning av samme karakter som den som ligger ute på nettet for beregning av forsinkelsesrente, se www.forsinkelsesrente.no.

¹³⁷ Eksempelvis er det tale om en større tomt som er regulert til boligutbygging, men som det for tiden kun står ett hus på, nemlig festerens bolig eller hytte.

kunne være i strid med § 97, jf eksempelvis Rt 1970 s 67 (Strandlovsdommen).¹³⁸ Jeg nevner også at lovgiver tydelig har forutsatt at tomtefesteloven ikke vil stride mot Grunnloven § 97.¹³⁹

Slik jeg ser det, er det etter min mening i beste fall (sett fra bortfesterens side) tvilsomt om loven på denne måten virker i strid med Grunnloven, og da kan ikke loven tilsidesettes på dette punkt, jf kravet i Kløftadommen om at grunnlovsstrid må være ”hevet over rimelig tvil”.

¹³⁸ Jf også *Fleischer – Miljø* s 122 og 123, der han blant annet nevner at det går et skille mellom lover som tillater den etablerte bruk å fortsette og lover som forhindrer vesentlige bruksendringer som ikke er påbegynt.

¹³⁹ Ot prp nr 41 (2003-2004) s 55.

Litteraturliste

Forkortelse

Verk

Andenæs

Andenæs, Johs: *Statsforfatningen i Norge*, 9. utg ved Arne Fliflet, Oslo 2003

Aschehoug

Aschehoug, T M: *Norges nuværende Statsforfatning*, 2. utg, Christiania 1883

Brækhus/Hærem

Brækhus, Sjur; Hærem, Axel: *Norsk Tingsrett*, Oslo 1964

Bugge – Grunnloven § 97

Bugge, Hans Chr: *Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis*, artikkel i *Jussens Venner* 1999 ss 65 flg

Falkanger – Fast eiendom

Falkanger, Thor: *Fast eiendoms rettsforhold*, 3. utg, Oslo 2004

Falkanger – Festeforhold

Falkanger, Thor: *Tilbakevirkende lover i festeforhold*, artikkel i Lødrup, Peter (red): *Teori og rettsliv – festskrift til Carsten Smith*, Oslo 2002, ss 209 til 229

Falkanger – Tingsrett

Falkanger, Thor: *Tingsrett*, 5. utg, Oslo 2000

Fleischer – Grunnloven

Fleischer, Carl August: *Grunnlovens grenser*, Oslo 1968

- Fleischer – Miljø* Fleischer, Carl August: *Miljø- og ressursforvaltning. Grunnleggende forutsetninger*, Oslo 1996
- Fleischer – Tomtefeste* Fleischer, Carl August: *Tomtefeste*, Oslo 1992
- Flaaten* Flaaten, Sveinung O: *Grunnlovsstridig tomtefestevedtak i Stortinget*, artikkel i Tidsskrift for eiendomsrett, 2005 nr 1, ss 7 til 30
- Gjelsvik* Gjelsvik, N: *Norsk Tingsret*, 2. utg, Oslo 1926
- Helset/Stordrange* Helset, Per; Stordrange, Bjørn: *Norsk statsforfatningsrett*, Oslo 1998
- Kolrud – Boligekspropriasjon* Kolrud, Helge Jakob: *Boligekspropriasjon*, Oslo 1988
- Lødrup* Lødrup, Peter: *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utg, Oslo 1999
- Fliflet* Fliflet, Arne: *Grunnloven. Kommentaarutgave*, Oslo 2004
- Pedersen – Ekspropriasjon* Pedersen, Odd Jarl; Sandvik, Per; Skaaraas, Helge: *Ekspropriasjon. Særlig etter plan- og bygningsloven*, Oslo 1990
- Røhnebak* Røhnebak, Ørnulf: *Miljø og jus*, Oslo 1995
- Simonsen* Simonsen, Einar: *Tomtefeste*, artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1940, ss 385 til 444

- Stang* Stang, F: *Norges Grundlov*, Christiania 1833
- Smith* Smith, Eivind: *Høyesterett og folkestyret*, Oslo 1993
- Stordrange - Ekspropriasjon* Stordrange, Bjørn: *Ekspropriasjonserstatningsloven. Kommentartutgave, 2. utg*, Oslo 1992

Register over henvisninger i teksten

Høyesterettspraksis

Rt 1918 s 401	Den store konsesjonssaken
Rt 1970 s 67	Strandlovdommen
Rt 1971 s 155	
Rt 1976 s 1	Kløftadommen
Rt 1979 s 572	Bankdemokratiseringsdommen
Rt 1986 s 178	
Rt 1988 s 861	
Rt 1990 s 284	Selsbakkdommen
Rt 1996 s 1415	Borthendommen
Rt 1993 s 321	
Rt 2005 s 469	

Underrettspraksis

RG 1975 s 1	(Oslo overskjønnsrett)
Lovdata: TOSLO-2006-90544	Oslosaken (Oslo tingrett)
Lovdata: TRYF-2006-116325	Ryfylkesaken (Ryfylke tingrett)
Lovdata: THALL-2006-171382	Hallingdalsaken (Hallingdal tingrett)

Forarbeider

Rådsegn 9 Om tomtefeste

Rådsegn 9 *Om tomtefeste* (1971)

NOU 1993:29

NOU 1993: 29 *Ny lov om tomtefeste*

NOU 1994:20

NOU 1994: 20 *Lov om vassdrag og grunnvann*

Ot prp nr 43 (1957)

Ot prp nr 43 (1957) *Om lov om overføring av fast eiendom*

Ot prp nr 1 (1958)

Ot prp nr 1 (1958) *Om lov om overføring av fast eiendom*

Ot prp nr 2 (1974-75)

Ot prp nr 2 (1974-75) *Om lov om tomtefeste*

Ot prp nr 28 (1995-96)

Ot prp nr 28 (1995-96) *Om lov om tomtefeste*

Ot prp nr 41 (2003-2004)

Ot prp nr 41 (2003-2004) *Om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste*

Ot prp nr 78 (2005-2006)

Ot prp nr 78 (2005-2006) *Om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr 106 om tomtefeste mv.*

Innst O nr 37 (1974-75)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om tomtefeste

Innst O nr 85 (1995-96)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om tomtefeste

Innst O nr 105 (2003-2004)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i lov 20. desember 1996 nr 106 om tomtefeste mv.

Odelstingets forhandlinger 1917 Odelstingets forhandlinger 1917
Stortingstidende 2003-2004 *Stortingstidende* inneholdende 148. Stortings
forhandlinger 2003-2004. Forhandlinger i Odelstinget