

Norges miljø- og  
biovitenskapelige  
universitet

Fakultet for  
samfunnsfag  
Institutt for  
Landskapsplanlegging

Justis- og beredskapsdepartementet,  
Lovavdelingen, Postboks 8005 Dep,  
0030 Oslo.

Vår ref.

Deres ref.

Dato  
28.01.2014

## Festekontrakter og folkerett

Høringsuttalelse NOU 2013:11 Tomtefeste og folkerett

### **Bakgrunn:**

Utvalget oppnevnt av Regjeringen den 15. februar 2013 – heretter Tomtefesteutvalget – har i NOU 2013:11 fremmet forslag til endringer i tomtefesteloven.

EMDs avgjørelse i saken Lindheim m.fl. mot Norge, konkluderte med at tomtefestelovens bestemmelser om rett til forlengelse av tidsavgrensede festeforhold på samme vilkår, med det faktum som forelå for domstolen, i sitt resultat måtte sies å være i strid med Den europeiske menneskerettighetskonvensjon.

Vi deler den forståelse av dommen som Tomtefesteutvalget legger til grunn for sin utredning.

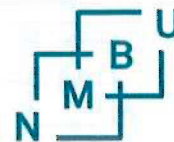
Vi deler også den forståelsen av dommen førsteamanuensis (og medlem av Tomtefesteutvalget) Stig H. Solheim legger til grunn i sin artikkel i Lov og rett 2013 nr. 4.

Vi vil i det følgende komme med vår anbefaling hva gjelder valg av modell.

Det å sikre balanse (fair balance), i dette tilfellet mellom fester og bortfester, står som den store utfordringen. Begrunnelsen for det alternativ man til slutt faller ned på som lovgiver, vil trolig også være av stor betydning om retten til forlengelse bringes inn for EMD ved et senere tilfelle.

I dette ligger selvsagt også å se på hva EMD ikke finner å være i strid med EMK, hva gjelder gjeldende tomtefestelov. Her kan bemerkes:

- EMD sier ikke at rett til forlengelse i tidsavgrensede avtaler i seg selv er i strid med EMK
- EMD sier at det kan være legitime grunner for å gripe inn i avtalen mellom fester og bortfester,



eksempelvis boligsosiale hensyn

- EMD sier ikke hvilket nivå på festeavgiften (avkastning) som må kunne kreves

I de nevnte momenter ligger selvsagt en betydelig utfordring for Tomtefesteutvalget. Legger lovgiver seg svært lavt, hva gjelder nivå på festeavgift etter forlengelse vil man igjen kunne oppleve konvensjonsstrid. Da vil man selvsagt ikke ha lykket i sin oppgave.

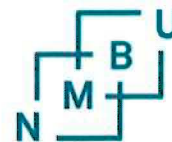
Legger lovgiver seg høyt vil man overoppfylle EMKs krav, noe som opp mot konvensjonen i seg selv er uproblematisk i forhold til bortfester, men som selvsagt kan stille seg annerledes sett opp mot lovgivers tidligere uttalte intensjoner. Dessuten kan en overoppfyllelse være problematisk overfor konvensjonens beskyttelse av festers posisjon, slik utvalget er inne på i kapittel 6.2.7, men som utvalget synes å mene er mindre problematisk, da fester kan si opp avtalen med to års varsel, og i så fall bare få belastningen av to års økt festeavgift, slik at det bare er i de tilfeller fester har investert i tillit til lav festeavgift som kan tenkes å skape problemer.

Vi deler Tomtefesteutvalgets konklusjoner på side 52 første spalte, hvor man konkluderer at P1-1 ikke er til hinder for forslaget til overgangsregel. Tomtefesteutvalget synes dog her å ha lagt til grunn en forutsetning om at lovgiver faller ned på balansering mellom festers og bortfesters interesser som ikke er i strid med P1-1.

Vi vil imidlertid tilføye at problemstillingen i punkt 6.2.7 om investering i tillit til fortsatt lav festeavgift i alle fall ut fra et økonomisk perspektiv ikke bare gjelder festeavtaler som allerede er forlenget. Det gjelder i enda større grad festeavtaler som står over for en forlengelse, men som er *ervert* i tiltro til at rett til forlengelse på like vilkår ville forbli gjeldende rett. Man kan for eksempel tenke seg følgende tilfelle: En bolig med stor, festet tomt, en lav festeavgift og et festeforhold som utløper i 2015 ble lagt ut for salg i 2010. Kjøperen valgte å strekke seg maksimalt i pris for å kunne erverve boligen i tiltro til regelen om rett til forlengelse på like (gunstige) vilkår. Dersom eksempelvis utvalgets forslag om engangsløft går igjennom, kan det godt tenkes at festeavgiften vil øke så mye at denne festeren ikke vil ha mulighet til å beholde boligen. Dersom festeavgiften er øket på en måte som overoppfyller EMKs krav, kan det reises spørsmål om man har overtrådt EMKs beskyttelse av festerposisjonen: Markedsverdien av eiendommen vil på grunn av regelendringen synke betraktelig på grunn av de framtidig høyere festeavgiftene, og festeren som må selge påføres et tilsvarende tap. I realiteten rammer dette samtlige erververe av tidsbegrensede festekontrakter som kjøpte festet fra og med tidspunktet for lovendringen i 2004 og fram til EMD-dommen ble kjent.

### **Krav til avkastning**

Utvalget vurderer avkastningen i forhold til markedsverdien i dag av den tomt som i sin tid ble festet bort. Vi vil nevne noen momenter som trekker i retning av at balansen i forhold til vurdering av EMK også kan vurderes ut fra andre kriterier enn bare avkastning i forhold til dagens markedsverdi. For det første står bortfester i de fleste tilfeller over for en innløsningsrisiko til 40 % av denne



markedsverdien. Ved en eventuell avvikling vil i praksis ikke disse bortfesterne motta en tomt til en verdi på f.eks. kr 1 000 000, bortfester vil motta en innløsningssum på kr 400 000. Økonomisk sett er det denne kapitalen som festeavgiften bør måles mot. En festeavgift på f.eks. kr 10 000 gir med andre ord en økonomisk realavkastning på 2,5 %, ikke 1 % for disse bortfesterne.<sup>1</sup>

Det samme gjelder også festerne i forhold til avkastningen av en investering i innløsning: Setter man festeavgiften til 1 % av markedsverdien, f.eks. kr 10 000 for en tomt med en markedsverdi på kr 1 000 000, gir en innløsning festeren en realavkastning på 2,5 %: Innløsningen kommer på kr 400 000, og derved sparer man kr 10 000 pr år ved at festeavgiften bortfaller, en innsparing som øker med inflasjonen. Selv med full belåning av innløsningssum til dagens vilkår, vil besparelsen være vesentlig. Dette er en praktisk talt risikofri avkastning, som dessuten har om lag like høy avkastning etter skatt. En innløsning med en praktisk talt risikofri realavkastning etter skatt på om lag 2,5 % er så lønnsom at bare festere med svak økonomisk evne (eller forståelse) vil la være å innløse tomten. (I tillegg vil de festeforhold som faller utenom innløsningsretten også måtte fortsette festeforholdet.) Det er ikke umiddelbart klart for oss at et nivå på festeavgiften som gir dette resultatet kan sies å ha en boligsosial profil.

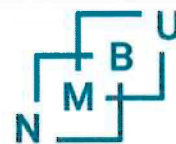
For det andre er verdien av en god del av de mest verdifulle festetomtene fullt ut betinget av festers bebyggelse av disse. For eksempel ville mange festetomter nær sjø, innsjø og elver være tilnærmet verdiløs i dag uten festers bebyggelse på grunn av en mer restriktiv politikk for bebyggelse i slike områder. I enkelte tilfeller ville dessuten slike tomter være vanskelige å selge på tidspunktet festeavtalen ble inngått fordi det var utfordrende å få tillatelse til å dele fra tomter fra landbrukseiendommer, eller de ville bare kunne selges til en beskjeden pris på grunn av prisregulering. Det er i så fall på mange måter festers bebyggelse av tomten som har ført til den verdi slike tomter potensielt kunne hatt for grunneier ved avvikling av festeforholdet.

For det tredje er dagens fester og bortfester i de fleste tilfeller andre enn dem som i sin tid inngikk festeavtalen. (Viktige unntak fra dette er institusjonelle eiere, som Opplysningsvesenets fond, staten, kommuner mv. Disse finnes hovedsakelig på bortfesterensiden.) Dagens eiere har som oftest ervervet bortfesteieendommen og festeieendommen, og i den forbindelse betalt vederlag, arveavgift, dokumentavgift mv. ut fra verddivurderingen som ble gjort av festeforholdet på overdragelsestidspunktet. I de fleste tilfeller har disse verddivurderingene blitt gjort ved at festeforholdene har blitt verdsatt som om festeforholdet ville blitt forlenget *i all fremtid på like vilkår*, også selv om festeavtalen var i ferd med å løpe ut. Dette gjelder naturligvis i enda større grad de erverv som er gjort i perioden etter at regelen om rett til forlengelse på like vilkår ble foreslått og vedtatt. Ut fra et økonomisk perspektiv er det ikke uten videre gitt at en regel om rett til forlengelse på like vilkår er noe vesentlig inngrep i eiendomsretten til en bortfester dersom denne samsvarer med det bortfesteren mer eller mindre godt begrunnet så for seg da eiendommen i sin tid ble ervervet.

Utvalget vurderer en del steder forslagene ut fra hvordan økningen i tomtens realverdi fordeles mellom

<sup>1</sup> Realavkastningen blir noe under 1 % på grunn av at festeavgiften ikke reguleres årlig med KPI.





partene. Vi vil minne om at selv om tomteverdiene har økt sterkt over de seneste tiårene for de fleste festetomter, så er det ingen økonomisk lov at tomtenes realverdier må øke over tid. Tvert om tilsier den sterke økningen vi har hatt i Norge at sannsynligheten for et vedvarende fall i tomteverdier øker. Festeren er riktignok beskyttet mot urimelig høy festeavgift etter tomtefestelovens § 11 og kan komme ut av de fleste festeforhold bl.a. gjennom innløsningsmulighetene. Det er likevel grunn til også å ha et blick på hvordan et vedvarende fall i tomteverdiene blir fordelt mellom partene, og da spesielt de festeforhold der festeren ikke har innløsningsmuligheter. Ren KPI-regulering innebærer at festerne er beskyttet mot økning i festeavgift ved tomteverdiøkninger, og bortfesterne er beskyttet mot nedgang i festeavgift ved tomteverdifall.

### Utvalgets forslag

Vi er av den oppfatning at samtlige modeller fra utvalget synes å sikre at konvensjonsstrid unngås, eller kan unngås når de ses i sammenheng med den foreslåtte sikkerhetsventilen mot særs urimelig lav festeavgift i tomtefestelovens § 11, tredje ledd.

Den foreslåtte sikkerhetsventil for høye festeavgifter i engangsløftmodellen (s. 53, 1. spalte, etter modell fra tomtefestelovens § 15, annet ledd nr. 2) og kombinasjonsmodellen (s. 57, 2. spalte) kan imidlertid etter vårt syn komme til anvendelse i langt flere tilfeller enn det som er eksemplifisert i utredningen s. 85-86 med 0,22 % avkastning. Eksempelet gir en avkastning på under en tiendedel 2,5 %, som er den avkastning to medlemmer av utvalget mener framstår å gi «en rimelig balanse mellom partenes interesser» (kombinasjonsmodellen, s. 57 2. spalte). Mange festetomter på under ett daa har en verdi ut over det som fester har tilført på over 1,1 million. Disse vil få en avkastning på under 1 % dersom denne sikkerhetsventilen innføres. Denne sikkerhetsventilen har videre en noe vilkårlig virkning, ved at beskyttelsesgraden er avhengig av tomtestørrelse: Den beskytter små festetomter i langt større grad enn store med den samme totalverdi.

Det synes vanskelig å begrunne denne konstruksjonen av sikkerhetsventil ut fra et prosessøkonomisk, boligsosialt eller EMK-basert behov. Ventilen kan i en forstand sies å ha en omvendt boligsosial effekt, ved at beskyttelsen er sterkest for de aller mest verdifulle festetomtene, eksempelvis eksklusive strandtomter eller sentrumsnære tomter. Når disse festeeiendommene opp gjennom årene har blitt omsatt, har de hatt meget høy markedsverdi, og derved har de ofte blitt ervervet av velstående personer. Den foreslåtte begrensingsregelen har derved en tendens til å gi sterkest beskyttelse for de mest velstående festerne.

Bestemmelsene i tomtefestelovens § 15, annet ledd nr. 2 er rettet mot en annen situasjon enn ved lovbestemt rett til forlengelse, og vi ser ikke at det medfører noen økt indre sammenheng i tomtefesteloven å innføre en slik bestemmelse ved lovbestemt rett til forlengelse.

Eventuelle bestemmelser om beskyttelse mot for høye festeavgifter kan vurderes uavhengig av hvilken forlengelsesmodell som ellers velges. Eksempelvis kunne en begrensning etter mønster av



tomtefestelovens § 15, annet ledd nr. 2 like gjerne vært kombinert med prosentmodellen. Det kan knapt ses på som noen vesentlig «innvending» mot denne modellen at den ikke inneholder noen øvre beløpsgrense, slik utvalget mener på s. 57, 1. spalte nederst.

Etter vår oppfatning er det imidlertid en bedre løsning å utforme bestemmelsene slik at det ikke er behov for noen egen sikkerhetsventil mot for høye festeavgifter ut over den generelle beskyttelse som ligger i § 11.

Utvalget har også foreslått en nedre grense for festebeløp i en av modellene: kombinasjonsmodellen s. 57, 2. spalte. Denne er satt til kr 4000 for hver tomt. Dette er, i likhet med en eventuell øvre beløpsgrense, et generelt spørsmål. Dette kan igjen vurderes uavhengig av hvilken forlengelsesmodell som ellers velges.

Hvilket minstenivå man eventuelt velger er åpenbart et politisk spørsmål, men kr 4000 synes å være såpass høyt at dette vil medføre unødige mange prosesser der fester krever et lavere beløp i medhold av tomtefestelovens § 11. Etter vår oppfatning vil et forslag om minstenivå også på et lavere nivå medføre risiko for tvister i forhold til § 11. Vi anbefaler derfor ikke at det innføres noen nedre beløpsgrense.

Valg av modell, inkludert eventuelle øvre og nedre grenser må, etter å ha fastslått dette, først og fremst sies å være et politisk spørsmål. Politiske målsettinger og retts tekniske hensyn må etter dette være avgjørende for valg av modell.

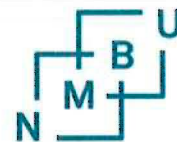
Overoppfyllelse av EMKs krav i forhold til bortfester kan som nevnt føre til spørsmål om EMKs krav er oppfylt i forhold til fester når det gjelder allerede forlengede avtaler og kanskje også for festere som har ervervet eiendommen i tillit til at reglene om rett til forlengelse på like vilkår ville stå seg i forhold til EMK. Det siste gjelder i praksis ervervene etter 2004 av tidsbegrensede festeretter. I tillegg kan det hevdes at enhver vesentlig endring av regelsett er uheldig.

Et vesentlig punkt i EMDs dom er at festeavgiften var lav og ikke hadde noen sammenheng med tomtens markedsverdi (EMD, avsnitt 129). Vi vil, som vi vil komme tilbake til avslutningsvis, anbefale lovgiver å legge til grunn prosentmodellen.

#### **Ad. prosentmodellen og "fair balance" mellom grunneier og fester**

Valg av prosentmodellen gir lovgiver mulighet til å foreta en vurdering av foredeling av samfunnsskapt verdier – den generelle økningen i tomteverdi. Denne diskusjonen har vært fremme også ved tidligere lovarbeider. Valg av rente vil kunne sikre at både grunneier og fester nyter godt av samfunnsskapt verdioøkning. Vi vil anta at dette i seg selv vil kunne virke konfliktdepende, og for begge parter fremstå, i hvert fall i seg selv, som en akseptabel løsning.

Valg av rente vil selvsagt by lovgiver på betydelige utfordringer, men noen regneeksempler vil trolig kunne virke illustrerende:



**Område A** Pris pr. m2 kr 50,- / tomtestørrelse 1000m2

|   |   |                              |
|---|---|------------------------------|
| rente 1 % (2,5 % i forhold til en eventuell innløsningssum) | = | kr 500 i årlig festeavgift   |
| rente 2 % (5 % i forhold til en eventuell innløsningssum)   | = | kr 1.000 i årlig festeavgift |

**Område B** Pris pr. m2 kr 500,- / tomtestørrelse 1000m2

|   |   |                               |
|---|---|-------------------------------|
| rente 1 % (2,5 % i forhold til en eventuell innløsningssum) | = | kr 5.000 i årlig festeavgift  |
| rente 2 % (5 % i forhold til en eventuell innløsningssum)   | = | kr 10.000 i årlig festeavgift |

**Område C** Pris pr. m2 kr 1500,- / tomtestørrelse 1000m2

|   |   |                               |
|---|---|-------------------------------|
| rente 1 % (2,5 % i forhold til en eventuell innløsningssum) | = | kr 15.000 i årlig festeavgift |
| rente 2 % (5 % i forhold til en eventuell innløsningssum)   | = | kr 30.000 i årlig festeavgift |

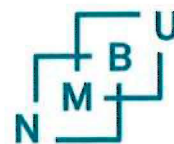
**Ad. skille mellom boligeiendommer og fritidseiendommer**

EMD åpner for at en stat av boligsosiale hensyn griper inn i privatrettslige forhold som tomtefeste. En inngripen krever imidlertid begrunnelse, og at hensynet til partene er vurdert og avveiet. Tomtefesteloven har ikke noe skille mellom bolig- og fritidsfeste, hva gjelder rett til forlengelse og vilkår for forlengelse.

Rett til å forlenge festeforhold og begrensninger i hva som er lovlig å kreve inn i festeavgift ved forlengelse lar seg åpenbart regulere i tomtefesteloven, uten derved å komme i konflikt med EMK. Staten må trolig ha en større grad av rom for regulering ved boligfeste, enn det som nødvendigvis gjelder for fritidsformål. Dette er etter vårt syn også logisk sett opp i mot de avgjørelser som foreligger i EMD, eksempelvis James m.fl. mot Storbritannia. Vi er av den oppfatning at det vil være naturlig å operere med en proportsats for boligeiendommer og en annen proportsats for fritidseiendommer.

Når det gjelder boligeiendommer, kan det stilles spørsmål ved om det bør skilles mellom boliger som bebos av festeren og boliger som er ubebodde eller bebos av andre. Skillet kan retts teknisk f.eks. knyttes til den samme vurdering som kravet for beboelse for å kunne kreve gjenerverv av egen bolig etter ekspropriasjonserstatningslovens § 7, som vel har en lignende boligsosial begrunnelse. Det finnes en rikholdig teori og rettspraksis om betingelsen «som eigaren nyttar til bustad» etter nevnte bestemmelse. Vi ser imidlertid at en slik regel for forlengelsestilfellene bryter med dagens praksis ved ordinær regulering av festeavgift. Vi mener prinsippene som ligger til grunn for ekspropriasjonsloven § 7 bør vurderes, dersom lovgiver ønsker ulike regler (proportsats) for boligeiendommer og





fritidseiendommer.

Etter vår oppfatning vil en nedre grense på 1 % av tomteverdien, som ikke fester har tilført, utvilsomt tilfredsstillende kravet i EMK når det gjelder boligeiendom som bebos av festeren (jf. boligsosiale hensyn), forutsatt at festeavgiften inflasjonsjusteres etter tomtefestelovens hovedregel hvert 10. år med KPI. Dette er inntekter med praktisk talt ingen risiko (ut over den politiske). De aller fleste grunneiere vil ha vanskelig for å finne investeringer med så liten risiko som gir tilnærmet 1 % realavkastning. Målt opp mot en innløsningssum på 40 % av markedsverdien, vil dette dessuten tilsvare en realavkastning på 2,5 %, som utvilsomt er en svært tilfredsstillende avkastning.

For øvrige boligeiendommer, og for alle fritidseiendommer, vil boligsosiale hensyn ha noe mindre vekt. Dette tilsier at den nedre grensen bør settes noe høyere for slike festeforhold. Vi mener en nedre grense på 1,5 % av tomteverdien som ikke fester har tilført (tilsvarende 3,75 % av en eventuell innløsningssum på 40 % av markedsverdien) utvilsomt vil tilfredsstillende kravet i EMK for disse eiendommene.

#### **Ad. retts tekniske hensyn**

Prosentmodellen vil gi en meget klar regel for både fester og bortfester. Usikkerhet knyttet til prosedyre på festerenten vil da være borte. Vi anser det for betydelig enklere for en skjønnsrett å ta stilling til tomteverdi enn festerente. Kunnskap om tomteverdi forutsettes skjønnsretten å ha spesialkompetanse på – ikke renteberegninger/-vurderinger.

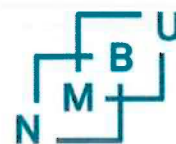
Vi ser ikke nødvendigvis at en indre sammenheng i tomtefesteloven skal være et argument mot prosentmodellen. Det er etter vår oppfatning nettopp et poeng å skille mellom regulering i et løpende avtalt forhold, og situasjonen ved forlengelse uten etter avtale.

Dersom man velger prosentmodellen uten øvre eller nedre grenser, eller med mindre tyngende begrensninger på disse, synes det ikke å være behov for noen ytterligere sikkerhetsventiler enn dem som allerede finnes i tomtefestelovens § 11, første ledd.

Man kan imidlertid vurdere om det er behov for en sikkerhetsventil mot «særs urimelig lav festeavgift» dersom tomte får en langt sterkere verdiutvikling enn inflasjonen over lang tid. I så fall kan man vurdere å ta inn en bestemmelse lignende den utvalget har foreslått i § 11, 3. ledd, men da knyttet til at det må ha gått et visst antall år etter forlengelsen av festeforholdet. Man kan f.eks. vurdere om det skal gis anledning for bortfester å kreve justering etter en slik bestemmelse.

#### **Vår anbefaling**

Vi mener EMDs krav enklest og mest presist oppfylles ved å sikre at rett til forlengelse på like vilkår opprettholdes som hovedregel, men at det settes en nedre grense for festeavgiften som en prosent av den tomteverdi som bortfester ville mottatt ved en avvikling av festeforholdet.



Vi er derfor av den oppfatning av prosentmodellen bør velges. Modellen skiller seg ikke nødvendigvis mye fra engangsløftmodellen hva gjelder resultat i mange tilfelle. Dette vil avhenge av den proSENTSATS man velger. Avgjørende for vår anbefaling har imidlertid vært at prosentmodellen gir lovgiver anledning til å foreta en konkret vurdering av "fair balance" mellom grunneier og fester. Gode begrunnelser og avveininger her vil vanskelig kunne settes til side av EMD.

Prosentmodellen gjør det enkelt å differensiere mellom boligeiendommer og fritidseiendommer ved å differensiere prosentangivelsen av den nedre grensen.

Rettstekniske hensyn taler etter vårt syn også for valg av prosentmodellen. Festerenten er i dag gjenstand for betydelig prosedyre rundt om i landets domstoler. Særlig gjelder dette der hvor temaet er om man kommer opp i lovens tak ved regulering, eller ikke. Prosedyre på festerente får da stor betydning. Tilsvarende tilnærming ville bli tilfellet om man velger et tak etter engangsløftmodellen ved forlengelse.

Prosentmodellen kan kombineres med nedre og øvre grenser dersom lovgiver ønsker det og finner at dette utvilsomt ikke bryter med EMK, jf. våre merknader over.

Einar Bergsholm

Sølve Bærug

Fredrik Holth