

Noen komparative og historiske ekspropriasjonsrettslige betraktninger

Geir Stenseth

Geir Stenseth: Some comparative and historical expropriation considerations

KART OG PLAN, Vol. 74, pp. 112–120, POB 5003, NO-1432 Ås, ISSN 0047-3278

This year the Norwegians celebrate the bicentennial of their Constitution, including the protection of property rights. The property protection clause, § 105, was (as was the Constitution in general) inspired by both the North-American and the French constitutional documents of the late 18th century. Paragraph 105 ensures that if property is taken for public purposes, just compensation should be granted. In the article, Norwegian law on this matter is compared with development of present day expropriation law in the neighboring country Sweden and with U.S. and European law. In particular the article discusses recent developments regarding the principle of just compensation and sharing of gains created by expropriation.

Key words: Expropriation, just compensation, gains sharing

Geir Stenseth: Professor dr. juris. Lillehammer University College, P.O. Box 952, NO-2604 Lillehammer.
E-mail: Geir.Stenseth@hil.no

Innledning – litt konstitusjonshistorie i jubileumsåret

Eiendomsretten er et av våre grunnleggende rettslige begreper. Det har hatt en sentral posisjon i de vestlige rettskulturene, og fikk en renessanse med liberalismen ut over 1700-tallet. Adelskap og handelsprivilegier var på fallende kurs; fri eiendomsrett og næringsfrihet skulle befordre rettferdig samfunnsøkonomisk utvikling. Inspirert av John Lockes syn på eiendomsretten som en fundamental menneskerettighet, ble den omfavnet av de revolusjonære både i de amerikanske koloniene og i Frankrike. Her ble ekspropriasjonsadgangen også spesialregulert i konstitusjonene.

I Virginias «Declaration of Rights», inntatt i delstatens konstitusjon den 12. juni 1776, er «acquiring and possessing property» tatt med som en av menneskehetens «inherent rights». Denne rettighetserklæringen lå til grunn for Thomas Jeffersons uavhengighetserklæring, vedtatt måneden etter. Virginias rettighetserklæring var også mer spesifikk om ekspropriasjon. I section 6 heter det at ingen kan bli «deprived of their property for public uses without their own consent or that of their representatives so elected ... assem-

bled for the public good». Rettighetserklæringen fra Virginia ble kopiert av andre amerikanske kolonier og lå sikkert også til grunn da James Madison utformet «Bill of Rights» for den føderale amerikanske konstitusjonen, som trådte i kraft i 1791. Der avsluttes det femte grunnlovstillegget slik: «...; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».

Også i menneskerettighetsdokumentene fra den franske revolusjonstiden fikk eiendomsretten en prominent plass. I menneskerettighetserklæringen fra 1789 og konstitusjonen av 1791 er den regnet opp som en av de grunnleggende menneskerettighetene, ja, beskyttet mot ekspropriasjon som «hellig». I dokumentet om menneskerettighetene av 1793 er tonen neddempet noe: «No one can be deprived of the least portion of his property without his consent, unless a legally established public necessity requires it, and upon condition of a just and prior compensation».¹

Eiendomsrettsbeskyttelsen i den norske grunnloven er åpenbart inspirert av de amerikanske og franske foreleggene. I det Adler-Falsenske grunnlovstkastet er eiendomsretten flere ganger nevnt i de alminnelige

1. Den engelske oversettelsen er f.eks. tilgjengelig på nettsidene til Columbia University: <http://www.columbia.edu/~iw6/docs/dec1793.html> (sist besøkt 9. mai 2014).

grunnsetningene for statsforfatningen, derunder med en ekspropriasjonsrettslig spesi- alregulering i § 14:

«Folket kan ikke forpligtes ved andre Love end dem, som det, ved sine frit valgte Repræsentanter, har givet sig selv. Som Følge heraf kan intet Individ berøves den mindste Deel af sin Eiendom, uden sit eget, eller den repræsenterende Forsamlings Samtykke. Fordrer den offentlige Nødvendighed, paa en ved Lovene bestemt Maade, at et Individ maa afgive sin Eiendom til offentlig Brug, saa maa han derfor have fyldestgjørende Erstatning.»²

Riksforsamlingens sluttredigerte grunnlovstekst i § 105 endte så opp med å bli temmelig lik det amerikanske femte grunnlovstillegget: «Fordrer Statens Tarv, at Nogen maa afgive sin rørlige eller urørlige Ejendom til offentlig Brug, saa bør han have fuld Erstatning af Statscassen.»³ For det første forutsetter begge bestemmelser etter ordlyden at ekspropriasjon bare kan skje til offentlig bruk / public use. For det andre krever begge bestemmelser at det ved ekspropriasjon skal ytes full erstatning / just compensation.

Nedenfor skal vi se nærmere på disse vilkårene, både i et historisk lys og hvordan de spiller seg ut i dag, også med et klart sideblikk til svenske forhold.

I nyere tid har eiendomsretten befestet sin posisjon i Europa gjennom Den europeiske menneskerettighetskonvensjons første tilleggsprotokoll artikkel 1 (EMK P1-1). Gjennom den er virkeområdet for beskyttelsen utvidet betydelig ut over de klassiske ekspropriasjonstilfellene og omfatter blant annet rådhetsinnskrenkninger. Nedenfor skal vi også se litt på denne utviklingen, også da med sideblikk til Sverige.

Vilkåret om allmenne interesser

Etter ordlyden forutsetter både den amerikanske og den norske grunnloven at ekspropriasjon bare kan skje til offentlig bruk / pu-

blic use. Foreleggene for tekstene styrker også en slik fortolkning, jfr. utdragene fra henholdsvis Virginias grunnlov og Adler-Falsens utkast ovenfor. Men i motsetning til i USA, synes ikke kravet om offentlig bruk å ha vært tatt helt høytidelig i Norge. «Ei heller tør man sige», skriver Aschehoug i 1885,

«at Grundloven alene tillader Expropriation, hvor Eiendomsafstaaelsen er nødvendig til Fremme af et almeennyttigt Foretagende. Expropriation kan ogsaa berettiges af rene Retfærdighedshensyn ... Allerede af den Grund kan det ikke hos os saaledes som i Nordamerika komme under Domstolenes Paakjendelse, hvorvidt en Expropriationsret, der ved Lov er tillagt en privat Person, er saa begrundet i Samfundets Tarv, at den bliver forenelig med Constitutionen.»⁴

I dag synes det å være alminnelig lære hos oss at Stortinget står temmelig fritt når det gjelder å gi lovhjemmel for ekspropriasjon. Her kan ekspropriasjon skje også til privat bruk, og uten at det behøver å være noe offentlig formål bak ekspropriasjonen (men her kan implementeringen av EMK P1-1 få visse følger, se mer om dette nedenfor).

Også i USA er vilkåret om «public use» myket opp, men det er fortsatt et forfatningsmessig krav om «public purpose» – offentlig formål – bak ekspropriasjonen. Spørsmålet var tema for den amerikanske høyesteretten så sent som i 2005, i den såkalte «Kelo-saken».⁵ Byen New London i Connecticut hadde ekspropriet en rekke bolighus for å skaffe rom for byutvikling. At det multinasjonale Pfizer Inc. hadde nevnt muligheten for å etablere et forskningssenter i 300 millioner dollarklassen om byen la til rette for tomt, var en ekstra motivasjon for å ekspropriere. En av boligeierne, Susette Kelo, hevdet at ekspropriasjonsvedtaket var i strid med konstitusjonen, da de aktuelle planene – dvs. om «economic development» – ikke var å betrakte som «public use».

Med fem mot fire stemmer kom retten likevel til at byutviklingstiltaket hadde «pu-

2. Riksforsamlingens forhandlinger, 3die del, Kristiania 1916 s. 11.

3. Riksforsamlingens forhandlinger, 1ste del, Kristiania 1914 s. 100.

4. T. H. Aschehoug, Norges nuværende statsforfatning, tredje bind, Christiania 1885 s. 43–44.

5. Kelo v. New London, 545 U.S. 469 (2005).

blic purpose», og at det da, i samsvar med tidligere rettspraksis, holdt i forhold til det femte grunnlovstillegget. De fem var rettens «liberalere», med daværende dommer John Paul Stevens i spissen. Mindretallet ville derimot ikke godta ekspropriasjon, som de sa, «in a reverse Robin Hood fashion — take from the poor, give to the rich». Dette var rettens «konservative», anført av daværende justitiarius William Rehnquist.

Kelo-saken ble ettertrykkelig utskjelt i opinionen, fra alle politiske leire. Etter dommen vedtok en rekke delstater lovgivning for å innskrenke de ekspropriasjonsmulighetene som det femte grunnlovstillegget åpner for. Ett eksempel er en endring fra 2008 i Californias konstitusjon, hvoretter boliger som har vært bebodd av eieren i over ett år, som hovedregel ikke skal kunne eksproprieres til fordel for en annen privat part.

Når det gjelder den norske Grunnloven § 105 kan det, som antydnet ovenfor, også hende at synet på «offentlig bruk» vil bli justert. Fra Menneskerettighetsutvalgets side ble det fremmet en rekke forslag til endringer i Grunnloven, forslag som våren 2014 ligger til behandling i Stortinget. Utvalgets mål var å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, og grunnlovsendringene som foreslås er de mest omfattende noen gang. Menneskerettighetsutvalget foreslo imidlertid ingen endring av eiendomsrettsbeskyttelsen i Grunnloven § 105. Derimot antydnet utvalget at det i dag heller vil være nærliggende å supplere grunnlovsbeskyttelsen med EMK P1-1. Denne bestemmelsen lyder slik i første ledd:

«Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law».

Menneskerettighetsutvalget fremhever at P1-1 – i motsetning til Grunnloven § 105 – i

prinsippet verner selve eiendomsretten (ikke bare retten til kompensasjon, se nedenfor). Dette følger av den innledende formuleringen, hvoretter alle har rett til å få nyte sin eiendom i fred, og at inngrep i eiendomsretten alltid må skje i allmennhetens interesse. Dermed åpnes det adgang for de nasjonale domstolene, til sist også for Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), til å prøve om inngrepet tilfredsstillende vilkårene. Hvorvidt kravet til allmennhetens interesser er oppfylt, vil bero på en forholdsmessighetsvurdering; jo mer alvorlig inngrepet er, desto bedre må begrunnelsen være. I henhold til Menneskerettighetsutvalget finnes det imidlertid til nå ingen eksempler på at EMD har kommet til at inngrepet i eiendomsretten som sådan innebærer en krenkelse av P1-1.

EMK artikkel 8 gir enhver rett til respekt for sitt hjem. Her kan det ligge en åpning for lettere å kunne påvise brudd på P1-1 der det er snakk om inngrep i eiendomskategoriene bolighus og fritidseiendommer. En slik utvikling ville i så fall kunne parallellføres med den amerikanske utviklingen, jfr. det som ovenfor er nevnt om endringen i Californias konstitusjon etter Kelo-saken.⁶

Vilkåret om full erstatning

For det andre krever både den amerikanske og den norske grunnloven at det ved ekspropriasjon skal ytes «full Erstatning» / «just compensation». Just compensation er i amerikansk rett fortolket som såkalt «fair market value», noe som omlag tilsvarer hovedregelen om «salgsverdien» etter norsk ekspropriasjonsrett.

I Kelo-saken var det et betydelig sprik mellom boligenes totale markedsverdi og den verdi det kunne antas at et samlet utbyggingsområde ville få. Sistnevnte ville bli betydelig høyere, altså som følge av byutvikling og potensielle investeringer – «economic development». Den føderale amerikanske konstitusjonsbeskyttelsen av eiendom krever, i likhet med den norske, ikke at den som blir fraekspropriert eiendom, skal ha andel

6. På lovnivået finnes det allerede i dag utslag av en lignende tankegang i Norge, se lov 23. oktober 1959 nr. 3 om oreigning av fast eiendom § 7: «Står det hus på grunnen eller anna som har fast tilknytning til grunnen og er viktig for eigaren, bør vedtak om eller samtykke til oreigningsinngrep berre gjerast eller gjevast når det ikkje kan finnast annan tenleg grunn eller når føremonene med at nett den eigedomen vert teken, er så mykje større at det må vera avgjerande. Det same gjeld om dyrka jord og dyrkingsjord» (min utheving).

i den gevinsten som ekspropriasjonen genererer. Snarere tvert imot; verdistigning som følger av ekspropriasjonsprosjektet skal det som hovedregel ses bort fra.⁷

Et slikt synspunkt synes det å være lang tradisjon for i begge jurisdiksjoner. La oss igjen vende oss til Aschehous fremstilling fra 1885. Der diskuterer han også spørsmålet om fradrag for verdistigning på ekspropriertesteieendom som følge av ekspropriasjonstiltaket. Han betegner dette som et omstridt spørsmål, der de utenlandske løsningene er svært ulike. Aschehoug anser ikke USAs føderale konstitusjon for å være til hinder for fradrag, men påpeker på den andre siden at i hvert fall tre av delstatenes grunnlover forbyr slike fradrag. Heller ikke i den engelske lovgivning eller litteratur finner han spor av at det blir gjort fradrag som dette, eller at det i det hele tatt er tillatt.⁸ For norsk retts vedkommende mener han fradrag for verdistigning som følge av ekspropriasjonstiltaket kan gjøres, men med angitte begrensninger.⁹

Den historiske problemstillingen som her har utspilt seg rettslig, er for øvrig også diskutert av Nils Rune Langeland, i hans bind av Høyesteretts historie fra 2005. Han tar utgangspunkt i Rt. 1874 s. 563 (som også Aschehoug referer til), der ulempen ved å få jernbanelinje over eiendommen ble avregnet mot fordelen ved at det ble lagt jernbanestasjon der:

«Ikkje berre blei denne dommen eit viktig prejudikat for liknande saker seinare, men han gjev også innsyn i kor sterkt overordna omsyn stod i Noreg. I og med at staten var den heilt dominerande parten i utbygginga av teknologisk utfordrande og kapitalkrevjande infrastruktur som jernbanar og telegraflinjer; var retten til å ekspropriere grunn både vidstrekt og ikkje minst billig i Noreg ... I Noreg stod staten saman med sterke lokale interesser overfor heller små grunneigarar som enno levde i ei verd dominert av tradisjonelle førestillingar om kva jord eigentleg var verd ... Kor annleis var ikkje dette i Storbritannia, heimlandet til

den industrielle revolusjonen og jernbanebygginga. Der lukkast det dei store og mektige landeigarane, som dominerte parlamentet, å presse enorme summar ut av dei mange private jernbaneselskapa i 1840-åra. Trass i den høgrøysta og sentimentale agrarideologien dei dyrka, hadde land lenge vore ei fritt omsetjeleg handelsvare i England. Dei engelsk jernbanelovene inneheld typisk nok ingen føresegner om at det kunne gjerast avkorting i erstatninga for eksproprierer grunn fordi verdien på resten av eigedomen auka som følge av jernbaneanlegget ... Den norske statlege jernbanebygginga blei derimot svært billig i europeisk målestokk.»¹⁰

Langelands observasjoner setter fingeren på flere interessante ekspropriasjonserstatningsrettslige poeng. Ett av dem er om vurderingen av gevinstdeling – om ekspropriasjonstiltaket nettopp bør ha betydning for erstatningen – vil fremstå forskjellig avhengig av om det offentlige eksproprierer til typisk offentlig bruk / public use, eller om ekspropriasjonen fordeler merverdier mellom private interesser. I Kelo-saken mente i hvert fall dommer Kennedy at det var «ironic» at mye av verdiskapningen som utbyggings- og utviklingsprosjektet førte med seg ble kanalisert til utbyggeren, mens den opprinnelige eieren – Susette Kelo – ble stående igjen uten merverdier av prosjektet.

I Norge har en diskusjon langs likeartede linjer gått om ekspropriasjonserstatning for vannfall. Våren 2013 sendte Olje- og energidepartementet på høring et forslag om å fjerne en særskilt regel om 25 % tillegg ved fallerstatning. I kjølvannet av forslaget ble det en debatt i Nationen om en slik fjerning i mange tilfeller ville frata grunneierne en legitim andel i utbyggingsgevinsten. Forslaget synes nå å være stilt i bero.

Et annet aspekt ved begrensningen av erstatningsutmålingen til «fair market value», eller «salgsverdien», er at eierens opplevde, subjektive, tap ved å bli fraekspropriert eiendommen, ikke blir erstattet. Også dette er

7. For amerikansk retts vedkommende, se Thomas W. Merrill og Henry E. Smith, Property: principles and policies, New York 2007, særlig s. 1252–1254.

8. T. H. Aschehoug, op.cit. s. 58–59.

9. T. H. Aschehoug, op.cit. s. 61 flg.

10. Nils Rune Langeland, Siste ord: Høyesterett i norsk historie 1814–1965, bind 1 s. 511–512, som henviser videre.

det lang tradisjon for. Vi konsulterer igjen Aschehoug:

«Hvad der skal godtgjøres ham, er altsaa for det første den Værdi, selve Afstaaelsens Gjenstand har i Handel og Vandel. Den blotte Affectionsværdi, Gjenstanden maatte have for den Person, hvem den paa Afstaaelsestiden tilhører, kan ikke kræves erstattet.»¹¹

Siden 1980-tallet er det i amerikansk juridisk litteratur stilt spørsmålsteget ved læren om at eierens opplevde, subjektive, tap ikke kan kreves erstattet. I Thomas W. Merrill og Henry E. Smiths tingsrettslige standardverk fra 2007 heter det f.eks.:

«Under the fair-market-value standard, no compensation is given for this subjective premium above market value. Most commentators therefore have assumed that the fair market value measure results in systematic undercompensation of property owners, especially where the property is occupied by a residence or a functioning business.»¹²

Kelo-saken ga bensin på bålet når det gjaldt den amerikanske kritikken mot for lave ekspropriasjonserstatninger. Som nevnt ble dommen ettertrykkelig utskjelt i opinionen, fra alle politiske leire, men amerikanerne trøstet seg med at det her var tale om en føderal minimumsstandard, som kunne skjerpes på delstatsnivå. Hos førstvoterende, dommer Stevens, heter det sågar: «We emphasize that nothing in our opinion precludes any State from placing further restrictions on its exercise of the takings power ...»

Som nevnt ovenfor har dommen påvirket delstatene til å vedta innskrenkninger i de ekspropriasjonsmulighetene den i prinsippet åpner for. I tillegg har en rekke delstater vedtatt lovgivning som gir *erstatninger* over det nivået som følger av den amerikanske høyesterettens fortolkning av det femte grunnlovstilletget. En bølge av endringer har gitt lovfestede erstatningstillegg – «bonuser» – ut

over den føderale minstestandarden. Eksempler på dette er delstatene Indiana, Kansas, Michigan, Missouri og Rhode Island.

Tre av disse statene skiller mellom forskjellig bruk av eiendommen. For bolig- og andre eiendommer av særskilt personlig interesse for eieren, gis det nå bonuser på toppen av markedsverdien. Mens *Indiana* har innført 50 % bonus (altså 150 % av «fair market value») for boligeiendommer («real property occupied by the owner as a residence»), er det tilsvarende påslaget 25 % i *Missouri* («Homestead taking») og i *Michigan* («an individual's principal residence»). Imidlertid øker bonusen i *Missouri* til 50 % der det dreier seg om familieeiendommer («Heritage value»). *Indiana* gir på sin side 25 % bonus også for landbruksjord («agricultural land»).

En rettsutvikling mot gevinstdeling og å kompensere for eierens subjektive, individuelle, verdioppfatninger, slik vi har sett i USA, har i liten grad gjort seg gjeldende i Norge. En viss utvikling i retning av gevinstdeling skjedde gjennom innføringen av reglene om såkalt urbant jordskifte i 2006, men disse hjemlene viser seg i praksis å bli lite benyttet.¹³ På den annen side har det altså vært foreslått å fjerne 25 %-tillegget ved fallerstatning, noe som ville svekke gevinstdelingseffekten på dette området.

Den norske holdningen kan skyldes den sterke tradisjonen vi generelt har for at bare «økonomisk tap» er relevant for utmåling av erstatning, i motsetning til i USA, der det er lang tradisjon for å utmåle store summer i såkalte «punitive damages» – straffeerstatninger.

Derimot har utviklingen vært en annen hos vår skandinaviske nabo Sverige. Som ledd i å styrke eiendomsvernet, er det gjort endringer både på konstitusjonelt nivå og på lovnivået. Både kompensasjon for eierens subjektive – individuelle – verdier, og regler om gevinstdeling, har vært tema hos våre svenske venner.

Også tidligere ga den svenske grunnloven (Regeringsformen) vern i ekspropriasjonstilfellene, men kompensasjonsbeskyttelsen var begrenset til «ersättning för förlusten». I «Grund-

11. T. H. Aschehoug, op. cit. s. 50.

12. Thomas W. Merrill og Henry E. Smith, op. cit. s. 1254.

13. Se Helge Flø Kvamsås, *Jordskifte på nye marker: utvalgte problemstillinger for jordskifte i byutvikling, masteroppgave ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo 2013*. Tilgjengelig på: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/36494> (sist besøkt 9. mai 2014).

lagsutredningen» (2008) til reform av Regeringsformen ble det foreslått å styrke grunnlovsbeskyttelsen ved ekspropriasjon, og dette ble gjennomført ved Regeringsformen § 15, kapittel 2: ekspropriaten er nå «tillförsäkrad full ersättning för förlusten» (min kursivering).

For ytterligere å styrke ekspropriasjonsvernet, fremmet den svenske regjeringen våren 2010 en proposisjon om nye erstatningsregler. Ett av forslagene var spesielt oppsiktsvekkende: Også svenskene ville lovfeste et påslag på erstatningene ut over markedsverdien, der med 25 %. I juni 2010 bifalt Riksdagen forslaget med 152 mot 144 stemmer.¹⁴ Lovendringene trådte i kraft den 1. august 2010.

Lovendringen var basert på en ekspertutredning (SOU 2008:99). Et av hovedpunktene var at erstatningsprinsippene burde ta utgangspunkt i eierens individuelle verdsetting av eiendommen. I tillegg til markedsverdiestatning burde også «*individuella värden*» erstattes. Nå viste utvalget til at «*individuella värden*» ikke gjør seg gjeldende for rent «kommersiella fastigheter – åtminstone om jord och skogsbruksfastigheter undantas». For slike eiendommer ville 25 % bonus representere overkompensasjon. På den annen side mente utvalget at full erstatning for «*individuella värden*» for boligeiendommer og lignende ville tilsi en bonus på 50 %, og kanskje mer. Utvalget mente imidlertid at en differensiering ville medføre store retts tekniske problemer, og anså en felles bonus for alle tilfeller å være det eneste praktiske. En flat 25 % bonus ble dermed mellomløsningen.

Vi ser altså likeartede utviklingstendenser for ekspropriasjonsretten i de amerikanske delstatene og i Sverige. Fra et utgangspunkt i tredjemannsperspektivet – «fair market value» – er perspektivet flyttet mot eieren – «*individuella värden*». Denne «individuell-psykologiske» vendingen korresponderer godt med den såkalt psykologiske vendingen i deler av moderne økonomivitenskap. Et viktig stikkord her er den såkalte «endowment effect», eller «besittelsesvirkningen» på norsk. Én av pionerene, Daniel Kahneman, fikk Nobelprisen 2002 og har senere gitt ut bestselgeren «Thin-

king, Fast and Slow», der «endowment effect» er ett av temaene.¹⁵

En sentral idé bak «besittelsesvirkningen» er følgende: For den som har en ting i besittelse, representerer tingen et *potensielt tap*; for *tredjemann* representerer derimot den samme tingen en *potensiell gevinst*. Psykologisk forskning viser at tap har en sterkere følelsesmessig virkning enn en tilsvarende gevinst. Dette asymmetriske forholdet medfører at eieren av en ting har en tendens til å verdsette tingen høyere enn det en tredjemann verdsetter den samme gjenstanden. Den nye svenske lovgivningen – som gir en flat bonus i alle ekspropriasjons-situasjoner – kan dermed synes fornuftig i lys av «besittelsesvirkningen». Men her må vi være forsiktige med å overgeneralisere. Nyere forskning viser at «besittelsesvirkningen» har betydelige begrensninger, ikke minst har Kahneman selv påvist dette. *Intensjonen* for eierskapet er avgjørende for om virkningen inntreffer: For en person som eier tingen for bytteformål – for handelsvirksomhet – inntreffer det ingen påviselig virkning som følge av eierskapet. Likeartede ting – f.eks. beboelseseiendommer – vil altså bli verdsatt på ulikt vis dersom eiendommen i det ene tilfellet er kjøpt for eget boligformål og i det andre tilfellet er anskaffet som en ren investering. Blokkleiligheten som familien eier og bor godt i vil altså bli verdsatt høyere av sin eier enn hva en tilsvarende utleieleilighet blir verdsatt til av eieren. Formålet for anskaffelsen og bruken bestemmer om «besittelsesvirkningen» inntreffer.

Det som er spesielt ved ekspropriasjonssituasjonen, er at det i utgangspunktet bare er kjøperen som har handelsmotivasjonen – i den forstand at om begge parter hadde vært villige til å handle til «markedspris», ville ekspropriasjon ikke vært nødvendig. Tvangsaspektet overfor eieren innebærer at besittelsesvirkningen også blir et ekspropriasjonsrettslig interessant fenomen – derunder at virkningen bare inntreffer om tingen eies for eget bruksformål. Er formålet rent kommersielt, inntreffer den ikke.

Den nye svenske lovgivningen tar ikke hensyn til denne forskjellen. I forarbeidene blir

14. Representantene for de borgerlige regjeringspartiene stemte for proposisjonen, den rød-grønne opposisjonen stemte mot.

15. For en grundigere behandling av dette emnet viser jeg til min artikkel *Current Empirical Premises to the Disclosure of the Secrets of Property in Law*, *Ancilla Iuris* 2008.

det erkjent at flat bonus ofte vil gi overkompensasjon, men en differensiering av bonusen ble avvist av retts tekniske hensyn. Fra amerikansk delstatslovgivning er det imidlertid praksis for å lovfeste differensierte sjablongregler. Som i Indiana kunne de svenske reglene f.eks. ha skilt mellom selveide boligeiendommer (50 % bonus); landbruksjord (25 % bonus) og annen eiendom (ingen bonus).

I SOUen fra 2008 om revisjon av ekspropriasjonslovgivningen drøftet utvalget også spørsmålet om gevinstdeling – altså parallellen til dommer Kennedys problemstilling i Kelo-saken. Utvalget tok her prinsipielt tak i tilsvarende fenomener som vi finner i Langelands observasjoner ovenfor – forskjellen mellom statens ekspropriasjon til offentlig bruk, og privates ekspropriasjon til kommersielle formål. For sistnevnte situasjoner foreslo utvalget å innføre et prinsipp om gevinstfordeling, med følgende lovtekst: «Vid expropriation för sådan förvärvsverksamhet som bedrivs på i huvudsak marknadsmässiga villkor ska ... särskild ersättning betalas. Ersättningen ska bestämmas så att skälig hänsyn tas till den nytta som den exproprierade egendomen har för den exproprierande.»¹⁶

Den svenske regjeringen sa seg enig i grunntanken om gevinstdeling. Den ønsket imidlertid et bredere beslutningsgrunnlag og en nærmere vurdering av regel-utformingen. Dermed igangsatte regjeringen en ny utredning om gevinstdeling, som nå foreligger som SOU 2012:61. Den nye utredningen innebærer en sterk reversering av det opprinnelige forslaget. Her foreslås det å reservere gevinstfordelingsprinsippet kun for telemaster og lignende.¹⁷ Under høringsrunden argumenterte de svenske landbruksorganisasjonene sterkt for at regjeringen måtte arbeide videre med generell lovgivning om gevinstdeling for øye, og det svenske «Regelrådet», en statlig komité som uttaler seg om administrative og økonomiske konsekvenser av regelendringer, fant mangler ved konsekvensutredningen av forslaget. Det svenske arbeidet med lovgivning om gevinstfordeling

står nå i bero. Det blir interessant å følge lov-saken videre, parallelt med den amerikanske utviklingen. Der borte er saker om gevinstdeling spådd som den neste store «prosessbølgen».¹⁸

Forholdet til rådighetsinnskrenkninger

I Europa har eiendomsretten befestet sin posisjon gjennom EMK P1-1, og virkeområdet er altså utvidet betydelig ut over de klassiske ekspropriasjonstilfellene. I norsk og amerikansk føderal tradisjon er det derimot et temmelig strengt konstitusjonelt skille mellom avståelse av eiendom, som gir rettskrav på full erstatning, og rådighetsinnskrenkninger, der den store hovedregel er at konstitusjonen ikke i seg selv hjemler erstatning.¹⁹

I USA er det femte grunnlovstillegget riktignok i prinsippet utvidet til å gjelde såkalte «regulatory takings», men innholdet i dette rettslige fenomenet er langt fra avklart: «Virtually everything about the regulatory takings doctrine is controversial, including its origins», hevder Thomas W. Merrill og Henry E. Smith i sin tingsrettsfremstilling.²⁰

Etter EMK P1-1 er det derimot klart at vernet i prinsippet omfatter alle former for eiendomsinngrep, også ordinære rådighetsinnskrenkninger. Dermed er vernet dynamisk, i den forstand at det må være forholdsmessighet – proporsjonalitet – mellom de allmenne hensyn som begrunner inngrepet og de konsekvenser inngrepet får for rettighets-haveren. Som nevnt ovenfor var Menneskerettighetsutvalgets mål å styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett, men det foreslo altså ingen justering av Grunnloven § 105 mht. rådighetsinnskrenkninger. Når det gjelder erstatningsrettslig vern mot rådighetsinnskrenkninger, mente utvalget at problemstillingen ikke bør løses på grunnlovs nivå, men gjennom ordinær lovgivning og praksis. Men utvalgt pekte også på at det i dag vil være nærliggende å påberope seg EMK P1-1 som grunnlag for erstatning for rådighetsinnskrenkninger.

16. SOU 2008:99 s. 31–32.

17. Saksforholdet er relevant for norske forhold, jfr. Rt. 2012 s. 1608 (Basestasjonsdommen).

18. Katrina M. Wyman, *The Measure of Just Compensation*, 41 U.C. Davis Law Review (2007) s. 243.

19. I Norge synes Høyesterett nå å gjøre unntak for «sterkt urimelige» tilfeller.

20. Thomas W. Merrill og Henry E. Smith, op. cit. s. 1259.

I likhet med Grunnloven § 105 sikrer EMK P1-1 den enkelte kompensasjon ved ekspropriasjon, men P1-1 verner i prinsippet også mot en rekke inngrep som ikke er vernet etter Grunnloven. Dette er grunnen til at Norge ble dømt ved EMDs dom 12. juni 2012, *Lindheim and others v. Norway*, og at det nå arbeides med å justere tomtfestelovgivningen til å samsvare med kravene etter EMK.

Både i Norge og i Sverige representerer naturvern en viktig form for rådgighetsbegrensninger. I Norge har det som nevnt på konstitusjonelt nivå vært snevert adgang for grunneieren til å kreve erstatning når det innføres vernerestriksjoner. Tidligere skilte den spesielle naturvernlovgivningen i en periode mellom ulike erstatningsnivåer for ulike vernekategorier. Ved naturmangfoldloven av 2009 ble det innført like erstatningsregler for samtlige vernekategorier etter loven. Paragraf 50 bestemmer at eier eller rettighetshaver i eiendom som helt eller delvis blir vernet, har rett til erstatning fra staten for økonomisk tap når et vern medfører vanskeligjøring av *igangværende bruk*. For bruk som trenger tillatelse fra offentlig myndighet, gjelder retten til erstatning bare hvis tillatelse er gitt før det er foretatt kunngjøring av verneplanen. For de vernekategoriene som etter tidligere lovgiving hadde krav på full erstatning etter salgsverdbetraktninger, innebærer lovendringen erstatningsreduksjon. For de vernekategoriene som ikke hadde krav på erstatning etter tidligere lovgiving, og da som regel heller ikke hadde konstitusjonsvern mot inngrepet, innebærer lovendringen at man nå kan kreve erstatning i hvert fall for tap for igangværende bruk.

Det følger av forarbeidene at når det er snakk om bruksendringer som bare kan foretas med tillatelse fra offentlig myndighet, er det en forutsetning for å kunne kreve erstatning at slik tillatelse er gitt. Planer om hyttebygging, kraftutbygging og lignende som ikke er godkjent før arbeidet med å utrede vern på en eiendom er startet opp, vil således ikke være erstatningsrettslig beskyttet. Skjæringstidspunktet, dvs. tidspunktet for kunngjøring av verneplanen, er satt for å avskjære muligheten for å «posisjonere seg»

mht. erstatningsoppjøret etter at det er blitt kjent at det arbeides med en vernesak.²¹

Kan det tenkes tilfeller der naturmangfoldloven § 50 fremstår problematisk i relasjon til EMK P1-1? Forarbeidene mener det ikke er tilfelle. Men hva med en sak som dette: Et utmarksområde er nærmest verdiløst mht. igangværende bruk (nedlagt landbruksvirksomhet), men har et stort potensiale som utbyggingsområde. Grunneier og kommune har samarbeidet godt om å få til en utbygging, – ja, i kommunen er prosjektet sterkt og ubetinget imøtesett. På det tidspunkt forslag til vernevedtak blir kunngjort, er utbyggingen ferdig prosjektert og solgt til utbygger under betingelse av at den allerede innsendte søknaden om kommunal godkjenning blir stadfestet. Skal en ta lovtekst og forarbeider på ordet, vil det kanskje her bli null erstatning, mens millioninntekter går tapt for grunneier. I et gitt tilfelle vil nok en slik situasjon kunne få problemer med å bestå EMDs proporsjonalitetstest.

I Sverige er nylig utredningen «Ersättningar vid rådgighetsinskränningar» avgitt (SOU 2013:59). Som nevnt ovenfor, ble den konstitusjonelle eiendomsbeskyttelsen i Sverige i prinsippet styrket med grunnlovsendringen i 2010, da det ble krav om «full» erstatning ved ekspropriasjon. Når det derimot gjelder rådgighetsinnskrenkninger, er grunnlovsteksten mindre klar:

«Ersättning ska också vara tillförsäkrad den för vilken det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad på sådant sätt att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras eller att skada uppkommer som är betydande i förhållande till värdet på denna del av fastigheten. Ersättningen ska bestämmas enligt grunder som anges i lag.»

Vid inskränningar i användningen av mark eller byggnad som sker av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl gäller dock vad som följer av lag i fråga om rätt till ersättning.

Begrensningen i siste setning ble tilføyd ved grunnlovsendringen i 2010 og var bakgrunnen

21. Ot. prp. nr. 52 (2008–2009) s. 257.

for at den svenske regjeringen nedsatte utvalget som avga SOU 2013:59. Utvalget skulle analysere lovgivningen og identifisere på hvilke områder det – i samsvar med grunnlovsintensjonen – burde være hjemmel for erstatning.

Utredningen konkluderer med at dagens erstatningsregler stort sett er formålstjenlige, og utvalget finner ikke grunn til å foreslå endringer. Imidlertid er det avdekket visse brister i systemet, bl.a. at det mangler hjemmel for erstatning ved rådighetsbegrensninger knyttet til artsbeskyttelse. Etter utredningens syn vil imidlertid problemene her like gjerne kunne løses ved at hjemmelen for rådighetsinnskrenkningen tolkes innskrenkende – dvs., der det ikke finnes rett til erstatning, kan myndighetene heller ikke beslutte så vidtgående innskrenkninger som ellers ville vært mulig (altså en praktisk anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet). Utredningen diskuterer muligheten for å innføre en generell erstatningsbestemmelse, og har sågar formulert et utkast til lovtekst, men har altså ikke foreslått at utkastet realiseres.

Forskjellen mellom de norske reglene om erstatning etter naturmangfoldloven og de tilsvarende svenske reglene synes å ligge i to forhold. For det første er de norske erstatningsreglene nesten ubetinget knyttet til *igangværende bruk* som referansepunkt. Dette vil kunne lede til uforholdsmessig lave erstatninger i visse tilfeller hvor potensiell salgsverdi utvilsomt er langt høyere. Etter den svenske grunnloven, med tilhørende lov-hjemler (i de fleste saker, jfr. SOU 2013:59), vil slike rådighetsinnskrenkninger kunne lede til salgverdierstatninger, men hvor vesentlig innskrenkningen må være for å utløse erstatning, fremstår som uklart.

For det andre viser de aktuelle svenske erstatningshjemlene til utmålingsprinsippene i den svenske ekspropriasjonerstatningsloven. Dermed blir sjablongpåslaget på 25 %, jfr. ovenfor, gjort gjeldende også for rådighetsinnskrenkninger. I det utkastet til lovtekst som er inntatt i SOU 2013:59 er det på tilsvarende måte vist til den svenske ekspropriasjonerstatningsloven når det gjelder utmålingsprinsippene.²²

Avslutning

Den 6. mai i år vedtok Stortinget en språklig fornyelse av Grunnloven – også av § 105. Innholdsmessig skal imidlertid § 105 være den samme som før, og noen endringer ble heller ikke foreslått som følge av Menneskerettighetsutvalgets arbeid. Denne statiske konstitusjonelle situasjonen er imidlertid ikke et uttrykk for at Norge er upåvirket av eiendomsrettslige strømninger utenfor landets grenser. Lettest er det å få øye på dette gjennom EMDs praksis – som nevnt er Norge for første gang dømt for manglende oppfyllelse av EMKs eiendomsrettsvern. Om EMDs praksis ikke bare vil lede til lovendringer, men på lengre sikt også vil påvirke Høyesteretts fortolkning av Grunnlovens eiendomsrettsbeskyttelse gjenstår å se. Det gjenstår også å se om den norske ekspropriasjonsrettslige debatten vil la seg påvirke av de øvrige internasjonale strømningene vi har sett på ovenfor, og hvilke rettslige utslag det i så fall vil gi. Under enhver omstendighet vil det for norske tings- og ekspropriasjonsrettsinteresserte være mye spennende inspirasjon å hente både ved å se til vår umiddelbare nærhet, til det europeiske kontinentet – og sannelig også til det amerikanske.

22. Utvalgets utkast til lov «om ersättning vid vissa rådighetsinskränkningar» lyder som følger:

1 § Denna lag innehåller bestämmelser om rätt till ersättning för enskilda när det allmänna inskränker användningen av mark eller byggnad av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl. Lagen tillämpas om det inte i annan lag finns bestämmelser om ersättning som kan tillämpas. Lagen är inte tillämplig på beslut enligt polislagen (1984:387) och rättegångsbalken (1972:740).

2 § En fastighetsägare eller en innehavare av särskild rätt till en fastighet har rätt till ersättning, om det allmänna genom ett beslut av hälsoskydds-, miljöskydds- eller säkerhetsskäl inskränker användningen av mark eller byggnad så att pågående markanvändning inom berörd del av fastigheten avsevärt försvåras.

Ersättning betalas endast om det vid en avvägning mellan det allmänna och den enskildes intressen inte framstår som rimligt att den enskilde själv får bära kostnaderna för ingreppet.

3 § Bestämmelserna i expropriationslagen (1972:719) ska gälla vid ersättning enligt denna lag.

4 § Ersättning enligt 2 § betalas av staten. Om det är en kommun som har meddelat det beslut som avses i 2 §, ska ersättningen i stället betalas av kommunen.

5 § Bestämmelserna i 25 kap. 6 §, 31 kap 12–14 §§, 15 § första stycket första meningen och andra stycket och 31 § tredje stycket miljöbalken ska gälla vid ersättning enligt denna lag.