



Uit

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Normvalget etter Grunnloven § 97

Av Nora Nøkleby Sunde

Liten masteroppgave i rettsvitenskap vår 2014

Veileder: Stig Harald Solheim



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	TEMA OG AKTUALITET	4
1.2	METODISK TILNÆRMING	6
1.2.1	<i>Avhandlingen er hovedsakelig rettsdogmatisk.....</i>	6
1.2.2	<i>Noen ord om grunnlovstolkning og rettskildebildet.....</i>	7
1.2.3	<i>Gr. § 97 som skranke og tolkningsprinsipp.....</i>	8
1.2.4	<i>Skal Grunnloven tolkes i lys av internasjonale rettskilder?</i>	9
1.3	OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	10
2	SENTRALE HENSYN	11
2.1	HENSYN BAK VERNET MOT TILBAKEVIRKENDE LOVGIVNING.....	11
2.2	HENSYNET TIL SAMFUNNSUTVIKLINGEN OG LOVGIVERS HANDLEFRIHET.....	13
2.3	OPPSUMMERING.....	14
3	GRUNNVILKÅR – EN OVERSIKT	15
3.1	INNLEDNING	15
3.2	GRUNNLOVENS VOKTERE - KORT OM DOMSTOLENES PRØVELSESRETT.....	15
3.3	VILKÅR	17
3.3.1	<i>Kravet til en rettslig vernet rettsposisjon.....</i>	17
3.3.2	<i>Tilbakevirkningsvilkåret</i>	20
3.3.3	<i>Tilbakevirkning gjennom «Lov»</i>	22
3.3.4	<i>Til ugunst eller skade.....</i>	23
3.3.5	<i>Årsakssammenheng.....</i>	25
3.3.6	<i>Helhetsvurdering.....</i>	26
4	ULIKE NORMMODELLER FOR HELHETSVURDERINGEN.....	27
4.1	NORMVALGETS KVAL.....	27
4.2	STANDARDEN : «KLART URIMELIG ELLER URETTFERDIG»	32
4.3	STANDARDEN : «STERKE SAMFUNNSMESSIGE HENSYN»	39
4.4	OPPSUMMERING AV NORMVALGET FORUT FOR RT. 2013 S. 1345 P (VOLSTAD)	47
5	RT. 2013 S. 1345 P (VOLSTAD).....	48
5.1	SAKENS FAKTISKE OG RETTSLIGE BAKGRUNN	48
5.2	FLERTALLETS NORMVALG.....	50
5.3	MINDRETALLETS NORMVALG.....	53
5.4	OPPSUMMERING.....	55
5.5	DOMMENS REKKEVIDDE: HVA ER EN SANNSYNLIG RETTSUTVIKLING HERFRA?	56

6	RETTSPOLITISKE BETRÅKTNINGER.....	58
	KILDELISTE.....	61

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Det overordnede temaet for denne masteravhandlingen er etablerte rettsposisjoner konstitusjonelle vern mot tilbakevirkende lovgivning på det økonomiske området. Økonomiske rettsposisjoner kan kort beskrives som rettigheter og etablerte rettsforhold som har økonomisk verdi for borgerne. Grunnlaget for den økonomiske rettsposisjonen kan være både privatrettslig og offentligrettslig. Rettigheter som følger av eldre eller løpende kontraktsforhold er et eksempel på økonomiske rettsposisjoner som kan utsettes for tilbakevirkende lovregulering.¹ Av goder med offentligrettslig grunnlag kan trygd og pensjoner nevnes som eksempler.² Borgerne kan i denne sammenheng være fysiske personer, selskaper, stiftelser og andre sammenslutninger.³ Definisjonene indikerer at tilbakevirkningsspørsmålet kan oppstå i en lang rekke ulike tilfeller. Selv om tilbakevirkningssituasjonene kan være nokså forskjelligartet, er det sentrale rettsgrunnlaget i alle tilfeller Grunnloven § 97.⁴ Grunnlovsbestemmelsen lyder i sin helhet:

«Ingen Lov maa gives tilbagevirkende Kraft.»⁵

Ordlyden indikerer at tilbakevirkningsvernet er sterkt. Det er imidlertid kun på strafferettens område at forbudet mot tilbakevirkende lovgivning er tolket absolutt.⁶ Dette benevnes ofte som ”kjernen” i Grl. § 97.⁷ Tilbakevirkende lovgivning på det økonomiske rettsområdet anses utenfor denne kjernen. Økonomiske rettsposisjoner nyter som utgangspunkt et mer modifisert vern mot tilbakevirkende lovgivning. Selv om tilbakevirkningsforbudet ikke er absolutt på det økonomiske området, har det likevel en klar realitet.⁸

¹ Rt. 2007 s. 1281, Rt. 1962 s. 369.

² Rt. 2006 s. 262, Rt. 1996 s. 1440, Rt. 1996 s. 1415.

³ Jens Edvin Skoghøy, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255-282 (s. 268).

⁴ Lov 17.05.1814 § 97. I forbindelse med grunnlovsjubileet er det foreslått en rekke endringer til Grunnloven. § 97 er imidlertid foreslått videreført uten vesentlige endringer, se Grunnlovsforslag (Dokument 12:36 (2011-2012), <https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Grunnlovsforslag/>).

⁵ Grl. § 97.

⁶ Rt. 2006 s. 293 (61).

⁷ Rt. 2006 s. 262 (73).

⁸ Rt. 2007 s. 1281 (75).

På det økonomiske området er Grl. § 97 hovedsakelig ansett som en rettslig standard og innholdet av tilbakevirkningsforbudet har vært under kontinuerlig utvikling, særlig i senere års rettspraksis.⁹ Rettsteknisk har Høyesterett presisert det nærmere innholdet av tilbakevirkningsforbudet ved å oppstille ulike understandarder eller vurderingsnormer som styrer rettsanvendelsesskjønnet. En vurderingsnorm gir anvisning på hvordan de ulike rettslige argumentene og relevante hensyn skal vektas i forhold til hverandre.¹⁰ Ved å sette både terskelen og premissene for rettsanvendelsesskjønnet, vil innholdet av vurderingsnormen ofte ha avgjørende betydning for om den tilbakevirkende lovgivning er i strid med Grl. § 97 eller ikke. Tvil om hvilken vurderingsnorm som gjelder, har derfor stor praktisk betydning.

Høyesterett har i de siste årene hovedsakelig tatt utgangspunkt i vurderingsnormen «klart urimelig eller urettferdig»¹¹ eller vurderingsnormen «sterke samfunnsmessige hensyn»¹² for å avgjøre om det foreligger grunnlovsstridig tilbakevirkning på det økonomiske området. Flere av disse høyesterettsavgjørelsene er avsagt under sterk dissens.¹³ Høyesterettsdommerne har blant annet vært uenige om hvilken rekkevidde tilbakevirkningsforbudet skal ha i det konkrete tilfellet, noe som kommer til uttrykk ved at det tas utgangspunkt i forskjellige vurderingsnormer for å avgjøre tilbakevirkningsspørsmålet.¹⁴ Dette har skapt til dels betydelig usikkerhet om hvilken norm domstolene vil legge til grunn i fremtidige tilbakevirkningssaker på det økonomiske området.

Det er nylig avsagt en plenumsdom av Høyesterett, inntatt i Rt. 2013 s. 1345 (Volstad), som angår økonomiske rettsposisjoner vernet mot tilbakevirkende lovgivning. Saken gjaldt grunnlovsmessigheten av en tidsbegrensning av tildelte strukturkvoter i den norske havfiskeflåten som i utgangspunktet var tidsbegrensede. Det var på forhånd knyttet store forventninger til om Høyesteretts domspremisser ville avklare den eksisterende usikkerheten omkring valg av tilbakevirkningsnorm etter Grl. § 97. Høyesterett kom, under ny sterk dissens, frem til at tilbakevirkningen ikke var i strid med Grl. § 97. Flertallet tok utgangspunkt i at tilbakevirkningen måtte være «klart urimelig eller urettferdig» for å være i

⁹ Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 2. utgave, 2. opplag, Bergen 2013 s. 117-118 og 490. Se også Rt. 2011 s. 347 (35).

¹⁰ Benedikte Moltumyr Høgberg, *Forbud mot tilbakevirkende lover*, Oslo 2010 s. 252.

¹¹ Rt. 1996 s. 1415, Rt. 1996 s. 1440, Rt. 2006 s. 262, Rt. 2010 s. 143 (mindretallet).

¹² Rt. 1962 s. 369, Rt. 2006 s. 293, Rt. 2010 s. 143.

¹³ Bl.a. Rt. 2010 s. 143, Rt. 2006 s. 293.

¹⁴ Synne Sæther Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn*, Oslo 2005 s. 229. Se bl.a. Rt. 2010 s. 143.

strid med Grl. § 97.¹⁵ Mindretallet mente det måtte foreligge «sterke samfunnsmessige hensyn» for å tillate slik tilbakevirkning.¹⁶ Etter dommen fremstår rettstilstanden rent umiddelbart som mer usikker enn noen gang.¹⁷

På denne bakgrunn tar avhandlingen sikte på å klargjøre innholdet og rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet på det økonomiske området, med særlig fokus på hvilken vurderingsnorm det skal tas utgangspunkt i ved den konkrete helhetsvurderingen etter Grl. § 97. Det erkjennes at dette er en nokså ambisiøs målsetting, ettersom ikke en gang Høyesterettsdommerne synes å kunne enes om dette. En sentral problemstilling er derfor å beskrive hvordan den sentrale rettsutviklingen har vært de siste tiår og frem til i dag. Deretter vil jeg fremstille og sammenligne Volstad-dommen med tidligere rettspraksis. Formålet med fremstillingen og sammenligningen er å tydeliggjøre om Volstad-dommen innebærer en endring i rettstilstanden, og om den bidrar til å avklare hvorfor Høyesterett velger å ta utgangspunkt i så vidt forskjellige vurderingsnormer. Avslutningsvis vil jeg også knytte noen rettspolitiske merknader til den rettsutviklingen jeg mener har funnet sted.

1.2 Metodisk tilnærming

1.2.1 Avhandlingen er hovedsakelig rettsdogmatisk

Det overordnede temaet i avhandlingen er å analysere den rettslige rekkevidden av økonomiske rettigheters vern mot tilbakevirkende lovgivning i Grunnlovens forstand. Jeg velger i hovedsak en rettsdogmatisk tilnærming til dette problemkomplekset. Jeg vil derfor beskrive, sammenligne og systematisere gjeldende rett ved hjelp av såkalt alminnelig juridisk metode.¹⁸ Med en slik innfallsvinkel anses det overflødig med en generell fremstilling av rettskildelæren og alminnelig juridisk metode.¹⁹ Det er imidlertid enkelte særlige forhold ved

¹⁵ Rt. 2013 s. 1345 (137).

¹⁶ Avsnitt 217.

¹⁷ Se bl.a. Fredrik Sejersted, kronikken «Grunnlovsendring må til» i Dagens Næringsliv 26.11.2013 s. 4.

¹⁸ Jan Fridthjof Bernt, «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter» *Kritisk juss 1995*, s. 10-36 (s. 10-12). Se også Bjarte Askeland, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 70 år*, Bergen 2013 s. 15-25 (s. 15-16 og 21).

¹⁹ På samme måte som Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Tromsø 2010 s. 22, Jon Petter Rui Johansen, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Oslo 2009 s. 40.

Grunnlovens bestemmelser, som gjør det nødvendig å presisere deler av den metodiske tilnærmingen.

1.2.2 Noen ord om grunnlovstolkning og rettskildebildet

«En grunnlov skal være kort og uklar» mente Napoleon Bonaparte.²⁰ Denne karakteristikken er treffende for flere av bestemmelsene i vår egen Grunnlov, særlig Grl. § 97, som har en meget kort og generell utforming.²¹ Grl. § 97 må, i likhet med andre lovbestemmelser, underlegges en tolkning for å fastslå dens betydning, anvendelsesområde, innhold, mv. for å kunne danne og anvende en rettsregel ved løsningen av et konkret rettsspørsmål.²² Som ved alminnelig lovtolkning, tas det utgangspunkt i den alminnelige rettskildelæren når Grunnloven skal tolkes.²³ Dette innebærer at man bygger på velkjente rettskildedefaktorer som ordlyd, formål, forarbeider, etc.²⁴ Grunnloven er imidlertid en særegen lov, noe som betyr at rettskildebildet ser noe annerledes ut enn ellers.²⁵

Riksforsamlingen på Eidsvoll ga lite veiledning om hvordan grunnlovsbestemmelsene nærmere skulle forstås eller virke.²⁶ Forarbeidene til Grunnloven er sparsomme og spesielle.²⁷ I motsetning til alminnelige lovers forarbeider, gir forarbeidene til Grunnloven lite bidrag til tolkningen av dens bestemmelser. Dette gjelder spesielt Grl. § 97, som ble enstemmig vedtatt uten debatt.²⁸ Grunnloven skal virke over lang tid gjennom vekslende samfunnsforhold. Dette innebærer at bestemmelsene må tolkes dynamisk med stor vekt på formålet.²⁹ Domstolenes praksis, og da i særdeleshet Høyesterett, har stor vekt som rettskilde.³⁰ Videre har juridisk teori større praktisk betydning på statsrettens område enn ellers, da det er sparsomt med øvrige rettskilder.³¹ Det er også tradisjonelt antatt at Stortingets mening om hvordan

²⁰ Arne Fliflet, «Noen tanker om grunnlovstolkning i en ny tid», *Jussens Venner*, 2013 s. 140-154 (s. 140).

²¹ Alf P. Høgberg, Benedikte M. Høgberg, «Noen ord om grunnlovstolkning», *Undring og erkjennelse - Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 70 år*, Bergen 2013 s. 249-265 (s. 252).

²² *Op.cit.* s. 249.

²³ Smith s. 106.

²⁴ Fredrik Sejersted, «Det elastiske panser», *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013 s. 35-109 (s. 89).

²⁵ *Ibid.* Se også Arne Fliflet, *Grunnloven med kommentarer*, Oslo 2005 s. 23.

²⁶ Benedikte M. Høgberg, «Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av grunnloven §§ 97 og 105», *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013 s. 368-403 (s. 370).

²⁷ Fliflet 2013 s. 142.

²⁸ Eli Fure, *Eidsvoll 1814: hvordan grunnloven ble til*, Oslo 1989 s. 218. Ingen spor av debatt i kildene (Riksforsamlingens forhandlingsprotokoller, dagbøker, brev).

²⁹ Alf P. Høgberg/Benedikte M. Høgberg s. 251.

³⁰ Johs. Andenæs, Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave, 2. opplag, Oslo 2008 s. 49.

³¹ *Op.cit.* s. 50.

Grunnloven skal forstås må tillegges betydning ved grunnlovstolkningen.³² Senere rettspraksis på det økonomiske området viser at lovgivers vurdering av grunnlovsmessigheten er mindre vektlagt enn tidligere. Det er derfor per i dag noe usikkert om, eller i hvor stor grad, Stortingets eget syn skal vektlegges ved domstolsprøvelsen.³³

1.2.3 Grl. § 97 som skranke og tolkningsprinsipp

Stortingets kompetanse som lovgiver og all lovgivning som vedtas, utleder sin gyldighet fra Grunnloven. Grunnloven er vår høyeste rettskilde, og betegnes gjerne som *lex superior*.³⁴ Dersom det er motstrid mellom Grunnloven og en alminnelig lov, går Grunnloven foran. Tilbakevirkningsforbudet vil således fungere som en skranke for den lovgivende makt. Hvis lovgiver overskrider sin kompetanse og vedtar en lov som er i strid med Grunnloven, må konsekvensen være at loven ikke kan anvendes. Loven må følgelig endres eller oppheves. Dette formuleres ofte som at loven blir ”satt til side”.³⁵

Tilbakevirkningsforbudet fungerer også som et tolkningsprinsipp for domstolene og lovgiver.³⁶ For lovgiver innebærer dette at det må tas hensyn til tidligere rettsforhold gjennom vedtakelse av særskilte overgangsregler, eller ved at loven begrenses slik at den bare kommer til anvendelse på fremtidige rettsforhold.³⁷ For domstolene vil tolkningsprinsippet innebære at en lov tolkes innskrenkende, slik at den ikke kommer i strid med Grl. § 97. Dette betegnes gjerne som grunnlovskonform tolkning.³⁸ I slike tilfeller presumeres det at Stortinget ikke har hatt til hensikt at loven skal virke tilbake i strid med Grunnloven.³⁹

Tilbakevirkningsforbudet har større rekkevidde som tolkningsprinsipp enn som skranke.⁴⁰ Denne avhandlingen behandler tilbakevirkningsforbudet som skranke. Det vil si tilfeller hvor

³² Fliflet 2013 s. 146.

³³ Stig Harald Solheim, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 1-48 (s. 41-42).

³⁴ Andenæs/Fliflet s. 37.

³⁵ Smith s. 327.

³⁶ Hans Chr. Bugge, «Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis», *Jussens Venner*, 1999 s. 65-101 (s. 77).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Smith s. 328.

³⁹ Bugge s. 77.

⁴⁰ *Op.cit.* s. 78.

lovgiver enten har hatt til hensikt at loven skal virke tilbake, eller hvor det er umulig for domstolene å tolke seg unna en mulig motstrid med Grl. § 97.

1.2.4 Skal Grunnloven tolkes i lys av internasjonale rettskilder?

Etter vedtakelsen av menneskerettsloven 21. mai 1999 har det oppstått en debatt i det juridiske miljø. Debatten dreier seg om grunnlovsteksten skal tolkes i lys av internasjonale konvensjoner, herunder EMK, SP og EØS-avtalen m.m., eller om den skal tolkes isolert.⁴¹ På den ene siden hevdes det at internasjonale rettskilder ikke er relevante for tolkningen av Grunnloven, på bakgrunn av lex superior-prinsippet, dualisme, legalitetsprinsippet, mv.⁴² På den andre siden hevdes det at de internasjonale rettskildene har relevans og bør fungere som et supplement ved tolkningen av Grunnloven, særlig på bakgrunn av presumsjonsprinsippet og Grunnlovens manglende rettighetsvern.⁴³ Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne debatten, men presisere at jeg har valgt å tolke tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 isolert og uavhengig av internasjonale rettskilder. Etter min mening er det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i en autonom tolkning av Grunnloven. Det er en selvstendig kilde som eksisterer ved siden og uavhengig av de internasjonale rettskildene. Grunnloven er dessuten på toppen av rettskildehierarkiet, ettersom EMK, SP og ØSK kun har såkalt ”semikonstitusjonell karakter”.⁴⁴ Det synes som Høyesterett, som er den autoritative tolker av Grunnloven, også opprettholder et nokså distinkt skille mellom Grunnloven og EMK sett hen til avgjørelser truffet de siste årene.⁴⁵ Dette gjelder spesielt på det økonomiske området. Økonomiske rettigheters vern mot tilbakevirkende lovgivning etter andre rettskilder, eksempelvis EMK P1-1, vil derfor ikke bli behandlet i denne avhandlingen.⁴⁶

⁴¹ Høgberg s. 65-72. Alf P. Høgberg/Benedikte M. Høgberg s. 261.

⁴² Alf P. Høgberg/Benedikte M. Høgberg s. 261.

⁴³ *Op.cit.* s. 261-262.

⁴⁴ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave, Bergen 2011 s. 87.

⁴⁵ Se bl.a. Rt. 2004 s. 357, Rt. 2013 s. 1345. Smith s. 377.

⁴⁶ For mer utførlig om dette se Stig Harald Solheim, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon*, Tromsø 2010.

1.3 Oversikt over den videre fremstillingen

Først vil jeg fremstille de sentrale hensynene bak Grl. § 97. Slik avhandlingen vil vise, er disse essensielle for valget av grunnlovsnorm. Jeg vil deretter redegjøre for vilkårene for rettsstridig tilbakevirkning og domstolenes rolle som kontrollerende makt. Dette behandles for å vise at det må foretas en større vurdering etter Grl. § 97, hvor vilkårene utgjør ”inngangsbilletten” til den helhetsvurderingen som må foretas.⁴⁷ Dette plasserer normvalget i sin rette kontekst.

I kapittel 4 vil det redegjøres for de sentrale normmodellene som Høyesterett og juridiske teoretikere har vurdert som treffende, for å avgjøre om det foreligger rettsstridig tilbakevirkning på det økonomiske området. Det rettes særlig fokus mot de domstolskapte normene: «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn».

På bakgrunn av det foregående, tar avhandlingens kapittel 5 sikte på å klargjøre i hvilken grad Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) bidrar til avklaring eller utvikling av gjeldende rett, især med tanke på valg av vurderingsnorm for helhetsvurderingen etter Grl. § 97. I den forbindelse vil det reflekteres over økonomiske rettsposisjoners grunnlovsværn per i dag, og hvorvidt flertallets holdning i Volstad-dommen vil og bør videreføres i fremtidige tilbakevirkningssaker på det økonomiske området.

⁴⁷ Høgberg s. 17.

2 Sentrale hensyn

Grunnloven oppstiller en ramme for statsstyret, og forholdet mellom statens makt og individet.⁴⁸ Grunnloven gir rettslig grunnlag for statsmyndighetenes handlinger, men oppstiller samtidig skranker for deres virksomhet.⁴⁹ Dette omtales gjerne som konstitusjonens ”janusansikt”.⁵⁰ Grl. § 97 er en sentral bestemmelse som er satt til å sikre en god og tillitsvekkende balanse mellom statens handlefrihet og individets rettssikkerhet.⁵¹ I dette kapitlet vil det bli redegjort for de sentrale hensynene som ivaretar disse tilsynelatende motstridende interessene på det økonomiske området.

2.1 Hensyn bak vernet mot tilbakevirkende lovgivning

Tilbakevirkningsforbudet er først og fremst satt til å sikre forutberegnelighet.⁵² Forutberegnelighet innebærer at den enkelte kan forutberegne sin rettsstilling.⁵³ Dette skaper en trygghet som gjør det mulig å innrette sine handlinger og investeringer etter gjeldende regler, uten for stor risiko.⁵⁴ En forutsetning for dette må dog være at reglene er allment tilgjengelige og klare i sin utforming.⁵⁵ Et av formålene med tilbakevirkningsforbudet er nettopp å verne om den legitime forventning. Tilbakevirkningsforbudet setter derfor begrensninger for den lovgivende makt i den hensikt å beskytte borgerne mot maktmisbruk og vilkårlighet.⁵⁶

Dersom lovgivende myndigheter ikke var underlagt en slik begrensning, ville borgerne risikere å bli stilt til ansvar for eldre handlinger eller risikere inngripende endringer i bestående rettsposisjoner som var lovlige da de ble henholdsvis foretatt og etablert.⁵⁷ Dette ville i realiteten innebære en omgåelse av Grl. § 96 og legalitetsprinsippet,⁵⁸ som krever

⁴⁸ Sejersted s. 37.

⁴⁹ Smith s. 34-35 og 351.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Sejersted s. 37.

⁵² Høgberg s. 90-91.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Andenæs/Fliflet s. 445.

⁵⁵ Høgberg s. 91.

⁵⁶ Skoghøy s. 255.

⁵⁷ Andenæs/Fliflet s. 445.

⁵⁸ Fliflet 2005 s. 398.

lovhjemmel ved inngrep i borgernes rettssfære.⁵⁹ Forutberegnelighet er således både en materiell og en prosessuell rettssikkerhetsgaranti.⁶⁰

Høyesterett vektlegger ofte hensynet til forutberegnelighet i sin argumentasjon ved vurderingen av om tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 er overskredet. Dette gjenspeiles blant annet i Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen). Her ble det riktignok ikke konstatert grunnlovsstrid, men «trygghet, forutberegnelighet og innrettelse» ble likevel fremhevet som sentrale hensyn i motstrid til en omfattende og inngripende ny lovregulering av opparbeidede trygderettigheter.⁶¹

”Likhet for loven” er et grunnleggende rettferdighetsprinsipp som var til stor inspirasjon ved utformingen av Grunnloven.⁶² Selv om prinsippet ikke kommer direkte til uttrykk i Grunnloven, er det enkelte bestemmelser i den alminnelige del som utvilsomt bygger på en slik grunntanke, deriblant Grl. § 97.⁶³ Hensynet til likhet og rettferdighet er sentrale hensyn bak tilbakevirkningsforbudet.⁶⁴ Det er alltid vanskelig å argumentere med rettferdighet, ettersom innholdet i begrepet er utpreget subjektivt. I noen tilfeller er imidlertid urettferdigheten tydelig. For noen rettssubjekter vil tilbakevirkningen ramme hardt, særlig hvis den enkelte eller vedkommende gruppe har innrettet seg etter de gamle reglene. Det er eksempelvis foretatt betydelige investeringer, irreversible handlinger mv. i forventning om at reglene vil bestå. For andre rettssubjekter, som verken har innrettet seg etter de gamle reglene eller hatt store forventninger om at reglene ville forbli uendret, vil ikke lovendringene ramme like hardt. Dette vil kunne oppleves som en urettferdig forskjellsbehandling. Ettersom loven skal være lik for alle, kan det synes urimelig at noen må bære en større belastning enn andre på bakgrunn av tidligere forhold.

Flere høyesterettsavgjørelser bekrefter at likhets- og rettferdighetshensyn har en viktig plass i vurderingen etter Grl. § 97.⁶⁵ Dette kommer blant annet til uttrykk i Rt. 2007 s. 1281 P (Ullern Terrasse), hvor førstvoterende uttaler at «[i] grunnlovsvurderingen må det også stilles

⁵⁹ Aall s. 103.

⁶⁰ Høgberg s. 91.

⁶¹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1427). Se også Rt. 2006 s. 293 (71) og (79).

⁶² Høgberg s. 94.

⁶³ Smith s. 470.

⁶⁴ Høgberg s. 93. Smith s. 470.

⁶⁵ Se bl.a. Rt. 1996 s. 1415 (s. 1432).

spørsmål om den aktuelle tilbakevirkende bestemmelsen ivaretar saklige likhetshensyn». ⁶⁶ De lege lata er det derfor ikke tvilsomt at slike hensyn tas.

2.2 Hensynet til samfunnsutviklingen og lovgivers handlefrihet

Tilbakevirkningsforbudet skal også ivareta hensynet til samfunnet og lovgivers handlefrihet, herunder behovet for å tilpasse lovverket etter samfunnsutviklingen og den politiske retningen som det demokratiske flertall ønsker. ⁶⁷ Offentlig regulering og fleksibilitet i lovverket er unektelig en nødvendighet i et moderne samfunn. ⁶⁸ Dette gjelder også reguleringer med tilbakevirkende kraft. ⁶⁹ Hensynet til lovgivers handlefrihet og handlingsrom er forankret i maktfordelingsprinsippet og demokratiet. ⁷⁰ Lovgiver har, innenfor Grunnlovens rammer, frihet til å oppheve, redusere og endre de rettighetene og pliktene private har i kraft av alminnelig lovgivning, jfr. Grl. §§ 49 og 75. Behovet for å iverksette slike endringer kan eksempelvis oppstå som følge av en økonomisk krise, regjeringsskifte, teknologisk utvikling, konvensjonsforpliktelser, miljøforandringer mv. ⁷¹

På denne bakgrunn fremstår det som tydelig at samfunnshensyn og lovgivers handlefrihet har en sentral rolle i vurderingen etter Grl. § 97. Tilbakevirkningsforbudet kan som nevnt ikke tolkes absolutt på det økonomiske området. I så tilfelle ville «myndighetenes bruk av lovgivning som virkemiddel og redskap i reguleringen av et samfunn under stadig utvikling» blitt underlagt så vidtgående begrensninger, at staten ville blitt handlingslammet i møte med nye utfordringer. ⁷² Staten er til for borgerne. I et langsiktig perspektiv vil en så omfattende begrensning av lovgivers tildelte kompetanse være til de privates ugunst.

Samfunnshensyn og lovgivers behov for handlefrihet hadde sentral betydning i blant annet Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). Ved vurderingen av om tidsbegrensningen av strukturkvoteordningen var i strid med tilbakevirkningsforbudet, ble «hensynet til å opprettholde et spredt og likeverdig eierskap» og «hensynet til å markere fiskeriressursene

⁶⁶ Rt. 2007 s. 1281 (114).

⁶⁷ Høgberg s. 100.

⁶⁸ Smith s. 489.

⁶⁹ Høgberg s. 90.

⁷⁰ *Op.cit.* s. 100.

⁷¹ Smith s. 468.

⁷² Høgberg, *Tolkingar av Grunnlova 2013*, s. 372-373.

som fellesskapets eiendom» pekt på som en del av den samfunnsmessige begrunnelsen for endringen.⁷³ Flertallet fremhevet at «staten bør ha atskillig handlefrihet til å regulere innholdet i fiskeflåtens rammevilkår» og at dette «må igjen virke inn på styrken av grunnlovsvernet».⁷⁴ Mindretallet var enige i at «myndighetenes behov for handlefrihet» generelt sett har betydning, men påpekte at endringer i retten til strukturkvoter bare kan skje «innenfor de rammer § 97 oppstiller».⁷⁵ Mindretallet mente at samfunnshensynene regjeringen hadde begrunnet tilbakevirkningen med måtte tillegges «begrenset vekt» og kom samlet sett fram til at det ikke forelå sterke samfunnshensyn for tilbakevirkningen.⁷⁶

2.3 Oppsummering

Som nevnt bygger tilbakevirkningsforbudet på individuelle hensyn, men også hensynet til lovgivers handlefrihet og samfunnet. Det er nødvendig å foreta en *avveining* av samtlige interesser, for at tilbakevirkningsforbudet skal virke etter sitt formål. Hensynet til forutberegnelighet, trygghet og innrettelse kan ikke vektlegges i så stor utstrekning at tilbakevirkningsforbudet blir absolutt.⁷⁷ Hensynet til individet må balanseres mot statens behov for handlefrihet og samfunnsmessige hensyn. Denne balanseringen er grunnleggende for all eiendomsbeskyttelse og har stor betydning for normvalget etter Grl. § 97.⁷⁸ Dette vil jeg redegjøre nærmere for i kapittel 4.

⁷³ Rt. 2013 s. 1345 (219) og (134), jfr. St.meld. nr. 21 (2006-2007) s. 112-114.

⁷⁴ Avsnitt 131.

⁷⁵ Avsnitt 213.

⁷⁶ Avsnitt 220 og 226.

⁷⁷ Høgberg s. 90.

⁷⁸ Solheim 2010 s. 36 og 59.

3 Grunnvilkår – en oversikt

3.1 Innledning

Ordlyden i Grl. § 97 gir i seg selv sparsom anvisning på rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet. På bakgrunn av rettspraksis og teori oppstiller Benedikte M. Høgberg fire vilkår for anvendelsen av tilbakevirkningsforbudet.⁷⁹ Kravet til tilbakevirkning, lov, skade og årsakssammenheng er absolutte minimumsvilkår. Utenfor strafferettens område er det ikke tilstrekkelig at disse er oppfylt for å konstatere at en lov er i strid med tilbakevirkningsforbudet.⁸⁰ Det må i tillegg foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering som avgjør om tilbakevirkningen er i strid med Grl. § 97. Høgbergs inndeling av vilkårene er etter mitt skjønn en hensiktsmessig og dekkende fremstilling av tilbakevirkningsforbudets rekkevidde. I dette kapitlet vil jeg ta utgangspunkt i tilsvarende innfallsvinkel.

Jeg vil innledningsvis si noen ord om domstolenes prøvelsesrett og prøvingsintensitet, før jeg redegjør generelt for hva som skal til for at lovgivning, som griper inn i økonomiske rettsposisjoner, kommer i strid med tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97. I tillegg til de ovennevnte minimumsvilkår og supplerende helhetsvurdering, vil jeg ta for meg kravet til en rettslig vernet rettsposisjon.

3.2 Grunnlovens voktere - kort om domstolenes prøvelsesrett

Det er domstolenes oppgave å påse at lovgivningen holder seg innenfor Grunnlovens ramme.⁸¹ Domstolenes kompetanse til å prøve lovers grunnlovsmessighet har hjemmel i konstitusjonell sedvanerett.⁸² I vårt rettssystem er prøvingskompetansen en naturlig følge av at Grunnloven er *lex superior* og del av den positive rett.⁸³ I andre rettssystemer er prøvingskompetansen tillagt egne konstitusjonsdomstoler.⁸⁴ I Rt. 1976 s. 1 P (Kløfta) uttalte

⁷⁹ Høgberg s. 146.

⁸⁰ *Op.cit.* s. 147.

⁸¹ Andenæs/Fliflet s. 350.

⁸² *Op.cit.* s. 345. Se også Rt. 1976 s. 1 (s. 5).

⁸³ Smith s. 79 og 313.

⁸⁴ Tyskland, Østerrike, Italia.

Høyesterett at «hvis anvendelsen av en lov fører til resultater som er i strid med grunnloven, vil domstolene måtte bygge sin avgjørelse på den regel som følger av grunnloven, ikke på lovbestemmelsen». ⁸⁵ Det ble videre slått fast at domstolene ikke bare har en prøvelsesrett, men en «prøvelsesplikt». ⁸⁶ Hvis det er nødvendig, skal domstolene av eget tiltak vurdere om Grunnloven er trådt for nær. ⁸⁷

Domstolenes prøvingsintensitet er et spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstolene, og i hvor stor utstrekning domstolene skal og bør sette sin egen forståelse av loven foran lovgiverens. ⁸⁸ Prøvingsintensiteten vil kunne variere avhengig av hvilket rettsområde man befinner seg på og hvilke type rettigheter som vurderes. I Kløfta-dommen uttalte Høyesterett følgende:

«Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet, antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmaktens arbeidsmåte eller innbyrdes kompetanse, mener jeg ... at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.» ⁸⁹

Dette betyr at domstolsprøvelsen vil være sterkere dersom det gjelder bestemmelser til vern om den personlig frihet eller sikkerhet, enn hvis det er økonomiske rettigheter som vurderes opp mot Grunnloven. Økonomiske rettigheter er gitt et svakere grunnlovsvern. Begrunnelsen må være at lovgiver har et stort behov for handlefrihet, og private må derfor i større utstrekning akseptere at det gjøres inngrep i økonomiske rettigheter enn deres personlige frihet og sikkerhet. ⁹⁰

Denne tredelingen og relativiseringen av grunnlovsvernet er blitt fulgt opp i senere høyesterettsdommer. ⁹¹ Inndelingen har imidlertid blitt kritisert i juridisk teori og av Høyesterett selv for å være lite nyansert, lite fleksibel, grov og lite velbegrunnet. ⁹² Det er

⁸⁵ Rt. 1976 s. 1 (s. 5).

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* Se også Tvisteloven § 11-3 første punktum.

⁸⁸ Mæhle s. 273.

⁸⁹ Rt. 1976 s. 1 (s. 5-6).

⁹⁰ Smith s. 374.

⁹¹ *Ibid.* Jfr. Rt. 1996 s. 1415 (s. 1429), Rt. 2007 s. 1281 (73-75), Rt. 2010 s. 143 (138).

⁹² Benedikte M. Høgberg, *Statsrett: Kort forklart*, Oslo 2013 s. 79. Smith s. 374-375. Rt. 1996 s. 1415 (s. 1429).

usikkert hvor stor gjennomslagskraft læren har fått, eller kan få, for utfallet i tilbakevirkningssaker på det økonomiske området.⁹³ Dette gjelder særlig med tanke på domstolenes evne og vilje til å sette sin egen tolkning av Grunnloven foran lovgiverens.⁹⁴

3.3 Vilkår

3.3.1 Kravet til en rettslig vernet rettsposisjon

Grl. § 97 gjør seg gjeldende på alle rettsområder. Flere høyesterettsavgjørelser gir imidlertid uttrykk for at det ikke er like opplagt at private vil inneha en beskyttelsesverdig interesse på alle rettsområder, heller ikke overalt på det økonomiske.⁹⁵ På bakgrunn av rettspraksis kan det utledes et vilkår om en ”rettslig vernet rettsposisjon”, for at inngrep i etablerte rettsposisjoner skal kunne rammes av tilbakevirkningsforbudet.⁹⁶ Den private må inneha en rettighet eller rettsposisjon som etter sin *art* nyter vern etter Grl. § 97. Det er naturlig å se hen til rettsposisjonens grunnlag for å vurdere om den er av en slik art tilbakevirkningsforbudet verner.

Rettigheter og rettsposisjoner kan ha ulike grunnlag som lov, avtale, sedvane, hevd mv. Vurderinger av grunnlovsvernet for rettigheter som bygger på avtale eller rettsstiftende institutter som sedvane og hevd, vil i hovedsak dreie seg om det er *tilstrekkelig bevist* at den private innehar en rett som nyter vern mot tilbakevirkende lovgivning.⁹⁷ Dette problematiseres sjeldent i rettspraksis.⁹⁸ Grunnlovsvernet for etablerte rettsposisjoner som bygger på lovbestemmelser synes imidlertid å stå i en særstilling, og problematiseres i enkelte tilbakevirkningssaker. I det følgende vil jeg presentere to høyesterettsavgjørelser som belyser innholdet av vilkåret til en rettslig vernet rettsposisjon i slike tilfeller.

⁹³ Smith s. 376-377. Se også Inge Loranger Backer, *Loven – hvordan blir den til?*, Oslo 2013 s. 103-104.

⁹⁴ Smith s. 329-330. Solheim 2014 s. 3. Høgberg, *Statsrett: Kort forklart* 2013 s. 78 flg.

⁹⁵ Benedikte M. Høgberg, «Tilbakevirkningsforbudet – mer enn én rettsregel?», *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej Bedste...*, Oslo 2006 s. 317-330 (s. 328-329).

⁹⁶ Se Rt. 1996 s. 1415, Rt. 2013 s. 1345.

⁹⁷ I Rt. 1962 s. 369 (s. 372-380) var det spørsmål om gullklausulene i låneavtalene var «reelle». Se Tvisteloven § 21-2 om bevisvurdering generelt.

⁹⁸ I tilbakevirkningssaker hvor rettigheter har grunnlag i odell eller festeavtaler er det ikke problematisert jfr. Rt. 1971 s. 889, Rt. 1990 s. 284, Rt. 2007 s. 1281.

I Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen) var det spørsmål om etablerte trygderettigheter hadde en rettslig karakter som var vernet etter Grl. § 97. Førstvoterende, som representerte flertallet, uttalte at «utgangspunktet og hovedregelen [må være] at lovbestemte økonomiske ytelser fra det offentlige for fremtiden kan falle bort eller begrenses gjennom ny lovgivning uten hinder av Grunnloven § 97.»⁹⁹ Flertallet mente likevel at det må gjøres unntak for rettigheter som har «et fundament og en karakter ut over det at de er forankret i konkrete lovregler som tilsier at de må stå i en annen og sterkere stilling når det gjelder grunn lovsvern».¹⁰⁰ Flertallet mente ektefelle tillegg til alderspensjon var en rettighet som var vernet etter Grl. § 97. Sett hen til den innrettelse og forventning pensjonsordningen la opp til, var det «etablert posisjoner det ikke kan stå lovgiver fritt å rukke.»¹⁰¹ For annenvoterende, som var i mindretall, var det imidlertid avgjørende at «[r]etten til slike ytelser avhenger av de til enhver tid gjeldende lovbestemmelser» og at «[d]et beror på lovgivers vurdering om slike rettigheter skal utvides, opprettholdes eller innskrenkes.»¹⁰² Etter mindretallets syn var ikke Borthens rett til ektefelle tillegg til alderspensjon av en slik art Grl. § 97 verner, og uttalte at «det for slike trygderettigheter ikke blir plass for noen prøvelse etter Grunnloven § 97 av senere lovendringer.»¹⁰³ Selv om dommerne hadde ulike begrunnelser for sitt resultat, var det enighet om at den aktuelle lovendringen ikke var i strid med Grl. § 97.

I Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) var det spørsmål om Volstad-rederiet hadde oppnådd en rettslig vernet rettsposisjon ved tildelingen av tidsubegrensede strukturkvoter i 2005. Flertallet slo fast at «en endring i regelverket om regulering av fisket innebærer i utgangspunktet ikke et inngrep i en rett som er beskyttet av Grunnloven».¹⁰⁴ Dette begrunnes blant annet med at tildeling av strukturkvoter er avhengig av lovbestemt tillatelse fra offentlig myndighet, herunder basert på forvaltningens frie skjønn, og at de forventninger som er skapt om tildeling av slike kvoter er av politisk og ikke rettslig karakter.¹⁰⁵ Flertallet vurderte dernest om det forelå et «særskilt forhold» som likevel skulle tilsi at rettsposisjonen hadde rettslig vern etter Grl. § 97.¹⁰⁶ Etter en totalvurdering kom flertallet til at rederiets etablerte rettsposisjon var vernet etter Grl. § 97. Det avgjørende var at strukturvoteordningen forutsatte gjensidighet, at

⁹⁹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1425).

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Rt. 1996 s. 1415 (s. 1434).

¹⁰³ *Ibid.* Annenvoterende var imidlertid åpen for at det i «ekstreme tilfeller» kunne tenkes at endringer i trygdellovgivningen ville rammes av Grunnloven, jfr. s. 1436.

¹⁰⁴ Rt. 2013 s. 1345 (70), med henvisning til Rt. 1961 s. 554.

¹⁰⁵ Avsnitt 67 og 70.

¹⁰⁶ Avsnitt 73-78.

det forelå klare paralleller til avtale, og at tildeling av strukturvoter og kondemnering samt avkall på fiskekvoter måtte ses på som koordinerte ledd i samme tiltak.¹⁰⁷ Mindretallet kom også frem til at rederiet hadde en rettslig vernet rettsposisjon, dog basert på en noe bredere vurdering, med utgangspunkt i rettighetens innhold, fundament og karakter jfr. Rt. 1996 s. 1415 (Borthen).¹⁰⁸

Både Borthen- og Volstad-dommen gir uttrykk for at det må foreligge noe særskilt, ut over det at rettighetene er basert på lovbestemte regler eller ordninger, for at vilkåret om en rettslig vernet rettsposisjon skal være oppfylt.¹⁰⁹

Bakgrunnen for at offentlige tillatelser og lovbestemte økonomiske rettigheter synes å stå i en særstilling i forhold til Grl. § 97, er at tilbakevirkningsforbudet som utgangspunkt ikke står i veien for offentlig regulering. Både trygde- og fiskerirettens område er preget av omfattende regulering. Økonomiske rettigheter som bygger på lov kan, som utgangspunkt, uten videre falle bort eller innskrenkes når loven oppheves eller endres.¹¹⁰ Det er også naturlig at det offentlige skal ha mulighet til å frata rettigheter eller endre særordninger som de selv har tildelt eller opprettet.¹¹¹ Privates forventninger som utelukkende baserer seg på at den politiske agenda forblir uendret, har ikke rettslig vern etter Grunnloven.

På den andre siden bærer etableringen av både pensjons- og strukturvoteordningen, i henholdsvis Borthen- og Volstad-dommen, preg av at de private skal kunne innrette seg i stor grad. Høyesteretts argumentasjon synes å bygge på at de private hadde en *legitim forventning* om at vilkårene for tildeling eller ordningene ikke ville bli endret for dem. I tillegg hadde de *innrettet seg i betydelig grad* som følge av dette. Dette utgjorde noe ”særskilt”, utover det at rettighetene hadde grunnlag i lov. Det kan slutes at reelle hensyn som innrettelse, behovet for vern og særlig legitime forventninger, er avgjørende for om det foreligger en rettslig vernet rettsposisjon.

I lys av det foregående kan det konkluderes med at tilbakevirkende lovgivning som gjør inngrep i etablerte rettsposisjoner med grunnlag i avtale mv., som hovedregel vil rammes av

¹⁰⁷ Avsnitt 74-78.

¹⁰⁸ Avsnitt 165-182.

¹⁰⁹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1425), Rt. 2013 s. 1345 (73).

¹¹⁰ Smith s. 489.

¹¹¹ Høgberg s. 260.

Grl. § 97 såfremt det kan bevises at den private innehar en slik rett. For at inngrep i etablerte rettsposisjoner med grunnlag i lov, offentlige tillatelser o.l skal rammes av tilbakevirkningsforbudet kreves det imidlertid noe mer i form av innrettelse, behov for vern og legitime forventninger.

3.3.2 Tilbakevirkningsvilkåret

Ordlyden «tilbakevirkende Kraft» i Grl. § 97 gir en klar antydning om at det må foreligge tilbakevirkende elementer ved lovgivningen, hvis det skal være aktuelt å sette loven til side. Det er således et, nokså selvsagt, vilkår at loven må være tilbakevirkende på en eller annen måte.¹¹²

Tilbakevirkning vil typisk foreligge der en ny lov knytter rettsvirkninger til eldre handlinger eller begivenheter som har funnet sted forut for loven.¹¹³ I rettspraksis og juridisk teori er slike tilfeller ansett for å være i kjerneområdet av tilbakevirkningsforbudet. Juridisk teori betegner ofte dette som ”egentlig tilbakevirkning”.¹¹⁴

Det er tradisjon for å vurdere tilbakevirkningsvilkåret selvstendig og uavhengig av om den eventuelle tilbakevirkning må anses å være strid med Grunnloven eller ikke.¹¹⁵ Dette gjenspeiles blant annet i Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole). Høyesterett innledet med å ta stilling til om endringene i skatte- og avgiftslovgivningen hadde tilbakevirkende kraft for kjøreskolen. Det var enighet om at lovens overgangsbestemmelser om tilbakeføring av merverdiavgift på personkjøretøy, som kjøreskolen hadde fradragført 6 måneder før den nye loven ble vedtatt, hadde tilbakevirkende kraft. Ifølge Høyesterett forelå det utvilsomt en tilbakevirkning, ettersom «[o]vergangsbestemmelsen knyttet dermed i realiteten merverdiavgift til en anskaffelse som på anskaffelsestidspunktet var avgiftsfri.»¹¹⁶ Tilbakevirkningsvilkåret var oppfylt, ettersom den nye loven knyttet rettsvirkninger til

¹¹² Benedikte M. Høgberg, «Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt-2010-143 (Rederiskattesaken)», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010 s. 694-744 (s. 699).

¹¹³ Fliflet 2005 s. 398.

¹¹⁴ Carl August Fleischer, «Grunnlovens § 97», *Jussens Venner*, 1975 s. 183-251 (s. 190).

¹¹⁵ Høgberg s. 195.

¹¹⁶ Rt. 2006 s. 293 (49).

handlinger kjøreskolen hadde foretatt forut for loven. Høyesterett unnlot å vurdere lovligheten av tilbakevirkningen her, men gikk i stedet over til å drøfte skadevilkåret.

Ordlyden avklarer ikke om tidspunktet for lovens vedtakelse, kunngjøring eller ikrafttreden vil være avgjørende, dersom det er tvil om loven faktisk virker tilbake.¹¹⁷ Høyesterett har imidlertid gitt uttrykk for at Grl. § 97 ikke krever at loven må være kunngjort,¹¹⁸ men at loven kan virke allerede fra vedtakelsestidspunktet.¹¹⁹ Dette medfører at en lov som anvendes på handlinger som er foretatt etter vedtakelsen, men før kunngjøringstidspunktet, etter omstendighetene vil kunne gå klar av tilbakevirkningsforbudet.¹²⁰

Tilbakevirkningsvilkåret vil også kunne være oppfylt dersom en ny lov for fremtiden gjør inngrep i etablerte rettigheter eller rettsposisjoner, såkalt ”uegentlig tilbakevirkning”.¹²¹ Det tilbakevirkende elementet ved slik lovgivning, er at rettighetene eller rettsposisjonen allerede er etablert forut for loven. Lovgivning som for fremtiden svekker eller fratrar den private etablerte rettsposisjon, vil også kunne rammes av tilbakevirkningsforbudet. Dette er imidlertid ansett for å være utenfor kjerneområdet i tilbakevirkningsforbudet.¹²²

At tilbakevirkningsforbudet pålegger lovgiver å respektere tidligere stiftede rettigheter, fremgår blant annet av Borthendommen.¹²³ På lik linje med Arves Trafikkskole opprettholder Høyesterett her et skille mellom tilbakevirkning og den rettsstridige tilbakevirkning. Saken gjaldt retten til fremtidige trygdeytelser. Ved lov av 21. desember 1990 nr. 80 ble vilkårene for tildeling av ektefelle tillegg til alderspensjon i folketrygdloven endret.¹²⁴ Det ble innført behovsprøving basert på den trygdedes egen inntekt.¹²⁵ Lovendringen medførte at Borthen, som mottok ektefelle tillegg etter de gamle reglene, mistet retten til ektefelle tillegg fra og med mai 1991. Flertallet presiserte at inngrepet i saken:

«medfører ikke at det knyttes nye byrder til tidligere handlinger, men at lovendringen for fremtiden svekker rettslige posisjoner ... Det er klart at også slike inngrep i etablerte

¹¹⁷ Fliflet 2005 s. 406.

¹¹⁸ Rt. 2004 s. 357 (13). For straff vil imidlertid kunngjøring være avgjørende etter EMK art. 7.

¹¹⁹ Rt. 1953 s. 965 (s. 969-970).

¹²⁰ Rt. 2004 s. 357 (12-13). Smith s. 447. Andenæs/Fliflet s. 473.

¹²¹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1424). Fleischer s. 190. Fliflet 2005 s. 398-399.

¹²² Fremgår indirekte av Rt. 2010 s. 143 (153). Se også Smith s. 451 og 487.

¹²³ Rt. 1996 s. 1415. Andenæs/Fliflet s. 443.

¹²⁴ Folketrygdloven § 7-7 tredje ledd jfr. §7-8 A.

¹²⁵ *Ibid.*

rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene, blant annet under hensyn til karakteren av de posisjoner som berøres og de nærmere virkninger av endringene, vil kunne rammes av Grunnloven § 97».¹²⁶

Hensynet til innrettelse, forutberegnelighet og likhet tilsier at etablerte rettsposisjoner, i en viss utstrekning, også bør vernes etter Grl. § 97.

I lys av det foregående er det klart at Grl. § 97 omfatter både egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Hvorvidt den konkrete tilbakevirkning faller i den ene eller den andre kategorien er således uten betydning for oppfyllelsen av tilbakevirkningsvilkåret. Tilbakevirkningens art vil imidlertid kunne få betydning for styrken av grunnlovsvernet. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 4.

3.3.3 Tilbakevirkning gjennom «Lov»

Grl. § 97 sier at ingen «Lov» må gis tilbakevirkende kraft. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at formelle lover, vedtatt i den form Grl. §§ 49 og 76-79 foreskriver, klart omfattes. En slik snever forståelse av tilbakevirkningsforbudets anvendelsesområde ville imidlertid gjort det mulig for myndighetene å omgå forbudet i stor utstrekning.¹²⁷ Våre skrevne rettsregler blir i størst omfang gitt av Regjeringen og departementene som forskrifter.¹²⁸ Det er nødvendig at delegert lovgivning også omfattes av tilbakevirkningsforbudet for at de privates rettssikkerhet skal kunne ivaretas på en tilstrekkelig måte.

Det er derfor enighet om at tilbakevirkningsforbudet må tolkes utvidende, slik at det retter seg mot alle former for lovgivningsvirksomhet. Dette følger av sikker praksis og formålsbetraktninger.¹²⁹ Tilbakevirkningsforbudet omfatter formelle lover, provisoriske anordninger, skattebeslutninger, vedtak truffet ved kongelig resolusjon, samt forskrifter vedtatt med hjemmel i lov eller stortingsbeslutninger.¹³⁰

¹²⁶ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1424).

¹²⁷ Høgberg s. 148.

¹²⁸ Jan Fridthjof Bernt, «Lovgivning», *Store norske leksikon*, <http://snl.no/lovgivning> 17.02.14.

¹²⁹ Smith s. 446.

¹³⁰ Andenæs/Fliflet s. 443. Høgberg s. 150 og 153.

Det er noe tvilsomt om tilbakevirkningsforbudet omfatter utenlandsk lovgivning og folkerettslige reguleringer som ennå ikke er inkorporert i norsk rett.¹³¹ Det er likevel grunn til å anta at internasjonale forpliktelser og folkeretten må være underlagt de samme begrensningene som norsk lovgivning, når det gjelder å forby tilbakevirkning. Hensynet til de privates rettsikkerhet gjør seg gjeldende med like stor tyngde uavhengig av om et nasjonalt eller internasjonalt organ har vedtatt loven. Dette taler for at Grl. § 97 også omfatter utenlandsk lovgivning.

3.3.4 Til ugunst eller skade

Det er sikker rett at Grl. § 97 kun gjelder retroaktiv lovgivning som er til ugunst eller skade.¹³² Ordlydens generelle utforming gir på ingen måte uttrykk for at forbudet kun retter seg mot negativ tilbakevirkning. Det er imidlertid slått fast i rettspraksis. I Arves Trafikkskole uttalte Høyesterett at «[p]aragraf 97 retter seg bare mot tilbakevirkning som er til skade».¹³³

Den innskrenkende tolkningen av tilbakevirkningsforbudet, begrunnes med at bestemmelsen er satt for å verne private mot myndighetsmisbruk og urettferdighet.¹³⁴

Tilbakevirkningsforbudet tar derfor ikke sikte på å forby retroaktiv lovgivning som er til de privates gunst. Tilbakevirkende lovgivning som setter borgerne i en gunstigere eller tilsvarende rettsstilling, kan vanskelig sees som et overgrep fra myndighetene.

Innskrenkingen må også ses på bakgrunn av lovgivers handlefrihet. Den bør ikke begrenses mer enn nødvendig.¹³⁵

Høyesterett har ikke uttrykkelig, eller på generelt grunnlag, slått fast at skade eller ugunst er et absolutt vilkår i tilbakevirkningsvurderingen. Rettspraksis synes imidlertid å forutsette at et slikt vilkår foreligger.¹³⁶ I Arves Trafikkskole tok Høyesterett først stilling til om lovgivningen var til skade for den private, før det ble foretatt en helhetsvurdering av

¹³¹ Høgberg s. 148-149. Se Rt. 1934 s. 152 (Tysk lov kunne ikke gis tilbakevirkende kraft), Rt. 1937 s. 888 (Amerikansk lov kunne gis tilbakevirkende kraft).

¹³² Smith s. 445.

¹³³ Rt. 2006 s. 293 (50).

¹³⁴ Høgberg s. 172.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Høgberg s. 172-173.

tilbakevirkningens grunnlovsmessighet.¹³⁷ Tilsvarende rekkefølge og tilnærming fremgår av Rederibeskatningsdommen og mindretallet i Volstad-dommen.¹³⁸ Dette tilsier at skade eller ugunst er et vilkår etter Grl. § 97, som må påvises for at det overhodet skal bli aktuelt å foreta en skjønsmessig helhetsvurdering. Det har heller aldri hendt at en lov er blitt tilsidesatt etter Grl. § 97 uten at den tilbakevirkende loven har vært til skade eller ugunst.¹³⁹

I tilbakevirkningssaker kan skade eller ugunst innebære både økonomisk og ikke-økonomisk tap.¹⁴⁰ På det økonomiske rettsområdet vil naturligvis skade i form av økonomisk tap være det helt sentrale. Det bemerkes likevel at tap av retten til å drive et bestemt yrke, tap av odelsrett, og tap av stilling eller renommé, er eksempler på ikke-økonomiske tap som kan være en konsekvens av tilbakevirkende lovgivning på det økonomiske området.¹⁴¹ Jeg vil ikke gå nærmere inn på dette.

Økonomisk tap vil kunne oppstå ved at tilbakevirkende lovgivning etablerer en betalingsplikt, eller medfører redusert inntektsgrunnlag og/eller omsetning ved at rettigheter med økonomisk verdi innskrenkes eller faller bort.¹⁴² Et krav om at det økonomiske tapet må være av en viss størrelsesorden for at Grl. § 97 skal komme til anvendelse, kan ikke utledes av rettspraksis. I Rederibeskatningsdommen uttalte førstvoterende at «den nøyaktige storleiken på skatteskjerpinga ikkje er avgjerande for saka.»¹⁴³ I Arves Trafikkskole ble det også uttalt at størrelsen på tapet «uansett [må] ha begrenset betydning ved grunnlovsvurderingen.»¹⁴⁴ Dette tilsier at selve konstateringen av et økonomisk tap vil være tilstrekkelig for at vilkåret om skade eller ugunst anses oppfylt.¹⁴⁵ På den andre siden kan tapets størrelse få betydning i helhetsvurderingen, som en indikasjon på tilbakevirkningens alvorlighetsgrad.¹⁴⁶

Det tas utgangspunkt i en individuell vurdering for å konstatere om skadevilkåret er oppfylt.¹⁴⁷ Dette betyr at tapsvurderingen baseres på de negative økonomiske konsekvensene lovgivningen har for den private. Andre indirekte følger, deriblant hvilke fordeler

¹³⁷ Rt. 2006 s. 293 (50-56).

¹³⁸ Rt. 2010 s. 143 (130-136), Rt. 2013 s. 1345 (184-188).

¹³⁹ Høgberg s. 173.

¹⁴⁰ *Op.cit.* s. 176.

¹⁴¹ *Op.cit.* s. 184.

¹⁴² *Op.cit.* s. 181-182.

¹⁴³ Rt. 2010 s. 143 (134).

¹⁴⁴ Rt. 2006 s. 293 (76).

¹⁴⁵ Høgberg s. 181 og 183.

¹⁴⁶ *Op.cit.* s. 183.

¹⁴⁷ Rt. 2006 s. 293 (50), Rt. 2010 s. 143 (155).

lovgivningen har for den private, inngår ikke i denne tapsvurderingen hvor vilkåret til skade eller ugunst som sådan skal konstateres.¹⁴⁸ Slike momenter vil imidlertid, på lik linje med tapets størrelse, ha betydning når det skal foretas en helhetlig vurdering av lovens grunnlovsmessighet.¹⁴⁹

3.3.5 Årsakssammenheng

Tilbakevirkningsforbudet gjelder kun lovgivning som er til skade. Det må foreligge årsakssammenheng mellom den tilbakevirkende lovgivningen og skaden.¹⁵⁰ Dette betyr at det økonomiske tapet som er lidt, må ha oppstått som følge av den tilbakevirkende lovgivningen, og ikke andre begivenheter eller den private egne disposisjoner.

Utgangspunktet for vurderingen av årsakskravet er betingelseslæren.¹⁵¹ Betingelseslæren innebærer at det må kunne konstateres at den tilbakevirkende lovgivningen var en nødvendig betingelse for det økonomiske tapet som er lidt. Hvis det økonomiske tapet hadde oppstått uavhengig av lovgivningen, vil ikke årsakskravet være oppfylt.

Det er få tilbakevirkningssaker som berører vilkåret om årsakssammenheng.¹⁵² Dette kan ikke tas til inntekt for at vilkåret ikke eksisterer eller er uten betydning, men heller at det sjelden er problematisk eller usikkert. Det vil som oftest indirekte fremgå av Høyesteretts domspremisser at det foreligger årsakssammenheng, særlig når skadevilkåret vurderes. I Arves Trafikkskole presiserte Høyesterett at det er naturlig å ta utgangspunkt i «den bestemmelsen som virker tilbake» for å avgjøre om tilbakevirkningen er til skade.¹⁵³ Deretter ble det konstatert at denne bestemmelsen innebar at «Arves Trafikkskole må betale tilbake rundt 40.000 kroner».¹⁵⁴ Selv om Høyesterett ikke sa det uttrykkelig, ble det med dette påvist en klar årsakssammenheng mellom pengene som måtte tilbakeføres (det økonomiske tapet) og overgangsbestemmelsen.

¹⁴⁸ Se Rt. 2013 s. 1345 hvor flertallet i avsnitt 110-120 og mindretallet i avsnitt 203-209 vurderer betydningen av indirekte følger i helhetsvurderingen.

¹⁴⁹ Se også Rt. 2006 s. 293 (55).

¹⁵⁰ Høgberg s. 186-187.

¹⁵¹ *Op.cit.* s. 189. Eks. på betingelseslæren i Rt. 1992 s. 64 (s. 69-70).

¹⁵² Høgberg, *TJR* 2010 s. 701.

¹⁵³ Rt. 2006 s. 293 (53).

¹⁵⁴ *Ibid.*

3.3.6 Helhetsvurdering

Som nevnt er det nødvendig, men ikke tilstrekkelig at vilkårene til rettslig vernet rettsposisjon, lov, tilbakevirkning, skade og årsakssammenheng er oppfylt for å konstatere grunnlovsstridig tilbakevirkning på det økonomiske området. Hvorvidt det foreligger en ulovlig tilbakevirkning må avgjøres ved en konkret helhetsvurdering eller nærmere avveining.¹⁵⁵ Selv om det er dissens i Høyesterett og statsrettsteoretikere ikke er helt enige om hvordan helhetsvurderingen skal gjennomføres, herunder hvilken vurderingsnorm som skal legges til grunn, er det enighet om at spørsmålet om det foreligger rettsstridig tilbakevirkning må avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering hvor alle relevante momenter, argumenter og hensyn må tas i betraktning.¹⁵⁶

¹⁵⁵ Høgberg, *TJR* 2010 s. 702. Skoghøy s. 271.

¹⁵⁶ *Ibid.* Se kapittel 4.

4 Ulike normmodeller for helhetsvurderingen

4.1 Normvalgets kval

I juridisk teori har det lenge versert en debatt om det rettslige innholdet av Grl. § 97, hvor særlig tilbakevirkningsnormen har vært et sentralt tema. Det er utviklet fem normmodeller for helhetsvurderingen av tilbakevirkningsspørsmålet, som i større eller mindre utstrekning har fått gjennomslag i rettspraksis.¹⁵⁷ I det følgende vil jeg kort redegjøre for de fem normmodellene; rettighetsmodellen, rettsregelmodellen, standardmodellen, interesseavveiningsmodellen og forholdsmessighetsmodellen.

Rettighetsmodellen innebærer at det er enkelte rettigheter, såkalte «velervervede rettigheter», som den private ikke kan fratras ved tilbakevirkende lovgivning.¹⁵⁸ Rettighetsmodellen synes å ha vært avgjørende for vurderingen av Grl. § 97 i fordums tid. I Rt. 1890 s. 455 var det spørsmål om en lovendring av 1884, som krevde bevilling for salg av vin under 50 flasker, kunne gjøres gjeldende overfor en handelsmann. Han hadde ervervet retten til å bedrive småsalg av vin i 1872, da det ikke var påkrevd med slik bevilling. Høyesterett påpekte at denne rettigheten var forbundet med «økonomiske ofre» og hadde medført «personlige Byrder og Forpligtelser».¹⁵⁹ Fratakelsen av en slik rettighet «kunde paaføre ham et ganske betydeligt Tab».¹⁶⁰ Høyesterett kom på denne bakgrunn frem til at tilbakevirkende lovgivning som gjør inngrep i rettigheter, som var «af væsentlig Betydning», var i strid med Grl. § 97.¹⁶¹ I Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen) og Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim) var det spørsmål om henholdsvis «betraktninger om ikkebetalt ytelse» og «betalings- og opptjeningselementet» ved de ulike pensjonstypene hadde betydning for den økonomiske rettsposisjonens vern etter Grl. § 97.¹⁶² Hvorvidt den økonomiske rettsposisjonen var ervervet gjennom *personlig innsats* eller ikke, ble ikke ansett for å være avgjørende for om tilbakevirkningen var i strid med Grl. § 97. Dette taler for at Høyesterett nå har forlatt tilnærmingen om at det kun er «velervervede

¹⁵⁷ Skoghøy s. 271.

¹⁵⁸ Høgberg s. 254.

¹⁵⁹ Rt. 1890 s. 455 (s. 456).

¹⁶⁰ *Op.cit.* s. 456-457.

¹⁶¹ *Op.cit.* s. 456.

¹⁶² Rt. 1996 s. 1415 (s. 1427). Rt. 1996 s. 1440 (s. 1451).

rettigheter» som er beskyttet mot tilbakevirkende lovgivning. Teorien beveget seg etter hvert bort fra rettighetsperspektivet, og over til et rettsregelperspektiv.¹⁶³

Etter rettsregelmodellen er Grl. § 97 betraktet som en rettsregel. Denne kan spaltes opp i faste enkeltregler, hvis innhold vil variere fra rettsområde til rettsområde.¹⁶⁴ Høyesterett har uttalt at en slik tilnærming forutsetter at «man [må] undersøke de ulike rettsområder, som strafferett, erstatningsrett og skatterett, og forsøke å stille opp faste regler for hvilken tilbakevirkning som er tillatt, og hvilken som er forbudt.»¹⁶⁵ På denne måten vil tilbakevirkningsforbudet «gis et mer presist innhold på spesielle rettsområder».¹⁶⁶ På strafferettens område er det eksempelvis antatt at tilbakevirkningsforbudet utgjør et absolutt forbud når det gjelder nykriminalisering, skjerpelse av strafferammen og straffens art.¹⁶⁷ Videre er det antatt at det må legges til grunn en streng norm på erstatningsrettens område.¹⁶⁸ Overgangen mellom rettighets- og rettsregelmodellen har vært flytende, ettersom vurderingen av om det foreligger en velervervet rettighet, i stor grad også beror på hvilket rettsområde man befinner seg på.¹⁶⁹

Den tredje modellen, standardmodellen, skiller seg betraktelig fra rettsregelmodellen, men representerer likevel ingen skarp motsetning.¹⁷⁰ Teorien beveget seg mot et mer samfunnsrettet perspektiv.¹⁷¹ Etter standardmodellen er det avgjørende at tilbakevirkningsforbudet gir uttrykk for et rettferdighetsprinsipp.¹⁷² Vurderingen av tilbakevirkningsspørsmålet kan derfor ikke avgjøres ved å oppstille faste regler. Det må foretas en helhetsvurdering av den tilbakevirkende lovens virkninger, hvor den urimelige eller urettferdige tilbakevirkning vil være i strid med Grl. § 97.¹⁷³ Ved at tilbakevirkningsforbudet regnes som en rettslig standard, vil vurderingen kunne endres over tid i takt med samfunnsendringer, behov, og gjeldende verdioppfatninger.¹⁷⁴ Standardmodellens klare gjennomslag kom ved plenumsdommen inntatt i Rt. 1996 s. 1415 (Borthen). Flertallet anså

¹⁶³ Høgberg s. 257.

¹⁶⁴ Andenæs/Fliflet s. 446.

¹⁶⁵ Rt. 2006 s. 293 (58).

¹⁶⁶ *Op.cit.* avsnitt 59.

¹⁶⁷ *Op.cit.* avsnitt 61. Skoghøy s. 277.

¹⁶⁸ *Op.cit.* avsnitt 61. Høgberg s. 270-271.

¹⁶⁹ Høgberg s. 256.

¹⁷⁰ Fleischer s. 199.

¹⁷¹ Høgberg, *Statsrett: Kort forklart* 2013 s. 117.

¹⁷² Andenæs/Fliflet s. 446.

¹⁷³ Høgberg, *Statsrett: Kort forklart* 2013 s. 116.

¹⁷⁴ Bugge s. 75.

vurderingen etter Grl. § 97 som et spørsmål om den tilbakevirkende lovgivningen var «klart urimelig eller urettferdig».¹⁷⁵ På denne måten presiserte Høyesterett det nærmere innholdet av standarden, ved å oppstille en understandard eller vurderingsnorm.¹⁷⁶ Vurderingsnormen fungerer som en avveiningsmarkør for rettsanvendelsesskjønnet.¹⁷⁷ «Klart urimelig eller urettferdig»-normen er senere lagt til grunn av Høyesterett i Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim), Rt. 2006 s. 262 (Enkepensjon), mindretallet i Rt. 2010 s. 143 P (Rederibeskatning), samt flertallet i Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). Hva som er avgjørende for valget av denne vurderingsnormen kommer jeg nærmere tilbake til i kapittel 4.2.

En rettslig standard må ikke nødvendigvis baseres på urettferdighet eller urimelighet.¹⁷⁸ Standardmodellen kan være et utgangspunkt for utforming av ulike vurderingsnormer.¹⁷⁹ Flertallet i Rt. 2006 s. 143 P (Arves Trafikkskole) og Rt. 1962 s. 369 P (Gullklausul II) anså vurderingen etter Grl. § 97 som et spørsmål om den tilbakevirkende lovgivningen var tilstrekkelig begrunnet i henholdsvis «sterke samfunnsmessige hensyn» og «samfunnets vitale interesser». Flertallet i Rt. 2010 s. 143 P (Rederibeskatning) og mindretallet i Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) tok også utgangspunkt i at det må foreligge «sterke samfunnsmessige hensyn» for at en tilbakevirkende lov skal gå klar av tilbakevirkningsforbudet. Vurderingsnormen har en motsatt tilnærming til tilbakevirkningsforbudet enn «klart urimelig eller urettferdig»-normen. Etter «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen er det tilbakevirkningens *lovlighet* som må påvises, mens det er tilbakevirkningens *ulovlighet* som må påvises etter «klart urimelig eller urettferdig»-normen. Hva som er avgjørende for valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn» kommer jeg tilbake til i kapittel 4.3.

De to siste modellene som er oppstilt i juridisk teori er interesseavveinings- og forholdsmessighetsmodellen.¹⁸⁰ Modellene må kunne anses som avarter av standardmodellen. På lik linje med standardmodellen tas det utgangspunkt i en helhetsvurdering av den tilbakevirkende lovens virkninger.¹⁸¹ Det oppstilles imidlertid ingen særskilt vurderingsnorm. Tilbakevirkningsspørsmålet avgjøres i stedet på bakgrunn av en åpen interesseavveining eller

¹⁷⁵ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1430).

¹⁷⁶ Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Oslo 2005 s. 391.

¹⁷⁷ *Op.cit.* s. 392.

¹⁷⁸ Høgberg s. 283.

¹⁷⁹ *Op.cit.* s. 290.

¹⁸⁰ Skoghøy s. 271. Høgberg s. 299-313.

¹⁸¹ Rt. 2007 s. 1281 (99).

forholdsmessighetsvurdering.¹⁸² Rt. 2007 s. 1281 P (Ullern Terrasse) er et eksempel på at Høyesterett tok utgangspunkt i en interesseavveining for å vurdere om endringene i tomtefesteloven § 33, som ga festerne rett til å kreve eldre tomtefesteavtaler forlenget «på same vilkår som før», var i strid med Grl. § 97.¹⁸³ Høyesterett mente det måtte foretas en helhetsvurdering av lovens virkninger hvor hensynet til festerne «må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.»¹⁸⁴ Årsaken til at Høyesterett tok utgangspunkt i en åpen interesseavveining framfor en vurderingsnorm er naturlig sett hen til at lovendringen var avgjørende for to private parters interesse i samme eiendom og gjorde inngrep i festeavtalen de hadde inngått seg imellom.¹⁸⁵

Det foreligger imidlertid ingen avgjørelser hvor Høyesterett uttrykkelig tilkjenner at det tas utgangspunkt i en ren forholdsmessighetsvurdering for å avgjøre om det foreligger grunnlovsstridig tilbakevirkning.¹⁸⁶ Høyesteretts avveininger i enkelte tilbakevirkningssaker bærer likevel preg av forholdsmessighetsbetraktninger.¹⁸⁷ En forholdsmessighetsvurdering vil i dette henseende ta sikte på å avklare balanseforholdet mellom inngrepets formål og virkemiddel. Dersom virkemiddelet ikke er egnet eller nødvendig for å realisere formålet, foreligger det et uforholdsmessig inngrep. Denne uforholdsmessigheten kan tale for at tilbakevirkningen er i strid med Grl. § 97. I Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole) ble overgangsordningens virkninger og dets mål om å «motvirke avgiftstilpasning og konkurransevridning» veid opp mot hverandre i vurderingen av om det forelå sterke samfunnsmessige hensyn.¹⁸⁸ At en vurdering med utgangspunkt i normen «sterke samfunnsmessige hensyn» inneholder forholdsmessighetsbetraktninger bekreftes også i senere avgjørelser.¹⁸⁹ I Rt. 2010 s. 143 P (Rederibeskatning) sier Høyesterett at vurderingsnormen legger opp til «ei momentbasert interesseavveining der også ei *samhøvevurdering* spelar inn.»¹⁹⁰ Det samme må gjelde for vurderinger med utgangspunkt i vurderingsnormen «klart urimelig eller urettferdig». Dette bekreftes av flertallet i Rt. 2013 s.

¹⁸² Skoghøy s. 271.

¹⁸³ Lov 02.07.2004 nr. 63 § 33.

¹⁸⁴ Rt. 2007 s. 1281 (99). Se også Rt. 2007 s. 1306 hvor Høyesterett kom til samme resultat med lik begrunnelse.

¹⁸⁵ Rt. 2007 s. 1281 (101).

¹⁸⁶ Høgberg s. 304.

¹⁸⁷ Rt. 2006 s. 293 (74-76). Rt. 1962 s. 369 (s. 385).

¹⁸⁸ Rt. 2006 s. 293 (75-76).

¹⁸⁹ Rt. 2013 s. 1345 (189).

¹⁹⁰ Rt. 2010 s. 143 (150), min kursivering.

1345 P (Volstad) som sier at en konkret forholdsmessighetsvurdering «naturlig inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig.»¹⁹¹

De ulike normmodellene har enkelte fellestrekk. Samtlige modeller vektlegger i større eller mindre grad; det konkrete rettsområdet man befinner seg på, hva slags type rettsposisjon eller rettighet det gjøres inngrep i, lovens formål og tilbakevirkningens styrke.¹⁹² Uenigheten står om hvilken relativ vekt disse momentene skal tillegges og hva som må være avgjørende for om tilbakevirkningen går klar av tilbakevirkningsforbudet eller ikke.¹⁹³

I nyere teori er det uttalt at rettighetsmodellen nå bør overlates til rettshistorien,¹⁹⁴ mens rettsregelmodellen fremdeles synes å være anvendelig på de mer spesielle rettsområdene.¹⁹⁵ Det kan konkluderes med at standardmodellen er den tilnæringsmåten som synes å være mest dominerende i tilbakevirkningspraksis på det økonomiske området de siste årene. Som nevnt har Høyesterett, med utgangspunkt i standardmodellen, oppstilt to ulike vurderingsnormer for grunnlovsprøvingen, nemlig «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn».

I det følgende vil jeg se nærmere på avgjørelser som er egnet til å belyse hvilke faktorer som styrte Høyesteretts normvalg forut for avgjørelsen inntatt i Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad). Jeg vil først ta for meg avgjørelser som har vurdert tilbakevirkningsspørsmålet opp mot «klart urimelig eller urettferdig»-normen, før jeg ser på avgjørelser som har tatt utgangspunkt i «sterke samfunnsmessige hensyn»-normen.

¹⁹¹ Rt. 2013 s. 1345 (99).

¹⁹² Mads T. Andenæs, Ingeborg Wilberg, *Grunnloven: kommentarutgave*, Oslo 1983 s. 132.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Eivind Smith, «Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?», *Lov og Rett* 2013 s. 488-499 (s. 489).

¹⁹⁵ Strafferetten, erstatningsretten.

4.2 Standarden : «Klart urimelig eller urettferdig»

I Rt. 1996 s. 1415 P (Borthen) la flertallet til grunn at spørsmålet om tilbakevirkende lovgivning, som griper inn i etablerte rettsposisjoner på trygderettens område, er i strid med tilbakevirkningsforbudet vil bero på om lovgivningen er «klart urimelig eller urettferdig».¹⁹⁶ Flertallet uttalte at Grl. § 97 oppstiller «et forbud, som vel kan gis et mer presist innhold på spesielle rettsområder, men som ellers, blant annet på det rettsområdet vi her er på, må anses for å rette seg mot særlig urimelig eller urettferdig tilbakevirkning.»¹⁹⁷ Spørsmålet blir videre hvorfor flertallet mente standarden i Grl. § 97 måtte tillegges akkurat dette innholdet på trygderettens område.

Flertallet tok eksplisitt stilling til hvilken vurderingsnorm som måtte legges til grunn, og innledet med å se på de *hensyn* som er vesentlige for fastleggelsen av trygderettigheters vern etter Grl. § 97. Flertallet uttalte at folketrygden skal gi «trygghet og forutberegnelighet for levestandard og økonomi» i situasjoner der trygdede ikke selv kan skaffe seg arbeidsinntekt, og påpekte at dette er selve grunnlaget for slike rettigheters grunnlovsvern.¹⁹⁸

Grunnlovsvernet for slike rettsposisjoner vil øke jo mer ny lovgivning tilsidesetter individuelle hensyn som trygghet, forutberegnelighet og innrettelse.¹⁹⁹ Flertallet avviste at grunnpensjonen har et svakt eller ikke-eksisterende vern etter Grl. § 97 fordi rettsposisjonen ikke forutsetter innbetaling av trygdeavgift.²⁰⁰

På den andre siden fremhevet flertallet at «[t]ungtveiende hensyn som tilsier en betydelig frihet for lovgiver til å kunne foreta endringer i folketrygdens rettigheter» også utgjør en sentral del av grunnlovsvurderingen.²⁰¹ Flertallet anså det som «åpenbart» at lovgiver må kunne foreta «vidtgående endringer i folkepensjonens rettigheter og ytelser» dersom samfunnsøkonomien vesentlig forverres.²⁰² Lovgivers handlefrihet på trygderettens område er imidlertid ikke begrenset til slike krisetiltak. Flertallet uttalte at «lovgivers adgang til å gripe

¹⁹⁶ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1430). Det var ingen dissens, men dommerne hadde ulike begrunnelser for sitt resultat jfr. kapittel 3.3.1.

¹⁹⁷ *Op.cit.* s. 1426.

¹⁹⁸ *Op.cit.* s. 1427.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1428).

²⁰² *Ibid.*

inn må gå vesentlig videre enn dette».²⁰³ Lovgivers vidtgående adgang til å gripe inn i etablerte rettsposisjoner på trygderettens område ble begrunnet med at Stortinget, i kraft av Grl. § 75 bokstav a og d, har kontroll over statens inntekter og utgifter. Flertallet påpekte at folketrygden utgjør hele 1/3 av statens samlede utgifter. Dette viser at lovgivers behov for handlefrihet på området er helt nødvendig. Omfattende begrensninger på lovgivningskompetansen vil kunne stride med de hensyn Grl. § 75 bokstav a og d er satt til å ivareta. Flertallet understreket at «dette må ha betydelig tyngde ved fastleggelsen av den skranke Grunnloven § 97 her setter.»²⁰⁴ Videre fremhevet flertallet viktigheten av å «kanalisere offentlige midler dit det er størst behov for dem».²⁰⁵ Dersom lovgiver ikke skal ha mulighet til å foreta endringer, vil ikke velferdsstaten kunne fungere etter sitt formål.

Det fremgår ikke uttrykkelig av domspremissene at flertallet her foretok en avveining av de sentrale motstående hensyn. Likevel var hensynet til lovgivers handlefrihet noe mer fremtredende i argumentasjonen. I tillegg uttalte flertallet at dette hensynet er «tungtveiende» og at hensynet bak Grl. § 75 bokstav a og b har «betydelig tyngde».²⁰⁶ Dette taler for at flertallet mente trygderettigheters vern etter Grl. § 97 generelt sett er noe svakt ettersom lovgiver har, og må ha, betydelig handlefrihet på rettsområdet.

Etter å ha vurdert styrken av trygderettigheters grunnlovsværn på bakgrunn av relevante hensyn, gikk flertallet videre til å se nærmere på selve vurderingsnormen. Det ble vist til eldre juridisk teori som forutsetter at tilbakevirkning er i strid med Grl. § 97 dersom relevante hensyn tilsier at lovgivningen utgjør et «overgrep».²⁰⁷ Flertallet bemerket at overgrepsstandarden «vil variere fra rettsfelt til rettsfelt ..., over tid og med skiftende samfunnsforhold».²⁰⁸ Det ble deretter henvist til tredelingen av grunnlovsværnet i Kløftadommen som gir en anvisning på hvor mye som skal til for at en lov er grunnlovsstridig.²⁰⁹ Flertallet uttalte at denne tredelingen er «grunnleggende riktig» slik at økonomiske rettigheter har et svakere grunnlovsværn enn rettigheter som gjelder personlig frihet eller sikkerhet.²¹⁰ I denne forbindelse uttalte flertallet at det ikke er grunnlag for å sidestille trygderettigheters

²⁰³ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1428).

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1429).

²⁰⁹ *Ibid.* Se også kapittel 3.2 om Rt. 1976 s. 1.

²¹⁰ *Ibid.*

vern etter Grl. § 97 «med vernet for personlig frihet eller sikkerhet» slik Borthen hadde anført.²¹¹ Dette ble begrunnet med at hensynet til lovgivers handlefrihet må tillegges betydelig vekt i vurderingen av trygderettigheters grunnlovsværn. Ved vurderingen av grunnlovsværnet for rettigheter som gjelder personlig frihet eller sikkerhet, vil derimot individuelle hensyn være det sentrale, mens hensynet til lovgivers handlefrihet kommer i bakgrunnen. Dette taler for at flertallet la til grunn at trygderettigheter nyter tilnærmet samme ”moderate” grunnlovsværn som andre økonomiske rettigheter.

Flertallet bemerket avslutningsvis at teoriens angivelse av normen etter Grl. § 97 med ordet «overgrep» ville være lite anvendelig ved vurdering av tilbakevirkningsspørsmål i praksis, og at «en avgivelse av normen til å gjelde «klart urimelig eller urettferdig» tilbakevirkning» ville være mer adekvat.²¹² Flertallet anså dermed vurderingen etter Grl. § 97 som et spørsmål om den tilbakevirkende lovgivningen er «klart urimelig eller urettferdig».²¹³

Vurderingsnormen angir en høy terskel for å konstatere grunnlovsstridig tilbakevirkning. Flertallet oppsummerte bakgrunnen for normvalget ved følgende uttalelse:

«[P]å dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 bokstav a og d, være vesentlig. Det vil bare være de kvalifiserte eller åpenbare tilfeller av urimelighet og urettferdighet som kan rammes.»²¹⁴

I lys av det foregående kan det slutes at balanseringen av de individuelle hensyn, herunder behovet for trygghet samt forutberegnelighet, og hensynet til lovgivers handlefrihet var sentralt for å avklare hvor sterkt vern trygderettigheter nyter etter Grl. § 97. Om den konkrete rettsposisjon nyter et sterkt eller svakt vern etter Grunnloven vil være avgjørende for normvalget. Flertallets slutning var at trygderettigheter nyter et moderat grunnlovsværn og at lovgiver må ha betydelig handlefrihet på området. Hensynet til lovgivers behov for handlefrihet ble ansett for å være mer tungtveiende enn hensynet til de trygdede. Førstvoterende uttalte at «[a]nvendelsen av standarden må reflektere ... dette, og selv om pensjonistenes interesse i trygghet for levestandard er viktig, kan jeg ikke se at den når lenger

²¹¹ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1429).

²¹² *Op.cit.* s. 1430.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

enn til en beskyttelse mot det klart urimelige eller urettferdige.»²¹⁵ Det kan derfor synes som at normvalget ble basert på en innledende avveining av de sentrale hensyn bak bestemmelsen.

Rt. 1996 s. 1440 P (Thunheim) ble avsagt samme dag som ovennevnte avgjørelse og omhandlet også trygderettigheters vern mot tilbakevirkende lovgivning. Saken handlet om grunnlovsmessigheten av endringer ved den såkalte ”knekkpunktregelen” som medførte at det ikke kunne opptjenes like høye pensjonspoeng som før.²¹⁶ Thunheims tilleggspensjon ble redusert som følge av omregningen etter de nye reglene. Flertallet uttalte at «[s]elve normen ved den nærmere, konkrete vurdering av spørsmålet om tilbakevirkningsforbudet i Grunnloven er gått for nær, [måtte] være den samme for tilleggspensjon som for grunnpensjon» og tok derfor utgangspunkt i den normen som ble utformet i Borthendommen. Spørsmålet om tilbakevirkningen var i strid med Grl. § 97 måtte derfor bero på om overgangsregelen var «klart urimelig eller urettferdig».²¹⁷

Flertallet ga ingen særskilt begrunnelse for sitt normvalg, men henviste til førstvoterendes utførlige behandling av de «felles og grunnleggende spørsmål om grunnlovsvernet for folketrygdens pensjonsrettigheter» i Borthendommen.²¹⁸ Dette taler for at hensynet til Stortingets forvaltning av statens økonomi etter Grl. § 75 a og d samt lovgivers behov for handlefrihet på trygderettens område også ble tillagt størst vekt i nærværende sak. At grunnlovsvernet må fastsettes etter en avveining av relevante hensyn, slik det ble gjort i Borthendommen, bekreftes ved flertallets uttalelse om at prøvelsen av overgangsregelens grunnlovsmessighet må skje «i lys av vår tids samfunnsforhold hvor hensynet til vern for den enkelte må veies mot lovgivers behov for handlefrihet.»²¹⁹ I likhet med Borthendommen synes det som at en innledende avveining av de grunnleggende hensyn var avgjørende for normvalget.

I Rt. 2001 s. 762 (Bjørnenak) var det spørsmål om en lovendring i reglene for beskatning av personinntekt, som ble gitt virkning for inntektsåret 1995, var i strid med Grl. § 97.²²⁰ Høyesterett slo fast at slik tilbakevirkning innenfor samme kalenderår ikke strider mot Grl. §

²¹⁵ Rt. 1996 s. 1415 (s. 1431).

²¹⁶ Rt. 1996 s. 1440 (s. 1441-1442).

²¹⁷ *Op.cit.* s. 1452.

²¹⁸ *Op.cit.* s. 1447.

²¹⁹ *Ibid.* Se også Høgberg s. 291.

²²⁰ Lov 08.12.1995 nr. 73 endret skatteloven § 61 nr. 3 i Lov 18.08.1911 nr. 8.

97. Dette fulgte allerede av langvarig praksis på inntektsskattens område og Høyesterett så «ingen grunn til at nærværende endring ikke skulle vurderes etter denne vanlige norm.»²²¹ Likevel ble det i et obiter dictum henvist til vurderingsnormen «klart urimelig eller urettferdig» i Borthendommen. Høyesterett uttalte at:

«Også innen skatteområdet vil dette etter min mening være et riktig utgangspunkt. Utformingen av skattesystemet må baseres på politiske valg og vurderinger av hvordan skattebyrden best kan fordeles. Stortinget bør ha stor frihet her».²²²

Høyesterett underbygget normens overførbarhet med at trygdellovgivningen er «et felt som i likhet med skattelovgivningen gjelder borgernes forhold til Stortingets beslutninger innen en bred økonomisk sektor av stor velferdspolitisk betydning» og mente derfor det ville være naturlig å ta utgangspunkt i tilsvarende norm på skatterettens område.²²³ Senere høyesterettsavgjørelser har imidlertid modifisert denne obiteruttalelsen betraktelig og det er per i dag ikke grunnlag for å hevde med sikkerhet at normen «klart urimelig eller urettferdig» vil være et naturlig utgangspunkt for å avgjøre tilbakevirkningsspørsmål på skatterettens område.²²⁴ På den andre siden bør det likevel bemerkes at Høyesterett her begrunnet normvalget med tilsvarende argumenter som flertallet benyttet i Borthen- og Thunheimdommen. Hensynet til lovgivers handlefrihet og dets behov for vidtgående reguleringskompetanse vedrørende statens økonomi måtte tillegges betydelig vekt på inntektsskattens område. Derfor var det etter Høyesteretts syn naturlig å ta utgangspunkt i en streng norm, slik at borgernes beskyttelse etter Grl. § 97 ikke skulle strekke seg lenger enn til det klart urimelige eller urettferdige.

I Rt. 2005 s. 855 (Allseas I) var det spørsmål om en bestemmelse om skattesats i forskrift om summarisk fellesoppgjør fra 1997 kunne gjøres gjeldende overfor selskapets manglende lønnsinnberetninger for 1992 og 1993 uten hinder av Grl. § 97. Høyesterett viste til obiteruttalelsen i Bjørnenak-dommen, men fremhevet at «situasjonen [er] noe annerledes» ved summarisk fellesoppgjør.²²⁵ Høyesterett påpekte at forskriften medførte at det ble knyttet

²²¹ Rt. 2001 s. 762 (s. 767).

²²² *Op.cit.* s. 767-768.

²²³ *Op.cit.* s. 767.

²²⁴ Verken Rt. 2005 s. 855, Rt. 2006 s. 293 eller Rt. 2010 s. 143 fulgte opp dette standpunktet.

²²⁵ Rt. 2005 s. 855 (67-68).

økte byrder «til selskapets manglende lønnsinnberetninger flere år tidligere».²²⁶ Høyesterett tok derfor ikke utgangspunkt i «klart urimelig eller urettferdig»-normen for å avgjøre tilbakevirkningsspørsmålet. Høyesterett oppstilte heller ingen alternativ vurderingsnorm. Tilbakevirkningsspørsmålet ble i stedet avgjort på bakgrunn av en avveining av forskriftens formål og hensynet til arbeidsgiveren. Høyesterett uttalte at formålet om å «avløse en tungvint og lite praktisk behandlingsmåte» ikke kunne være avgjørende sett hen til at forskriften førte til «resultater som kan fremstå som noe tilfeldige eller vilkårlige».²²⁷ Dette taler for at hensynet til forutberegnelighet og likhet ble tillagt avgjørende vekt i saken. Høyesterett konkluderte med at anvendelsen av forskriftens skattesatser var i strid med Grl. § 97.²²⁸

Begrunnelsen for at Høyesterett ikke valgte å ta utgangspunkt i «klart urimelig eller urettferdig»-normen synes å være at lovgivers behov for handlefrihet var lite fremtredende. Individuelle hensyn stod mer sentralt ettersom det var tale om å knytte nye og økte byrder til eldre handlinger.²²⁹ Dette omtales gjerne som ”egentlig tilbakevirkning” og er i kjerneområdet av Grl. § 97.²³⁰ Det skal mye til for å tillate slik tilbakevirkning. Det var derfor ikke grunnlag for å ta utgangspunkt i en like streng norm som ble oppstilt i Borthen- og Thunheimdommen.

Rt. 2006 s. 262 (Enkepensjon) gjaldt retten til etterlattepensjon for fraskilt ektefelle. Reglene for tildeling av slik pensjon ble endret og gjort gjeldende for de pensjonstilfeller som inntreffer etter ikrafttredelsen.²³¹ Den ankende enken oppfylte ikke lenger aldersvilkåret for tildeling av slik pensjon etter endringen, og mente de nye reglene ikke kunne gjøres gjeldende overfor henne. Spørsmålet var om overgangsbestemmelsen var i strid med Grl. § 97. Høyesterett la til grunn at spørsmålet om det forelå grunnlovsstridig tilbakevirkning måtte bero på om inngrepet var «klart urimelig eller urettferdig».²³² Spørsmålet blir videre hvorfor Høyesterett mente standarden etter Grl. § 97 måtte tillegges dette innholdet.

Høyesterett innledet med å vise til Borthen- og Thunheimdommen og fremhevet at avgjørelsene fastslår at standardteorien og normen «klart urimelig eller urettferdig» er

²²⁶ Avsnitt 68.

²²⁷ Avsnitt 69-70.

²²⁸ Avsnitt 71.

²²⁹ Avsnitt 68.

²³⁰ Jfr. kapittel 3.3.2.

²³¹ Ikr. 01.01.1993, Lov 04.07.1991 nr. 47 § 86 jfr. § 94 nr. 3.

²³² Rt. 2006 s. 262 (82).

avgjørende på trygderettens område.²³³ Høyesterett påpekte imidlertid at noen rettigheter «vil etter omstendighetene ha et sterkere vern mot inngrep enn andre» og viste til Rt. 1962 s. 332 (Statspensjon) som fastslo at statspensjonister «har en økonomisk særrett til pensjon».²³⁴ I denne forbindelse vurderte Høyesterett om den ankendes status som fraskilt enke etter et medlem i SPK kunne medføre et sterkere grunnlovsværn enn andre trygderettigheter. Høyesterett fremhevet at selve årsaken til at statspensjonen nyter et sterkere grunnlovsværn er at det er en nær sammenheng mellom «medlemmets lønn, innskudd og pensjonsutbetaling»,²³⁵ mens overfor en enke etter et medlem i SPK vil det være en svak tilknytning «mellom en mulig fremtidig pensjon og hennes innsats».²³⁶ Dette forsterkes ytterligere dersom det er tale om fraskiltes rett til ektefellepensjon. Høyesterett konkluderte med at fraskilte statsenkers rettsposisjon ikke nyter et sterkere grunnlovsværn. Videre uttalte Høyesterett følgende:

«[L]ovgivningen om ektefellepensjon for fraskilte er nær knyttet til samfunnsutviklingen, og ... har et sosialpolitisk tilsnitt som tilsier at staten bør ha atskillig handlefrihet til å regulere pensjonsrettens innhold. Her kommer også inn forbeholdsklausulen i § 43 i lov om Statens Pensjonskasse, som ikke er uten betydning for statens handlefrihet på dette området».²³⁷

Høyesterett kom derfor frem til at spørsmålet om det forelå grunnlovstridig tilbakevirkning måtte bero på om inngrepet anses som «klart urimelig eller urettferdig».²³⁸ I likhet med Borthendommen foretok Høyesterett en vurdering av hvor sterkt grunnlovsværn den konkrete rettsposisjonen måtte ha etter GrL § 97 før det ble foretatt et normvalg. I dette tilfellet ble ikke den fraskilte statsenkens rett til ektefellepensjon ansett for å nyte noe sterkere grunnlovsværn enn andre trygderettigheter. Som Høyesterett påpekte må lovgiver ha *atskillig* handlefrihet på rettsområdet.²³⁹ Etter alt å dømme ble lovgivers behov for å tilpasse reglene for ektefellepensjon til samfunnsutviklingen tillagt større vekt enn enkens innrettelse og forventning om å få tildelt slik pensjon.²⁴⁰ Ektefellepensjonens usikre karakter ble dessuten fremhevet av Høyesterett.²⁴¹ Dette tilsier at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble

²³³ Avsnitt 74.

²³⁴ Avsnitt 75.

²³⁵ Avsnitt 77.

²³⁶ Avsnitt 78.

²³⁷ Avsnitt 81.

²³⁸ Avsnitt 82.

²³⁹ Avsnitt 81.

²⁴⁰ Avsnitt 90 og 93.

²⁴¹ Avsnitt 80 og 103.

tillagt mindre vekt. Det måtte derfor tas utgangspunkt i en streng norm for å avgjøre overgangsbestemmelsens grunnlovsmessighet. Høyesterett forholdt seg således lojale til den normen som ble oppstilt ti år tidligere på trygderettens område og fravek heller ikke de momenter som synes avgjørende for valg av grunnlovsnorm.

De fem avgjørelsene jeg har trukket frem illustrerer at det er ulike faktorer som styrer valget av normen «klart urimelig eller urettferdig» på det økonomiske området. I samtlige avgjørelser ble det foretatt en mer eller mindre eksplisitt avveining av de sentrale motstående hensyn for å konstatere hvor sterkt grunnlovsværnet den konkrete rettsposisjon har. Hvor stor vekt de ulike hensyn må tillegges avhenger av den konkrete rettighetens karakter, styrken av inngrepet, lovens formål og hvilket rettsområde man befinner seg på.

I samtlige avgjørelser, med unntak av Rt. 2005 s. 855 (Allseas I) som ikke tok utgangspunkt i normen «klart urimelig eller urettferdig», ble hensynet til lovgivers handlefrihet og behov for å tilpasse regelverket med samfunnsutviklingen tillagt størst vekt. Individuelle hensyn som innrettelse, forutberegnelighet og trygghet ble tillagt mindre vekt. I slike tilfeller vil retten velge en streng norm som understreker den friheten lovgiver må ha på det konkrete rettsområdet, økonomiske rettigheters moderate grunnlovsværnet og at det skal mye til for å konstatere grunnlovsstrid.

4.3 Standarden : «Sterke samfunnsmessige hensyn»

Første gang normen «sterke samfunnsmessige hensyn» i realiteten ble oppstilt av Høyesterett var i en plenumsdom inntatt i Rt. 1962 s. 369 (Gullklausul II). Saken omhandlet franske obligasjonseierers rett til å få oppgjør etter gullverdien på tidspunktet statslånene ble tatt opp i henhold til låneavtalenes gullklausuler. Ved lov av 15. desember 1923 ble bankenes gullinnløsningsplikt suspendert, noe som innebar at kontraktsforpliktelsene til å betale i gullverdi ble uvirksomme. Spørsmålet var om lovens anvendelse på de gamle låneavtalene var i strid med Grl. § 97.²⁴² Høyesterett konkluderte med at 1923-loven ikke var i strid med Grl. § 97. Høyesterett uttalte at obligasjonseierne ikke kunne kreve å få oppfylt

²⁴² Lånene var tatt opp i begynnelsen av 1900-tallet (1896-1909).

kontraktsvilkår som er i uoverensstemmelse med «samfunnets vitale interesser».²⁴³

Formuleringen er ikke helt lik normen «sterke samfunnsmessige hensyn», men er etter sitt innhold så å si tilsvarende. Spørsmålet blir videre hva som var bakgrunnen for at Høyesterett avgjorde tilbakevirkningsspørsmålet med utgangspunkt i denne normen.

Den nye loven knyttet direkte rettsvirkninger til kontrakter som var inngått flere år forut for lovens vedtakelse. Slik tilbakevirkning er i kjerneområdet av Grl. § 97 og omtales gjerne som ”egentlig tilbakevirkning”.²⁴⁴ Det skal mye til for at slik lovgivning går klar av tilbakevirkningsforbudet. Etter andre verdenskrig var det nedgangstider i Norge, og statens økonomi var meget anstrengt. Gullklausuler var utbredt på denne tiden, og 1923-loven var et virkemiddel for å bøte på den økonomiske krisen og redde bankene i Norge. Høyesterett uttalte at en eventuell tilsidesettelse av denne loven samt oppfyllelsen av gullklausulene ville kreve «andre og større seddelmengder med derav følgende skadevirkninger for pengevesenet og for samfunnets økonomi i det hele» og at opprettholdelsen av slike klausuler ville «vanskeliggjør[e] eller kanskje umuliggjør[e] statsmyndighetenes bestrebelser for å opprettholde et ordnet og så vidt mulig stabilt pengevesen».²⁴⁵ Statens styringsbehov var således helt presserende.

Høyesteretts normvalg synes å være begrunnet i at lovens tilbakevirkning innebar et sterkt inngrep i obligasjonseierens rettsposisjon. Terskelen for å akseptere slik tilbakevirkning måtte derfor være høy. Høyesterett oppstiller også en snever adgang til å tillate slik tilbakevirkning, ved å kreve at lovgivningen må være begrunnet i «samfunnets vitale interesser». I denne saken var samfunnsøkonomien i en prekær situasjon. Hensynet til lovgivers handlefrihet og behov for å styre samfunnsøkonomien ble derfor tillagt avgjørende vekt, mens hensynet til obligasjonseierne ble tillagt mindre vekt. Lovendringen måtte ses på som et utslag av «samfunnets vitale interesser», og var derfor ikke i strid med Grl. § 97.

Avgjørelsen er etter mitt skjønn sterkt preget av den ekstraordinære situasjonen som forelå. Rettens normvalg og konklusjon synes til dels å være begrunnet ut fra konstitusjonelle nødrettsbetraktninger.²⁴⁶ Under normale omstendigheter ville nok Høyesterett kommet til

²⁴³ Rt. 1962 s. 369 (s. 385).

²⁴⁴ Se kapittel 3.3.2.

²⁴⁵ Rt. 1962 s. 369 (s. 385).

²⁴⁶ Se også Andenæs/Fliflet s. 502.

motsatt resultat. Avgjørelsen har således noe begrenset betydning for tolkningen av Grl. § 97. Den illustrerer likevel at inngripende tilbakevirkning på det økonomiske området vil kunne aksepteres såfremt det foreligger et tilstrekkelig stort samfunnsmessig behov for det.

I Rt. 2006 s. 293 P (Arves Trafikkskole) ble en kjøreskole etter en lovendring pålagt å tilbakeføre inngående merverdiavgift som var rettmessig fradragført, før denne loven ble vedtatt.²⁴⁷ Spørsmålet var om overgangsbestemmelsen som påla en tilbakeføringsplikt var strid med Grl. § 97.²⁴⁸ Flertallet uttalte at:

«en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. ... Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for».²⁴⁹

Spørsmålet blir videre hva som var avgjørende for at Høyesteretts flertall valgte å ta utgangspunkt i normen «sterke samfunnsmessige hensyn». Valget av vurderingsnorm ble oppstilt som et særskilt spørsmål i saken, og flertallet la til grunn at tilfellet måtte «bedømmes på samme måte som hvor en ny avgift blir lagt på en handling som tidligere var avgiftsfri».²⁵⁰ Dette kan indikere at flertallet vektla at det var tale om en type tilbakevirkning som var mer inngripende enn normalt.

Flertallet innledet med å se på om det forelå et absolutt forbud mot tilbakevirkning her, eller om spørsmålet om grunnlovsstrid måtte avgjøres på bakgrunn av en nærmere vurdering. Flertallet viste til rettspraksis på det økonomiske området som har anvendt både rettsregelmodellen og standardmodellen for å avgjøre om den gitte tilbakevirkning er i strid med Grl. § 97.²⁵¹ Det ble blant annet vist til trygderettens område hvor standarden «klart urimelig eller urettferdig» har dominert, samt handlingsskattens område hvor rettsregelmodellen har vært dominerende.²⁵² Flertallet uttalte at standardmodellen har vist seg å være mest anvendelig ved inngrep i etablerte rettigheter, mens der det knyttes nye byrder til

²⁴⁷ Lov 21.12.2001 nr. 113.

²⁴⁸ *Op.cit.* Del V andre ledd.

²⁴⁹ Avsnitt 72.

²⁵⁰ Avsnitt 57.

²⁵¹ Avsnitt 59.

²⁵² Avsnitt 59-60 og 64.

tidligere handlinger er tilbakevirkningen som regel ulovlig.²⁵³ Sett hen til tredelingen av grunnlovsvernet i Kløfta-dommen,²⁵⁴ uttalte flertallet følgende:

«Etter mitt syn tilsier disse utgangspunkter om Grunnlovens gjennomslagskraft at normen i § 97 åpner for mellomvarianter mellom et absolutt forbud og en helhetsvurdering hvor bare den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt. Gullklausul-dommen i Rt-1962-369 er et eksempel på en slik mellomvariant: Omfattende private økonomiske rettigheter måtte vike for tvingende samfunnsinteresser.»²⁵⁵

Flertallet la med dette til grunn at innholdet av Grl. § 97 ikke er begrenset til et absolutt forbud mot tilbakevirkning og et forbud mot tilbakevirkning som er «klart urimelig eller urettferdig». Det må være en mellomting mellom et absolutt vern mot tilbakevirkning etter rettsregelmodellen og et svakt vern mot tilbakevirkning etter standardmodellen. Gullklausul II ble trukket frem som et eksempel på at standarden i Grl. § 97 åpner for alternative vurderingsnormer der økonomiske rettigheter nyter et sterkt vern mot tilbakevirkende lovgivning. Et vern som strekker seg mye lenger enn til bare det klart urimelige eller urettferdige.

Flertallet presiserte deretter at kjøreskolen var fratatt en økonomisk rettighet og at overgangsbestemmelsen de facto «knytte[t] økonomiske byrder til en tidligere handling».²⁵⁶ Dette var etter flertallets syn et tilfelle hvor tilbakevirkningsforbudet står sterkt, men som likevel er utenfor dets innerste kjerne. Det var derfor ikke grunnlag for å oppstille et absolutt forbud mot tilbakevirkning, «[m]en fordi man er så nær kjerneområdet til § 97, må det mye til før en tilbakevirkning kan godtas».²⁵⁷ Etter en vurdering av tilbakevirkningens styrke og karakter synes flertallet å konkludere med at kjøreskolen nyter et sterkt vern etter Grl. § 97. Spørsmålet om grunnlovsstrid måtte derfor avgjøres på bakgrunn av en nærmere vurdering hvor terskelen for å tillate tilbakevirkning måtte være høy.

Flertallet foretok dernest en avveining av de relevante hensyn. Det ble påpekt at «[h]ensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov» måtte være tungtveiende, ettersom det var tale om å

²⁵³ Avsnitt 60.

²⁵⁴ Avsnitt 68.

²⁵⁵ Avsnitt 69.

²⁵⁶ Avsnitt 70.

²⁵⁷ *Ibid.*

knytte nye byrder «til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen».²⁵⁸ Videre ble det fremhevet at merverdiavgiftsloven gir uttrykk for at avgift skal svare etter de reglene som gjelder på leveringstiden, noe som gir borgerne en «særlig forventning» om at eventuelle lovendringer ikke skal kunne virke tilbake.²⁵⁹ Flertallet konkluderte med at hensynet til forutberegnelighet og endelig oppgjør måtte veie tungt og at generelle hensyn måtte vike. Flertallet mente lovgiver uansett ikke hadde et like stort behov for handlefrihet på dette området. Individuelle hensyn ble dermed tillagt stor vekt, mens hensynet til lovgivers handlefrihet ble tillagt mindre vekt. Denne avveiningen synes helt i tråd med tidligere avgjørelser om valg av vurderingsnorm.

Flertallet la til grunn at tilbakevirkningsspørsmålet måtte avgjøres på bakgrunn av normen «sterke samfunnsmessige hensyn».²⁶⁰ Begrunnelsen for normvalget synes å være at det forelå sterk grad av direkte tilbakevirkning og at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse måtte tillegges størst vekt ved interesseavveiningen. Kjøreskolen var sterkt vernet mot tilbakevirkende lovgivning. Det måtte derfor oppstilles en norm som kunne reflektere lovgivers begrensede behov for handlefrihet og den høye terskelen det må være for å tillate slik tilbakevirkning på det økonomiske området. Høyesterett oppstilte således en norm som unntaksvis tillater slik tilbakevirkning, men bare dersom det foreligger et stort nok samfunnsmessig behov for det. I denne saken ble det ikke påvist et slikt behov og overgangsordningen var følgelig i strid med Grl. § 97.

Mindretallet mente imidlertid at det ikke var grunnlag for å kreve verken «tungtveiende samfunnsmessige hensyn» eller klar urimelighet eller urettferdighet.²⁶¹ Etter mindretallets syn innebar ikke overgangsbestemmelsen et brudd på Grl. § 97, sett hen til «overgangsbestemmelsens sammenheng med selve lovendringen og dens begrunnelse, fradragsrettens særlige karakter og tilbakevirkningens begrensede omfang».²⁶²

Rt. 2010 s. 143 P (Rederibeskatning) gjaldt grunnlovsmessigheten av de overgangsreglene som fulgte ved omleggelsen av rederiskatteordningen i 2007. Etter 1996-ordningen var rederienes skipsfartsinntekter «fritatt for skatteplikt» så lenge rederiene ikke gikk ut av denne

²⁵⁸ Avsnitt 71.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Avsnitt 72.

²⁶¹ Avsnitt 100.

²⁶² *Ibid.*

ordningen.²⁶³ Etter 2007-ordningen ble skipsfartsinntektene gjort skattefrie med endelig virkning. For at rederiene skulle kunne gå over til den nye ordningen måtte de, i henhold til overgangsreglene, innbetale deler av den latente skatten på deres uskattede midler over en tiårsperiode. Spørsmålet var om overgangsordningen innebar tilbakevirkende skattlegging i strid med Grl. § 97. Høyesteretts flertall la til grunn at det måtte foreligge «sterke samfunnsmessige omsyn» for at slik tilbakevirkning skulle gå klar av tilbakevirkningsforbudet.²⁶⁴ I det følgende vil jeg redegjøre for hva som var avgjørende for flertallets normvalg.

I likhet med Arves Trafikkskole ble normvalget oppstilt som et særskilt spørsmål, og flertallet ga uttrykk for at de ville basere sitt normvalg på bakgrunn av nyere rettspraksis.²⁶⁵ Innledningsvis ble det derfor referert til Borthendommen og «klart urimelig eller urettferdig»-normen som ble lagt til grunn der. Flertallet fremhevet at nærværende sak ikke kunne sammenlignes med Borthendommen.²⁶⁶ Dette ble begrunnet med at lovendringen det var tale om i Borthendommen innebar en fremtidig svekkelse av den trygdedes rettsposisjon, mens «[i] vår sak er det tale om å fjerne den skattemessige fordel som var knytt til tidlegare opptente inntekter, nemlig retten til sjølv å avgjøre om og når skatteplikta under 1996-ordninga skulle inntre.»²⁶⁷ Etter flertallets syn hadde overgangsordningen derfor mer «karakter av å knytte nye byrder til tidlegare handlingar».²⁶⁸ Arves Trafikkskole var etter flertallets syn «sentral» og det ble inngående redegjort for rettens tilnærming til valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn» i den saken.²⁶⁹

Før flertallet foretok et selvstendig normvalg ble det knyttet noen oppsummerende bemerkninger til innholdet av Grl. § 97 på bakgrunn av tidligere rettspraksis.

«Spørsmålet om ei lov som knyter verknader til tidlegare hendingar eller grip inn i etablerte rettsposisjonar, er i strid med Grunnlova § 97, er avhengig av kor sterkt tilbakeverknadselementet er. Dersom lova direkte knyter tyngjande rettsverknader til eldre hendingar, er lova som hovudregel grunnlovsstridig. Om lova derimot berre gir reglar om

²⁶³ Avsnitt 1.

²⁶⁴ Avsnitt 154.

²⁶⁵ Avsnitt 137 og 139.

²⁶⁶ Avsnitt 142.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Avsnitt 146-150.

korleis ein etablert rettsposisjon skal utøvast for framtida, er hovudregelen den motsette. Mellom desse ytterpunkta finst det overgangsformer.»²⁷⁰

Etter flertallets syn hadde tilbakevirkningssituasjonen i nærværende sak «klare parallellar med tilfellet i Arves Trafikkskole.»²⁷¹ Dette ble begrunnet med at likningene og vilkårene for skattlegging, for årene fram til 2006, var fastlagt og endelige på det tidspunkt den nye skatteordningen ble vedtatt i 2007. Det var derfor «hendingar og disposisjonar som fann stad i tidlegare år, som her vart gjenstand for meir omfattande skattlegging» som følge av overgangsreglene.²⁷² I tillegg var det i likhet med Arves Trafikkskole tale om tilbakevirkning på «eit område der omsynet til innrettingsbehovet for næringa må vege tungt.»²⁷³ Flertallet konkluderte derfor med at «norma må liggje nær opp til den som vart nytta i Arves Trafikkskole.»²⁷⁴ Begrunnelsen for normvalget synes å være at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse var tungtveiende. Videre forelå det sterk grad av tilbakevirkning. Det var tale om en økt skatteleggelse av handlinger og begivenheter som hadde funnet sted i årene forut for lovendringen. Som det fremgår av Arves Trafikkskole er dette nær kjerneområdet til Grl. § 97, og det skal mye til for å tillate slik tilbakevirkning på det økonomiske området. Flertallet forholdt seg derfor lojale til normen Høyesterett hadde oppstilt i Arves Trafikkskole og la til grunn at det måtte foreligge «sterke samfunnsmessige omsyn» for å tillate tilbakevirkning. Etter en vurdering med utgangspunkt i ovennevnte norm konkluderte flertallet med at overgangsordningen utvilsomt var i strid med Grl. § 97.²⁷⁵

Mindretallet tok imidlertid utgangspunkt i «klart urimelig eller urettferdig»-normen og kom til at overgangsordningen ikke var i strid med Grl. § 97.²⁷⁶ Mindretallets normvalg synes i hovedsak å ha samme begrunnelse som flertallet i Borthendommen hadde for sitt normvalg. Etter mindretallets syn innebar ikke overgangsbestemmelsen at det ble knyttet nye byrder til tidligere handlinger, men at lovendringen for fremtiden svekket en etablert rettsposisjon. Mindretallet fremhevet også at «[o]mfanget av de alminnelige inntekts- og formuesskattene er av vesentlig betydning for det offentliges evne til å finansiere velferdssamfunnet» og at «[i]

²⁷⁰ Avsnitt 153.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Avsnitt 154.

²⁷⁵ Avsnitt 173 og 175.

²⁷⁶ Avsnitt 209 og 268.

likhet med hva som gjelder for trygderettigheter, tilsier dette tilbakeholdenhet ved overprøvingen av skattelovgivning av denne karakter».²⁷⁷

De tre avgjørelsene jeg her har trukket frem illustrerer at det er ulike faktorer som styrer valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn» på det økonomiske rettsområdet. I samtlige avgjørelser vurderes tilbakevirkningens styrke og karakter. I Gullklausul II, Arves Trafikkskole og Rederibeskatningsdommen innebar lovendringene at det ble knyttet nye byrder til tidligere handlinger eller begivenheter. Det skal mye til for å tillate slik tilbakevirkning på det økonomiske området. Den konkrete økonomiske rettsposisjon nyter et sterkt vern mot slik tilbakevirkende lovgivning. Hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ble tillagt stor vekt i disse sakene, mens hensynet til lovgivers handlefrihet ble tillagt mindre vekt. En norm som krever «sterke samfunnsmessige hensyn» for å tillate tilbakevirkende lovgivning på det økonomiske området, reflekterer lovgivers begrensede behov for handlefrihet og den høye terskelen det må være for å tillate slik tilbakevirkning.

²⁷⁷ Avsnitt 208.

4.4 Oppsummering av normvalget forut for Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad)

De domstolskapte normene «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn» har begge en streng utforming. Det skal mye til for å konstatere at en tilbakevirkende lov er «klart urimelig eller urettferdig» og dermed i strid med Grl. § 97. I de tilfeller Høyesterett faller ned på valget av denne normen nyter den økonomiske rettsposisjonen et svakt grunnlovsværn. Dette har sammenheng med at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse ofte er tillagt liten vekt i disse sakene, mens hensynet til lovgivers handlefrihet er tillagt stor vekt. Dersom det er tale om tilbakevirkende lovgivning som innebærer en fremtidig svekkelse av en etablert rettsposisjon, vil hensynsavveiningen typisk ha en slik vektfordeling. Slike tilfeller av tilbakevirkning befinner seg utenfor kjernen av Grl. § 97 og går som hovedregel klar av tilbakevirkningsforbudet. Det har faktisk aldri hendt at Høyesterett har tilsidesatt en lov etter Grl. § 97 fordi tilbakevirkningen etter rettens syn var «klart urimelig eller urettferdig».²⁷⁸

Det skal også mye til for å konstatere at en tilbakevirkende lov er tilstrekkelig begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn» og dermed ikke i strid med Grl. § 97. I de tilfeller Høyesterett faller ned på valget av denne normen nyter den økonomiske rettsposisjonen et sterkere grunnlovsværn. Bakgrunnen for dette er at hensynet til forutberegnelighet og innrettelse er tillagt stor vekt i hensynsavveiningen, mens hensynet til lovgivers handlefrihet er tillagt mindre vekt. En slik vektfordeling av de relevante hensyn vil typisk forekomme der den tilbakevirkende loven knytter nye byrder til tidligere handlinger eller begivenheter. Slike tilfeller av tilbakevirkning er nær kjerneområdet av Grl. § 97 og vil unntaksvis gå klar av tilbakevirkningsforbudet. I Arves Trafikkskole og Rederibeskatningsdommen ble det konstatert grunnlovsstrid, ettersom det ikke forelå «sterke samfunnsmessige hensyn» som begrunnet tilbakevirkningen. Gullklausul II viser derimot at tilbakevirkningsvernet ikke er absolutt, heller ikke vurdert etter denne normen.

Det kan på denne bakgrunn slutes at normvalget avhenger av ulike faktorer, deriblant lovens tilbakevirkende karakter, styrken av inngrepet, lovens formål og hvilket rettsområde man befinner seg på.

²⁷⁸ Smith, *LoR* 2013 s. 490.

5 Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad)

5.1 Sakens faktiske og rettslige bakgrunn

Saken gjaldt lovligheten av en tidsbegrensning i § 7 første ledd i endringsforskriften fra 2007 om strukturkvoteordning mv. for havfiskeflåten.²⁷⁹

Fiske- og fangstvirksomheten i den norske havfiskeflåten er per i dag regulert i eller med hjemmel i havressursloven og deltakerloven.²⁸⁰ Mengden fisk som kan fiskes av de ulike flåtene, og fartøyene som inngår i disse, reguleres i hovedsak gjennom ulike kvoteordninger som fastsettes av Nærings- og fiskeridepartementet.²⁸¹ Den norske havfiskeflåten har lenge vært preget av overkapasitet. Det har vært iverksatt flere tiltak fra statens side for å redusere antall fartøyer og oppnå en bedre tilpasning til ressursgrunnlaget.²⁸² Under Bondevik II regjeringen ble Forskrift om strukturkvoteordning mv. for havfiskeflåten (Strukturkvoteforskriften) vedtatt med hjemmel i Saltvannsfiskeloven § 5 a.²⁸³ Formålet med innføringen av strukturkvoteordningen var å «bidra til en tilpasning av den enkelte fartøygruppe til ressursgrunnlaget og et bedret driftsgrunnlag for det enkelte fartøy, ved å legge til rette for å redusere antall fartøy i gruppen».²⁸⁴ Den nye ordningen kom i stand etter nær dialog med næringen selv.

Strukturering innebærer at et rederi får tillatelse til å slå sammen ett av sine fartøys kvoter med ett eller flere andre fartøy «tilhørende samme rederi i samme fartøygruppe».²⁸⁵ For å få tildelt et annet fartøys kvoter som strukturkvote, må dette fartøyet kondemneres og meldes ut av registeret for fiskefartøy. I tillegg til dette må alle konsesjoner og deltakeradganger knyttet til det kondemnerte fartøyet oppgis.²⁸⁶ Ordningen var preget av frivillighet og gjensidighet. Fartøyet F/T Volstad, som eies av rederiet Volstad AS, tilhører Torsketrålflåten i havfiskeflåten. Volstad valgte å strukturere etter Strukturkvoteforskriften og kondemnerte

²⁷⁹ Forskrift nr. 586/2007.

²⁸⁰ Lov 06.06.2008 nr. 37 (tidligere Saltvannsfiskeloven 03.06.1983 nr. 40), Lov 26.03.1999 nr. 15.

²⁸¹ Tidligere Fiskeri- og Kystdepartementet.

²⁸² Rt. 2013 s. 1345 (12).

²⁸³ Kgl. res. 4. mars 2005 nr. 193.

²⁸⁴ Forskrift nr. 193/2005 § 2.

²⁸⁵ *Op.cit.* § 5 første ledd.

²⁸⁶ *Op.cit.* § 6 første ledd bokstav a og b.

derfor to av sine fartøyer. De kondemnerte fartøyenes kvoter, for torsk, hyse og sei nord for 62° N, ble overført som strukturkvoter på F/T Volstad.²⁸⁷ Struktureringen innebar at Volstad måtte oppgi to seikvoter i Nordsjøen, to rettigheter til å delta i blåkveitefisket ved Grønland samt to blåkveitekvoter i Norskehavet nord for 62° N.²⁸⁸

Under Stoltenberg II regjeringen ble det vedtatt en endringsforskrift til Strukturvoteforskriften.²⁸⁹ Endringsforskriften innebar en tidsbegrensning for tildeling av strukturkvoter. Etter den gamle Strukturvoteforskriften lød § 7 første ledd som følger: «Strukturvote tildeles for ett år av gangen». Prøvingen av vilkårene skjedde ved første gangs tildeling, og ble deretter mer eller mindre automatisk fornyet.²⁹⁰ Ved endringsforskriften ble denne bestemmelsen endret til «Strukturvote tildeles for ett år av gangen, og kan tildeles i inntil 20 år. Strukturkvoter som er tildelt første gang før 2007, kan tildeles i inntil 25 år regnet fra og med 2008.»²⁹¹ Tidsbegrensningen i annet punktum ble dermed også gjort gjeldende for de rederiene som allerede hadde strukturert i henhold til Strukturvoteforskriftens opprinnelige ordlyd. Volstad hadde strukturert maksimalt etter den opprinnelige strukturvoteordningen og var tildelt en samlet kvotefaktor på 3.²⁹² Rederiet gikk til søksmål mot staten med påstand om at tidsbegrensningen på 25 år for «[s]trukturkvoter som er tildelt første gang før 2007» innebar en tilbakevirkning i strid med Grl. § 97.

Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett kom til at tidsbegrensningen var i strid med tilbakevirkningsforbudet ettersom det ikke forelå «sterke samfunnsmessige hensyn» for slik tilbakevirkning.²⁹³ Staten anket til Høyesterett som til slutt behandlet saken i plenum. Flertallet kom til at tidsbegrensningen ikke var i strid med Grl. § 97 ettersom tilbakevirkningen ikke var «klart urimelig eller urettferdig». Dommen er avsagt under dissens 9-8. Mindretallet mente tilbakevirkningen var i strid med Grl. § 97, da det ikke forelå «sterke samfunnsmessige hensyn» for slik tilbakevirkning. Tre av dommerne i mindretallet fant det også *ønskelig* å ta stilling til om tilbakevirkningen var i strid med EMK P1-1, og kom etter en konkret vurdering frem til at det også forelå konvensjonsbrudd.

²⁸⁷ Rt. 2013 s. 1345 (24).

²⁸⁸ Avsnitt 25.

²⁸⁹ Forskrift nr. 586/2007.

²⁹⁰ Forskrift nr. 193/2005 § 7. Se flertallet og mindretallet i Rt. 2013 s. 1345 (69-70) og (167-174).

²⁹¹ Forskrift nr. 586/2007 § 7.

²⁹² Avsnitt 24.

²⁹³ TOSLO-2010-91185, LB-2011-49790.

Både flertallet og mindretallet tok særskilt stilling til hvilken norm det måtte tas utgangspunkt i ved grunnlovsprøvelsen.²⁹⁴ Jeg vil først redegjøre for hva som var bakgrunnen for at flertallet valgte å ta utgangspunkt i normen «klart urimelig eller urettferdig».²⁹⁵

5.2 Flertallets normvalg

Flertallet innledet sin tilnærming til normvalget med å definere det teoriskapte skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning.

«Egentlig tilbakevirkning har vi når loven knytter byrder *direkte* til tidligere handlinger eller begivenheter, det vil si handlinger eller begivenheter som er avsluttet, og som i tid ligger forut for den loven det er tale om. Ved uegentlig tilbakevirkning retter virkningen seg derimot mot den framtidige utøvelsen av etablerte rettsposisjoner.»²⁹⁶

Flertallet viste til at «[v]ed inngrep i etablerte rettsposisjoner har Høyesterett i Rt-1996-1415 Borthen formulert normen for grunnlovsvernet ... slik at tilbakevirkning som er «særlig urimelig eller urettferdig» vil være grunnlovsstridig».²⁹⁷ Det ble deretter vist til Arves Trafikkskole og Rederibeskatning hvor normen for grunnlovsvernet er formulert slik at tilbakevirkning som er begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn» ikke vil være grunnlovsstridig. De sistnevnte avgjørelsene var etter flertallets syn eksempler på egentlig tilbakevirkning på det økonomiske området.²⁹⁸

På denne bakgrunn sluttet flertallet at «det [har] vært oppstilt vesentlig ulike normer for tilfeller av egentlig og uegentlig tilbakevirkning» og presiserte at det etter rettspraksis kreves «sterke samfunnsmessige hensyn» for å tillate egentlig tilbakevirkning på det økonomiske området, mens det ved inngrep i etablerte rettsposisjoner eller uegentlig tilbakevirkning kun er den «klart urimelig[e] eller urettferdig[e]» tilbakevirkning som rammes av

²⁹⁴ Flertallet avsnitt 80 flg., mindretallet avsnitt 189 flg.

²⁹⁵ Avsnitt 80-103.

²⁹⁶ Avsnitt 82.

²⁹⁷ Avsnitt 83.

²⁹⁸ Avsnitt 86 og 93.

tilbakevirkingsforbudet.²⁹⁹ Det kan etter dette synes som flertallet anså skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning som avgjørende for valget av grunnlovsnorm.

Etter flertallets syn var det gode grunner for å oppstille ulike normer for grunnlovsvernet ved egentlig og uegentlig tilbakevirkning, ettersom det er en «prinsipiell forskjell mellom disse situasjonene».³⁰⁰ Flertallet pekte på at det i tilfeller der lovregulering gjør inngrep i den fremtidige utøvelsen av oppnådde rettsposisjoner «gjennomgående i større eller mindre grad vil være mulig å innrette seg», mens der loven får direkte virkning bakover i tid vil det ikke være «mulighet for alternativ disponering for å møte den nye reguleringen».³⁰¹ På denne måten er uegentlig tilbakevirkning mindre inngripende i karakter, i tillegg til at myndighetenes behov for å «kunne regulere pågående virksomhet er ... gjennomgående større enn behovet for å gripe inn overfor avsluttet aktivitet.»³⁰² Terskelen for å tilsidesette Stortingets vurdering av nødvendigheten av å gi en lov tilbakevirkende kraft, må etter flertallets syn derfor være høyere for uegentlig tilbakevirkning enn ved egentlig tilbakevirkning.³⁰³ Flertallets begrunnelse for å tillegge skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning avgjørende betydning for normvalget synes med dette å være basert på en meget generell hensynsavveining. Dette er ikke helt i samsvar med den fremgangsmåten som er benyttet i tidligere rettspraksis, hvor den aktuelle økonomiske rettsposisjonens vern mot tilbakevirkende lovgivning og valget av grunnlovsnorm fastslås på bakgrunn av en hensynsavveining som er direkte knyttet opp mot sakens konkrete omstendigheter.³⁰⁴

Flertallet fremhevet at inngrep i bestående rettsposisjoner som retter seg fremover i tid også kan «[ha] klare fellestrekk med de [virkninger] man har ved egentlig tilbakevirkning», spesielt hvor den oppnådde rettsposisjon er et resultat av rettighetshaverens økonomiske disposisjoner eller annen innsats.³⁰⁵ Flertallet mente nærværende sak var et eksempel på dette, men mente slike forhold *ikke* kunne være avgjørende for selve normvalget.³⁰⁶ Det ble uttalt at «[v]irkningen av inngrepet kan ikke i seg selv gi grunnlag for å anvende en annen norm enn

²⁹⁹ Avsnitt 93-94.

³⁰⁰ Avsnitt 95.

³⁰¹ Avsnitt 96-97.

³⁰² Avsnitt 97.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ Jfr. kapittel 4.

³⁰⁵ Avsnitt 98.

³⁰⁶ *Ibid.*

den som ellers gjelder for uegentlig tilbakevirkning».³⁰⁷ Hvorvidt et inngrep i en bestående rettsposisjon rammer den enkelte på en måte som har likhetstrekk med virkningene av egentlig tilbakevirkning, vil etter flertallets syn bare «få betydning ved selve anvendelsen av normen».³⁰⁸ Slike forhold vil med andre ord kun være et moment som «inngår i avgjørelsen av om inngrepet er særlig urimelig eller urettferdig».³⁰⁹ På dette punkt fravek flertallet tidligere rettspraksis. Tilbakevirkningens karakter og inngrepets styrke har tidligere vært faktorer som har fått betydning for selve normvalget, og ikke bare for anvendelsen av grunnlovsnormen.³¹⁰ I Arves Trafikkskole og Rederibeskatningsdommen var det nettopp lovgivningens sterke elementer av egentlige tilbakevirkninger som var begrunnelsen for valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn».³¹¹ Flertallet var imidlertid uenige med Volstad i at den grunnlovsnormen som ble lagt til grunn i disse avgjørelsene, var anvendelig i nærværende sak.³¹² Dette må ses i sammenheng med at flertallet anså disse avgjørelsene som eksempler på egentlig tilbakevirkning.³¹³ For flertallet var det avgjørende at:

«Vår sak gjelder framtidig endring av en etablert rettsposisjon – istedenfor å få beholde strukturkvotene så lenge som grunnkvotesystemet gjelder, faller disse bort etter 25 år. Det er altså ikke spørsmål om å knytte byrder til tidligere handlinger, men om regulering av et oppnådd gode.»³¹⁴

Tidsbegrensningen av Volstads strukturkvoter var et regulatorisk grep som etter flertallets syn utgjorde en uegentlig tilbakevirkning, sett hen til at endringsforskriften innebar regulering av et oppnådd gode hvis virkninger først inntreffer 25 år frem i tid. Etter flertallets syn måtte spørsmålet om tidsbegrensningen var i strid med Grl. § 97 derfor avgjøres med utgangspunkt i normen «klart urimelig eller urettferdig».³¹⁵

³⁰⁷ Avsnitt 99.

³⁰⁸ Avsnitt 98.

³⁰⁹ Avsnitt 99.

³¹⁰ Jfr. kapittel 4.4.

³¹¹ Rt. 2006 s. 293 (70), Rt. 2010 s. 143 (153). Se også kapittel 4.3.

³¹² Avsnitt 99.

³¹³ Avsnitt 93.

³¹⁴ Avsnitt 99.

³¹⁵ Avsnitt 101.

5.3 Mindretallets normvalg

Mindretallet mente den tilbakevirkende tidsbegrensningen måtte være tilstrekkelig begrunnet i «sterke samfunnsmessige hensyn» for å gå klar av tilbakevirkningsforbudet.³¹⁶ I det følgende vil jeg redegjøre for mindretallets syn og tilnærming til normvalget i saken.

Mindretallet var uenige med flertallet i at skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning var avgjørende for normvalget etter GrL § 97. Mindretallet fremhevet at skillet mellom uegentlig og egentlig tilbakevirkning var kritisert i juridisk teori og at det verken var benyttet av flertallet i Arves Trafikkskole eller Rederibeskatningsdommen.³¹⁷ Etter mindretallets syn ga tidligere rettspraksis mer uttrykk for at normvalget må avgjøres på bakgrunn av «en momentbasert interesseavveining der forholdsmessighetsvurderinger står sentralt» og at det viktige spørsmålet må være hvor sterkt tilbakevirkningselementet er ved inngrep i økonomiske rettsposisjoner.³¹⁸

Mindretallet var også uenige med flertallet i at Arves Trafikkskole og Rederibeskatningsdommen var eksempler på egentlig tilbakevirkning på det økonomiske området. Etter mindretallets syn gjaldt disse sakene «uegentlig tilbakevirkning – men med klare likhetstrekk med egentlig tilbakevirkning».³¹⁹ Videre ble det påpekt at disse avgjørelsene viser at det foreligger glidende overganger mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning noe som også «understreker at skillet ikke er egnet som kriterium for valg av grunnlovsnorm».³²⁰ Mindretallet avsto fra å benytte betegnelsene ”egentlig” og ”uegentlig” i sin beskrivelse av endringsforskriftens tilbakevirkende karakter. I det følgende vil jeg likevel bruke benevnelsene for å bedre klargjøre mindretallet og flertallets uenighet på dette punkt.³²¹

Mindretallet fremhevet at tidsbegrensningen av strukturkvotene ikke innebar at det ble knyttet «tyngende rettsvirkninger direkte til eldre begivenheter» men påpekte at «2007-forskriften rokket ved grunnleggende forutsetninger for de disposisjoner Volstad AS foretok med endelig

³¹⁶ Avsnitt 217.

³¹⁷ Avsnitt 191.

³¹⁸ Avsnitt 190.

³¹⁹ Avsnitt 192.

³²⁰ Avsnitt 193.

³²¹ Som mindretallet også påpeker kan sontringen være egnet som «pedagogisk virkemiddel» jfr. avsnitt 191.

virkning da rederiet søkte om strukturkvoter». ³²² Mindretallet anså derfor tilbakevirkningen som uegentlig ettersom endringsforskriften faktisk innebar en regulering 25 år frem i tid, men at det likevel forelå elementer av egentlig tilbakevirkning sett hen til at tidsbegrensningen knyttet virkninger til irreversible handlinger som Volstad hadde foretatt forut for lovendringen, herunder kondemnering av skip samt oppgivelse av fiskekvoter. Det kan synes som at mindretallet med dette plasserte endringsforskriftens tilbakevirkende karakter i ”mellomsjiktet” mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning.

Mindretallet foretok deretter en momentbasert interesseavveining for å avgjøre normvalget etter Grl. § 97. ³²³ Det sentrale som ble trukket frem her var at Volstad hadde gjort «omfattende og ugjenkallelige oppofrelser» for å få tildelt strukturkvotene og at rederiet hadde sterke og «berettigede forventninger – utover det som er vanlig ved offentlige tillatelser» om at disse skulle forbli tidsbegrenset. ³²⁴ I tillegg ble det fremhevet at det foreligger et «særlig sterkt» behov for forutberegnelighet på området, da deltakelse i fiskenæringen blant annet krever store investeringer. ³²⁵ Etter mindretallets syn hadde endringsforskriftens lange tidsperspektiv og myndighetenes behov for handlefrihet «generelt sett» stor betydning, men sett opp mot de konkrete omstendighetene i saken synes det som at mindretallet vektla dette i liten grad. ³²⁶ Dette taler for at hensynet til innrettelse, forutberegnelighet og særlig beskyttelsen av rederiets sterke forventning ble tillagt størst vekt i avveiningen. ³²⁷ Mindretallet konkluderte med at:

«[T]ilbakevirkningselementet i denne saken er så sterkt at det er naturlig å sammenligne den med plenumsdommene om Arves Trafikkskole i Rt-2006-293 og om rederiskatt i Rt-2010-143. Det ligger i dette at det må foreligge sterke samfunnsmessige hensyn før strukturvotefaktorene som Volstad AS ble tildelt i 2005, kan gjøres tidsbegrensede.» ³²⁸

Styrkegraden av endringsforskriftens tilbakevirkende elementer, hensynet til forutberegnelighet, innrettelse samt myndighetenes begrensede behov for handlefrihet på dette konkrete rettsområdet var avgjørende for mindretallets valg av normen «sterke

³²² Avsnitt 194.

³²³ Avsnitt 195 flg.

³²⁴ Avsnitt 195-196 og 215.

³²⁵ Avsnitt 198.

³²⁶ Avsnitt 210-213.

³²⁷ Avsnitt 215.

³²⁸ Avsnitt 217.

samfunnsmessige hensyn». Mindretallets tilnærming til normvalget var således i tråd med tidligere rettspraksis på det økonomiske området.³²⁹

5.4 Oppsummering

For flertallet var det avgjørende om lovendringen kunne karakteriseres som egentlig eller uegentlig tilbakevirkning ved valget av grunnlovsnormen «klart urimelig eller urettferdig». Mindretallet avgjorde imidlertid valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn» på bakgrunn av en konkret hensynsavveining, der individuelle hensyn og tilbakevirkningselementets styrke ble tillagt størst vekt.

Både flertallet og mindretallet mente endringsforskriftens tidsbegrensning utgjorde et fremtidig inngrep i en bestående rettsposisjon og at tilbakevirkningen ikke knyttet rettsvirkninger direkte til eldre begivenheter.³³⁰ Endringsforskriftens tilbakevirkende karakter ble således ansett for å være såkalt uegentlig av både flertallet og mindretallet. Det var også enighet om at Volstads oppnådde rettsposisjon var et resultat av tidligere foretatte handlinger, slik at tidsbegrensningen av strukturkvotene også til dels innebar at det ble knyttet virkninger til eldre disposisjoner.³³¹ Hvorvidt dette kunne være utslagsgivende for normvalget var det imidlertid uenighet om. Som nevnt la flertallet eksplisitt til grunn at slike forhold ikke kunne være avgjørende for normvalget, men kun inngå som et moment i vurderingen av om endringen er «klart urimelig eller urettferdig». For mindretallet var imidlertid tilbakevirkningselementets styrke en avgjørende faktor som styrte valget av normen «sterke samfunnsmessige hensyn». Begrunnelsen for dette synes å være flertallet og mindretallets ulike tolkning av Arves Trafikkskole og Rederibeskatningsdommen. Flertallet mente nærværende sak ikke var sammenlignbar med de ovennevnte avgjørelsene, mens mindretallet mente det forelå såpass sterk tilbakevirkning at det var naturlig å ta utgangspunkt i samme vurderingsnorm som ble lagt til grunn i disse avgjørelsene.

³²⁹ Jfr. kapittel 4.4.

³³⁰ Avsnitt 99 og 194.

³³¹ Avsnitt 98 og 194.

5.5 Dommens rekkevidde: Hva er en sannsynlig rettsutvikling herfra?

Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) er som utgangspunkt bare bindende for partene i saken. Det er imidlertid slik at plenumsdommer fra Høyesterett generelt sett, og særlig på statsrettens område, har stor rettskildemessig vekt ved avgjørelsen av lignende saker.³³² Det er likevel grunn til å anta at dommen vil få begrenset betydning sett hen til den sterke dissensen på 9-8 og at flertallet og mindretallet var meget uenige om sentrale og avgjørende spørsmål som tilnærmingen til normvalget etter Grl. § 97. Dette svekker avgjørelsens prejudikativ virkning.³³³ Videre er det kjent at Volstad vil anke avgjørelsen til EMD.³³⁴ Dersom selskapet skulle få medhold vil det, i alle fall indirekte, kunne svekke prejudikatverdien ytterligere. I tillegg til dette viser gjennomgangen av rettspraksis at Høyesterett i varierende grad har følt seg bundet av sine tidligere avgjørelser på området. Det kan derfor ikke ses bort fra at dommerne som representerte mindretallet i denne saken ei heller vil forholde seg lojale til flertallets ratio decidendi ved avgjørelsen av lignende tilbakevirkningsspørsmål i fremtiden. I lys av det foregående kan det konkluderes med at avgjørelsens rekkevidde er relativt begrenset. Dette gjør det desto vanskeligere å forutsi en fremtidig rettsutvikling på området.

Det er på det rene at normvalget i saken stod mellom «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn». Avgjørelsen bekrefter således at standardmodellen og disse to vurderingsnormene fremdeles er dominerende ved avgjørelsen av tilbakevirkningsspørsmål på det økonomiske området. Dette taler for at domstolene trolig vil ta utgangspunkt i en av de ovennevnte vurderingsnormene for å avgjøre tilbakevirkningsspørsmål også i fremtiden. I så måte er avgjørelsen rettskonstaterende. På den andre siden uttalte flertallet at «normen i andre saker ved inngrep i bestående rettsposisjoner kan gis en annen og mer treffende formulering som bedre fanger opp hva grunnlovsmessigheten skal prøves mot enn det Borthen-normen gjør.»³³⁵ Flertallet åpnet dermed for at det kan oppstilles nye alternative vurderingsnormer i fremtidige tilbakevirkningssaker. Dette er ikke en urealistisk mulighet ettersom normene «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn» ble konstruert av Høyesterett selv. Det er derfor fremdeles stor usikkerhet tilknyttet hvordan Høyesterett nærmere vil trekke grensen

³³² Jfr. kapittel 1.2.2.

³³³ Alf P. Høgberg/Benedikte M. Høgberg s. 265.

³³⁴ Se Dagens Næringsliv <http://www.dn.no/nyheter/2014/03/25/Fiske/tar-kvotedom-til-topp> av 25.03.2014.

³³⁵ Avsnitt 101.

for lovlig og ulovlig tilbakevirkning på det økonomiske området. Volstad-dommen kan derfor vanskelig anses som et bidrag til verken rettsenhet eller rettsavklaring på dette området.

Til tross for at skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning var vel etablert i juridisk teori og hadde vært trukket fram i enkelte tilbakevirkningssaker tidligere, har det ikke vært presedens for å tillegge skillet selvstendig og avgjørende betydning ved valget av grunnlovsnorm.³³⁶ Flertallet i Volstad-dommen introduserer noe nytt som fraviker tidligere rettspraksis. Avgjørelsen innebærer således en rettsutvikling. Det kan diskuteres om flertallets syn gir uttrykk for en tilbørlig og/eller ønskelig kursendring av tilbakevirkningsnormen i Grl. § 97. I det følgende vil jeg knytte noen rettspolitiske bemerkninger til den utviklingen som har funnet sted, og hva som bør være avgjørende for valget av grunnlovsnorm i fremtidige tilbakevirkningssaker på det økonomiske området.

³³⁶ Underliggende i bl.a. Rt. 1996 s. 1415 (s. 1424), Rt. 2007 s. 1281 (99), Rt. 2010 s. 143 (191) og (200). Jfr. kapittel 4.4.

6 Rettspolitiske betraktninger

Innholdet av vurderingsnormen vil variere med hvor sterk grad av tilbakevirkning som foreligger i det konkrete tilfellet.³³⁷ Tilbakevirkningens styrke og karakter er gjennomgående sentrale faktorer som styrer normvalget på det økonomiske området.³³⁸ Egentlig tilbakevirkning er i sin karakter mer inngripende enn uegentlig tilbakevirkning. Økonomiske rettsposisjoner som utsettes for egentlig tilbakevirkning, vil generelt sett nyte et sterkere grunnlovsværn.³³⁹ Karakteristikken gir således en anvisning på om den vedtatte lovendring utgjør et sterkt eller svakt inngrep. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning er egnet til å avgjøre vurderingsnormens innhold. På den andre siden vil det ikke alltid være et like skarpt skille mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Økonomiske rettsposisjoner kan ha oppstått som følge av en kombinasjon av tidligere foretatte handlinger, begivenheter og lovregulering.³⁴⁰ Volstads rettsposisjon er et eksempel. Inngrep i økonomiske rettsposisjoner som har et slikt sammensatt grunnlag, kan vanskelig klart defineres som egentlig eller uegentlig tilbakevirkning. Slike inngrep befinner seg mer i en ”gråsoner” mellom de to ytterpunktene.³⁴¹ I slike tilfeller vil sonderingen gi en unøyaktig anvisning på hvor sterkt inngrep tilbakevirkningen faktisk innebærer. Dette taler for at skillet mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning er uegnet til å avgjøre vurderingsnormens innhold.

Etter mitt syn er det mer hensiktsmessig å foreta en momentbasert interesseavveining. Alle relevante faktorer bør spille inn på normvalget, herunder myndighetenes behov for å gi lover med tilbakevirkende kraft på det konkrete rettsområdet man befinner seg på, lovens formål, i hvor stor grad den enkelte har innrettet seg etter de gamle reglene og i hvilken grad det foreligger sterke og berettigede forventninger om at loven ikke skulle virke tilbake for deres oppnådde rettsposisjon. Lovgivningens tilbakevirkende styrke og i hvilken utstrekning den retter seg mot den fremtidige utøvelsen av en rettsposisjon eller knytter direkte virkninger til tidligere handlinger vil nødvendigvis inngå som en sentral faktor i vurderingen av normvalget, men bør ikke alene være avgjørende. Slik vil rettsanvenderen kunne danne seg et mer reelt og helhetlig bilde av hvor sterkt vern den konkrete rettsposisjonen nyter mot tilbakevirkende

³³⁷ Rt. 2010 s. 143 (153), se også Skoghøy s. 271.

³³⁸ Jfr. kapittel 4.4.

³³⁹ Jfr. kapittel 3.3.2.

³⁴⁰ Høgberg s. 269.

³⁴¹ Bugge s. 70.

lovgivning og hvilket innhold vurderingsnormen bør tillegges i dette henseende. Dette er også i samsvar med tidligere rettspraksis.³⁴²

Denne tilnærmingen til normvalget etter Grl. § 97 vil fremstå som mer legitim og tillitvekkende enn dersom normvalget avgjøres ut fra en mer ”mekanisk” tilnærming som bygger på den noe uklare sontringen mellom egentlig og uegentlig tilbakevirkning. Dette vil dessuten øke rettssikkerheten for økonomiske rettsposisjoner som ”faller mellom to stoler”.³⁴³ Det kan innvendes at en slik avveining vil gjøre det vanskelig å forutberegne hvilken gitt norm retten vil falle ned på. På den andre siden vil det være vel så vanskelig å forutse om retten vil karakterisere et inngrep i en økonomisk rettsposisjon som egentlig eller uegentlig tilbakevirkning, dersom inngrepet reelt sett ikke klart kan defineres som verken det ene eller det andre. Det er etter mitt syn grunn til å holde fast ved den mer nyanserte forståelsen av tilbakevirkningsnormen som Høyesterett la til grunn i Arves Trafikkskole og videreførte i Rederibeskatningsdommen, hvor mellomvariantenes grunnlovsværn ble ivaretatt på en mer tilfredsstillende måte.

Gjennomgangen av tidligere høyesterettspraksis og særlig Rt. 2013 s. 1345 P (Volstad) viser at uenigheten om forståelsen av Grl. § 97 og hva vurderingstemaet skal være er urovekkende stor. Dette illustreres ved at flertallet i Volstad-dommen mente «endringen skjedde på en skånsom måte under rimelig hensyn til de verdiene som rederiet har måttet gi avkall på» og var *ikke i tvil* om at endringen gikk klar av Grl. § 97.³⁴⁴ Mindretallet mente imidlertid at endringen var i strid med Grl. § 97 og påpekte at «[d]et er *nettopp* en slik posisjon Grunnloven § 97 skal beskytte».³⁴⁵ Høyesterett delte seg tilnærmet på midten, hvorav flertallet mente Volstads økonomiske rettsposisjon nøy et svakt grunnlovsværn mens mindretallet mente rettsposisjonen var sterkt vernet mot tilbakevirkende lovgivning.³⁴⁶ Avgjørelsen har ikke bidratt til å avklare usikkerheten om økonomiske rettsposisjoners vær mot tilbakevirkende lovgivning etter Grl. § 97. Det kan av den grunn i alle fall spørres om Høyesterett har vært bevisst på sin viktigste oppgave om å sørge for rettsenhet og rettsavklaring, da dommerne ikke klarte å enes om tolkningen av tilbakevirkningsforbudet og normvalget i denne saken.

³⁴² Jfr. kapittel 4.4.

³⁴³ Egentlig/uegentlig tilbakevirkning.

³⁴⁴ Avsnitt 137-138.

³⁴⁵ Avsnitt 215, min kursivering.

³⁴⁶ Jfr. normvalget av henholdsvis «klart urimelig eller urettferdig» og «sterke samfunnsmessige hensyn».

Slik professor dr. juris Fredrik Sejersted påpekte i etterkant av domsavsigelsen er det et paradoks at en grunnlovsbestemmelse som fremfor alt «skal sikre forutsigbarhet», har blitt så til de grader «uforutsigbar».³⁴⁷ Slik grunnlovsbestemmelsen er utformet og tolket på det økonomiske området, vil vurderingen nødvendigvis være sterkt preget av rettens skjønnsmessige vurderinger. For at tilbakevirkningsforbudet skal fungere effektivt, virke over lang tid og være tilpasset samfunnsendringene er det også behov for et generelt og dynamisk utformet forbud.³⁴⁸ Det er derfor vanskelig å forestille seg at økonomiske rettsposisjoner vern mot tilbakevirkende lovgivning kan bli fullstendig forutberegnelig. Rettsutviklingen har imidlertid etter mitt syn beveget seg i en negativ retning, og det er utvilsomt rom for å gjøre tilbakevirkningsforbudet mer tilgjengelig for rettsanvenderne og mer forutsigbar for borgerne. En løsning for å øke forutberegneligheten kan være å endre og/eller modernisere tilbakevirkningsforbudet i Grl. § 97 gjennom grunnlovsendring,³⁴⁹ slik at dets innhold og vurderingstema tydeliggjøres nærmere gjennom fastere kriterier.³⁵⁰ I skrivende stund er det ikke fremmet formelle forslag om slike endringer. En kan imidlertid håpe at Volstad-dommen utgjør en ”vekker” innad i Høyesterett og resulterer i et økende fokus på rettsenhet og rettsavklaring i fremtidige tilbakevirkningssaker på det økonomiske området. På denne måten vil Høyesterett kunne korrigere kursen selv, uten at det vil være nødvendig å gå veien om grunnlovsendring.³⁵¹

³⁴⁷ Sejersted, DN 2013 s. 4.

³⁴⁸ Jfr. kapittel 1.2.2. Se også Hans Petter Graver, «Refleksjoner om rederibeskatningsdommen» av 22.04.2010, <http://www.minervanett.no/refleksjoner-om-rederibeskatningsdommen/>.

³⁴⁹ Grl. § 112.

³⁵⁰ Sejersted, DN 2013 s. 4.

³⁵¹ Eivind Smith, «Høyesterett – en trussel mot demokratiet?», *Lov og Rett*, 1999 s. 451-486 (s. 467).

Kildeliste

1 Lover

Grunnloven 17. mai 1814.

Havressursloven 6. juni 2008 nr. 37.

Tvisteloven 17. juni 2005 nr. 90.

Lov 2. juli 2004 nr. 63 om endringer i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste mv.

Lov 21. desember 2001 nr. 113 om endringer i skatte- og avgiftslovgivningen (endret skatte- og avgiftsopplegg 2002).

Menneskerettsloven 21. mai 1999 nr. 30.

Deltakerloven 26. mars 1999 nr. 15.

Lov om tomtefeste 20. desember 1996 nr. 106.

Lov 8. desember 1995 nr. 73 om endringer i lov av 18. august 1911 nr. 8 om skatt av formue og inntekt (skatteloven).

EØS-loven 27. november 1992 nr. 109.

Ekteskapsloven 4. juli 1991 nr. 47.

Lov 21. desember 1990 nr. 80 om endringer i lov av 17. juni 1966 nr. 12 om folketrygd og i visse andre lover.

Saltvannsfiskeloven 3. juni 1983 nr. 40 (opphevet).

Lov 15. desember 1923 om pengeforpliktelser, lydende på betaling i gull (opphevet).

2 Forskrifter og tilhørende forarbeider

St.meld. nr. 21 (2006-2007) – Strukturpolitikk for fiskeflåten (Strukturmeldingen).

Forskrift om endring i forskrift om spesielle kvoteordninger for kystfiskeflåten og i forskrift om strukturkvoteordning mv. for havfiskeflåten 8. juni 2007 nr. 586.

Forskrift om strukturkvoteordning mv. for havfiskeflåten 4. mars 2005 nr. 193.

3 Rettspraksis

3.1 Høyesterett

Rt. 2013 s. 1345	P	(Volstad)
Rt. 2011 s. 347		
Rt. 2010 s. 143	P	(Rederibeskatning)
Rt. 2007 s. 1306	P	(Lindheim)
Rt. 2007 s. 1281	P	(Ullern Terrasse)
Rt. 2006 s. 293	P	(Arves Trafikkskole)
Rt. 2005 s. 855		(Allseas I)
Rt. 2006 s. 262		(Enkepensjon)
Rt. 2004 s. 357		
Rt. 2001 s. 762		(Bjørnenak)
Rt. 1996 s. 1440	P	(Thunheim)
Rt. 1996 s. 1415	P	(Borthen)
Rt. 1992 s. 64		(P-pilledom II)
Rt. 1990 s. 284	P	(Selsbakk)
Rt. 1976 s. 1	P	(Kløfta)
Rt. 1971 s. 889		
Rt. 1962 s. 369	P	(Gullklausul II)
Rt. 1962 s. 332	P	(Statspensjon)
Rt. 1961 s. 554		(Notfisk)
Rt. 1953 s. 965		
Rt. 1937 s. 888	P	(Gullklausul I)
Rt. 1934 s. 152		(Aufwertung)
Rt. 1890 s. 455		

3.2 Underrettspraksis

LB-2011-49790

TOSLO-2010-91185

4 Litteratur

4.1 Bøker

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 3. utgave (Bergen 2011).

Andenæs, Johs., Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. utgave (Oslo 2006), 2. opplag (Oslo 2008).

Andenæs, Mads T., Ingeborg Wilberg, *Grunnloven : kommentarutgave* (Oslo 1983).

Backer, Inge Loranger, *Loven – hvordan blir den til?* (Oslo 2013).

Fauchald, Ole Kristian, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.), *dog Fred er ej Bedste ... Festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006* (Oslo 2006).

Fliflet, Arne, *Grunnloven med kommentarer* (Oslo 2005).

Fure, Eli, *Eidsvoll 1814 / Hvordan grunnloven ble til / Kildeutvalg og sammenbindende tekster* (Oslo 1989).

Holmøyvik, Eirik (red.), *Tolkingar av Grunnlova: Om forfatningsutviklinga 1814-2014* (Oslo 2013).

Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Forbud mot tilbakevirkende lover* (Oslo 2010).

Høgberg, Benedikte Moltumyr, *Statsrett: Kort forklart* (Oslo 2013).

Johansen, Jon Petter Rui, *Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning* (Oslo 2009).

Mæhle, Synne Sæther, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: Om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (Oslo 2005).

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Oslo 2004), 2. opplag (Oslo 2005).

Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati: Statsforfatningsretten i prinsipielt og komparativt lys*, 2. utgave (Bergen 2009), 2. opplag (Bergen 2013).

Solheim, Stig Harald, *Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon* (Tromsø 2010).

Søvig, Karl Harald, Sigrid Eskeland Schütz og Ørnulf Rasmussen (red.), *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt på 70-årsdagen* (Bergen 2013).

4.2 Artikler

Askeland, Bjarte, «Om rettsdogmatisk metode og sammenligning», *Undring og erkjennelse – Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 70 år*, Bergen 2013 s. 15-25.

Bernt, Jan Fridthjof, «Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkens muligheter», *Kritisk Juss*, 1995 s. 10-36.

Bugge, Hans Chr., «Grunnloven § 97: En oversikt over teori og nyere rettspraksis», *Jussens Venner*, 1999 s. 65-101.

Fleischer, Carl August, «Grunnlovens § 97», *Jussens Venner*, 1975 s. 183-251.

Fliflet, Arne, «Noen tanker om grunnlovstolkning i en ny tid», *Jussens Venner*, 2013 s. 140-154.

Høgberg, Alf Petter, Benedikte Moltumyr Høgberg, «Noen ord om grunnlovstolkning», *Undring og erkjennelse - Festskrift til Jan Fridthjof Bernt, 70 år*, Bergen 2013 s. 249-265.

Høgberg, Benedikte Moltumyr, «Hvordan samfunnet har påvirket tolkningen av Grunnloven §§ 97 og 105», *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013 s. 368-403.

Høgberg, Benedikte Moltumyr, «Grunnloven § 97 etter plenumsdommen i Rt-2010-143 (Rederiskattesaken)», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2010 s. 694-744.

Høgberg, Benedikte Moltumyr, «Tilbakevirkingsforbudet – mer enn én rettsregel?», *Festskrift til Carl August Fleischer, dog Fred er ej Bedste...*, Oslo 2006 s. 317-330.

Sejersted, Fredrik, «Det elastiske panser – om utviklingen av den norske statsforfatningen: 1814-2014», *Tolkingar av Grunnlova*, Oslo 2013 s. 35-109.

Skoghøy, Jens Edvin, «Forbud mot tilbakevirkende lovgivning», *Lov og Rett*, 2011 s. 255-282.

Smith, Eivind, «Grunnloven § 97: En eller to hovedregler?», *Lov og Rett*, 2013 s. 488-499.

Smith, Eivind, «Høyesterett – en trussel mot demokratiet?», *Lov og Rett*, 1999 s. 451-486.

Solheim, Stig Harald, «Domstolskontroll med lover på det økonomiske området – lovgivers vurdering av lovens grunnlovsmessighet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2014 s. 1-48.

5 Øvrige kilder

Grunnlovsforslag, Dokument 12:36 (2011-2012) hentet fra:

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Grunnlovsforslag/>
(den 01.05.14).

Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Hallgeir H. Langeland og Per Olaf Lundteigen om endring i Grunnloven § 97 (unntak fra tilbakevirkningsforbudet for handlinger som var straffbare etter folkeretten) av 28.09.2012.

Bernt, Jan Fridthjof, nettartikkel om «Lovgivning», *Store norske leksikon*, hentet fra:

<http://snl.no/lovgivning> (den 17.02.14).

Graver, Hans Petter, nettartikkelen «Refleksjoner om rederibeskatningsdommen»,

Nettidsskriftet Minervanett.no, publisert 22.04.2010 hentet fra:

<http://www.minervanett.no/refleksjoner-om-rederibeskatningsdommen/> (den 14.04.14).

Segrov, Bjørn, nettartikkel: «Tar kvotedom til topps», *Dagens Næringsliv*, publisert

25.03.2014 hentet via: <http://www.dn.no/nyheter/2014/03/25/Fiske/tar-kvotedom-til-topps>

(den 25.04.14).

Sejersted, Fredrik, kronikk: «Grunnlovsendring må til», *Dagens Næringsliv*, på trykk

26.11.2013 s. 4 hentet via:

<http://www.fiskebat.no/Default.asp?page=9242&item=57583,1&lang=1> (den 01.05.14).