

Til

Justis- og beredskapsdepartementet  
Lovavdelingen  
Postboks 8005 Dep

0030 Oslo

Sendt med e- post til [lovavdelingen@jd.dep.no](mailto:lovavdelingen@jd.dep.no)

Oslo, 10.01.2014

### **Om Tomtefesterforbundet**

Tomtefesterforbundet (heretter TFF) er en interesseorganisasjon for tomtefestere i Norge med ca. 5 000 medlemmer. Det er kun privatpersoner, eller foreninger som representerer privatpersoner, som er medlem i TFF. TFFs leder, Grethe Gjertsen, var medlem i lovutvalget som fremla NOU 2013:11. Gjertsen rettet i stor grad kritikk til tomtefesteutvalgets (heretter utvalget) mandat, sammensetning og arbeidsmetode i sin dissens til NOU-en. Dissensen følger i hovedsak av NOU-en pkt. 1.4 og 6.4.4, men vedlegges herved i sin helhet fordi NOU-en noen steder kan gi inntrykk av det er et samlet utvalg som står bak uttalelser/konklusjoner.

TFF tiltrer i hovedsak utvalgsmedlem Grethe Gjertsens mindretallsforslag i NOU-en, men TFF har enkelte tillegg og presiseringer til dette.

### **Generelle bemerkninger**

#### *Overoppfyllelse av EMK TP 1-1*

Tomtefesterforbundet er av den oppfatning at forslagene som fremsettes i NOU 2013:11 overoppfyller Norges forpliktelser etter EMK. I Lindheim-saken ble Norge felt på bakgrunn av at Stortinget ikke hadde *vurdert* proporsjonaliteten i lovverket på en tilstrekkelig måte. Alle de foreslåtte endringsmodellene overoppfyller hva Norge blir pålagt etter Lindheim-avgjørelsen, men modellene «engangsløftet», «prosentmodellen» og «kombinasjonsmodellen» gjør dette i vesentlig større grad enn «generalklausulmodellen» slik den er foreslått av utvalgsmedlem Grethe Gjertsen under punkt 6.4.4. EMD har i dommen ikke gitt sin tilslutning til markedsleie.

#### *Hva slags festekontrakter lå til grunn for EMDs vurderinger?*

Utvalget har ikke vurdert de festekontraktene som lå til grunn for EMDs vurderinger, til tross for utvalgsmedlem Gjertsens etterlysninger. EMD vurderte disse kontraktene konkret og ikke tomtefesteinstituttet som helhet. Det er derfor viktig å kjenne til og forstå kontraktens innhold.

#### *Bortfesteres krav på full kompensasjon*

Dersom «kombinasjonsmodellen» eller «engangsløftet» gjennomføres som foreslått, vil bortfester gis full kompensasjon for tomtens verdi ved en eventuelt senere innløsning. Etter Tomtefesterforbundets mening er dette urimelig. Det har alltid vært bred politisk enighet om at innløsningssummen ikke skal utgjøre tomtens markedsverdi. Ved å oppregulere summen ved

forlengelse på den måten som utvalgets to flertall har foreslått, vil regelen om 25 x festeavgift i de fleste tilfeller gi en innløsningssum tilsvarende tomtens markedsverdi eller høyere. Dette vil gi bortfester en urimelig fordel på bekostning av fester som over en årrekke har betalt en fast festeavgift.

#### *Utgangspunkt i de senere års eiendomsmarked*

Utvalgets endringsforslag tar utgangspunkt i de senere års eiendomsmarked, som har vært svært opphetet. Dette kombinert med at det kun er bortfester som gis anledning til å kreve regulering, og dermed at det kun er aktuelt med oppregulering av festeavgiften, innebærer at utvalgets flertallsforslag fremstår ubalansert. Enkelte signaler i dagens eiendomsmarked kan tyde på at prisnivåene stagnerer/faller. Dersom lovendringen gjennomføres må det gis en balansert anledning for begge parter å kreve justering slik at også nedganger i eiendomsmarkedet kan påvirke festeavgiften. I motsatt tilfelle vil festere risikere å bli sittende i en vanskelig økonomisk situasjon ved at festeforholdet blir vesentlig dyrere enn markedet tilsier. Festere og bortfester har innrettet seg slik ordningen har fungert over lang tid. Med utvalgets innstilling(er) står vi nå i fare for sterkt å forrykke denne situasjonen i bortfesteres favør.

#### *Lovendringens virkeområde*

Utvalgets forslag til lovendringer gir disproporsjonalitet mellom forskjellige typer festeforhold.

NOU-ens vedlegg 1, figur 1.2 viser at over 50-60 % av alle festeforholdene faller inn under et av unntakene fra innløsningsregelen, herunder landbruksunntaket og tomter tilknyttet Finnmarkseiendommen mv. Dersom festere av slike tomter blir pålagt en oppregulert festeavgift i tråd med utvalgets flertallsforslag vil festerne bli «bondefanget» ettersom de ikke kan kreve innløsning, og må akseptere en høyere festeavgift. TFF erfarer at landbruksunntaket benyttes av bortfester til å presse prisen på en urimelig måte. Alle festere må gis rett til innløsning på rimelige vilkår.

I tillegg er det en rekke andre festeforhold som må holdes utenfor. Disse er redegjort for av utvalgsmedlem Gjertsen i NOU-en punkt 6.4.4.4., og oppsummert i denne høringsuttalelsen under punkt 6.2.

#### *Generell debatt om avvikling av tomtefesteinstituttet*

Tidligere endringer i tomtefesteloven viser at tomtefeste er et politisk sensitivt tema hvor det er sterke motstridende interesser. Ved lovendringen i 2004 ble § 33 om forlengelse innført som et kompromiss til en avvikling av tomtefesteinstituttet. Det vises til NOU-en pkt. 1.4.8. Dersom utvalgets flertallsforslag blir innført vil festernes rettsstilling bli vesentlig forringet. Tomtefesterforbundet ber den politiske ledelse om å sette ned et bredt sammensatt utvalg, som skal ha som oppgave å utarbeide forslag om avvikling av tomtefesteordningen. Hverken festere eller bortfester nyter godt av den rettslige usikkerheten som følger av gjentatte lovendringer som gir skiftninger i styrkeforholdet mellom partene.

#### *§ 33 i sin nåværende form er vedtatt av storting og med tilslutning av norsk høyesterett*

De fleste festekontrakter gjelder vanlig folks største investering i hus og hjem hvor trygghet og forutsigbarhet er viktige hensyn. § 33 ivaretar dette hensynet og fester og andre involverte har

innrettet seg på et fortsatt rimelig nivå. Bortfester har ikke hatt noen rimelig forventning om vesentlig økning av festeavgiften og fester har krav på beskyttelse. Bredt vurdert ligger det tunge boligsosiale hensyn bak § 33-reglene.

#### *Den midlertidige loven må forlenges*

NOU-en er så mangelfull at det vil være svært tidkrevende å få på plass en forsvarlig lovendring.

### **Konkrete bemerkninger**

#### *1.1 Utvalgets oppnevning og sammensetning*

Tomtefesterforbundet slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens generelle reservasjoner i punkt 1.4, men ønsker likevel å understreke noen poenger.

Utvalgets sammensetning er i etterkant av offentliggjøringen av NOU-en kritisert for å være for ubalansert. TFF er enig i dette. Utvalget burde hatt minst én økonom som utvalgsmedlem for å gi de faktiske og rettslige vurderingene et tilstrekkelig bakgrunnstøtte. Det vises blant annet til vedlegg 2 hvor Terje Rein Hansen, professor ved Norges Handelshøyskole, sine økonomiske vurderinger viser hvor uforholdsmessige modellene til lovutvalgets flertall er. Dette er også videre presisert under denne høringsuttalelsen punkt 7 «økonomiske og administrative betraktninger».

#### *1.2 Mandatet*

Tomtefesterforbundet slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens generelle reservasjoner i punkt 1.4.2 og 1.4.8.

#### *4 Informasjonsgrunnlag*

Tomtefesterforbundet slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens kommentarer i NOU-en punkt 1.4.4.

Det kan synes som utvalgsarbeidet bygger på et utilstrekkelig faktagrunnlag, ettersom det ikke er hentet inn statistikk som viser nivået på festeavgifter på eldre og nyopprettede festeforhold. Dersom dette hadde blitt gjort ville det blitt synlig for utvalget at en oppregulering til kr. 11.000 er langt over dagens festnivå – noe også dissensen til Gjertsen i 1.4.4 eksemplifiserer. Det synes også for Tomtefesterforbundet underlig at det lille faktagrunnlaget som ble innhentet først ble lagt frem *etter* at modellene ble utarbeidet.

Dersom engangsløftmodellen eller kombinasjonsmodellen blir vedtatt uten videre undersøkelser og innhenting av statistikk, mener Tomtefesterforbundet at politikernes beslutning truer rettsikkerheten til tomtefesterne.

#### *6.2 Fellesspørsmål*

Tomtefesterforbundet mener at en rekke festekontrakter må holdes utenfor en eventuell lovendring. TFF slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens uttalelser om dette under punkt 6.4.4.4. Oppsummert gjelder dette følgende festekontrakter:

- Evigvarige festeavtaler. Bortfester kan i disse tilfellene ikke ha en berettiget forventning om å få tilbake festetomten eller få en høyere festeavgift enn det som følger av festekontrakten.
- Festekontrakter som er inngått mellom 2004 og 2012. Disse festekontraktene er inngått med en intensjon og forventning nettopp om at festekontrakten kunne forlenges etter gjeldende regelverk.
- Kjøpere av eiendom på festet grunn («annengangs festere»). Fester som har gått inn i eksisterende festeforhold ved kjøp av eiendom på festet tomt har som regel betalt markedspris for tomten. Dette fordi eiendom på festet tomt i praksis er solgt til samme vilkår som eiendom på selveiet tomt. Festere som allerede har betalt markedspris for tomten skal ikke omfattes av en ny lovgivning med rett til oppregulering fra bortfester.
- Kontrakter der bortfester er offentlig myndighet. Som lovutvalgets flertall påpeker har ikke offentlige bortfestere vern etter EMK. Det er ikke behov for at disse tilfellene omfattes av en lovendring av lovtekniske grunner, slik utvalgets flertall legger til grunn.
- Feste til bolig. Det har vært bred politisk enighet i tidligere gjennomganger av tomtefesteloven at boligpolitiske hensyn er tungtveiende. En oppregulering av boligfeste vil komme direkte i strid med lovgivers intensjoner om å skape sikkerhet for de boligfesterne som ikke har anledning til å løse inn festetomten. EMD påpeker også i Lindheim-saken at staten har en vid skjønnsmargin i vurderingen av velferdsmessige og boligsosiale hensyns tyngde.
- Festeavtaler som allerede er forlenget. Dersom allerede forlengede avtaler omfattes på like vilkår som avtaler som forlenges nå tas det ikke hensyn til tilfellene der fester bevisst har valgt forlengelse på samme vilkår, i stedet for innløsning, nettopp fordi forlengelsen kunne gjøres på samme vilkår.
- Landbruksunntaket. Ved slike festekontrakter har ikke § 33 samme betydning som ved andre kontrakter ettersom festeren rent faktisk ikke har krav på å innløse kontrakten. En endring for disse kontraktene innebærer at balanseforholdet i festeforholdet blir vesentlig forskjøvet. I en generalklausulmodell kan disse kontraktene omfattes ettersom denne modellen gir adgang til at forhold som dette kan vurderes konkret. I tilfelle en av de andre modellene blir vedtatt må festekontrakter hvor festeren ikke har rett til å innløse, holdes utenfor.

### 6.3.2 Engangsløftmodellen

Tomtefesterforbundet slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens særmerknader til engangsløftmodellen under NOU-ens 6.4.4.2 og bemerker at Gjertsens merknader burde vært plassert under punkt 6.3.2.

Tomtefesterforbundet er enig med utvalgsmedlem Gjertsens vurdering av at engangsløftmodellen bygger på en grunnleggende feiltolkning av EMDs avgjørelse i Lindheim-saken. Utvalgets flertall har ikke vurdert den faktiske rekkevidden av EMDs konklusjon i saken. Utvalgets flertall har heller ikke vurdert de faktiske økonomiske konsekvensene dersom engangsløftmodellen innføres. I den forbindelse henvises det til vedlegg 2, samt denne høringsuttalelsen punkt 7. Det er en trussel mot festernes rettsikkerhet dersom det innføres regler hvor mennesker potensielt må flytte fra bolig og fritidseiendom på bakgrunn av en lovendring som ikke er basert på et korrekt faktagrunnlag.

#### 6.3.4 Kombinasjonsmodellen

Tomtefesterforbundet slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens uttalelser om «engangsløftmodellen». Tomtefesterforbundet mener at disse uttalelsene også vil komme til anvendelse på «kombinasjonsmodellen», og presiserer for ordens skyld hva som er TFFs syn på denne modellen.

TFF mener at kombinasjonsmodellen bygger på forutsetninger som bygger på en misoppfatning av rekkevidden i Lindheim-saken. TFF tilslutter utvalgsmedlem Gjertsens dissens under NOU-en punkt 6.4.4.2 også på dette punktet. TFF mener videre at det er en trussel for rettssikkerheten at de økonomiske konsekvensene av forslaget ikke har blitt undersøkt på en tilstrekkelig måte. Det henvises til vedlegg 2, samt TFFs høringsuttalelse under punkt 7.

#### 7 Økonomiske og administrative betraktninger

Under punkt 7 i NOU-en drøftes i hovedsak virkningene av engangsløftmodellen og kombinasjonsmodellen. Det følger i klartekst av punktet at lovendringene kan medføre atskillig høyere festeavgift. Det er imidlertid en rekke følger av modellene som ikke blir tatt opp. For enkelhets skyld kommenteres kun engangsløftmodellen i det følgende, men tilsvarende vil i stor grad også gjelde for kombinasjonsmodellen. Virkningene av en generalklausulmodell, både med og uten tak på kr 6 000, er tatt med.

TFFs hovedinnvending til engangsløftmodellen ligger i beløpene som er valgt og virkningene dette får. TFF har gjennomført egne undersøkelser av tomtefesteforholdene som et tillegg til utvalgets begrensede undersøkelser. Undersøkelsen er vedlagt som vedlegg 1. TFF gjennomførte en undersøkelse av nye festekontrakter inngått etter 2005 i Sigdal, Flesberg, Vestre Sildre og Gausdal kommuner. TFF fant 142 nye festekontrakter for tomter med fullt utbygd infrastruktur i svært attraktive hytteområder. Følgende gjennomsnittstall ble funnet:

Gjennomsnittlig festeavgift (NOK)	Gjennomsnittlig råtomtverdi (NOK)	Gjennomsnittlig festerente (%)
4 359	271 204	1,6

Flertallets engangsløftmodell tilsier at «avgiftstaket» på kr 11 000 kr/mål oppnås allerede ved en tomteverdi på 220 000 kr/mål. I henhold til spørreundersøkelsen som ble gjort av utvalget svarte 36 % at tomten som ble festet/festet bort hadde en verdi på under 300 000 kr. Det antas at dette tallet ville vært høyere dersom deltakelsen i spørreundersøkelsen hadde vært bredere. Avgiftstaket vil derfor nås i svært mange festeforhold.

En annen uheldig løsning ved «avgiftstaket» på kr 11 000 ser man ved innløsning av festetomt. La oss ta som eksempel en tomt på ett mål med en verdi på kr 275 000. Ved innløsning er det to alternativer for fastsettelse av innløsningssummen, 40 % av råtomtverdi eller 25 x festeavgift. Bortfester har adgang til å velge det alternativet som er gunstigst. Det var meningen at 40 % -adgangen skulle fungere som en sikkerhetsventil i tilfelle 25 x

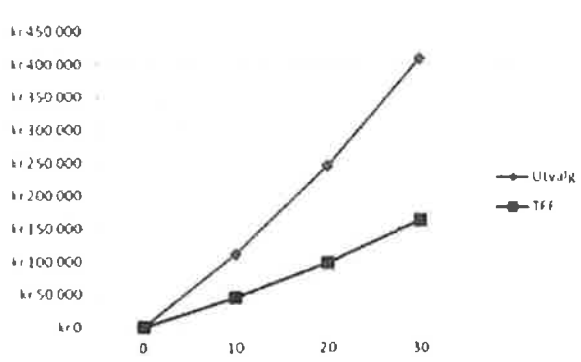
festeavgift ga et altfor lavt grunnlag for innløsningssum, se Rt. 2007 s. 1308. Ettersom tomten i eksempelet har en verdi på over kr 220 000 og festerenten som legges til grunn er 5 % har bortfester adgang til å justere opp festeavgiften til kr 11 000. Ved innløsning av festetomt med festeavgift på kr 11 000 får man det utilsiktede resultatet at innløsningsmuligheten 25 x festeavgift innebærer at fester må betale 100 % av tomtens verdi, nemlig kr 275 000. I tilfelle en tomteverdi på kr 220 000 vil fester ved innløsning av tomten måtte betale *mer enn* 100 % av tomteverdi. Dette er langt fra lovgivers intensjon.

Ved en sammenligning mellom innløsningssum i disse gjennomsnittstilfellene og løsningene flertallet i lovutvalget gikk inn for, får man følgende forskjeller:

TFFs undersøkelse		Engangsløft-modellen
25 x festeavgift (NOK/mål)	40 % av "tomteverdi" (NOK/mål)	25 x festeavgift (NOK/mål)
108 875	108 482	275 000
		100 % av tomteverdi

TFFs innhentede gjennomsnittlige festeavgift i forhold til tomteverdi viser at det i disse tilfellene er likhet mellom 25 x festeavgift og 40 % av tomteverdi. Om tilsvarende skulle vært lagt til grunn ved en engangsløftmodell skulle kr 11 000 per mål kun vært mulig å kreve ved en tomteverdi på kr 687 500 per mål eller mer.

Forskjell i akkumulert festeavgift over for eksempel 30 år med utgangspunkt i en endring i KPI på 2 % per år og KPI justert hvert tiende år, kan illustreres slik:



Den blå grafen er basert på en opprinnelig festeavgift på kr 11 000 i de første ti årene, kr 11 000 x 1,22 de neste ti årene og kr 11 000 x 1,49 de siste ti årene. Den røde grafen er basert på opprinnelig festeavgift kr 4 359 med samme økning i KPI som for den blå grafen.

Hvis en ser på forholdet mellom gjennomsnittet i TFFs undersøkelse og engangsløftmodellen i et 30-års-perspektiv med samme talleksempler som ovenfor får man følgende oversikt:

	TFFs undersøkelse	Engangsløftmodell
Opprinnelig festeavgift (NOK)	4 359	11 000
Bortfesteres samlede festeavgift-inntekt over 30 år (NOK; ref graf over)	161 500	407 630
”Tomteverdi” etter 30 år (KPI regulert; opprinnelig x 1,81)	491 250	491 250
Innløsningssum etter 30 år (NOK)	197 393 (25 x oppjustert festeavgift eller 40 % av ny tomteverdi)	498 125 (bortfester velger innløsning til 25 x oppjustert festeavgift)
Bortfesteres samlede inntekt over 30 år inkl. innløsning (NOK)	<b>358 893</b>	<b>905 755</b>

Vi ser av dette at bortfester får en total inntjening på kr 546 862 mer ved den foreslåtte engangsløftmodellen enn ved TFFs innhentede markedsnivå. Ettersom markedsfeste per 2005-2013 umulig kan sies å være i strid med EMK innebærer engangsløftmodellen en overkompensering på 152,4 %.

Flertallets modeller tar utgangspunkt i en festerente på 5 %. EMD påpekte at festerenten i Lindheim-saken lå under 0,25 %. Gjennomsnittlig festerente for nye kontrakter er i henhold til TFFs undersøkelse 1,6 %. Fra et investeringsperspektiv anses det også som urimelig gunstig med en rente på 5 % for en tilnærmet risikofri investering. For eksempel ligger Petroleumsfondets forventede realavkastning på 4 % med relativt høy risiko.

Det vises i denne sammenheng til artikkelen «Tomtefeste – Svært lønnsomt for bortfester – Lite attraktivt for fester» av Professor Terje Rein Hansen ved Norges Handelshøyskole. Artikkelen er vedlagt denne høringsuttalelsen som vedlegg 2.

Professor Terje Rein Hansen ble i desember 2013 intervjuet av Bergens Tidene vedrørende samme tema. I denne saken uttalte Erling Eide, professor emeritus i rettsøkonomi ved UiO følgende:

*«Det er tindrende klart for enhver økonom at Høyesterett tar feil på dette spørsmålet. Dette er et rent økonomisk spørsmål, og på dette området har Høyesterett begrenset innsikt, for å si det slik.»*

Artikkelen er vedlagt denne høringsuttalelsen som vedlegg 3.

Siviløkonom Harald Bøvre, underviser i verdsetting av eiendom og eiendomsanalyse ved UMB innenfor masterstudiet i eiendomsutvikling, har i sin artikkel «Hvilket ran?» uttalt seg i samme retning.

Artikkelen er vedlagt denne høringsuttalelsen som vedlegg 4.

TFF er for øvrig kjent med at Bøvre avgir en høringsuttalelse på selvstendig grunnlag.

En utfordring i debatten om tomtefeste er at det ikke blir tatt hensyn til at bortfeste er en investering. En investering i kjøp og bortfeste av tomt bør sammenlignes med en hvilken som helst annen investering slik at det tas utgangspunkt i bortfesteres fortjeneste av investeringen (opprinnelig tomteverdi) og ikke på utviklingen i eiendomsmarkedet. Som det kommenteres av Terje Rein Hansen er det bruk av eiendommen som skaper verdiene og prisstigning på tomten, ikke selve eierskapet.

Flertallets modeller tar for øvrig kun utgangspunkt i de senere års overopphetedede marked. Det burde i en slik vurdering tas høyde for at tomteprisene også kan gå ned, ref. for eksempel den historiske utviklingen i Norge, og den senere tids utvikling i Sør-Europe. I dagens norske eiendomsmarked er det også visse signaler og stagnasjon/fall i prisnivåene. Det er kun generalklausulmodellen som sørger for symmetri i lovverket på dette punktet ettersom generalklausulen speiler eksisterende regel om tiltak ved urimelig høy festeavgift.

Dersom en av flertallets modeller skal legges til grunn, må høyestebeløpet tilpasses størrelsen på tomten. Det kan ikke være slik at en tomt på et halvt mål har samme festeavgift som en dobbelt så stor tomt, mens avgiften fordobles dersom tomten er to mål. Mange eldre festekontrakter omfatter til dels store tomter som ikke har denne størrelsen på bakgrunn av forhold på festers side. Det er også en rekke bolighus med langt mindre tomter enn ett mål.

TFF er av den oppfatning at det bør innføres en glideskala for hva festeavgiften maksimalt kan utgjøre. Dersom engangsløft- eller kombinasjonsmodellen vedtas, foreslår TFF følgende modell for gradering av høyestebeløp:

Festeavgift = festeavgift (1mål) x multiplikator

Multiplikator:  $1 + (\text{areal} - 1) \times 0,5$  hvor areal = tomtareal i mål.

Tomtestørrelse (mål)	Multiplikator
0,5 og under	0,75
0,8	0,9
1	1
2	1,5
3	2,0
4 og over	2,5



TFF slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens dissens og modellforslag; generalklausul med tak. I generalklausulmodellen til utvalgsmedlem Gjertsen tas det utgangspunkt i en gjengs leieløsning i likhet med den i husleieloven. Festeavgiften i eksisterende festeforhold skal ikke opp på samme nivå som markedet er på per i dag. Dette gjøres også klart av EMD i Lindheim-saken. Som på husleierettens område vil verdien på eiendommen som leies eller festes indirekte hensyntas, men man unngår at festeavgiften i et eldre festeforhold blir høyere enn det bortfester ville kunnet få for tomten hvis den ble festet ut på nytt. Det vil heller ikke oppstå innløsningstilfeller hvor 25 x festeavgiften tilsvarer mer enn 100 % av tomteverdien. Det vil heller ikke være nødvendig med en glideskala på høyestebeløpet ettersom det er en skjønsmessig vurdering som skal legges til grunn.

TFF slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens begrunnelse for kr 6 000 som høyestebeløp. Kr 6 000 er langt høyere enn det gjennomsnittet for festekontraktene TFF fant i sin undersøkelse, nevnt ovenfor. Undersøkelsen TFF har gjennomført er begrenset til enkelte kommuner hvor tomtefeste har vært benyttet mye i de siste årene, men det er ikke gitt at den er representativ for alle andre kommuner. TFF mener imidlertid at undersøkelsen gir en god veiledning for det store flertall av festekontrakter og at undersøkelsen underbygger at kr 6 000 er et passende nivå for et høyestebeløp. TFF ser samtidig ingen betenkeligheter med at det blir hentet inn ytterligere data fra andre kommuner for å underbygge dette eller et noe justert høyestebeløp.

En annen begrunnelse for akkurat kr 6 000 som høyestebeløp, er at dette er omtrent halvparten av høyestebeløpet etter § 15. § 15 omfatter festeavtaler med såkalt «tomteverdiklausul» hvor festeavgiften i henhold til avtalen kunne justeres opp til langt høyere nivåer. Festekontraktene som skal justeres etter § 33 har derimot ikke en slik tomteverdiklausul. Det er derfor rimelig at slike festekontrakter justeres opp til et lavere høyestebeløp enn de festekontrakter med slik tomteverdiklausul.

#### *8 Lovforslag med merknader*

TFF slutter seg til utvalgsmedlem Gjertsens dissens og løsningsmodell i NOU-ens punkt 6.4.4 om generalklausul med tak. I NOU-en finnes det et lovtekstforslag for en generalklausul. Denne inneholder imidlertid ikke et tak og den gir også adgang til oppregulering hvert 30. år. Det er også forskjell mellom denne modellen og utvalgsmedlem Gjertsens modell når det gjelder de momenter som skal tas i betraktning for å avklare om det foreligger urimelig lav festeavgift. Tilsvarende med hensyn til hvilke forhold som skal tas i betraktning ved oppregulering av festeavgiften. TFF har derfor utarbeidet et eget lovtekstforslag hvor generalklausulen er gitt et høyestebeløp, adgangen til oppregulering hvert 30. år er fjernet, og forholdene som skal tas i betraktning ved regulering er endret.

TFF ser for øvrig ingen grunn til å endre § 11. Bortfester vil ved endring av § 33 få justert opp festeavgiften etter denne bestemmelsen i de festeforhold bestemmelsen omfatter. Det er ikke grunnlag for regulering av festeavgift i andre festeavtaler.

#### § 33. Lenging i staden for innløsning av festetomt til bustad og fritidshus.

I staden for å krevje innløsning av festetomt til bustad eller fritidshus etter § 32 når festetida er ute, kan festaren eller dei som er omfatta av § 32 andre ledd krevje lenging av festet på same vilkår som før, *likevel slik at bortfestaren kan krevje regulering av festeavgifta*

etter paragrafen her. For feste som er lenga etter fyrste punktum gjeld § 7 fyrste ledd om festetid.

*Er festet lengd 1. november 2004 eller seinare, og dette ikkje har grunnlag i festeavtala, kan bortfestaren dersom festeavgifta på tida for lenginga er særskild urimelig låg, krevje regulering ein gong av festeavgifta til eit nivå som er rimeleg når ein tek omsyn til mellom anna vanleg festeavgift for liknande eigedommar på slike stader, karakteren av festehøvet, tilhøvet mellom partane og til verknaden for festaren av endra festeavgift.*

*Bortfestaren kan likevel ikkje krevje avgifta regulert meir enn til eit høgstebeløp om året eller til det beløpet som regulering i samsvar med pengeverdien ville gje. Høgstebeløpet er kr 6 000 justert ved kvart årsskifte etter 1. januar 2015 i samsvar med endringa i pengeverdien.*

*For festeavtalar inngått mellom 1. november 2004 og 1. juli 2012 kan bortfestar ikkje krevje regulering av festeavgiften etter paragrafen her. Ei heller kan bortfestar krevje regulering av festeavgiften etter paragrafen her overfor festare som har kjøpt bustad eller fritidsbustad på festa tomt med eksisterande festeavtale i same tidsrom.*

*Offentlige bortfestare kan ikkje krevje regulering av festeavgifta etter paragrafen her.*

*For fastsetjing av regulert festeavgift etter paragrafen her gjeld § 15 fjerde og sjette ledd tilsvarende.*

#### Merknader

Til § 33:

*Overskriften er uendret.*

*Første ledd er likelydende med første ledd i forslaget til flertallet om engangsløftmodell. Det vises til punkt 8.1.2 i NOU-en.*

*Annet ledd kommer til anvendelse når festet forlenges 1. november 2004 eller senere, og forlengelsen må ikke ha grunnlag i festeavtalen. Ordlyden innebærer ikke at festekontrakter forlenget før 2004 som ble forlenget på nytt eller skal forlenges på nytt etter 2004 ikke kan reguleres. Valget av ordlyd på dette punktet skyldes at dette har vært ordlyden i samtlige forslag i NOU-en. Datoen er den samme som ikrafttredelsestidspunktet for någjeldende § 33. Det vises til NOU-en punkt 6.2.7.*

I tillegg må festeavgiften på forlengelsestidspunktet være urimelig lav. Det presiseres at en generalklausul er en «sikkerhetsventil» forbeholdt de sterkt urimelige tilfellene.

I vurderingen av hva urimelig lav feste er skal det tas hensyn til forholdene som nevnes i bestemmelsen, blant annet vanlig festeavgift for liknende eiendommer på slike steder, festeforholdets karakter, forholdet mellom partene og hvilken virkning endret festeavgift vil ha for festeren. Denne listen er ikke uttømmende og andre relevante forhold kan tas i betraktning. Tomteverdien bør kun spille en mindre rolle. På den måten vil man unngå problemet rundt takster som vil gjøre seg gjeldende ved valg av alle de andre modellene. Det er stor usikkerhet og betydelig sprik i hvordan slike takster fastsetter råtomtverdi og enhver modell som forutsetter fastsettelse av tomteverdi vil virke prosessdrivende. Se i denne forbindelse NOU-en punkt 6.4.4.1. For øvrig vises det til vurderingene lovgiver har lagt til grunn vedrørende bestemmelsens motstykke, § 11, og til vurderingene rundt den generelle regelen i avtaleloven § 36. Festeavtaler som faller inn under unntakene fra innløsningsregelen, som Finnmarkseiendommen, enkelte landbrukseiendommer og lignende, må vurderes særskilt ettersom fester da ikke har rett til innløsning av festetomten dersom bortfester motsetter seg det.

Det skal i disse tilfellene mer til for at en festeavgift skal anses som «særs urimeleg låg» ettersom det skal mer til før det kan anses å være tilstrekkelig ubalanse mellom fester og bortfester.

Er festeavgiften urimelig lav, skal den settes til et nivå som er rimelig, under hensyn til blant annet vanlig festeavgift for liknende eiendommer på slike steder, festeforholdets karakter, forholdet mellom partene og hvilken virkning endret festeavgift vil ha for festeren. I dette ligger blant annet en vurdering av hvor i landet festetomten ligger og hvorvidt plasseringen er i nærhet av fjell, sjø, bysentrum. Med virkning for festeren menes at det skal være et mål at festere ikke kommer i en såpass vanskelig økonomisk situasjon at de risikerer å miste hus og hjem ved oppregulering av festeavgiften. Det bemerkes at boligfeste skal vurderes særlig mildt i denne sammenheng. Tomteverdien bør kun spille en mindre rolle. Se kommentar ovenfor. En «gjengs leie»-tankegang etter husleieloven § 4-3 bør heller legges til grunn slik at sammenligningen skal gjøres ut fra hva som er gjennomsnittlig festeavgift i liknende festeavtaler i samme område. Vurderingene bør være tilsvarende som på husleierettens område, med unntak av at andre forhold som festeforholdets karakter, forholdet mellom partene og hvilken virkning endret festeavgift vil ha for festeren som også skal vektlegges ved fastsettelsen av festeavgiften. Det vises til NOU-en punkt 6.3.6.1.

*Tredje ledd* begrenser bortfesters adgang til å kreve regulering av festeavgiften etter annet ledd. Høyestebeløpet på kr 6 000 gjelder for ett mål tomt. For større og mindre tomter gjelder glideskalaen foreslått på side 8 under pkt 7. Høyestebeløpet er i tillegg til å være et tak ment å være en føring både for hva som skal anses som urimelig lav festeavgift og for hvilket nivå eventuell ny feste skal ligge på. Kr 6 000 er et høyestebeløp og festeavgiften skal i de fleste tilfeller ligge godt under dette beløpet. Kr 6 000 er satt som tak basert på undersøkelser av markedet og festevilkår ved inngåelse av nye festekontrakter i 2013. Taket bør naturligvis ikke være høyere enn hva festeavgiften ville vært dersom tomten skulle blitt festet bort for første gang nå, altså markedsverdi. Taket utgjør omtrent halvparten av taket i tomtefesteloven § 15 annet ledd som omfatter tomtefestekontraktene med særskilt tomteverdiklausul. Det er gode grunner for at de festekontraktene hvor det ikke er inntatt bestemmelse om regulering etter tomteverdiutviklingen skal settes lavere. Høyestebeløpet justeres i henhold til konsumprisindeksen. Ved konsumprisindeksregulering av høyestebeløpet skal det tas utgangspunkt i indeksen fra 1. januar 2015. Det vises til NOU-en punkt 1.4.4 og 6.4.4.1.

*Fjerde ledd* innebærer et unntak for festeavtaler inngått i perioden 1. november 2004 til 1. juli 2012. Disse avtalene ble inngått etter forrige endring i § 33 slik at partene var klar over festers rett til fornyelse på samme vilkår, men før EMD-dommen i Lindheim-saken ble kjent og ga partene grunn til å overveie dette nøyere. Det må legges til grunn at partene tok adgangen til fornyelse på samme vilkår i betraktning ved inngåelse av festeavtale. Det ville således ikke vært riktig å endre lovgivningen for deres vedkommende. Bortfester kan i disse tilfellene ikke kreve oppregulering av festeavgiften etter § 33 og fester kan således kreve forlengelse på samme vilkår.

For annengangs festere, festere som har kjøpt bolig eller fritidsbolig på festet tomt med eksisterende festeavtale i perioden 1. november 2004 til 1. juli 2012, gjelder ikke bortfesters rett til oppregulering av festeavgiften etter § 33. Festere som kjøpte bolig eller fritidsbolig i denne perioden gjorde dette med eksisterende regelverk som bakteppe. Festeavtaler med

festeavgift som ikke ville reguleres opp mer enn etter KPI var såpass gunstige at eiendommer med slik festeavgift ble solgt på samme vilkår som eiendommer på selveiet tomt. Med det betalte disse annengangs festerne i realiteten markedspris for tomten og vil ved oppjustering av festeavgiften betale dobbel pris for tomten.

*Femte ledd* gir et unntak for offentlige bortfestere, statlige myndigheter, kommunale bortfestere, Opplysningsvesenets fond og andre offentlige organ. I disse tilfellene kan fester kreve forlengelse på samme vilkår.

*Sjette ledd* er likelydende med femte ledd i forslaget til flertallet om engangsløftmodell. Det vises til punkt 8.1.2 i NOU-en.

*Nødvendige tilpasninger i andre bestemmelser*

#### Overgangsbestemmelser

*Lova tek til å gjelde frå den tida Kongen fastset.*

*Ved innløyising av tomt som er festa bort til bustadhus eller fritidshus og festeavtala vart lenga i henhold til § 33 mellom 2004 og 2012, skal innløyisingssummen vere 25 gonger årleg festeavgift utan anna regulering enn endring i samsvar med endringa i pengeverdien om festaren krevjar innløyising innan 1. januar 2016. Om ikkje anna er avtalt, kan kvar av partane likevel krevje at innløyisingssummen skal vere 40 pst. av tomteverdet på tidspunktet festeavtala vart lenga, med frådrag for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller tilskott til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdet må ikkje setjast høgare enn det tomta kunne seljast for om det berre var tillate å setje opp det eller dei husa som var på tomta på ovannemnte tidspunkt.*

#### Merknader

Festere som etter endringen av § 33 i 2004 valgte å forlenge festeavtalen i stedet for å innløse vil ved en ny endring av § 33 stilles i en vesentlig dårligere stilling. Disse festerne forlenget avtalen med någjeldende § 33 som bakteppe, nemlig at festevilkårene ikke ville endres dersom de valgte å fortsette å feste. Det var dermed naturlig for svært mange festere å velge denne løsningen fremfor innløsning. Denne overgangsbestemmelsen innebærer at disse festerne får et gitt tidsrom til å innløse på samme vilkår som de hadde på det tidspunktet festeavtalen ble forlenget. Med denne løsningen kan festerne ta valget mellom å feste videre med oppjustert festeavgift eller innløse etter vilkårene de hadde på tidspunktet festeavtalen ble forlenget.

#### **Anmodning om et snarlig møte med Justisdepartementet**

TFF samarbeider med Norges Hytteforbund og Norges Huseierforbund og vi benytter herved anledningen til å anmode om et snarlig møte med øverste politiske ledelse i Justisdepartementet - og evt i tillegg fra administrasjonen – for å utdype våre synspunkter.

For et enstemmig styre i Tomtefesterforbundet,



Grethe Gjertsen  
Leder

### **Vedlegg**

Vedlegg 1: Markedsundersøkelse gjennomført av Tomtefesterforbundet

Vedlegg 2: Professor Terje Rein Hansen ved Norges Handelshøyskole «*Tomtefeste – Svært lønnsomt for bortfester – Lite attraktivt for fester*»

Vedlegg 3: Artikkel i Bergens Tidene publisert 27. desember 2013

Vedlegg 4: Siviløkonom Harald Bøvre UMB «*Hvilket ran?*»

Vedlegg 5: Utvalgsmedlem Grethe Gjertsens Dissens

vedlegg nr. 1

**SAMLEOVERSIKT FESTEAVGIFTER etc. for NY-inngåtte festeavtaler**

I følgende attraktive hyttekommuner er samtlige nyinngåtte festeavtaler (grunnlag fra Statens Kartverk) sjekket med Tinglysingstelefonen vedr. festeavgift og oppgitt tomteverdi. Tomtearealer er funnet/beregnet på Norgeskart.no

**SAMTLIGE ER BASERT KUN PÅ KPI-oppregulering!**

Avtalt	2000 2001 2002 2003 2004 2005 2006 2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013																										
	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.	Gj.sn.													
pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar	tomteverdi	pr dekar													
Sigdal "Komplett"	31	20	27	10	14	17	16	11	2	6	7	6	1	3	171 av 227	4 153	318 828	1,56 %	Dobbeltså høy tomteverdi som i Flesberg! Merk også mye større andel nyere! I alt vesentlig <u>2 500-5 000</u>								
Flesberg "Komplett"	29	12	11	17	7	2	3	1	3	2	0	6	0	0	93	5 791	165 385	3,60 %	Svært lavt ansatte tomteverdier! Gir kunstig høy festerente								
V. Slidre "Komplett"	Ikke undersøkt før 2005													5	8	0	3	5	1	3	0	0	25	4 217	556 687	2,02 %	Samtlige over 1 000 m2 Lavere festerente de siste år Statskog bortfester på alle i tallgrunnlaget I alt vesentlig <u>2 800-6 000</u>
Gausdal "Komplett"	Ikke undersøkt før 2005													0	0	1	0	9	21	0	0	0	31	4 145	101 267	3,96 %	Svært lavt ansatte tomteverdier! Gir kunstig høy festerente Herav 19 stk Statskog bortfester i 2009 Resten i Espedalen 2009/10 I alt vesentlig <u>2 100-6 100</u>

**VEID GJENNOMSNITT FOR disse kommunene**

basert på:	4 359	271 204	2,43 %	Delvis lavt ansatte tomteverdier! Gir kunstig høy festerente
	142	119	119	
		ca	1,6 %	Er antagelig representativt ved "normalt" ansatte tomteverdier

## Tomtefeste – Svært lønnsomt for bortfester – Lite attraktivt for fester

av

**Professor Terje Rein Hansen, Norges Handelshøyskole<sup>1</sup>**

### Bakgrunn

Vi har i overkant av 200.000 tomtefesteforhold i Norge, hvorav omlag 170.000 gjelder bolig og hytte. Tomtefeste er i støpeskjeen. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) avsa 12. juni 2012 dom i saken Lindheim og andre mot Norge. EMD kom til at festerens rett etter tomtefesteloven § 33 til å kreve forlengelse ved festetidens utløp av avtale om feste til bolighus og fritidshus på samme vilkår som før og uten tidsbegrensning er i strid med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

Norge er forpliktet til å rette seg etter en endelig dom i EMK, når staten er part i saken. Den 15. februar 2013 oppnevnte regjeringen et lovutvalg med Professor Kåre Lilleholt som formann for å utrede og legge frem forslag til endringer i tomtefestelovens regler for å bringe disse i samsvar med dommen. Utvalgets forslag til regelendringer er gitt ut som - NOU nr. 11, 2013.

### Noen definisjoner:

**Bortfester:** Eier av tomten som fester får disponere mot å betale en årlig festeavgift.

**Festekontrakt:** Avtale mellom bortfester og fester som regulerer de økonomiske forhold mellom partene.

**Festeavgift:** Årlig avgift til bortfester som i utgangspunktet svarer til 5% av tomteverdien. Justeres i henhold til avtale i samsvar med endringen i konsumprisindeksen.

I eksempelet, jeg kommer til å bruke for å illustrere hvorledes regelverket virker, har jeg i Vedlegg 2 vist at justeringen for alle praktiske formål skjer hvert år i samsvar med endringen i konsumprisindeksen foregående år.

### Hytte på Filefjell

For å illustrere den følgende fremstilling skal jeg bruke data for en hytte på festet tomt på Filefjell i Valdres. Eier av hytten er en bekjent.

Den aktuelle hytten ble oppført høsten 1976. Det ble i forkant inngått en festekontrakt på en råtomt for 40 år regnet fra 1974. I forbindelse med en lovendring i 2003 om forlenging av festekontrakter inngått i perioden 1.1. 1976 – 1.1. 2002, ble festetiden i 2003 utvidet til 80 år.

---

<sup>1</sup> Jeg takker kolleger på Norges Handelshøyskole for kommentarer i forbindelse med utarbeidelse av dette notatet. En særlig takk til professor Thore Johnsen som har vært min «sparring partner» underveis.

I festekontrakten er festeavgiften i utgangspunktet basert på en tomteverdi på kr 15.000 pr. 1.1. 1974.. Festeavgiften utgjør således i utgangspunktet kr 750 ( 5% av kr 15.000) pr. år. Det må antas at tomteverdien som festeavgiften er basert på svarer til markedsverdien av tomten pr. 1.1. 1974.

Festeavgiften reguleres opp eller ned i samsvar med endringen i konsumprisindeksen siste år, første gang 1. juli 1975. (Siden festekontrakten først ble inngått våren 1976, måtte fester også dekke festeavgift som hadde påløpt siden 1.1. 1974 til 1.7. 1976.) I 2013 var festeavgiften steget til kr 4.340.

### **Litt finans**

Bortfesting av tomter er for alle praktiske formål risikofritt for bortfester, fordi bortfester har sikret sine pengefordringer gjennom tinglysning av festekontrakten.

Norges Bank som er ansvarlig for pengepolitikken i Norge, har siden mars 2001 styrt mot et inflasjonsmål på 2,5%. Hvis prisstigningen er over 2,5% skal altså Norges Bank legge opp til en pengepolitikk som reduserer prisstigningen, eksempelvis ved at styringsrenten økes. Hvis prisstigningen er under 2,5% skal Norges Bank legge opp til en pengepolitikk som øker prisstigningen, eksempelvis ved å redusere styringsrenten.

Dette innebærer at pristigningen over tid kan forventes å tendere mot 2,5%. Variasjonen i pristigningen over tid vil bli langt mindre enn det som har vært tilfelle historisk.

### **Festekontrakter gir bortfester svært god avkastning**

Vi merker oss at festeavgiften i det foreliggende tilfelle forutsettes regulert hvert år i samsvar med endringen i konsumprisindeksen. Dette innebærer i praksis at bortfester får en tilnærmet risikofri realavkastning på 5%, uavhengig av konsumprisutviklingen, eller en nominell avkastning på gjennomsnittlig 7,5%, dersom den gjennomsnittlige prisstigningen er 2,5%.

Sannsynligvis kan bortfester, som er jordbruker, øke realavkastningen til 7% ved å tilby innløsning av festekontrakter som utløper i 2014. Grunnen til at denne meravkastningen oppstår, er at festeren har en håpløs forhandlingsposisjon siden bortfester kan nekte innløsning. Den gjennomsnittlige prisstigningen i perioden 1974-2014 er 4,6%. Grunneieren vil i så fall oppnå en årlig nominell avkastning på 11,6% over perioden 1974-2014. Dette må i så fall bli norgesrekord i avkastning for risikofrie investeringer.

Tomtefeste gir altså bortfester svært god avkastning. Til sammenligning kan jeg opplyse at Petroleumsfondet regner med en realavkastning på sikt på 4% og da med en langt større risiko enn det en bortfester har. Kanskje Petroleumsfondet burde satse på bortfesting av tomter i Valdres i stedet for forretningsseiendom i London?



## **Festekontrakter er lite gunstig for fester sammenlignet med lånefinansiering i bank**

Ved vurdering av tomtefeste eller banklån som finansieringsmulighet for råtomter er det viktig å være klar over følgende:

1. Festeavgiften øker hvert år med prisstigningen. Festeavgiften, som i det foreliggende tilfelle utgjorde kr 750 i 1974, hadde i 2013 steget til kr 4.340.
2. Lånerenten er konstant og vesentlig lavere enn festeavgiften. Gitt 6% rente på et avdragsfritt lån på kr 15.000 blir den årlige rentebetalingen kr 900 før skatt.
3. Festeavgift er ikke fradragsberettiget på selvangivelsen, gjeldsrenter er det. Rentebetalingen etter 28% skatt blir følgelig kr 648, altså bare en brøkdel av festeavgiften i 2013.
4. Ved et avdragsfritt lån i bank i det foreliggende tilfelle skal låntaker betale tilbake kun kr 15.000. Utløsning av en festekontrakt i 2014 derimot kan bli meget kostbar, dersom bortfester driver jordbruksvirksomhet. Bortfester kan i så fall nekte utløsning. Fester risikerer i så fall å måtte betale en betydelig overpris i forhold til eiendommens verdi for å komme seg ut av avtalen.

En nærliggende karakteristikk på festekontrakter, som beskrevet ovenfor, er ågerkontrakter. Jeg vil fraråde tomtesøkere å gå inn på slike kontrakter.

### **Nødvendige endringer i tomtefesteloven.**

Det er særlig to forhold i tomtefesteloven som må endres dersom man skal få en lov som gir en tilfredsstillende, men ikke åger-avkastning for bortfester.

For det første må rentesatsen på 5% som benyttes ved beregning av festeavgiften reduseres. Det er helt uakseptabelt at risikofri utleie av eiendom skal gi en avkastning som ligger over Petroleumsfondets forventede realavkastning på 4%.

Etter min vurdering bør renten reduseres til 2,5% og det bør legges grunn at festeavgiften kan reguleres opp eller ned årlig i samsvar med endringen i konsumprisindeksen siste år. I så fall er bortfester garantert en realavkastning på 2,5%, som svarer til Petroleumsfondets forventede avkastning på obligasjoner.

Det faktum at det har vært benyttet en realrente på 5% innebærer at festeren på Filefjell har betalt minst kr 25.000 for mye i festeavgift over 40 års perioden 1974-2014. Beløpet kan være så høyt som kr 40.000. Dersom for mye betalt festeavgift renteberegnes frem til juni 2014 utgjør formye betalt festeavgift, inklusive renter, minst kr 39.000. Beløpet kan være så høyt som kr 60.000. Alle beløpene i dette avsnittet er beregnet og begrunnet i Vedlegg 1.

For det andre bør man avvikle jordbrukeres rett til å nekte utløsning ved utløp av festekontrakter. Denne retten gjør det mulig for bortfester å ta ut superavkastning ved å presse opp utløsningsprisen. Fordi bankfinansiering er så mye rimeligere kan fester la seg presse til å betale en merpris langt utover tomteverdien.

### **Inntektsfradrag for festeavgift**

I økonomisk forstand er festeavgift en renteutgift, når en tomteanskaffelse finanseieres ved å inngå en festeavtale. Det er vanskelig å se noen logisk begrunnelse for hvorfor det ikke skal kunne kreves fradrag for festeavgift på linje med lånerenter. Det ville utvilsomt være lettere å enes om endringer i tomtefesteloven, dersom man åpnet for å gi inntektsfradrag for festeavgift på linje med renteutgifter.

Det er i denne forbindelse viktig å klart for seg at det er staten som er ansvarlig for at man ved beregning av festeavgiften har brukt en realrente på 5% og ikke en nominell rente på 5%. Dette har fått skjebnesvangre konsekvenser for festerne i form av en dobling av festeavgiften i forhold til hva den skulle ha vært. De høye festeavgiftene har gitt staten betydelige skatteinntekter. Det er forbausende at ingen har reagert. Men det er vel ikke noe annet å vente, når de som administrerer tomtefesteinstituttet har selv ikke de mest elementære kunnskaper om finans og økonomi.

Festekontraktene er privatrettslige avtaler. Det er derfor vanskelig å se hvorledes fester og bortfester skal komme seg ut av det utføre man har havnet i. Den eneste muligheten jeg ser til delvis å rydde opp i kaoset, som statlig forvaltning av tomtefesteinstituttet har skapt, er å innføre skattefradrag for festeavgift.

### **Fastsettelse av nye tomteverdier i 2014**

Grunneierne er redd for å gå glipp av verdistigning på festetomten og det er bakgrunnen for at de krever at ved en eventuell utløsning av festekontrakten, skal verdien av tomten fastsettes til markesverdi. Kravet synes urimelig fordi verdistigningen består av to komponenter. For det første har vi den generelle pristigningen i samfunnet. For det andre har vi prisstigning utover dette, fordi de aktuelle tomtene har steget mer i verdi enn den generelle pristigningen skulle tilsi.

Den generelle prisstigningen i samfunnet, målt med endringen i konsumprisindeksen, er hensyntatt ved den årlige justeringen av festeavgiften og har i det foreliggende tilfelle resultert i høye festeavgifter på grunn av sterk prisstigning. Dette elementet burde derfor holdes utenfor ved utløsning av festekontrakten, for ellers ville bortfester få betalt to ganger for samme prisstigning. Først ved beregning av festeavgiften og deretter ved beregning av utløsningsverdien for festekontrakten.

Den gjennomsnittlige årlige pristigningen i perioden 1974-2014 er 4,6%. Korrigeres tomteverdien på kr 15.000 for pristigning i perioden 1974-2014 gir dette en tomteverdi pr. 2014 på kr 90.000. Det er altså verdistigning utover dette grunneieren bør få del i. For 40 års-kontrakter, som utløper i 2014 og der en rentesats på 5% har blitt lagt til grunn ved beregning av festeavgiften, virker det rimelig at bortfester skulle kunne kreve 50% av den overskytende markedsverdien ved utløsning av festekontrakten. Er eksempelvis markedsverdien på festetomten pr 2014 kr 200.000, skulle utløsningsverdien for festekontrakten bli kr 55.000.

### **Finansiell og økonomisk kompetanse**

Det er mitt inntrykk at grunnleggende finansiell og økonomisk kompetanse hos uttreidere og saksbehandlere i de aktuelle departementer ikke er til stede. Dette er sannsynligvis forklaringen på at man har endt opp med et system som til de grader begunstiger den smarte bortfester. Dette må det gjøres noe med.

### **Avslutning**

Lilleholt-utvalget har i NOU nr. 11, 2013, foreslått en rekke endringer av tomtefesteloven. Etter min vurdering vil ikke forslagene gjøre tomtefeste til en mer hensiktsmessig finansieringsform av råtomter for bolig- og hyttebyggere, fordi ordningen til de grader er til fordel for bortfester og til ugunst for fester og siden staten er en inkompetent forvalter av totomtefesteinstituttet. Det skal også bli meget problematisk å fastsette meningsfylte tomteverdier for råtomter ved utløsning eller forlengelse av festekontrakter. Tomtefesteordningen burde egentlig avvikles. Som et første trinn i avskaffelsen av ordningen burde man avvikle jordbrukeres rett til å nekte utløsning ved utløp av festekontrakter .

## Vedlegg 1: Beregning av for mye betalt festeavgift pr. juni 2014.

Ved beregning av festeavgiften benyttes en rentesats på 5%. I tillegg justeres festeavgiften med endringen i konsumprisindeksen siste år. Dette innebærer i realiteten at man har lagt til grunn en realrente på 5%, som er helt meningsløs siden det er tale om risikofri utleie av eiendom. En realrente på 2,5%, svarende til en nominell rente på 5% med en forventet prisstigning på 2,5%, ville være den maksimale renten som ville være aktuell ved risikofrie investeringer, herunder risikofri utleie av eiendom.

Jeg antar at grunnen til at dette problemet har oppstått er at jurister som har administrert og utredet ulike forhold knyttet til tomtefesteloven ikke vet forskjell på en nominell rente og en realrente. Dette har så fått skjebnesvangre konsekvenser for festerne.

Det faktum at man har lagt til grunn en realrente på 5% i stedet for 2,5% innebærer i praksis at festeavgiften har økt med 100%. Jeg skal nedenfor beregne hvor mye meravgift min bekjente på Filefjell har betalt inn over 40 års perioden 1974-2014. For å forenkle beregningen skal jeg anta at prisstigningen i den aktuelle perioden er 2,5%. (Inflasjonsmålet som Norges Bank de senere år har styrt mot.) Den faktiske prisstigningen i perioden januar 1974 – januar 2013 var 4,6% (Kilde: Statistisk Sentralbyrås konsumprisindeks (1998=100)). Når jeg legger til grunn en lavere prisstigning enn den faktiske undervurderer jeg derved den betalte festeavgiften.

For mye betalt festeavgift fremgår av oppstillingen nedenfor, gitt at en realrentesats på 2,5% og 2,5% årlig prisstigning legges til grunn:

$$375 \cdot (1 + 1,025^2 + 1,025^3 + 1,025^4 \dots + 1,025^{39}) = 375 \frac{1,025^{40} - 1}{0,025} = 25.276$$

Jeg minner om at den faktiske prisstigningen er høyere enn prisstigningen som er lagt til grunn i beregningene ovenfor. For mye betalt festeavgift er derfor sannsynligvis nærmere kr 40.000.

Det har også interesse å se på størrelsen på for mye betalt festeavgift, når det for mye betalte beløpet i det enkelte år renteberegnes frem til juni 2014. For å forenkle beregningene skal jeg legge til grunn en rentesats på 2,5%.

For mye betalt festeavgift i år  $t$  er  $375 \cdot 1,025^{t-1}$  ( $t=1, 2, 3, \dots, 40$ ). I år  $t$  er det  $40 - t$  år igjen til 2014. Vi får derfor følgende formel for beregning av for mye betalt festeavgift inklusive renter frem til juni 2014:

$$\sum_{t=1}^{40} 375 \cdot 1,025^{t-1} \cdot 1,025^{40-t} = \sum_{t=1}^{40} 375 \cdot 1,025^{39} = 40 \cdot 375 \cdot 2,62 = 39.300$$

Dersom faktisk prisstigning og en mer realistisk rentesats, eksempelvis 5%, hadde blitt lagt til grunn hadde for mye betalt festeavgift inklusive renter frem til 2014 sannsynligvis vært nærmere kr 60.000. (NB Den antydetede rentesatsen på 5% er en nominell rente.)

## Vedlegg 2: Nærmere om regulering av festeavgiften med endring i konsumprisindeksen.

Det er vanlig å ha en reguleringsklausul i festekontrakten som regulerer festeavgiften i samsvar med konsumprisindeksen. I festekontrakten til min bekjente på Filefjell er bestemmelsen som følger:

«Regulering skal foretas så snart indeksen er steget eller falt 6 poeng eller mer. Regulering er bare aktuelt ved forfallsdato. Utgangspunktet for regulering er indeksen pr. 15.1 1974.»

I 1998 ble konsumprisindeksen rebasert slik at gjennomsnittsindeksen i 1998 ble satt til 100<sup>2</sup>. Dette innebar at alle indekstall før 1998 ble dividert med 4,17, slik at indeksen pr. juni 1974 som var 99,2 ble redusert til 23,8. En konsekvens av rebaseringen er at reguleringsbestemmelsen skulle vært justert som følger:

«Regulering skal foretas så snart indeksen er steget eller falt 1,44 poeng eller mer.»

Dette fordi 1,44 poeng i indeksen med (1998=100), svarer til 6 poeng i indeksen med (1974 = 100).

Jeg har gått gjennom konsumprisindeksen (1998 = 100) for perioden juni 1974 – juni 2013 og har funnet kun 6 år i denne 39 årsperioden der endringen i konsumprisindeksen er under 1,44 poeng<sup>3</sup>. Reguleringen skjer da i stedet året etter. Den praktiske konsekvensen for bortfester er at festeavgiften blir noe lavere i året der det ikke er regulering. Det er tale om små beløp. To eksempler vil være illustrerende.

Pr. juni 2011 var festeavgiften oppregulert til kr 4.233. Fra juni 2011 til juni 2012 var pristigningen 0,46%. Fordi festeavgiften ikke ble regulert i 2012 gikk derfor bortfester glipp av en økning i festeavgiften i 2012 på 0,46% av kr 4.233 som er lik kr 20.

Pr. juni 2003 var festeavgiften oppregulert til kr 3.633. Fra juni 2003 til juni 2004 var pristigningen 1,3%. Fordi festeavgiften ikke ble regulert i 2004 gikk derfor bortfester glipp av en økning i festeavgiften i 2004 på 1,3% av kr 3.633 som er lik kr 47.

Når jeg legger til grunn årlig regulering av festeavgiften i samsvar med prisstigningen for min bekjente på Filefjell overvuderer jeg for mye betalt festeavgift med under kr 250 (for mye betalt festeavgift utgjør 50% av betalt festeavgift).

---

<sup>2</sup> Statistisk sentralbyrå: Konsumprisindeks, historisk serie (1998=100).

<sup>3</sup> De aktuelle årene er 1994, 1996, 2002, 2004, 2007, 2012.



**ALARMERER:** Professor Terje Hansen mener tomtefesterne står overfor en urimelig stor regning dersom noen av forslagene til det såkalte tomtefesteutvalget blir vedtatt. - Utvalget må ha manglet tilstrekkelig økonomisk kompetanse, sier Hansen.

## Lovendring kan gi hus- og hytteeiere kjemperegning

**Forslaget til ny tomte-festelov kan gi grunneierne en langt høyere årlig leiepris enn om tomtene var solgt og pengene investert i finansmarkedet.**

**Halvor Ripegutu, Tor Arne Fanghol, foto ODD, E NERBØ**

Publisert: 27.des. 2013 00:05 Oppdatert: 27.des. 2013 00:05

Norske myndigheter kan være i ferd med å gi mange grunneiere en gave de fleste investorer bare kan drømme om.

Det slår økonomiprofessor Terje Hansen ved NHH fast i en analyse han har gjort av forslagene som kommer fra det såkalte Tomtefesteutvalget. Endringene kommer etter at dagens lov ble underkjent av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen i 2012.

- Grunneierne vil med dette være sikret en realavkastning på pengene på fem prosent. I tillegg får de kompensert for prisstigningen. Det er langt bedre enn Oljefondet, og kan ikke sies å være annet enn en lovfestet ågerrente, sier økonomiprofessoren.

Oljefondets avkastning skal på lengre sikt ligge på rundt fire prosent.

### Garantert superrente

I en festekontrakt leier grunneier ut bruksretten til tomt i en lengre tidsperiode mot en årlig festeavgift. Det er om lag 300.000 festekontrakter i Norge i dag, og en rekke nordmenn har hus eller hytter på tomter som leies med slike kontrakter.

Utvalgets forslag vil ifølge Hansen gjøre kontraktene urimelig dyre.

- For dem som leier grunn, blir denne regningen svært dyr sammenlignet med om de lånte penger og kjøpte tomten. Jeg må tro at tomtefesteutvalget ikke helt har forstått konsekvensen av hva de foreslår, sier Terje Hansen.

Han mener en rente på halvparten, 2,5 prosent, ville vært mer riktig.

- Blir disse reglene vedtatt, vil jeg fraråde alle som har muligheten, til å holde seg unna festekontrakter. Men problemet er jo at mange sitter med slike allerede, sier Terje Hansen, som selv har en kone med hytte på festetomt på fjellet.

### Bruker Høyesterett

Tomtefesteutvalget, ledet av jussprofessor Kåre Lilleholt, har lagt til grunn en rentesats som Høyesterett bruker i sin behandling av saker som gjelder fast grunn. Den sier at den såkalte, risikofrie avkastningen skal regnes til fem prosent årlig. Fagøkonomer har også tidligere kritisert denne rentesatsen, og ment den burde vært lavere.

Utvalgets leder, Kåre Lilleholt, sier at utvalget ikke tar stilling til nivået på renten i rapporten deres.

- Rentenivået er i utgangspunktet et politisk spørsmål som vi ikke vurderer i vår utredning. Når vi bruker fem prosent som utgangspunkt for noen av våre utregninger, er det fordi domstolene som regel opererer med denne renten. Det er helt legitimt å spørre seg om denne renten er for høy, sier Lilleholt.

Professor Hansen får støtte fra andre som har studert problematikken. Erling Eide, professor emeritus i rettsøkonomi ved UiO, mener grunnen til den høye renten er at Høyesterett ikke er kompetente til å beregne renten skikkelig.

## **Legger nytt prisnivå**

- Det er tindrede klart for enhver økonom at Høyesterett tar feil på dette spørsmålet. Dette er et rent økonomisk spørsmål, og på dette området har Høyesterett meget begrenset innsikt, for å si det slik, sier Eide.

Selv om det skulle være mulig for de som har festekontrakter på eiendommen å kjøpe seg ut av disse, mener Terje Hansen at noen av utvalgets forslag vil legge et for høyt prisnivå. Årsaken er at den høye renten vil føre til at grunneierne vil beregne tomteprisen ut fra hvilke inntekter de går glipp av dersom tomten selges.

- Grunneierne kan i prinsippet diktere prisen, fordi de også gis en vetorett som gjør at de kan nekte å selge tomtene. Skulle noe av dette bli vedtatt, er det klart at tomteprisene vil bli høyere enn de ellers hadde vært, sier Terje Hansen.

Han appellerer til politikerne.

- Det er kanskje for sent å snu. Men da må det gjøres endringer i skattesystemet, slik at tomtefesterne kan trekke den årlige leien av på selvangivelsen. Det ville endret regnestykket til et nivå som var mer normalt, sier Hansen.



Hvilket ran?

Siviløkonom Harald Bøvre

hbconsult, harald bøvre

Det er hevdet at tomtefestelovens § 33 vedrørende festers rett til å forlenge festeavtalen til evig tid på eksisterende vilkår representerer et «ran» av grunneierne.

Om man blir ranet så blir man vel iht hverdagsterminologien bestjålet, og i sammenheng med tyveriet i tillegg blitt utsatt for vold. Hvordan er eventuelt bortfestere blitt bestjålet i forhold til tomtefestelovens § 33?

For å ta svaret på spørsmålet først så er de realitetsmessig ikke blitt bestjålet – de er på deler av formuen blitt gjenstand for en omfordeling av verdiøkninger (NB ikke grunnverdier) som følger av et politisk vedtak da prisreguleringen på boliger og tomter ble opphevet i 1982.

Tar man utgangspunkt i realpriser (nominelle verdier korrigert for inflasjon) for boligeiendom i Norge var prisnivået likt i 1982 sammenlignet med år 1900 – all netto positiv realprisøkning har skjedd etter 1982.

Den delen av verdistigningen som har skjedd siden 1982 og er forårsaket av inflasjon er ivaretatt gjennom inflasjonsjusteringene i kontraktene. Det man står igjen med er forholdet til realavkastningen.

Hvorfor er realpriser viktig? Det er viktig fordi inflasjon ikke gjør deg rikere – det er alltid et spørsmål hva du reelt sitter igjen med som avgjør velstandsutvikling.

Festekontrakter inngått før prisreguleringen opphørte ble inngått under et regime hvor realverdiene til grunneiere fra myndighetenes side ikke var særskilt prioritert. Idet svært mange av disse festekontraktene har en reguleringsklausul knyttet mot inflasjonsjustering har grunneierne faktisk gjennom festekontraktene hatt en forsikring mot dårlig realprisutvikling idet det, med et unntak rundt 1930, i hele perioden har vært stigning i KPI. Både bortfestere og festere var innforstått med et

reguleringsregime, og det finnes neppe noen kontrakt som innebygget har forventet et «frislipp» av eiendomspriser.

Hva har så den lovgivende forsamling i Norge gjort med den berømmelige § 33 i tomtefesteloven? I undertegnede's øyne har de kun sagt at realprisstigningen som fulgte av det politiske vedtaket (kall det gjerne et vedtak som skapte en samfunnsendring) tilkommer i all hovedsak brukeren/festeren av eiendommen, men egentlig kun om man vurderer situasjonen i et kortsiktig tidsperspektiv. Er det nødvendigvis noe galt i det om man fokuserer på de rene økonomiske aspekter ved saken? Resonnementene rundt dette gjennomgås nærmere senere i artikkelen. Bortfestere, så godt som alle, vil også i tillegg til en festeportefølje ha eiendom som ikke er bortfestet, og de har nytt godt av «frisleppet» på denne delen av sin eiendomsbeholdning.

En skjevdeling av verdiøkninger og velstandsutvikling som følger av politiske vedtak er et velkjent begrep i det norske samfunnet, og hvorfor må det være en menneskerett å skulle ta del i alle godene på alle mulige måter? Evt kan man spørre om grunneierne heller vil tilbake til et regime med prisregulering?

Grunnverdiene og realverdiene til grunneierne i forhold til festekontrakter inngått før 1983 er ivaretatt gjennom inflasjonsjusteringen. Totalt sett har «frisleppet» i 1982 gavnet også grunneierne gjennom realverdiøkningen på de av deres eiendommer som ikke er bortfestet.

Alle som arbeider med eiendom vet at det er bruken av eiendommen som skaper verdier. Et norsk tomtefeste var en grei innretning under et regime med pris- og transaksjonskontroll, ordningen gjorde det mulig å «omsette» eiendom som ellers ville ligget ubrukt. I tillegg hadde grunneiere med inflasjonsjusterte kontrakter beskyttelse mot realprisfall.

Ut i fra en rent økonomisk betraktning skulle det vel bare egentlig mangle om tomtefesteres interesse ikke ble spesielt ivaretatt gjennom den nye tomtefesteloven – et kjerneproblem hittil ved denne saken som ved enhver debatt om eiendomsverdier er at det tas utgangspunkt i nominelle verdier og ikke realverdier.

## Myndighetenes muligheter

Man kan føre et videre økonomisk resonnement knyttet til det ovenstående. Dommen i EMD fordrer vel egentlig kun at man nærmere avveier hensynet til både fester og borfester ved forlenget feste til evigvarende tid. Hovedbegrunnelsen til EMD synes å være at de reagerer på at festeavgiften på noen av de fremlagte festeavtalene har så lav avgift som 0,25% av markedsverdien. Dette utgjør i så fall 0,625% i forhold til retten til utkjøp iht §33. Omskrevet kan man da si at oppgjør for utkjøpet til 40% av markedsverdi skjer gjennom en evigvarende realrenteobligasjon med 0,625% rente. Igjen, dette vil være en svært sikker realrente – antagelig sikrere enn en statsobligasjon? Det er ingen varians i realavkastningen. Og, dersom det er en reell risiko for at en festetomt til bolig- eller fritidsformål ikke har noen alternativ nytteverdi kan det jo være vanskelig å snakke om at tomten har en markedsverdi som sådan. Uansett vil selv en realrente som EMD reagerer på være konkurransedyktig med realavkastningen på norske statsobligasjoner i dagens marked. En annen ting er vel at det neppe er sannsynlig at festeavtalene som ble fremlagt representerte noen form for en gjennomsnittlig avkastning i forhold til underliggende estimerte verdier.

I en artikkel i Magma 2/2012 henviser partner Bjarne Møller i Ernst & Young til at Norges Bank i Staff Memo 1/2007 konkluderer med at bebygget eiendom forventningsvis kan ha en risikopremie på 2% til 2,5% over lange tidshorisonter. Det er verdt å merke seg at underliggende studier det henvises til i memoet viser en lavere risikopremie over de tidsperioder som er studert.

Bebygget eiendom har en totalt annerledes risikoprofil enn land knyttet til bolig- og fritidsformål. Bebyggelse forringes over tid – det hensyntas i avkastningskravet. Tomt til bolig- og fritidsformål skal det mye til for at forringes over tid, det er liten forurensingsrisiko og annen risiko knyttet til formålet.

Et siste poeng er at så lenge det er en realavkastning gjennom en kontantstrøm på en investering så er det egentlig bare et tidsspørsmål før enhver grunnverdi er tjent inn. Ved det som oppfattes som lave festeavgifter snakker man dog om et tilnærmet evighetsperspektiv, men er det en så dårlig avkastning i et menneskerettighetsperspektiv å få en risikofri realavkastning på eksempelvis 1%+ pr år – husk at også skattefordelen for grunneier teller inn som positiv avkastning.

Regjeringen har flere strenger å spille på enn ovenstående når det gjelder å forholde seg til dommen i EMD, men det kan bli spennende fra en økonoms ståsted å se hvor høy en risikofri realrente må være i forhold til realrenten på statsobligasjoner for at menneskerettighetene ikke er satt til side når fullt oppgjør i forhold til realavkastningskravet som ligger til grunn tross alt skjer i det lange perspektiv.

I det lange løp skal man iflg internasjonale studier faktisk være fornøyd om prisutviklingen på eiendom holder tritt med inflasjonen.

Avsluttende understrekes at ovenstående resonnementer er basert på at festeavgiften har vært og forblir indeksregulert. Det finnes sikkert eksempler på festekontrakter som kan torpedere resonnementene om man ser på enkelttilfeller.

#### Figurer

Figurene omfatter perioden 1930 til 2009 og er basert på Norges Bank Working Paper «House Prices in Norway 1819-1989» datert 11 nov 2004, Prisstatistikk Norges Eiendomsmeglerforbund for perioden etter 2004, KPI fra Statistisk Sentralbyrå.

## Dissensuttalelser til NOU «Festekontrakter og folkerett»

*Utvalgsmedlem Grethe Gjertsen*

Jeg har nedenfor inntatt de dissensuttalelser jeg ønsker inntatt i vår utredning. Det er angitt de respektive punkter i utredningen hvor den enkelte uttalelse skal inngå.

Innledningsvis poengteres behovet for at det presiserer tydelige i de ulike vurderinger at det er en del av utvalget og ikke utvalget i sin helhet som uttaler seg. Den begrensede henvisning til min reservasjon som er gjort i punkt 2.2 er ikke tilstrekkelig. Jeg antar dette gjøres av utvalgets sekretær i den endelige gjennomgangen.

### Nytt punkt 1.4

#### *1.4.1 Innledning*

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* ønsker innledningsvis å knytte noen bemerkninger til utvalgsarbeidet. Utvalgsmedlemmet mener at utvalgets arbeid ikke har vært tilstrekkelig grundig. Det har vært for liten tid til rådighet, og arbeidet har vært preget av hastverk, og har følgelig ikke holdt god nok kvalitet. Det antas at en vedtakelse av noen av de forslag utvalget har utredet vil medføre en rekke nye uheldige konsekvenser, ytterligere tvister og påfølgende behov for ny lovgivning på tomtefestelovens område.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* er av den oppfatning at en eventuell lovendring bør begrenses til hva som kreves for å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det skal gjøres endringer mener utvalgsmedlemmet at det ikke er behov for en generell regel for oppjustering av festeavgiften ved forlengelser. EMDs uttalelser i Lindheim-saken retter seg kun mot de tilfellene der det er en urimelig ubalanse i forholdet mellom fester og bortfester, og lovendringer nå bør begrenses til å håndtere disse tilfellene. Dersom forslagene som er inntatt i denne utredningen vedtas vil også de festekontrakter som ikke rammes av EMDs uttalelse omfattes.

Det er utvalgsmedlem *Gjertsen* sin oppfatning at staten Norge ikke kan, eller behøver, å endre prisreguleringsregime fra KPI til tomteverdiregulering for KPI-regulerte festeforhold for å imøtekomme EMD's uttalelser og konklusjon i Lindheim-saken.

Dersom Staten Norge ser seg forpliktet til å gjøre lovendringer er det utvalgsmedlem *Gjertsen*'s syn at det vil være tilstrekkelig å endre tomtefesteloven § 11 til også å omfatte tilfeller av «særs urimelig lav» festeavgift, eventuelt at det legges inn en tilsvarende sikkerhetsventil direkte i § 33. Dette er det for øvrig nærmere redegjort for nedenfor.

#### *1.4.2 Utvalgets grunnforutsetning er feil*

I det opprinnelige mandatet til utvalget heter det under punktet «*Bakgrunn*» at festeres rett etter tomtefesteloven § 33 til å kreve forlengelse av avtaler om feste til bolighus og fritidshus på samme vilkår som før festetidens utløp, er i strid med EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1 om vern av eiendomsretten. Denne forutsetningen er ikke korrekt.

I premiss 134 i EMDs avgjørelse heter det:

*“In these circumstances, it does not appear that there was a fair distribution of the social and financial burden involved but, rather, that the burden was placed solely on the applicant lessors ... The Court is therefore not satisfied that the respondent State, notwithstanding its wide margin of appreciation in this area, struck a fair balance between the general interest of the community and the property rights of the applicants, who were made to bear a disproportional burden”*

Det heter videre i premiss 135 i EMDs avgjørelse at:

*«... The lack of proportionality in this case was caused by the factors highlighted in the Court’s reasoning in paragraph 128 to 134 above, not by the fact that the lessors could not claim market rent in the case of an extension of the lease contract ...”* (utvalgsmedlem *Gjertsen* understreking).

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at det er helheten i dagens tomtefestelov, og fordelingen av alle de sosiale og økonomiske fordelene og ulempene mellom partene, som EMD har funnet å være i strid med menneskerettighetene. Det er dette som skulle vært gjenstand for utvalgets arbeid, og ikke kun tomtefesteloven § 33.

Det blir derfor direkte feil når lovutvalgsarbeidet gjennomføres med den forutsetning at tomtefesteloven § 33 er i strid med EMK. Norges brudd på EMK TP1-1 ligger i den manglende vurderingen av tomtefestelovens samlede mulige effekter og balanse mellom partene, illustrert ved de konkrete festekontraktene Lindheim saken omfattet. Det ble presisert uttrykkelig i premissene i EMDs avgjørelse jf. ovenfor at det nettopp ikke var en bestemt bestemmelse i tomtefesteloven som representerte et slikt brudd.

Lovutvalget har likevel kun hatt som mål å komme frem til en endring av tomtefesteloven § 33. Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at denne uriktige forutsetningen for utvalgets arbeid har blitt førende for utvalgets vurderinger og forslag, og samtidig forhindre andre mulige løsninger.

#### **1.4.3 Begrensede ressurser**

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at utvalget ikke har hatt tilstrekkelige ressurser til å forsette et forsvarlig arbeid i en viktig sak for en stor gruppe av befolkningen. Det har etter *Gjertsen* oppfatning ikke vært ressurser til å gjennomføre helt nødvendige prioriteringer, og at utredninger og avklaringer dermed ikke er foretatt. Med så vidt begrenset tid til rådighet burde utvalget vært langt bredere sammensatt. Utvalget har eksempelvis ikke kunnet prioritere å gi utvalgsmedlemmene tilgang til for eksempel kopier av de aktuelle festekontrakter som var omhandlet og vurdert i EMDs avgjørelse. Tilsvarende var det ikke ressurser til å innhente en oversettelse av EMDs avgjørelse av en godkjent translatør.

#### **1.4.4 Innhenting og bruk av faktiske opplysninger**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at utvalgsarbeidet burde vært strukturert på en annen måte. *Gjertsen* er av den oppfatning at selv under det tidspresset utvalget måtte arbeide var det ikke riktig å begynne allerede i første møte med mulige modeller for ny lovgivning. Det burde

innledningsvis vært hovedfokus på en gjennomgang av EMDs avgjørelse, hva lovgiver og tidligere lovutvalg hadde utredet og videre på å innhente ny statistikk og fakta.

For det første ble spørreundersøkelsene sendt bortfestere og festere innhentet først etter at modellene og lovtekst var fremlagt og drøftet i flere utvalgsmøter. Dersom spørreundersøkelsene hadde vært innhentet på forhånd ville utvalget stått friere til å gjøre en objektiv tolkning av resultatet, og man kunne deretter brukt denne informasjonen til å finne passende løsninger. Ettersom løsningsforslagene ble presentert før relevante tall var innhentet, får denne informasjonen begrenset verdi, og er i liten utstrekning benyttet ved utarbeidelse og vurdering av de løsninger som er foreslått.

For det andre er de innhentede fakta brukt på en tilfeldig, og dels uriktig måte. Eksempelvis er det ikke sondret mellom KPI-regulerte avtaler og avtaler med avtalt tomtereregulering når undersøkelsene er hentet inn og benyttet. Undersøkelsene innhentet av utvalget viser videre at hele 75 % av de någjeldende festeavtalene har en festeavgift på godt under kr. 6 000 per år. På grunn av manglende bredde i utvalgets undersøkelser utførte Tomtefesterforbundet egne undersøkelser som gir klare holdepunkter for at dette også er tilfellet for nylig inngåtte festeavtaler. På grunn av tidspress ble ikke undersøkelsen ferdigstilt, slik at utvalget kunne gjennomgå resultatet. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener likevel at dette er undersøkelser lovutvalget skulle benyttet ressurser til, slik at man kunne fått tallene på plass på et tidligere tidspunkt.

Tomtefesterforbundets undersøkelser er foretatt for alle nylig inngåtte festeavtaler i fire av de mest attraktive hyttekommunene i Norge. Det er grunn til å tro at nivået er vesentlig lavere i mindre attraktive strøk i landet.

	Antall inngåtte festeavtaler 2005 - 2013	Avtalt gjennomsnittlig festeavgift pr dekar per år
Sigdal	69	Kr. 4153
Flesberg	17	Kr. 5791
Vestre Slidre	25	Kr. 4217
Gausdal	31	Kr. 4145

Lovutvalgets egen undersøkelse har ikke blitt benyttet aktivt ved utarbeidelse av modeller, noe utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener er uheldig..

Etter utvalgsmedlemmet *Gjertsens* syn blir det også misvisende å se på markedsverdien når man skal vurdere hvilket nivå festeavgiften skal ligge på. For eldre festekontrakter finnes det ikke noe marked, slik som det gjør for nyinngåtte festekontrakter. Ved forlengelse blir det da etter *Gjertsens* syn misvisende å ta utgangspunkt i markedsverdien til tomtene ved fastsettelse av tak på festetomter. Dette er heller ikke nødvendig for å oppfylle Norges folkerettslige forpliktelser. I Lindheim-saken finner EMD, etter en konkret vurdering, at det ikke er tilstrekkelig proporsjonalitet mellom festers og bortfesters interesser. Det er ikke noe krav til å vurdere tomtens markedsverdi.

#### ***1.4.5 Misvisende bruk av tall***

Ved utvalgets presentasjon av engangsmodellen og kombinasjonsmodellen benyttes et tak på festeavgiften på kr. 9000. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at det er misvisende at det ikke i større grad benyttes de reelle tallene som dette taket vil utgjøre. Et tak på kr. 9000 med KPI-justering fra 2004 vil i dag utgjøre ca. kr. 11 000, som burde presiseres gjennomgående i utredningen.

#### ***1.4.5 Manglende fokus på tomtefesteinstituttets bakgrunn og historikk***

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener utvalget har brukt for lite tid til å vurdere viktigheten av tomtefesteinstituttets historikk, og derved vurdere og tilpasse grundig de løsninger som foreslås.

#### ***1.4.6 Utvalgets sammensetning***

Utvalget består, utenom utvalgsmedlem *Gjertsen*, av jurister. Utvalgsmedlem *Gjertsen* anser at utvalget dermed har fokusert på juridisktekniske løsninger, uten samtidig å reflektere de økonomiske konsekvensene av de modeller som er vurdert. Utvalget burde ideelt sett vært sammensatt av økonomer og jurister, i tillegg til bedre representasjon fra de berørte parter for å sikre at løsninger som foreslås har en tilstrekkelig praktisk tilnærming. Med den sammensetningen utvalget hadde, burde utvalget under enhver omstendighet ha innhentet økonomiske vurderinger av alternativene utvalget vurderte.



#### **1.4.7 Mandatets begrensninger**

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at utvalgets mandat burde omfattet spørsmålet om tomtefesteordningen bør videreføres. I forbindelse med lovendringen i 2004 ble tomtefesteinstituttet vurdert avsluttet, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) punkt 8. Bakgrunnen for at det likevel *ikke* ble avvirket den gang var nettopp at de nye reglene om forlenging og regulering av festeavgift ga festerne tilstrekkelig trygghet.

Når denne forutsetningen nå, som ledd i dette utvalgsarbeidet, kan medføre at disse «nye reglene» og dermed «tryggheten» endres eller faller bort, burde dette spørsmålet også vært vurdert. Uten en slik vurdering er det *Gjertsen* klare oppfatning at tomtefesteloven bør avvikles. Det vises til de synspunkter som ble vurdert og kommentert av departementet i Ot.prp.nr. 41 (2003-2004) punkt 8.

Videre mener *Gjertsen* at utvalgets mandat er mangelfullt ved at det ikke er satt av tilstrekkelig med tid for å vurdere det såkalte «landbruksunntaket». Dette er en særlig ordning som burde vurderes generelt som institusjon, samt spesielt i forbindelse med den foreslåtte lovendringen.

Det er heller ikke gitt tid og ressurser til å vurdere tomtfestetilfellene som ble oppregulert mellom 2002 og 2004. Disse tilfellene er ikke er gitt tilstrekkelig beskyttelse ved ny lovgivning.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener disse manglene ved mandatet gjør at dette lovutvalgets arbeid blir mangelfullt, og ikke gir et helhetlig og god vurdering av tomtefesteordningen per i dag.

#### **Til punkt 2.2 – Faktiske og rettslige premisser**

Det fremgår i siste versjon av NOUen at

«Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* reserverer seg på generelt grunnlag mot synspunktene i utredningen.»

Jeg ønsker dette endret til følgende:

«Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* reserverer seg mot flere sentrale forutsetninger og synspunktene som er lagt til grunn for denne utredningen. *Gjertsen* har redegjort for bakgrunnen for disse reservasjoner nedenfor i de konkrete punkter, herunder punkt 1.4, punkt 6.2 og punktene 6.3 og 6.4.»

#### **Til punkt 6.2 – Behov for ytterligere avgrensninger**

##### **6.2 – Ny tekst som innledning under 6.2**

Under punkt 6.2 gjøres det en rekke avgrensninger mot type festeforhold som må holdes utenfor en eventuell lovendring. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* ønsker å påpeke at behovet for slike avgrensninger fremstår mindre aktuelle dersom det vedtas en generalklausul som beskrevet under punkt 6.4.4. Å velge denne generalklausulmodellen vil derfor kunne representere en rettsteknisk enklere løsning.

En generalklausul med urimelighetssensur finnes allerede i avtalelovens § 36. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* syn er at det vil skape god balanse, og en mer helhetlig lovgivning dersom en slik urimelighetssensur også tas inn i tomtfesteloven § 11 (alternativt som et tillegg direkte i § 33), som da vil sette et forbud mot både urimelig høy og lav festeavgift. Ved et slikt retts teknisk enkelt grep vil man kunne se bort fra flere av punktene under 6.2.

#### **6.2.2.(1) – Evigvarige festeavtaler**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at et lovutkast må inneholde en presisering om at evigvarende festeavtaler ikke omfattes av lovendringen. Fra en «mer til det mindre»-synspunkt vil heller ikke slike avtaler være problematiske i forholdet til EMK P1-1. Bortfester kan ikke ha en berettiget forventning om å kunne få tilbake festetomten eller å få noen høyere festeavgift enn det avtalte. For å unngå enhver tvil om dette bør det fremgå uttrykkelig av lovteksten.

#### **6.2.2.(2) – Festekontrakter som er inngått mellom 2002 og 2012**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* bemerker at utvalget ikke har drøftet håndteringen av de festekontraktene som ble inngått i tidsrommet mellom forlengelsesreglene ble vedtatt i 2002 og frem til overgangsloven trådte i kraft i 2012. *Gjertsen* mener det er klart at ny lovgivning må avgrense mot disse festeforholdene.

Fstekontrakter inngått i denne perioden er fastsatt av partene med en intensjon og forventning nettopp om at festekontrakten kunne forlenges etter gjeldende regelverk. De hensyn som ligger til grunn for EMDs avgjørelse gjør seg ikke gjeldende i de festekontrakter hvor partene forutsetningsvis har vært kjent med betydningen av § 33 da kontrakten ble inngått. Dersom lovgiver nå endrer på partenes forutsetninger uten at dette er forankret i EMDs avgjørelse, reiser dette nye spørsmål i forhold til Grunnlovens § 97. Det er videre retts teknisk enkelt å holde disse festekontraktene utenfor, da tidspunktet den enkelte festekontrakt ble inngått, antas normalt ikke å være uklart. Lovutvalget skulle tatt dette opp til vurdering.

#### **6.2.2.(3) – Kjøpere av eiendom på festet grunn - annengangs festere**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* bemerker at utvalget ikke har drøftet hvorvidt det skal avgrenses mot tilfellene hvor bygg på festet grunn er overdratt. Det må antas som en klar presumsjon at kjøper i slike tilfeller har betalt markedspris, og at endringer i tråd med det som foreslås påfører kjøper tilfeldig, helt uventet og urimelig tyngende økonomisk tap.

Hensynet til kjøper av bygg på festet grunn kan stille seg noe ulikt avhengig av når kjøpet fant sted. De overdragelser som for eksempel fant sted i tidsrommet 2002 til 2012 er foretatt under forutsetning av at festekontrakten kan forlenges i tråd med § 33. Kjøpet og forutsetningene må antas basert på festers rettigheter i medhold av den gjeldende lovgivningen. En rett til forlengelse i medhold av § 33 er lagt til grunn av alle aktører i markedet som meglere, takstmenn, og banker i forbindelse med finansiering. Kjøpere som har ervervet slik eiendom etter 2007 har også forholdt seg til en forståelse verifisert av Norges Høyesterett i plenum.

Det vil kunne virke svært urimelig og skadelig for tilliten til de grunnleggende prinsipper om omsetningen av fast eiendom dersom denne gruppen av kjøpere helt uforskyldt skal påføres et betydelig økonomisk tap.

Mindretallet ved *Gjertsen* mener at festere som allerede har betalt markedspris ikke skal omfattes av en ny lovgivning med rett til oppregulering. Det vil etter *Gjertsen*'s mening utgjøre en større økonomisk byrde for fester enn det utgjør for en bortfester. Spørsmålet er om man da ikke står overfor en rettighetskollisjon etter EMK, hvor begge tilfeller faller inn under EMK TP1-1.

### **6.2.3 – Om offentlig bortfeste**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at det må avgrenses mot festekontrakter hvor det offentlige er bortfester. Dette gjelder både statlige og kommunale bortfester.

Flertallet i utvalget har valgt ikke å ta stilling til hvorvidt offentlige bortfester skal omfattes av en ny justeringsmodell ved forlengelse. Flertallet påpeker likevel med rette at disse ikke har vern etter EMK, ettersom offentlige myndigheter ikke trenger beskyttelse fra seg selv. Eneste grunn til eventuelt å omfatte offentlige bortfester ville være dersom det var avgjørende å sørge for en likhet mellom offentlige bortfester og private bortfester i lovbestemmelsene. Utvalgsmedlem *Gjertsen* kan ikke se at det skal være behov for en slik løsning av lovtekniske grunner.

*Gjertsen*'s standpunkt er at de lovendringene som gjøres ikke bør være mer inngripende enn det som er nødvendig for å tilfredsstille Norges folkerettslige forpliktelser.

EMD argumenterer i Lindheim-saken med at klagerne hadde en berettiget forventning om at festeavtalene skulle utløpe som avtalt. Argumentet har ikke samme gyldighet ved offentlig bortfeste. Det er ingen gode grunner til å gi disse sterkere vern – særlig når det skjer på bekostning av en gruppe festere som offentlige myndigheter har søkt å verne under samme lovgivning.

### **6.2.5 – Om like regler for bolig og fritidsfeste**

I den grad lovgiver finner det nødvendig med endringer i § 33 er det utvalgsmedlem *Gjertsen*'s oppfatning at det ikke er foretatt en korrekt avveining av de hensynene som ligger til grunn for å unnta boligeiendommer.

Tyngden av de boligsosiale hensyn har vært understreket en rekke ganger både i lovgivningsarbeid og i rettspraksis, eksempelvis Ot.prp. 41 (2003-2004) s. 54-55 som drøfter innføringen av forlengelsesregelen i § 33 (*Gjertsen*'s understreking):

*«Departementet peker på at hovedmålsettingen med lovforslaget er å legge til rette for at flere skal ha mulighet til å overta festetomten til eie. Enkelte tilfeller vil imidlertid innløsning være en så tung økonomisk byrde at festeren bør ha andre alternativer enn å avvikle festeforholdet. De festerne som ikke er i stand til å innløse tomten, bør etter departementets vurdering sikres en varig disposisjonsrett over tomten. Spørsmålet har ikke hatt stor aktualitet fram til nå, men dette må antas å endre seg i årene som kommer når flere kontrakter løper ut. Uten ufravikelig*

*lovgivning vil disse festerne stilles overfor valget mellom å innløse, avvikle eller forlenge festekontrakten på de vilkår grunneieren setter dersom grunneieren ikke ønsker å avvikle festeforholdet. Dette er etter departementets oppfatning ikke en holdbar rettstilstand, og det foreslås derfor at festeren skal ha rett til å forlenge festekontrakten når festetiden er ute. Departementet har vurdert om grunneieren bør ha rett til å kreve nye vilkår i festeavtalen, men har kommet til at festeren skal kunne forlenge festeforholdet på samme vilkår. Boligsosiale hensyn på festerensiden er det avgjørende for departementet i denne vurderingen. Dersom bortfesteren skal ha adgang til å oppjustere festeavgiften til markedsleie, vil festeren i prinsippet komme i den samme økonomiske klemme som ved en eventuell innløsning der kostnadene ved lånefinansieringen overstiger den årlige festeavgiften. Uten forlengelsesrett på gjeldende vilkår vil dermed en rekke festere i tiden som kommer kunne bli møtt med nye festekontrakter med vesentlig endrede vilkår, blant annet med hensyn til festeavgift.»*

En oppregulering av boligfeste vil derfor komme direkte i strid med lovgivers intensjoner om å skape sikkerhet for de boligfesterne som ikke har anledning til å løse inn festetomten. Videre har det gjeldende regelverket et tungt politisk flertall bak seg. Et lovforslag burde derfor på minst inngripende måte tilfredsstillende Norges folkerettslige forpliktelser, og ligge så tett opp til eksisterende lovgivning som mulig.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* peker også på den potensielle rettighetskollisjonen mellom EMK TP1-1 og EMK art. 8, hvor sistnevnte gir «rett til respekt for sitt ... hjem». Staten har ivare tatt forpliktelsene sine etter EMK art. 8 ved å foreta vektingen som nevnt i odelstingsproposisjonen ovenfor. Dersom boligfeste skal oppreguleres etter andre modeller enn generalklausulmodellen risikerer mennesker å miste sitt hjem, og spørsmålet om rettighetskollisjon vil kunne aktualiseres.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at de retts tekniske utfordringene flertallet peker på er overdrevne. Det vil være uproblematisk å la en reguleringsbestemmelse kun gjelde spesifikke festeavtaler. Eksempelvis kan man dele kategorier av festekontrakter etter bokstaver a), b) osv. En annen mulighet vil være å la bestemmelsens ordlyd begrense seg til de typer tomtefestekontrakter reguleringen skal gjelde. Det bemerkes at dette uansett ikke vil være en utfordring ved vedtakelse av generalklausul-modellen.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* er også uenig i at det vil være problematisk å skille mellom hva som er bolig- og fritidseiendom. Dette skillet er opprettholdt og praktisert i en rekke andre lover, herunder konsesjonslovgivning, plan- og bygningsregler, annen boliglovgivning og ikke minst skattelovgivningen.

Dersom resultatet blir at festetomter til bolig- og fritidsformål skal behandles likt ved en lovendring er det avgjørende for oppfyllelse av lovgiverintensjonen bak tidligere lovverk at generalklausulmodellen velges.

#### **6.2.7 – Festeavtaler som allerede er forlenget – tilbakevirkning overfor festerne**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* er ikke enig i at festeavtaler som allerede er forlenget skal behandles på samme måte som festeavtaler som ennå ikke er forlenget. Dersom allerede forlengede avtaler omfattes tas det ikke hensyn til tilfellene hvor fester bevisst har valgt forlengelse på samme vilkår etter § 33 i stedet for innløsning etter § 32 nettopp fordi

forlengelse kunne gjøres på samme vilkår. I disse tilfellene vil fester, ved en økning av festeavgiften, kunne ha vært tjent med istedenfor å innløse. Det kan gå inntil to år for bolighus og inntil ti år for fritidshus før en innløsning kan gjennomføres, jf. tomtefesteloven § 32 første ledd. Da vil også en avgiftsøkning påvirke innløsningssummen etter 25-gangerregelen i § 37 første ledd første punktum. Disse forholdene bør derfor holdes utenfor slik justering eller i det minste gis en overgangsregel som reduserer ulempen for denne gruppen festere.

### **Nytt punkt under 6.2.8 – Landbruksunntaket**

Etter utvalgsmedlem *Gjertsen*s syn må det også avgrenses mot festekontrakter som omfattes av det såkalte «landbruksunntaket». I forskrift nr. 570 av 8. juni 2001 fastsettes vilkår for tilfeller hvor *bortfestere* kan kreve forlengelse av festekontrakten når festeren krever innløsning. Vilråene for hva som omfattes av landbruksunntaket fremkommer av forskriftens § 4.

Ved slike festekontrakter har ikke § 33 samme betydning som ved andre kontrakter, ettersom festeren rent faktisk ikke har krav på å innløse tomten. Disse tilfellene vil derfor ikke rammes av EMK P1-1, ettersom festekontraktene allerede er sikret proporsjonalitet i lovgivningen.

### **Tillegg til Punkt 6.3 Ulike modeller for regulering av festeavgift ved forlengelse**

#### ***Til NOU-ens punkt 6.3.2 «Engangsløftmodell»***

Den foreslåtte engangsløftmodellen bygger etter utvalgsmedlemmet *Gjertsen* syn på en premiss som er grunnleggende feil. Det er ikke rom for å endre *prisreguleringsregime* fra KPI til tomteverdi, hensyntatt gjeldende rett og Grunnloven § 97. Videre er det dette medlemmets vurdering at EMD ikke krever en slik tilnærming for å sikre at norsk lov er i henhold til menneskerettighetene og da særskilt EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.

#### ***Særskilt til punkt 6.3.2.2 «Forholdet til EMK»***

Det er utvalgsmedlem *Gjertsen*s vurdering at flertallets vurdering av forholdet til EMK P1-1 bygger på flere feilaktige forutsetninger, og ikke i tilstrekkelig grad vurderer premissene for EMDs avgjørelse.

*Gjertsen* mener at utvalget innledningsvis skulle tatt stilling til er rekkevidden av EMD sin konklusjon:

«...there has been a violation of Article 1 of Protocol No 1”

På generelt grunnlag mener *Gjertsen* at EMD er av den oppfatning at resultatene ved en forlengelse i disse konkrete sakene som ble vurdert, ville medføre så urimelige resultater at kravet til forholdsmessighet og “fairness” ikke er oppfylt.

I EMD synes dommerne å foreta en sammenligning mellom en antatt tomteverdi (the plots’ market value) og gjeldende festeavgift. I tillegg foretas det en sammenligning mot betalbar eiendomsskatt.

Det er utvalgsmedlem *Gjertsen* sitt syn at EMD med dette bringer inn tomteverdi som et av flere vurderingskriterier i relasjon til sin vurdering. Det er likevel ikke korrekt, slik flertallet i utvalget synes å legge til grunn, at tomteverdi-betraktninger alene er avgjørende for utfallet. Det er helheten i balansen mellom fester og bortfester som er avgjørende, og i denne vurdering vil også andre momenter være relevant. Det er videre *Gjertsens* syn at EMD i sine verdirelaterte betraktninger ikke forholder seg til de riktige verdimålingsparameterne, og videre at sammenligningsparameterne ikke er relevante. Dette begrunnes nærmere nedenfor.

I sakene som er behandlet i EMD er festeavgiften lavere en 0,25 % av antatt markedsverdi av tomten, samtidig som eiendomsskatten kan være på mellom 0,2 – 0,7 %. Dette avleder følgende kommentar fra dommerne:

*«... further struck by the particularly low level of rent the applicants received under the terms of the various ground lease agreements as extended pursuant to section 33 of the Ground Lease Act.»*

Direkte oversatt innebærer dette at dommerne mente at festeavgiften var “særskilt lav” sett i relasjon til en antatt markedsverdi av tomten, og da med en kryssreferanse mot nivåene for betalbar/oppkrevet eiendomsskatt.

Ut fra et realrenteperspektiv på tidspunktet for forlengelsen av de aktuelle festeavtalene; 2007-2008, er det ikke tvilsomt at 0,25 % er langt under aktuelt nivå. Statsobligasjonsrenten for 2008 som snitt var på 4,47 %, noe som tilsier en realrente nærmere 2,0 %. Utgangspunktet er likevel en tilnærmet risikofri avkastning. I et slikt perspektiv vil avkastning ned mot 0,5 til 1,0 % kunne forsvares.

Det er likevel grunn til å se nærmere på dommernes resonneringer. For det første går det ikke klart frem av verken EMD eller de respektive Høyesterettsavgjørelsene hvorvidt det er råtomteverdi eller markedsverdi av tomten som danner utgangspunktet for sammenligningen. Ordlyden i EMD tyder på at det er tomtens markedsverdi, og ikke råtomteverdien, som er benyttet som sammenligningsgrunnlag. Det er en åpenbar svakhet både i Statens prosedyre og dommen for øvrig at dette ikke forsøkes presisert nærmere.

Videre er ikke henvisningen til, og sammenligningen med, skattøre ved innkreving av eiendomsskatt treffende. Eiendomsskattegrunnlaget er etter eignedomsskattelova av 1975 § 8A-2 første ledd (tidligere Bysktl § 5) salgsverdien av eiendommen: *«Verdet av eiegen skal setjast til det beløp ein må gå ut frå at eiegen etter si innretning, brukseigenkap og lokalisering kan bli avhenda for under vanlege salstilhøve ved fritt sal.»*

I praksis vil ofte kommunene sette tomteverdiene basert på en sjablong, og da som regel relativt lavt hensett til virkelig verdi (salgsverdi). Mange kommuner operer dessuten med et eget rennonseringselement på mellom 25 og helt opptil 60 % av det beregnede grunnlaget. Ut fra tidligere undersøkelser innebærer dette at eiendomsskattegrunnlaget av tomter ligger i sjiktet mellom 15-20 % av antatt markedsverdi.

Dette er åpenbart noe annet enn festeavgiftsgrunnlaget, som jo skal fastsettes ut fra en beregnet råtomteverdi, og der verdiøkende tiltak som ikke er tilført av bortfester skal holdes utenfor.

Gjertsen mener denne premiss for EMDs avgjørelse er svært lite adekvat og noe utvalget burde vurdert og reflektert i sitt arbeid. Et eksempel kan illustrere dette bedre:

Antatt markedsverdi av tomt (ca 1 dekar)	kr. 650.000,-
Råtomteverdien	kr. 350.000,-
Eiendomsskattegrunnlag*	kr. 100.000,-

*\*på bolig- og fritidstomter er det sjelden du finner meter-verdier på over 100,-. I Norge betales det i snitt kr 2.850,- i eiendomsskatt for en bolig på 120 kvm med ett måls tomt.*

Hvis skattøre er maksimalt, dvs 0,7 %, vil eiendomsskatten bli på kr 700,-. Hvis festeavgiften er kr 1620,- pr år (jf. Lindheim), representerer det 0,25 % av antatt markedsverdi, men hele 0,5 % av råtomteverdien. Sammenlignet med eiendomsskattegrunnlaget representerer dette over 1,6 %. Eiendomsskatten på 700,- vil representere 0,2 % av antatt råtomteverdi. Selv om 0,5 % kan synes å være en lav avkastning, er den vesentlig mer enn 0,2 % sett i relasjon til maksimal eiendomsskattebelastning.

I EMD er sammenligningsparameterne antatt markedsverdi av tomten sett i relasjon til oppkrevet festeavgift. Dommerne mener åpenbart at oppkrevet festeavgift i en slik sammenheng er veldig lav, men eneste sammenligningsparameter som trekkes frem er skattøresatsen for eiendomsskatt. Som ovennevnte regnestykke kan illustrere vil man selv med høyeste skattøre antagelig relativt sett betale mindre i eiendomsskatt enn det man må betale i festeavgift (og da selv i de tilfellene der festeavgiften etter dommernes formening er veldig lav).

Utvalgsmedlem Gjertsen mener videre at det er et tankekors i denne sammenheng at fester ved lovfestet rett til innløsning har rett til å innløse til maksimum 40 % av antatt råtomteverdi, jf. tomtfesteloven § 37. Skal man vurdere en adekvat avkastning for bortfester er det etter utvalgsmedlem Gjertsens syn denne verdien som da naturlig bør benyttes som sammenligningsgrunnlag, og ikke markedsverdien av tomten. I ovennevnte illustrasjon ville da avkastningen ha vært nesten 1,2 % (1620/140.000).

Utvalgsmedlem Gjertsen er videre av den oppfatning at EMD synes å savne et vesentlig sammenligningskriterie; «gjengs leie», jr. også tomtfesteloven § 11, og/eller «markedsleie-betraktninger». Dette forholdet er ikke drøftet i utvalget.

En ytterligere svakhet med EMDs avgjørelse er mangel på retningslinjer når det gjelder et konkret nivå der EMK ikke lengre kan anses brutt. Gjertsen mener dette medfører at Staten Norge må anses å være gitt vide rammer for tilpasningen av norsk lovgivning. Et synspunkt som uansett må anses å ha klar støtte i dommen.

### *Til NOU-en punkt 6.3.3 festeavgift som prosentandel av tomteverdien*

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* ønsker å knytte noen kommentarer til premisene for en slik modell. For det første er utvalgsmedlem *Gjertsen* som sagt uenig med flertallet i at det innføres nye modeller som gir uttrykk for at gamle kontrakter underlagt KPI skal kunne reguleres etter tomteverdi. En slik endring av prisreguleringsregime er i strid med grunnleggende trekk ved tomtefesteinstituttets karakter.

For det annet synes det å være en viss uenighet blant utvalgets medlemmer om hva som etter loven skal forstås med begrepene festeavgiftsgrunnlag / råtomteverdi og festerente. Utvalgsmedlem *Gjertsen* ønsker derfor å gi sin oppfatning av gjeldende rett hva gjelder det konkrete innholdet i begrepene og beregningsmetodikken.

En ren tomteverdiregulering av festeavgiften er bestemt ut fra to komponenter; et festeavgiftsgrunnlag og en festerente.

Festeavgiften beregnes normalt ut fra to komponenter; et festeavgiftsgrunnlag og en festerente. Festeavgiftsgrunnlaget skal fastsettes basert på verdien av tomten slik den fremsto på tidspunktet for oppstart av festeforholdet. Det er dette man betegner som tomstens *råtomteverdi*. Takstmannen må følgelig sette seg inn i tomstens opprinnelige beskaffenhet. Et element i en slik vurdering vil også være at alle verdikjøpende tiltak som ikke er tilført av bortfester skal holdes utenfor. Dette kan være alt fra opparbeidelse av selve tomten til tilstøtende investeringer som opparbeidelse av infrastruktur til tomtegrensen og øvrige tiltak for å heve attraktiviteten i området. Såfremt dette er tiltak som ikke er bekostet av bortfester skal heller ikke bortfester nyte godt av enhver verdistigning som skyldes slike tiltak. Dette innebærer også at salgsverdien av tomten (i et åpent marked) vil kunne være betraktelig høyere enn den råtomteverdi som skal fastsettes som et festeavgiftsgrunnlag ved beregning av festeavgift.

Når det gjelder festerenten er denne for det første *dynamisk* bestemt. Det er det gjeldende rentenivået på tidspunktet for reguleringen, men under hensyntagen til sannsynlig rentenivå for den aktuelle reguleringsperioden, som er bestemmende for fastsettelsen. Videre er det fastslått at rentenivået ikke skal overstige en «tilnærmet risikofri avkastning». I praksis har domstolene da ofte sett hen til statsobligasjonsrenten for det aktuelle reguleringsintervallet (som regel 5- eller 10-årig), jf. også oversikt nedenfor.

referanse	reguleringstidspunkt	reguleringsintervall	festerente	statsobligasjonsrente for intervall på	reg.tidspkt
LA-2006-127471	2000	5	3	6,38	6,36
LB-2005-129951	2003	5	4,5	6,38 (10år)	4,58
LB-2005-1777	2002	25	6	6,38 (10år)	6,38 (10år)
LB-2006-50459	2002	20	6	6,38 (10år)	6,38 (10år)
LB-2008-90162 -	2006	5	4,25	6,38 (10år)	3,9
LB-2010-85899	2005/2006	10	4,5	6,38 (10år)	4,07
LF-2006-21569	2004	10	4,5	6,38 (10år)	4,36



Et spørsmål er hvorvidt det kan sies å foreligge et element av dobbeltkompensasjon i den utstrekning man som bortfester både skal tilgodesees med et inflasjonselement i selve renten og samtidig være tilgodesett en generell prisstigning i selve tomteverdien. Dette vil også begrunne at festerenten i en modell som dette vil skulle være tilnærmet nær den til enhver tid gjeldende realrente. *Gjertsen* mener dette elementet burde vært vurdert av utvalget.

Utvalgets flertall sin sammenligning med kapitaliseringsrenten på 5 %, jf. blant annet forskrift om tomtefeste mm av 8. juni 2001 nr. 570 § 7, er slik utvalgsmedlem *Gjertsen* ser det ikke relevant. Dette er en annen type rente som kun skal benyttes for å sette et alternativavkastningsnivå i en nåverdiberegning av tomtens antatte markeds-/råtomteverdi.

*Gjertsen* mener at dersom man skal benytte flertallets resonnement tilknyttet en halvering av kapitaliseringsrenten, vil et mer adekvat nivå for avkastning ved bortfeste per i dag ligge på 1 – 1,2 % - gitt en festerente på 2,0 til 2,5 %.

Utviklingen i statsobligasjonsrenten for de siste årene er som følger:

	3 år	5 år	10 år
2012	1,44	1,59	2,10
2011	2,24	2,56	3,12
2010	2,46	2,83	3,52
2009	2,71	3,33	4,00
2008	4,53	4,43	4,47

Det er likevel viktig for utvalgsmedlem *Gjertsen* igjen å presisere at det blir helt feil når man foreslår modeller som endres prisreguleringsregime totalt. Et mer adekvat og relevant vurderingskriterium vil etter dette medlemmets oppfatning være «gjengs leie», jf. også det som er sagt om dette i punkt 6.4.4.

#### **Nytt punkt 6.4.4 – Generalklausul med tak**

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at generalklausulmodellen er den eneste modellen som kan gi et balansert og rimelig resultat i det enkelte festeforhold. Bestemmelsen vil være både enkel og praktikabel, slik det er redegjort for i pkt. 6.3.6. I tillegg vil det være den eneste modellen som ikke overoppyller Norges folkerettslige forpliktelser, eller går på akkord med en samlet lovgiverintensjon. En generalklausulmodell er også den eneste modellen som vil tilfredsstillende EMDs krav om ikke-generell regel.

Ved valg av modell er det avgjørende at man ikke på nytt kommer i en situasjon hvor en av partene påføres urimelige vilkår. Det synes å være enighet i utvalget om at det ikke nødvendig å sikre bortfester festeavgift tilsvarende «markedsnivå». Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener de andre forslagene som er fremmet vil medføre festavgiftsnivåer som til og med er høyere enn dette. Med «markedsnivå» menes det beløp en fester er villig til å betale i festeavgift dersom

festekontrakt for en tilsvarende eiendom blir inngått mellom uavhengige parter i dag. Basert på undersøkelser av festeavgiftsnivået på nye festekontrakter utført for Tomtefesterforbundet (se punkt 1.4.3), er det utvalgsmedlem *Gjertsen*s oppfatning at markedsnivået på nye festeavtaler i dag ligger vesentlig lavere enn den festeavgiften som vil være utfallet ved de andre foreslåtte modellene.

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at reglene om vilkår for forlengelse kan stå uendret, og at det er tilstrekkelig å foreta en endring av tomtefesteloven § 11 for å oppfylle EMK P1-1.

Etter *Gjertsen*s mening vil det være retts teknisk enkelt, og samtidig gi den manglende balanse i lovverket, dersom den inntas som et tillegg i § 11. Et retts teknisk enkelt grep kan være å tilføye dagens § 11 ordene «*særs urimelig låg*». På den måten vil også et eventuelt prosessinitiativ være fordelt proporsjonalt mellom partene.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener det er avgjørende at det inntas et øvre tak for hvor høyt en særs urimelig lav festeavgift kan oppjusteres. Begrunnelsen for dette er at et fritt skjønn kan by på et vesentlig usikkerhetsmoment for festerne. Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener det vil være forsvarlig å sette et tak på ca. kr. 6 000 pr. tomt. Dette beløpet vil være gjenstand for KPI-justeringer.

Bakgrunnen for at kr. 6 000 pr. tomt er et fornuftig øvre nivå er for det første at det er i overensstemmelse med det antatte reelle avgiftsnivået som har fremkommet i undersøkelsene nevnt i pkt. 1.4.3. Et tak bør ikke under noen omstendighet settes høyere enn faktisk markedspris. Et tak på dette nivået vil samtidig utgjøre ca. halvparten av taket etter § 15 (2) som omfatter de tomtefestekontraktene med særskilt tomteverdiklausul. Det er *Gjertsen*s vurdering at det er gode grunner for at de festekontrakter hvor det ikke er inntatt bestemmelse om justering etter tomteverdiutviklingen, bør settes lavere.

Det presiseres at en generalklausul skal være en «*sikkerhetsventil*» forbeholdt til sterkt urimelige tilfelle.

*Gjertsen* er ikke enig i alle vurderingsmomentene utvalget har vurdert i punkt 6.3.6.

For det første er det ikke nødvendig å regulere festeavgiften hvert 30. år for å oppfylle forpliktelsene overfor EMK. Generalklausulen vil til enhver tid være en beskyttelse mot urimelig lav festeavgift, og således oppfylle proporsjonalitetskravet. Dersom det skulle innføres en trettiårsregel må denne være en gjensidig rettighet for begge parter.

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener videre det er uriktig av utvalget å ta utgangspunkt i tomtens *markedsverdi* når man skal finne ut hva som er urimelig lav avgift.

*Gjertsen* mener at utvalgets drøftelse av «*gjengs leie*»-tankegangen er den som må legges til grunn. Det vil si at sammenlikningen skal gjøres ut i fra hva som er gjennomsnittlig festeavgift i alle liknende festeavtaler i et gitt område. Dette er en regel som fungerer på husleierettens område, som er et område det er naturlig å sammenlikne tomtefeste med. På denne måten vil man også kunne unngå problemene rundt takster som vil gjøre seg gjeldende ved valg av alle de andre modellene. *Gjertsen* mener at det er stor usikkerhet og betydelig sprik i hvordan slike

takster fastsetter råtomteverdi, og at enhver modell som forutsetter fastsettelse av tomteverdi vil virke prosessdrivende.

Gjertsen mener at det må ligge klare premisser til grunn i lovforarbeidene for at en generalklausul ikke skal gi tilfeldige resultater. En slik urimelighetssensur må som normalt bygge på en konkret og helhetlig vurdering. Gjertsen er enig med flertallet i at festeforholdets karakter og forholdet mellom partene er forhold som kan komme i betraktning. Etter Gjertsens mening kan eksempler på andre forhold som også må hensyntas være hvor i landet tomten er plassert, og festers økonomiske bæreevne. Det må være et mål at festere ikke kommer i en såpass vanskelig økonomisk situasjon at de risikerer å miste hus og hjem ved en oppregulering av festeavgiften.

Festeavtalene som faller inn under det såkalte landbruksunntaket må vurderes særskilt under en slik bestemmelse. Ettersom fester ikke har rett til innløsning av festetomten dersom bortfester motsetter seg det, må det kreves mer for at en festeavgift skal anses «særs urimelig låg». Dette fordi det uten en slik rett for tomtefester skal mere til før det kan anses å være tilstrekkelig ubalanse mellom fester og bortfester, samt at denne reguleringen ble innført lenge før lovendringen i 2002.

Hovedinnvendingen mot å velge en generalklausul er at den kan gi grobunn for tvister. Dette er en vanlig innvending mot bruk av generalklausuler som etter Gjertsens syn ikke er grunn til å tillegge særlig vekt.

I Ot.prp.nr 41(2003-2004) på side 24 ble det også vurdert at det var fare for at § 11 kunne medføre et større antall tvister:

*«Departementet viser også til tomtefesteloven § 11, som forbyr å avtale eller innkreve festeavgift som er urimelig høy i forhold til det som vanligvis betales på stedet ved nye fester av liknende tomter på liknende avtalevilkår. Bestemmelsen utelukker ikke høye festeavgifter, men krever at det er et visst samsvar mellom den avgiften som kreves, og det markedet for tilsvarende festekontrakter tilsier. Departementet ser ikke bort fra at det vil kunne være aktuelt å påberope seg bestemmelsen i ordinære søksmål i større grad enn hva som er tilfellet i dag.»*

Utvalgsmedlem Gjertsen mener at praksis så langt viser at § 11 ikke har ledet til et stort antall tvister.

Videre mener Gjertsen at man eventuelt burde vurdert om det skal åpnes for enklere tvistehåndtering dersom det likevel i en overgangsfase blir et vist antall tvister om dette. Også her vises til Ot.prp.nr 41(2003-2004) på side 24 der departementet uttaler:

*«Dersom det blir skjønn fordi partene er uenige om ny festeavgift, bør dette gå som lensmannsskjønn. For å redusere saksomkostningene foreslår departementet at det ikke skal være mer enn to skjønnsmenn, også når skjønnet holdes som rettslig skjønn eller overskjønn. Det vil være uheldig om saksomkostningene som hovedregel skal belastes bare den ene parten (festeren). Spørsmålet om dekning av saksomkostninger bør derfor avgjøres etter skjønnsprosessloven § 43, som viser til tvistemålslovens alminnelige regler om sakskostnader. Departementet vil eventuelt senere vurdere om det bør foreslås ytterligere endringer i reglene*

*om dette for å sikre at tvister etter §§ 15 og 37 i lovutkastet blir behandlet på enkleste og billigste måte.»*

Sett i sammenheng med antallet festeforhold i Norge er det svært få rettsvister tilknyttet § 11. Noen saker vil nok prøves, men dette vil gi rettspraksis og momenter som andre involverte i festeforhold kan forholde seg til. På samme måte vil forarbeidene kunne gi anvisning på momenter til veiledning. Regelen vil også kunne tilpasses ulike typer eiendom, geografiske forhold, utviklingen over tid og konkrete omstendigheter. Videre vil en generalklausul om urimelig lav festeavgift, på samme måte som § 11, være en snever unntaksregel. Dette i seg selv vil bidra til at færre prøver saken for rettssystemet.

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener det er liten grunn til å tro at en klausul som forutsetter justering av festeavgiften etter tomteverdi vil medføre færre tvister. Alle de øvrige foreslåtte modeller for endring innebærer nettopp behov for fastsettelse av tomteverdi. Dette kriteriet er allerede i dag utfordrende og antas å kunne representere en minst like stor utfordring som en generalklausul.

Avslutningsvis presiserer *Gjertsen* at utvalget har unnlatt å drøfte en av hovedinnvendingene mot oppregulering av festeavgift *utover* en generalklausulmodell. I forbindelse med lovendringen i 2004 ble tomtefesteinstituttet vurdert avvirket, jf. Ot.prp. nr. 41 (2003-2004) punkt 8. Bakgrunnen for at det likevel *ikke* ble avvirket var at de nye reglene om forlenging og regulering av festeavgift ville gi festerne tilstrekkelig trygghet. Når denne forutsetningen nå faller bort risikerer tomtefesterne å få tilsvarende usikkerhet som før lovendringen i 2004. *Gjertsen* mener at utvalget må ta i betraktning de vurderinger om avvikling som ble gjort i 2003-2004 når man skal velge modell. Når festerne ikke får tilstrekkelig trygghet rundt festeforholdet foreligger det faktisk gode grunner for å avvikle hele tomtefesteinstituttet.

### ***Kommentarer til engangsløftmodellen og kombinasjonsmodellen***

Når det gjelder engangsløftmodellen som utvalgsmedlemmene *Lilleholt* og *Fykse* går inn for, mener utvalgsmedlemmet *Gjertsen* at denne modellen slik den er foreslått, har en rekke svakheter. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* kan likevel støtte en slik modell dersom det blir gjort endringer i det forelagte forslaget.

### ***Tomteverdiklausul***

I forslaget til § 33 er det i annet ledd lagt opp til at tomteverdien skal være avgjørende for oppjustering. Fastsettelse av tomteverdi er etter *Gjertsens* vurdering erfaringsmessig et vanskelig spørsmål, som allerede i dag er gjenstand for betydelig uklarhet og tvister. Dersom tomteverdien skal legges til grunn må det følgelig også forventes et stort antall tvister i kjølvannet av en slik lovendring.

For å fastslå tomteverdien er det naturlig å innhente takstvurderinger. *Gjertsen* mener at erfaring viser at det er betydelige utfordringer ved å fastsette verdien på råtomten, og at tomteverdien ofte settes for høyt. Dette skyldes både at råtomtbegrepet er vanskelig å forstå, samt at det er vanskelig å beregne verdien av en tomt uten eksisterende bebyggelse og tiltak. Med mindre man som del av lovgivningen fastsetter klare prinsipper for hvordan råtomtverdien skal fastsettes, antas dette å bli en gjenganger som tvistesak ved anvendelsen av

engangsløftmodellen. Utvalgsmedlem *Gjertsen* anser det som svært uheldig om det vedtas endringer i lovgivningen som medfører nye uklarheter og ytterligere kompliserer praktiseringen av en ordning som allerede oppleves svært vanskelig.

*Gjertsen* mener at en tomteverdiklausul går mye lenger enn det som kreves for å oppfylle EMDs avgjørelse.

### ***Høyestebeløp på kr. 9 000 kroner (ca. kr. 11 000 etter KPI-justering i 2013)***

Utvalgets forslag til endret § 33 bygger i stor grad på oppbygningen av § 15. *Gjertsen* mener dette ikke blir riktig.

Tomtefesteloven § 15 justerer forhold hvor det allerede foreligger en avtaleklausul om tomteverdi. Bestemmelsen setter en begrensning i hvor høyt opp festeavgiften kan justeres i slike tilfeller. En justeringsbestemmelse etter § 33 har et annet formål og dette må gjenspeiles i hvor høyt opp festeavgiften kan justeres. Dersom forslaget til engangsløft vedtas vil dette innebære at festekontrakter hvor det ikke er inntatt en tomteverdiklausul vil behandles som om slik klausul var avtalt. Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener dette får karakter av en generell avtalesensur initiert av lovgiver, som vil gi utilsiktede resultater.

Det er ikke meningen at bortfester skal oppnå markedsverdi etter en slik justering av festeavgiften, men kun en justering opp til et nivå som ikke er urimelig. Noe annet ville vært å overoppfylle EMDs forventninger og således også utvalgets mandat. Dersom en engangsløftmodell skal kunne forsvares er det følgelig avgjørende at det fastsettes et tak som er betydelig lavere enn gjeldende festeavgift for tilsvarende eiendom. Grunnet stor variasjon i faktiske markedsfestenivåer, vil en slik modell ha store praktiske utfordringer dersom den skal tilpasses de konkrete tilfellene.

Å bruke samme beløp som etter § 15 blir heller ikke riktig. For det første er det betydelig uklarhet med hensyn til opprinnelsen og begrunnelsen for det konkrete taket på kr. 9 000. Så vidt utvalgsmedlem *Gjertsen* er kjent med er bakgrunnen for at lovgiver falt ned på dette konkrete nivået, ikke begrunnet i forarbeidene. Beløpet på kr. 9 000 (ca. kr. 11 000 i 2013) fremstår særdeles tilfeldig og ikke i sammenheng med de faktiske festenivåer som oppnås i markedet i dag.

For det andre er forutsetningene for justering av festeavgiften svært forskjellig etter § 15 og § 33. I § 15-tilfellene hadde fester gått med på en justering som kunne innebære justering over markedsverdi. Den situasjonen er ikke den samme i § 33-tilfellene.

For det tredje er kr. 9 000 (ca. kr. 11 000 i 2013) langt over det generelle nivået for markedsverdi for nye festetomter, jf. de gjennomførte undersøkelsene.

### ***Høyestebeløpet kan ikke være et minstebeløp***

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at det dersom det først skal vedtas et høyestebeløp, vil det være urimelig at festeavgiften kan justeres til kr. 9 000 for en tomt på under et dekar. Høyestebeløpet må nedjusteres etter størrelsen på tomten slik at 9 000 per dekar = 4 500 for ½ dekar.

### ***Høyestebeløpet kan ikke være per dekar***

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at det heller ikke kan være slik at høyestebeløpet skal gjelde per dekar for alle tomter på over ett dekar. Det finnes en rekke store, udelelige festetomter hvor fester kun benytter seg av en liten del av tomten og resten av tomten er umulig å utnytte både fra bortfester og festers side for eksempel på grunn av regulering. Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener generelt at verdien av en tomt ikke nødvendigvis øker proporsjonalt med tomtens størrelse. Dette kan derfor gi svært urimelige utslag for festere

### ***Høyestebeløpet kan ikke være per boligenhet***

Lovutvalgets flertall synes å mene at man potensielt kan komme i konflikt med EMK TP1-1 dersom man ikke tar hensyn til antall boenheter på den festede tomten.

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen* mener at høyestebeløpet *ikke* kan regnes ut i fra antall boligenheter på den festede tomten. Dette vil gi bortfester en urimelig fordel basert på tiltak fester har gjort på eiendommen, samt potensielt gi eierseksjonssameier eller borettslag, og de familier som bor i dem en uforholdsmessig økonomisk byrde. Det er videre et spørsmål om en slik beregning kan komme i konflikt med § 11 om urimelig høy festeavgift.

Utvalgsmedlemmet *Gjertsen*'s syn er at formålet med bortfestet normalt er avklart når det festes bort. Festeavgiften vil derfor i mange tilfeller til en viss grad reflektere antallet boenheter.

*Gjertsen* mener at festeavgiften vil kunne bli urimelig høyt per boenhet. Som eksempel kan man tenke seg et eierseksjonssameie med 30 leiligheter på 40 kvm. En festeavgift på kr. 11 000 per leilighet vil gjøre at leiligheten faller i verdi, som igjen vil føre til at leiligheten blir vanskeligere å omsette. En bortfester vil i et slikt eierseksjonssameie ha en årlig festeavgift på kr. 330 000. (11 000 x 30). I et eierseksjonssameie med 12 leiligheter på 100 kvm vil det totale boarealet være det samme. Den årlige festeavgiften vil likevel være kr. 132 000. (11 000 x 12). Eksemplet viser hvor tilfeldig en slik regel vil slå ut, og at den vil ramme de svakeste i samfunnet hardest.

Videre mener utvalgsmedlem *Gjertsen* at den enkelte seksjonseiers eller andelseiers utnyttelsesmulighet av, ikke vil stå i forhold til festeavgiften, ettersom tomtens grunnareal må deles som fellesareal med alle andre beboere. Bortfester vil da få inntekt for en utnyttelsesgrad som ikke er proporsjonal med den faktiske utnyttelsen. Tomtens størrelse i høyden vil ikke kunne utnyttes utover den faktiske bebyggelsen.

Videre mener *Gjertsen* at de retts tekniske utfordringene vil stå i strid med formålet om å gjøre tomtfesteloven mer anvendelig. Dette forslaget vil bidra til å overoppfylle Norges folkerettslige forpliktelser, noe som ikke er formålet med lovutkastet.

Høyestebeløp i en engangsmodell må, på bakgrunn av ovennevnte, basere seg på det enkelte matrikkelnummeret, og ikke per boligenhet.

### ***Begge parter må gis adgang til justering***

Utvalgsmedlem *Gjertsen* mener at det, dersom det legges opp til en ordning som gir bortfester adgang til å justere avgiften med gitte tidsintervaller, også bør være en rett fester har etter § 33.

### ***Kun ett éngangsløft***

*Gjertsen* mener at utgangspunktet for lovutvalget er å finne en løsning som henter inn et eventuelt etterslep. Det kan ikke være nødvendig å legge opp til en justeringsadgang med gitte tidsintervaller. Skal det vedtas en éngangsløftmodell, må det være tale om ett éngangsløft. Utvalgsmedlem *Gjertsen* har ingen innvendinger mot at det vedtas at partene kan kreve KPI-justering etter éngangsløftet.

Disse betraktningene knytter seg også til kombinasjonsmodellen utvalgsmedlemmene ... anbefaler.

Dersom det vedtas en generalklausul vil man unngå disse problemstillingene, ettersom generalklausulen vil kunne anvendes dersom festeavgiften igjen har utviklet seg slik at den er urimelig lav.

