



Norges miljø- og
biovitenskapelige
universitet

Masteroppgave 2021 30 stp

Fakultet for landskap og samfunn

Karen Eg Taraldrud

Kan fester ensidig kreve endret festeformål

Jørgen Snøås Gustavsen

Master i Eiendomsutvikling

Sammendrag

Temaet for oppgaven er å drøfte spørsmål om festerens rett til å kreve endring av formål i festeavtaler. Oppgaven tar utgangspunkt i et spesifikt tema som har kommet opp i personlig henseende. Det er likevel trolig at oppgavens problemstilling er relevant for flere festere og grunneiere rundt om i landet. Valg av festeformål har blant annet betydning for spørsmål rundt fastsettelse av festeavgift, forlenging og innløsning.

I Norge finnes det over 200 000 festeforhold, hvorav omlag 170 000 er til bolig- eller fritidshus. Det opprettes få nye festeforhold i nyere tid, men det er likevel en stor andel norske huseiere og bedrifter som fester tomt fremfor å eie. Det er derfor et aktuelt tema som flere ganger har vært fremmet i Høyesterett.

Oppgaven belyser festers og bortfesters rettigheter ved tomtefeste og hvilke argumenter og hensyn som skal vektlegges ved en eventuell mulighet for at fester skal kunne kreve endret festeformål fra næring til bolig- eller fritidshus.

Abstract

The theme of this thesis is to discuss questions around the lessee's right to demand a change of the purpose in a leasehold estate agreement. The thesis is based on a specific topic that has arisen in personal terms. It is nevertheless probable that the problem of the thesis is relevant to several lessee's and landowners. The choice of purpose of the leasehold is important, among other things, for questions regarding the determination of leasehold rent rate, extension, and redemption

There are more than 200 000 leasehold estate agreements in Norway, of which about 170 000 are for residential or holiday homes. Few new leasehold estate agreements have been established in recent times, but there is still a large proportion of Norwegian homeowners and companies who lease land rather than owning it. Therefore, it is therefore a relevant topic that has been raised several times in the Norwegian Supreme Court.

The thesis clarifies lessee and lessors' rights in connection with a plot of land and which arguments and considerations must be emphasized in the event of a possibility for lessee to be able to demand a change of purpose of the leasehold from industry to residential or holiday homes.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	5
1.1	Relevans	5
1.2	Tema og bakgrunn for valg av oppgave	5
1.2.1	Problemstilling	6
1.2.2	Avgrensing	6
1.2.3	Mål med oppgaven	6
1.3	Forskningsmetode	7
1.3.1	Metode og rettskilder	7
1.3.2	Arbeidsmåte	7
2	Hovedkapittel	8
2.1	Oversikt	8
2.1.1	Tomtefesteforhold i Norge	8
2.1.2	Formålet med tomtefestesystemet	11
2.1.3	Hvordan har lovgivningen utviklet seg fra tomtefestelova 1975?	13
2.2	Nærmere om problemstillingen	14
2.3	Partenes rettslige stilling som utgangspunkt for videre drøftelse	14
2.4	Rettsforhold ved forlengelse	15
2.4.1	Festerens rett til forlengelse av tomt til bolig- eller fritidshus	15
2.4.2	Grunneiers rett til å kreve forlengelse av tomt til bolig- eller fritidshus	17
2.4.3	Kan fester av tomt til næringsbygg kreve forlengelse?	17
2.4.4	Kan grunneier kreve at fester forlenger feste av næringstomt?	18
2.4.5	Oppsummering	18
2.5	Rettsforhold ved innløsning	19
2.5.1	Festerens rett til å kreve innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus	19
2.5.2	Grunneiers rett til å kreve innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus	20
2.5.3	Kan fester av næringstomt kreve innløsning?	21
2.5.4	Kan grunneier kreve at fester løser inn næringstomt?	21
2.5.5	Oppsummering	22
2.6	Rettsforhold ved regulering av festeavgift	22
2.6.1	Festerens rett til å kreve regulering av festeavgift for tomt til bolig- eller fritidshus	22
2.6.2	Grunneiers rett til å kreve regulering av festeavgift for tomt til bolig- eller fritidshus	23
2.6.3	Kan fester av næringstomt kreve regulering av festeavgift?	23
2.6.4	Kan grunneier kreve regulering av festeavgift for næringstomt?	23
2.6.5	Oppsummering	24
2.7	Hovedforskjeller mellom innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus og tomt til andre formål	24
2.7.1	Innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus	24
2.7.2	Innløsning av tomt til andre formål	25
2.8	De ulike parters interesse av å endre festeformål	25
2.8.1	Festerens interesse av å endre formål fra næringsfeste til feste med boligformål	25
2.8.2	Grunneierens interesse av å endre formål fra næringsfeste til feste med boligformål	26
2.8.3	Partenes ulike interesse i festeformål	27
2.9	De ulike parters interesse for festeformål	32
2.10	Forholdsmessighet ved forlengelse, regulering av festeavgift og fastsetting av innløsningssum	37
2.10.1	Forholdsmessighet ved forlengelse av tomtefeste	40
2.10.2	Forholdsmessighet ved regulering av festeavgift	45
2.11	Kan fester ensidig kreve endret festeformål fra næring til bolig?	49

3	Gjennomgang av min families sak i Kragerø	55
3.1	<i>Forlenging</i>	55
3.2	<i>Regulering av festeavgift</i>	56
3.3	<i>Innløsning</i>	56
3.4	<i>Konklusjon</i>	57
4	Avslutning	58
4.1	<i>Avslutning</i>	58
Kilder	60

1 Innledning

1.1 Relevans

Denne oppgaven drøfter spørsmål om endring av formål i tomtefesteavtaler. Oppgaven tar utgangspunkt i et spesifikt tema som har kommet opp i personlig henseende. Det er likevel trolig at oppgavens problemstilling er relevant for flere festere og grunneiere rundt om i landet. Dette kan f.eks. gjelde næringsfeste som fester ønsker omgjort til boligfeste. En tilsvarende problemstilling kan tenkes for hytter som i hovedsak leies ut og ønskes omgjort til næringsfeste av grunneier.

1.2 Tema og bakgrunn for valg av oppgave

Min mor og hennes søsken har et sameie som er grunneier for flere tomter i Kragerø. Her har de i flere tiår festet ut eiendom til både boligformål og næringsformål. Nylig har en fester av et tomtefeste med næringsformål henvendt seg til sameiet. Festeren ønsker å selge bygget som står på tomten, og den potensielle kjøperen av bygget ønsker å bygge om delvis eller helt til bolig og kjøpe ut tomten. Problemstillingen som da har kommet frem er hvorvidt et eventuelt kjøp av tomten skal gjøres etter reglene om næringsfeste og reguleres av avtaleretten, eller om det skal kjøpes som boligfeste med reguleringer etter tomtefestelova. Og hvem bestemmer dette? Kan fester ensidig kreve endret festeformål? Dette har betydning blant annet for hvordan man gjør verdsettelse av tomten ved et eventuelt salg, om festeren har rett til å innløse tomten eller ikke og for fremtidig fastsetting av årlig festeavgift. De ulike alternativene vil kunne gi stort sprik i eventuell salgssum og det vil fort oppstå uenighet mellom selger og kjøper om hvilke alternativ som skal benyttes. En tilsvarende problemstilling kan være om grunneier ensidig kan bestemme endring av festeformål fra bolig eller fritidsformål til næring, f.eks. dersom han konstaterer at tomtefester benytter hytta på festetomten til kommersiell utleie. Jeg antar at noen av oppgavens drøftelser kan ha relevans også for denne problemstilling, men jeg går ikke særskilt inn på spørsmålet.

1.2.1 Problemstilling

Kan fester ensidig kreve endret festeformål fra næring til bolig med virkning for tomtefestelovas regler om innløsning av tomt, regulering av festeavgift og forlengelse av tomtefeste.

1.2.2 Avgrensning

I denne masteroppgaven konsentrerer jeg meg hovedsakelig om norske forhold og norsk rett, ettersom oppgaven gjelder tomtefestelova som er en spesifikk norsk lov. Flere andre land har likevel ordninger som kan minne om våre festeforhold, og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har truffet avgjørelser som kan gi noe informasjon for å belyse mine spørsmål. Jeg undersøker relevant rettspraksis fra EMD i den grad det har betydning for mine spørsmål. Jeg vil avgrense oppgaven til rettsforholdene mellom fester og bortfester. Jeg går ikke inn i forholdet til kommunen eller statlige planmyndigheter, og heller ikke andre myndigheter som partene eventuelt må forholde seg til.

1.2.3 Mål med oppgaven

Målet med oppgaven er å finne ut hvorvidt fester ensidig kan kreve endret festeformål fra næring til bolig eller fritidsbolig med virkning for tomtefestelovas bestemmelser om festeavgift, avtaleforlengelse og innløsning av tomt. Dette vil jeg gjøre ved å undersøke, beskrive og om mulig avklare rettstilstanden, samt knytte egne kommentarer til mine funn. Jeg vil bruke vanlig juridisk metode, tradisjonelle rettskilder og rettsvitenskapelig litteratur. Oppgaven er teoretisk og konkrete eksempler brukes bare i liten grad til illustrasjon. Som en avslutning på oppgaven tar jeg en gjennomgang av min families sak, for å illustrere betydningen av mine funn i en reell problemstilling. Jeg har ikke gått nærmere inn på andre konkrete saker, bortsett fra dem som omhandles i rettspraksis.

1.3 Forskningsmetode

1.3.1 Metode og rettskilder

Avhandlingen er skrevet etter rettsdogmatisk metode, som handler om å finne frem til gjeldende rett ved hjelp av rettskildedefaktorer i henhold til rettskildeprinsippene. Jeg bruker de ulike rettskildene i arbeidet med å bearbeide og presentere problemstillingen. Jeg har benyttet lovttekster, lovforarbeider og rettsavgjørelser fra fortrinnsvis Høyesterett. Jeg forholder meg til norsk lovgivning, men har også benyttet avgjørelser fra EMD, som er relevante for norsk rett. Rettskildene har ulik grad av vektlegging hvor lovttekster alltid veier tyngst. Videre følger lovforarbeider og rettspraksis, hvor Høyesterett veier tyngst, etterfulgt av lagmannsrettene og tingrettene. Dette er de tre viktigste rettskildene. Jeg har ikke benyttet kilder som forskrifter og reelle hensyn, da disse skal vektlegges i mindre grad og kun benyttes om det ikke finnes lovttekster som omhandler spørsmålet. Jeg har benyttet rettsvitenskapelig litteratur som inspirasjon og veiledning. Man må være forsiktig med å benytte litteratur som rettskilde da denne ikke fastlegger rettstilstanden, men er en gjengivelse av forfatterens beskrivelser og vurderinger av hva som er riktig. Den ene litteraturkilden er fra 1961 og derfor legges det lite vekt på innholdet i dette, men den gir et fint innblikk i den historiske utviklingen av ordningen med tomtefeste og gjeldende tilstand før tomtefestelova ble til.

Det finnes lite rettskilder av betydning knyttet til om fester kan kreve å endre festeformål. Jeg har finne noen dommer fra Høyesterett og Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen (EMK) P1-1 som man kan lene seg på. Det har vært viktig å sette seg godt inn i lovens forarbeider og uttalelser fra Høyesterett og EMK for å få en dypere forståelse av formålet med tomtefestelova, samt festers og bortfesters beføyelser.

1.3.2 Arbeidsmåte

Avhandlingen er teoretisk, men jeg vil benytte min families konkrete sak til illustrasjon. Først gjør jeg rede for rettssituasjonen slik den er i dag, hva angår forlenging, innløsning og fastsetting av festeavgift. Videre går jeg inn på drøftelse av partenes muligheter for å kreve endring av festeformål. Jeg har valgt denne fremstillingsmåten og rekkefølge av drøftelser på grunnlag av en forventning om at en eventuell formålsendring vil påvirke alle de ulike

rettighetsområdene, og særlig de nevnte. Jeg er bevisst på at min personlige tilknytning til saken vil kunne by på utfordringer i drøftelsen. Jeg vil derfor passe på å drøfte og belyse problemstillingen godt fra begge sider, og forholde meg til faktiske funn og betraktninger uten å dra inn synspunkter basert på personlige henseende.

2 Hovedkapittel

2.1 Oversikt

2.1.1 Tomtefesteforhold i Norge

En festerett er en leierett, der leieren betaler leie i stedet for å kjøpe grunnen. Det som særpreger denne formen for leie er at festeren (leieren) normalt skal ha rett til å bygge hus eller andre innretninger som han selv eier på tomten. Tomtefestelovas virkeområde fremgår av lovens § 1. Paragrafen sier at loven gjelder for «feste (leige) av grunn til hus som festaren (leigaren) har eller får på tomta». Bestemmelsen nevner konkrete forhold som faller inn under loven, og den avgrenser mot «grunnleige der hovudføremålet er anna enn hus og bruk i samband med hus». Leie av jord til jordbruk faller for eksempel utenfor tomtefestebegrepet.¹

Det har vært brukt mange forskjellige terminologier for tomtefeste opp gjennom årene i Norge. Frem til 1920-åra var det andre ord som bygsel, strandsitter og grunnleie som var mest brukt. Det er mye som tyder på at ordet feste stammer fra dansk og at det er derfra vi har hentet det. Frem til 1950-tallet brukes flere forskjellige termer om hverandre, både feste, leige og bygsel. I prisreguleringsføresegnene av 18.juli 1958 blir ordet feste konsekvent brukt, og det at ordet feste var så innarbeidet i den daglige talen gjør at det da ble fullt forsvarlig å bruke ordet feste også på rettslige dokumenter.² I denne oppgaven brukes uttrykkene feste eller tomtefeste om hverandre.

Også før tomtefestelova av 1975 var det allment kjent at svært mange hus i Norge var bygd på grunn som hørte til en annen enn eieren av huset.³

¹ NOU, 1993, Kap. 2.2.1

² Lid, 1961, s. 10-11

³ Lid, 1961, s. 12

Fra gammelt av var bortfeste av tomter noe som først og fremst foregikk i byene. Når det gjelder byforhold, kan en gå ut fra at tomtefeste har vært vanlig svært langt tilbake i tid. På landet var det mer vanlig å bruke andre former som husmannsfeste og bygselstilhøve.⁴ Bruken av tomtefeste og innholdet i festekontraktene kunne variere mye fra sted til sted og hang sammen med hvordan eiendomsretten til grunnen var da byen ble grunnlagt. F.eks i Bodø kjøpte kommunen grunnen slik at byborgerne ble festere av grunnen de bygde på. Mens andre byer som f.eks Gjøvik og Lillehammer ble det gjort avtale om at den nye bykommunen skulle ha rett til å utvise tomter til byborgerne mot at de betalte en fast grunnleie til de private grunneierne.⁵

Utviklinga av tomtefesteordningen har vært påvirket av ulike lover opp gjennom tiden. Særlig viktig var loven fra 18. desember 1764, som innførte plikt til skylddeling ved fraskilling av parseller. Denne loven ble tolket slik at festeavtaler var utenom påbudet om skylddeling. Dette førte til at det var både rimeligere og enklere for begge parter å feste, enn å overdra grunnen.⁶ Med tiden har tomtefeste blitt mer og mer vanlig også i mindre byer og tettsteder. Staten og kommunene var lenge de som hadde klart fleste festetomter og det er grunn til å tro at staten og kommunene gjennom utforming av festevilkårene, har hatt stor innvirkning på innholdet i de private festeavtalene også.⁷

Festevilkårene kunne være veldig ulike rundt om i landet. Festetiden kunne være fastsatt til levetiden til mann og kone, arvefeste over flere generasjoner eller på åremål (oftest 50, 100 eller 200 år). Vederlaget var enten en årlig avgift, arbeidsytelse, eller begge deler. For noen festeformer, oftest ved arvefeste ble det i tillegg betalt en engangssum på den tiden festet startet, og ved overføring av feste til andre.⁸

I 2002 antok justisdepartementet at det var 300 000 – 350 000 festeforhold i Norge, men opplysninger fra Kartverket indikerer at dette anslaget var for høyt, og at det i tillegg har vært en nedgang i antall festeforhold de seneste årene.⁹ Det er kun feste hvor formålet er registrert som «bolig», «fritidseiendom» og «uoppgitt» som er tatt med i beregningen, all den tid noen av

⁴ Lid, 1961, s. 14

⁵ NUT 1971:3, s. 8

⁶ Ot.prp.nr 2, 1974-1975, s. 6

⁷ Lid, 1961, s. 16

⁸ Ot.prp.nr.2 1974-1975, s. 6

⁹ NOU 2013, s. 12

lovens bestemmelser bare gjelder feste av grunn til disse formål. Feste i andre kategorier som «annet, «industri/bergverk», «offentlig vei», «landbruk/fiske», «verneområde», «institusjon», «friareal/idrettsanlegg», «kommunikasjonsareal» og «forretning» - er ikke medregnet. Som et grovt overslag er det grunn til å anta at det i 2013 var i overkant av 200 000 tomtefesteforhold i Norge, hvorav om lag 170 000 er til bolig- eller fritidshus.¹⁰

I ot.prp.nr41 (2003-2004) Om lov om endring i lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste, fremkommer det at det i et høringsnotat 29.august 2001 foreslås et forbud mot nye avtaler om feste til bolig- eller fritidshus. Det var et splittet syn på dette høringsnotatet med gode argumenter på begge sider. Av de som var for forbudet finner man blant annet Miljøverndepartementet, Norges Eiendomsmeglerforbund, Tomtefeste forbundet, Norges hytteforbund med flere. De la vekt på at tomtefeste har mistet mye av sin aktualitet fordi kredittmarkedet er vesentlig bedret – boligbyggere får banklån og grunneiere har en rekke investeringsmuligheter. Offentlig arealstyring kan dels gjøres tilfredsstillende via plan- og bygningslovgivningen. Tomtefesteinstituttet oppfattes først og fremst som en tvisteskapende ordning med et uoversiktlig regelverk for de som støttet forbudet.¹¹

Av de som var imot forbudet finner vi blant annet Kommunal- og regionaldepartementet, landbruksdepartementet, Den Norske Advokatforening, Huseiernes Landsforbund med flere. Disse mente at forbudet ville medføre et sterkt inngrep i avtalefriheten. Tomtefeste gir grunneier jevn inntekt fremfor et engangsbeløp, og at det også er en fordel for boligbyggere med en bedret likviditet gjennom betaling av en lav årlig festeavgift fremfor en høy engangskjøpesum. Enkelte av høringsinstansene erkjente at festeren har et sosialt begrunnet beskyttelsesbehov som tilsa lovendring, men at dette i stede burde imøtekommes ved endring av reglene om festeavgift og innløsning.¹²

Justisdepartementet var enig at det var flere forhold som talte for innføring av et forbud mot nye festeavtaler. De pekte på at endringer i samfunnsforholdene har redusert behovet for tomtefesteinstituttet. Blant annet at muligheten for finansiering er en helt annen enn hva den var da festeinstituttet ble innført, og at ulempene ved «kløyvd» eiendomsrett til bygninger og tomt er åpenbare. Likevel valgte departementet å foreslå en vesentlig forenkling i reglene om

¹⁰ NOU 2013, s. 22

¹¹ Ot.prp.nr41 (2003-2004), s. 56

¹² Ot.prp.nr41 (2003-2004), s. 57

regulering av festeavgift, samt utvidede regler om rett til forlengelse av festeforholdet. De mente at dette ville trygge situasjonen for festerne på en helt annen måte enn gjeldende lov gjorde. På den bakgrunn kom departementet frem til at det ikke skulle fremmes forslag om forbud mot nye festeavtaler.¹³ Det er fortsatt ikke forbud mot å etablere nye festeavtaler i dag.

2.1.2 Formålet med tomtefestesystemet

Det er vanlig at lovteksten selv sier noe om formål og hensikt med loven. Nyere lover har som regel en egen formålsparagraf, som er §1. Hverken tomtefestelova 1975 eller tomtefestelova 1996 har en slik formålsparagraf. Derfor går jeg grundig inn i forarbeidene for å finne ut mer om formålet med loven.

Formålet med tomtefestelova er å regulere forholdene mellom fester og bortfester (grunneier). Før tomtefestelova 1975 var det ingen allmenn lov om tomtefeste. Ordningen med tomtefeste er et så praktisk viktig rettsområde at det var på høy tid å få kodifisert rettsreglene på dette området da den første loven kom i 1975. Særlig viktig var dette med tanke på at det ofte gjøres store investeringer i forbindelse med tomtefeste. En lovfesting av tomtefeste er en stor fordel for begge parter i festeforholdet, men det viktigste argumentet for en lov om tomtefeste er et sikret vern for festeren. F.eks i forbindelse med spørsmål om bortfester kan sette som vilkår i festeavtalen at festeren skal gi lån eller tilskudd (engangsvederlag). Og om spørsmål om minste festetid, innløsningsrett – og spørsmål om regulering av festeavgift i forbindelse med endring i prisnivå eller tomteverdi under festetiden.¹⁴

Det finnes en rekke faktorer som kan være bakgrunnen for at tomtefeste har vært, og er så mye brukt her i landet, men ikke alle faktorene gjelder for alle kategorier av festeforhold. Det er naturlig å tenke seg at det er andre grunner for private grunneiere til å velge bortfesting enn for offentlige institusjoner. Private grunneiere har i hovedsak egen økonomisk vinning som målet med bortfeste, mens offentlige institusjoner kan ha en grunnleggende tanke om felleskapets beste, og å hjelpe dårligere stilte.¹⁵

¹³ Ot.prp.nr41 (2003-2004), s. 57

¹⁴ Ot.prp.nr 2, 1974-1975, s. 24-25

¹⁵ Lid, 1961, s. 17

En faktor som spilte større rolle tidligere enn i dag, er vanskeligheter med å skaffe penger til innkjøp av byggetomt. For den som skulle bygge var det i økonomisk dårlige tider en stor fordel å kunne feste tomt mot en årlig avgift, fremfor å kjøpe ut hele tomten. På starten av 1900-tallet gikk mange kommuner i gang med en planfast bortfesting av byggetomter for på den måten å lokke folk til kommunen, eller for å hjelpe folk med mindre god råd til å skaffe seg eget hus. Under den økonomiske krisen i 1930-årene var det omtanken med byggeren som veide tyngst, og det ser en ved at det på den tiden var vanlig at både offentlige og private grunneiere gav interessert fritt valg mellom kjøp og feste. Det var hovedsakelig offentlige institusjoner som gjorde dette, men også private arbeidsgivere som prøvde å hjelpe folkene de hadde i arbeid med å skaffe seg eget hjem.¹⁶

Før grunnlovsendringen i 1898 fikk man stemmerett når man kjøpte bygrunn til en viss verdi. Et argument for grunneiere kunne da være at de ikke ville selge bort grunnen fordi de ikke ønsket flere med stemmerett, og de valgte derfor å feste bort grunnen i stedet.¹⁷

En oppfatning har vært at den største årsaken til at grunneiere ønsker å feste bort fremfor å selge tomten, er at bortfesting er en god forretning, ofte bedre enn hva man oppnår ved salg av tomt. Ved bortfesting sikrer man en fast inntekt over tid. Bare hvis grunneieren trenger kapital raskt vil det være lønnsomt å selge fremfor bortfeste. Den viktigste fordelene her var samtidig tenkt å være at grunneieren ved bortfesting slipper å gi grunnen definitivt fra seg. Grunneieren skulle derfor i tillegg til leien også kunne dra nytte av verdiøkning på tomten.¹⁸ Disse betraktningene er fremsatt av Olav Lid, men de er ikke like relevante i dag som da Lid skrev sin bok i 1961. Ved tomtfestelova med reguleringer av festeavgift og av festers rett til å forlenge eller innløse, sitter mange grunneiere igjen med en dårligere forretning i dag enn opprinnelig forventninger.

Andre faktorer som spilte inn var blant annet prisreguleringen for fast eiendom som varte frem til 1980-årene. Hvis man som grunneier ikke følte at man gjennom et salg til pristakst, fikk like høy verdi som den man kunne få i et fritt marked er det naturlig at man i stedet prøvde å unngå salg, og heller fester bort tomten.¹⁹

¹⁶ Lid, 1961, s. 18-19

¹⁷ NUT 1971, s. 9

¹⁸ Lid, 1961, s. 19-20

¹⁹ Lid, 1961, s. 20-21

En siste faktor som var tidligere var gjeldende er at tomtefeste ofte var enklere rent praktisk å få til enn et vanlig salg av en tomt. For eksempel kunne det tenkes at det var enklere å oppnå samtykke til deling fra landbruksmyndighetene når hensikten var bortfeste fremfor salg. Det er allerede nevnt at også kommunene kunne ønske å påvirke praksis, f.eks. ut fra sosiale hensyn. Man kunne også slippe unna gebyrer som tinglysningsgebyr ved å feste bort i stede for å selge.²⁰

I tråd med formålet har lovgivningen gitt vern for festernes interesser i festeforhold til bolig- eller fritidshus på flere måter. Blant annet ved at festeavgiften har vært underlagt offentlig prisregulering siden 1940, etter den første tomtefestelova i 1975 har det vært lovfestet en minste festetid på 80 år for bolig- eller fritidshustomter, samt at ved festeavtaler inngått etter 1975 har festeren rett til å innløse tomt til bolig- eller fritidshus etter 50 år.²¹

2.1.3 Hvordan har lovgivningen utviklet seg fra tomtefestelova 1975?

Ordningen med tomtefeste har eksistert i lang tid, og allerede i 1940 ble festeavgiften underlagt offentlig prisregulering, men det var først i 1975 tomtefeste som rettsinstitusjon ble lovregulert. Tomtefestelova 1975 er i dag erstattet av tomtefestelova 1996, med senere endringer. Tomtefestelova 1996 gir festeren rett til å innløse eller forlenge avtale for festetomt etter nærmere regler. De siste 20 årene har det skjedd flere vesentlige endringer i tomtefestelova. De hittil viktigste var lovendringene i 2004 og 2015.

Etter omfattende politisk behandling ble det i 2004 vedtatt innløsningsrett for fester av tomt til bolig- eller fritidshus etter kortere tid, fra 50 år til 30 år, og på mer gunstige vilkår enn tidligere. Festeren kan også i stedet for innløsning velge å kreve forlengelse av festeavtalen på uendrede vilkår, og det ble i tillegg gitt detaljerte regler for regulering av festeavgiften.

I tiden etter lovendringene i 2004 førte rettsavgjørelser i Høyesterett og EMD, til at det ble nedsatt et utvalg for utredning av rettsforholdene som var omhandlet i dommen fra EMD.²² Tomtefesteutvalget avga sin utredning i 2014, og våren 2015 vedtok Stortinget varige endringer i tomtefestelovas bestemmelser om festeavgift ved forlengelse av festeforholdet.²³

²⁰ Lid, 1961, s. 24

²¹ Taraldrud, 2019, s. 178

²² HR-2007-1594-PLindheim, HR-2007-1595-P Sørheim og EMD-2008-13211 – Case of Lindheim and Others

²³ Taraldrud, 2019, s. 178

2.2 Nærmere om problemstillingen

Festeformål har betydning for rettsforholdet mellom fester og grunneier. Det ligger andre rettigheter til grunn om du fester tomt til bolig- eller fritidshus, eller om du fester tomt til fabrikk- eller forretningsbygg. Hvis man endrer festeformålet fra bolig til forretningsbygg eller omvendt, kan det da endre rettsforholdet mellom partene? Kan den ene parten som ser seg tjent med endring ensidig bestemme dette?

Endring av festeformål kan gi utslag på flere områder, men i tråd med min problemstilling har betydningen for forholdet mellom partene ved forlengelse eller innløsning av tomten samt regulering av festeavgift, størst betydning. Hvor spesielt de økonomiske konsekvenser forlengelse og innløsning kan legge til rette for konflikter.

Ved forlengelse av feste har fester krav på gunstigere vilkår hvis det er snakk om bolig- eller fritidshustomt enn ved annet formål. Ved innløsning kan fester kreve langt rimeligere innløsningssum ved bolig- eller fritidshus enn ved annet formål.

Det er disse mulige konfliktene som er tema for oppgavens spørsmål. Jeg tar utgangspunkt i det enkelte problemområdet hver for seg, forklarer hvordan loven er for hver av dem og for de ulike festeformålene, og drøfter ved hjelp av rettskildene om partene ensidig kan kreve endret festeformål til ugunst for motparten. Hovedspørsmålet her er om den ene parten ensidig kan endre avtaleformålet med den virkning at festeforholdet kommer inn under et annet regelsett etter tomtefestelova. Som nevnt drøfter jeg først og fremst om fester ensidig kan kreve endret festeformål.

2.3 Partenes rettslige stilling som utgangspunkt for videre drøftelse

Når vi ser på partenes rettslige stilling ved tomtefeste, har både bortfester og tomtefester rettigheter. Bortfester er grunneier og har eiendomsrett til grunnen. Denne eiendomsretten er beskyttet av Grunnloven § 105 og i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) P1-1. Fester eier bygningen som er satt opp på tomten, og har dermed også en beskyttet eiendomsrett for denne bygningen.

Begge parter har rettigheter etter tomtefesteavtalen: Grunneier har rett til festeavgift så lenge festet varer, og denne retten kan håndheves via det norske rettssystemet. Fester har rett til fortsatt feste i avgrenset eller uavgrenset tid, og dette er en sentral rettighet, både rettslig og personlig. Det kan diskuteres om disse rettighetene er beskyttet etter Grunnloven § 105 og EMK. Hva angår Grunnloven § 105 vil festers leierett neppe være en rettslig eiendomsrett, men det kan tenkes at festeres rett omfattes av EMKs begrep «possessions», noe jeg vil komme tilbake til i kapittel 2.9.

Jeg benytter en tradisjonell forståelse av eiendomsrett, slik det er beskrevet av bla. Thor Falkanger²⁴ og Karen Eg Taraldrud.²⁵ Denne forståelsen innebærer at eiendomsretten består av et knippe beføyelser, hvorav især fysisk og rettslig råderett samt retten til kapital og avkastning er sentrale i denne oppgaven. Jeg tar utgangspunkt i partenes rettigheter ved drøftingene i oppgaven.

Hensynet til festerens personlige tilknytning til festeeiendommen er tillagt stor betydning ved lovgivningen. Jeg betrakter hensynet til festerens mulige affeksjon for festet og bygningene på festearealet som et politisk hensyn, som kan spille inn ved tolkning og anvendelse av bestemte lovregler, men ikke som eiendomsrett. Jeg går ikke inn på affeksjonsverdi som en rettighet av samme karakter som eiendomsrett.

2.4 Rettsforhold ved forlengelse

2.4.1 Festerens rett til forlengelse av tomt til bolig- eller fritidshus

Av tomtefestelova §7 følger:

«For nye festeavtaler inngått etter gjeldende tomtefestelova av 1996 gjelder feste av bolig- eller fritidshus til festet blir sagt opp av festeren eller til tomten blir innløst.

For avtaler inngått etter 1975, men før 1996 er festetiden 80 år, dersom det ikke er avtalt lenger tid, feste uten tidsavgrensning eller at avtalt feste faller bort ved innløsning eller oppsigelse fra festeren.

For festeavtaler inngått før 1976 gjelder det som er fastsatt i avtalen om festetid.»

²⁴ Falkanger og Falkanger, 2016

²⁵ Taraldrud 2021.

Spørsmål om forlengelse blir derfor bare aktuelle i forbindelse med eldre festeavtaler, inngått før 1996.

Når festetiden er ute for festetomt til bolig- eller fritidshus, og tomten ikke blir innløst etter tomtefestelova §32, løper festet videre på samme vilkår som før, likevel slik at bortfesteren kan kreve regulering etter tomtefestelova §15 fjerde ledd. For feste som er forlenget etter første punktum, gjelder tomtefestelova §7 første ledd om festetid.²⁶

Frem til 2015 var det regler i §10 om forlengelse av åremålsfeste uten hensyn til festeformål. Disse reglene var av betydning for åremålskontrakter for bolig- eller fritidshus inngått før 1996, da åremålskontrakten i prinsippet ble gjort evigvarende (men med oppsigelsesrett for festeren). Slike eldre kontrakter gikk ved avtalens utløp over til å bli gjensidig oppsigelsesbare forhold på samme vilkår som tidligere.²⁷

I 2015 ble §10 endret til å bare gjelde for andre festeforhold enn feste for bolig- eller fritidshus, fordi §33 gav regler om automatisk forlengelse: Når «festetida er ute for festetomt til bustadhus eller fritidshus, og tomten ikkje blir innløyst etter §32, lauper festet vidare».²⁸

Formålet med festerens rett til forlengelse av tomt til bolig- eller fritidshus er hovedsakelig boligsosiale hensyn og at man skal ha en forutsigbarhet med verdier man har skapt gjennom bygninger på tomten. Også andre ikke-økonomiske hensyn spiller inn, som tilknytning fester og familie har skapt til eiendommen og gjerne vil beholde.²⁹

Da departementet kom frem til lovreguleringen av tomtefestelova i 1975 la de til grunn at formålet med loven var en endring i festeinstituttet slik at en som fester tomt ble mer likestilt med en som kjøper, spesielt for feste med boligformål. Det ble også sagt fra departementet at de så på tomtefeste som et substitutt for tomtekjøp.³⁰

²⁶ Tomtefestelova 1996 §33

²⁷ Falkanger og Falkanger, 2016, s. 280

²⁸ Falkanger og Falkanger, 2016, s. 280-281

²⁹ Falkanger og Falkanger 2013, s. 266

³⁰ NOU 1993, s. 35

2.4.2 Grunneiers rett til å kreve forlengelse av tomt til bolig- eller fritidshus

Grunneieren har ingen rett til å kreve forlengelse av tom til bolig- eller fritidshus utover reglene i §33 om at festet løper videre dersom tomten ikke blir innløst etter §32.

2.4.3 Kan fester av tomt til næringsbygg kreve forlengelse?

Hva angår næringsfeste er det ikke alle forhold som reguleres av tomtefestelova. I de tilfeller hvor loven ikke regulerer eller er taus, må vi gå til den generelle loven, som i dette tilfellet er avtaleloven, og bruke den utfyllende. Den spesielle loven, tomtefestelova, går alltid foran den generelle loven, avtaleloven. Der den spesielle loven ikke sier noe må vi altså fylle ut med den generelle loven. Dette prinsippet omtales som *lex specialis*. Innenfor avtaleretten er utgangspunktet at det er avtalefrihet ved inngåelse av avtaler. En festeavtale for et kontorbygg kan inngås for en bestemt periode, f.eks 40 år – med eller uten rett for festeren til å få avtalen forlenget.³¹

Om ikke annet er avtalt gjelder feste av tomt til annet enn bolig- eller fritidshus uten tidsavgrensning og på oppsigelse med lik rett for begge parter. For festeavtaler inngått etter 1975 gjelder feste av tomt til fabrikk- eller forretningsbygg for 80 år, om ikke annet følger av det som er avtalt.³²

I mange tilfeller foretar hverken fester eller grunneier seg noe når avtalen løper ut og først noen år etter oppstår det en tvist om hva status er. Dette er bakgrunnen for de særlige regler i §10 som omtales under.³³

Et åremålsfeste til annet enn bolig- eller fritidshus som ikke er sagt opp skriftlig senest to år før festetiden er ute, blir forlenget på oppsigelse med lik oppsigelsesrett for partene og ellers på samme vilkår som før, om ikke annet følger av det som er avtalt eller må regnes å følge av festeformålet.³⁴ Dette gjelder også festeavtaler der det er avtalt rett til fornying, om ikke festeren til tid som nevnt har sagt i fra skriftlig at festeren ikke vil fornye festet eller dersom

³¹ Falkanger og Falkanger 2013, s. 271

³² Tomtefestelova 1996, §8

³³ Falkanger og Falkanger, 2016, s. 283

³⁴ Tomtefestelova 1996, §10

bortfesteren skriftlig krever festevilkårene endret. Så lenge partene i festeformålet som nevnt i første ledd tinger nye festevilkår, gjelder de tidligere festevilkårene likevel etter at tiden er ute, om ikke annet følger av det som er avtalt.

Festeren har færre rettigheter ved feste av tomt til næringsbygg enn ved tomt til bolig- eller fritidshus. Festeren har ikke rett til å kreve forlengelse av feste av tomt til næringsbygg dersom grunneier sier opp avtalen to år i forkant av avtalens utløp, om ikke annet følger av avtalen. Kortere oppsigelse enn 6 måneder er uansett ikke bindende for festeren.³⁵

2.4.4 Kan grunneier kreve at fester forlenger feste av næringstomt?

Fester har oppsigelsesrett på lik linje med grunneier når det gjelder feste av næringstomt, i følge tomtefestelova §8. På bakgrunn av dette kan ikke grunneier kreve forlengelse dersom fester ønsker å gå fra avtalen.

2.4.5 Oppsummering

For festeavtaler for bolig- eller fritidshus inngått etter 1996 løper avtalen til festet blir sagt opp av festeren eller tomten blir innløst. For avtaler inngått før 1996 løper feste videre på samme vilkår som før når festetiden er ute, dersom fester ikke innløser tomten etter § 32. Bortfester kan da kreve regulering av festeavgiften etter tomtefestelova §15 fjerde ledd. Formålet med festerens rett til forlengelse er hovedsakelig boligsosiale hensyn og sikre at fester blir mer likestilt med en som kjøper, spesielt for feste med boligformål.

Ved festeavtaler for annet enn bolig- eller fritidshus er det avtalefrihet og en festeavtale kan inngås for en bestemt tidsperiode, f.eks 40 år, med eller uten rett for festeren til å få avtale forlenget. Om ikke annet er avtalt gjelder feste av tomt til annet enn bolig- eller fritidshus uten tidsavgrensning og på oppsigelse med lik rett for begge parter. Fester har ingen lovfestet rett til forlengelse ved tomtefeste for annet enn bolig- eller fritidshus.

³⁵ Tomtefestelova 1996, §9

Senere i oppgaven vil jeg gå nærmere inn på partenes mulighet for å kreve endret formål og gjøre en samlet drøftelse rundt dette. En formålsendring vil ha betydning for flere punkter i festeforholdet og det faller derfor naturlig å drøfte dette samlet.

2.5 Rettsforhold ved innløsning

2.5.1 Festerens rett til å kreve innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus

Festeren kan kreve å få innløst en festetomt til bolig- eller fritidshus når det er gått 30 år av festetiden – om ikke kortere tid er avtalt – eller når festetiden er ute. Etter at det er gått 30 år av festetiden, kan festeren også kreve å få innløst en festetomt til bolig hver gang det er gått to nye år, og en festetomt til hytte hver gang det er gått ti nye år, jfr tomtfestelova §32.

Når festetiden er ute for en tomt som er festet bort for festerens livstid, kan disse kreve innløsning:

- a) Festerens ektemake
- b) Livsarving til festeren
- c) Fosterbarn som står i samme stilling som livsarving
- d) Noen som de siste to åra har hørt til samme husstand som festeren³⁶

Til innløsning av festetomter med hus som skjer etter § 32 i tomtfestelova eller med hjemmel i festeavtalen, trengs det ikke samtykke fra offentlig styresmakt dersom samtykke til bortfeste ble gitt på bortfestingstidspunktet, eller ikke trengtes etter reglene på den tiden.

Også et livstidsfeste for bolig- eller fritidshus faller inn under §32 første ledd, som sier at festeren kan kreve innløsning etter 30 år. Også hvis festeren faller bort kan tomten likevel innløses av personer som har stått festeren nær jf §32 andre ledd.³⁷

Krav på innløsning etter §32 må festeren sette frem skriftlig senest ett år før innløsningstiden er inne. I de tilfeller som er nevnt i §32 andre ledd, er fristen ett år etter at festeren døde. Retten til innløsning når festetiden er ute, faller ikke bort før når bortfesteren senest to år før festetiden

³⁶ Tomtfestelova 1996, §32

³⁷ Falkanger og Falkanger, 2016, s. 286

er ute, har sendt skriftlig oppsigelse til festeren med varsel om hvilke tidspunkt festetiden går ut, om retten til innløsning og om fristen for å kreve det. Dette gjelder ikke når festetiden går ut for tomt festet bort for festeren sin livstid.³⁸

Ved innløsning av tomt som er festet bort til bolig- eller fritidshus, skal innløsningssummen være 25 ganger årlig festeavgift etter regulering på innløsningstiden, om ikke en mindre innløsningssum er avtalt, jfr tomtfestelova § 37. Ved innløsning der innløsningstiden er innen ti år eller kortere før avtalen kunne ha vært forlenget etter §33, kan bortfesteren kreve regulering av festeavgiften etter §15 fjerde ledd på innløsningstiden. Om ikke annet er avtalt, kan bortfesteren likevel kreve at innløsningssummen for andre tomter enn de som er festet bort på uavgrenset tid uten oppsigelsesrett for bortfesteren, skal være 40% av tomteverdien på innløsningstiden med fradrag for verdiøkning som festeren har tilført tomten med egne tiltak eller tilskudd til tiltak som er gjort av andre. Tomteverdien må ikke settes høyere enn det tomten kan selges for om det bare er tillat å sette opp det eller de husene som er på tomten.

Med mindre partene er enige om innløsningsvilkårene, eller har avtalt vilkårene fastsatt på en annen måte, hører krav om innløsning under skjønn, som avgjør retten til innløsning, fastsetter innløsningssum, innløsningsvilkårene ellers og avgjør spørsmål som gjelder gjennomføringen av innløsning.³⁹

2.5.2 Grunneiers rett til å kreve innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus

Avtale om at bortfesteren kan kreve at festeren innløser tomt som er festet bort til bolig- eller fritidshus før festetiden er ute, er ikke bindende for festeren. Et slikt punkt i en avtale inngått før 1976 gjelder likevel dersom det etter forholdene vil være urimelig med omsyn til bortfesteren å ikke kunne kreve innløsning.⁴⁰

Ut fra denne lovteksten er det altså ikke bindende for festeren om det avtales at bortfester kan kreve innløsning av tomten. Departementet beskriver i lovforarbeidene at slike klausuler vil stille festeren i en vanskelig situasjon. Hvis en slik klausul blir brukt av grunneier vil fester bli satt i en tvangssituasjon der den må kjøpe ut tomten, fjerne bygningen å ta den med seg eller gi

³⁸ Tomtfestelova 1996, §36

³⁹ Tomtfestelova 1996, §37

⁴⁰ Tomtfestelova, 1996 §35

fra seg bolig- eller fritidshus. En kan argumentere for at festeren må kjenne til og være forberedt på dette ettersom det er inngått avtale med et slikt innhold. I praksis vil det likevel være slik at festerne ofte ikke tenker på at slike klausuler kan bli brukt og vil derfor ikke være økonomisk forberedt på å innløse tomten.⁴¹

2.5.3 Kan fester av næringsomt kreve innløsning?

Det står lite i loven om innløsningsvilkår for feste til annet enn bolig- eller fritidshus, som kontor, lager og forretning. I følge Falkanger har tomtefestelova ingen regler for festerens rett til innløsning utenom bolig- eller fritidshus. En rett til innløsning vil måtte ha hjemmel i avtale (i festekontrakten eller særskilt avtale). For slik avtale vil løysingsrettsl. 1994 gjelde, til dels med preseptorisk kraft.⁴² Det vil si at lovregelen ikke kan fravikes i en avtale som er inngått mellom to eller flere parter. Dette viser at det her er stor avtalefrihet og at hvilke klausuler som gjelder vil variere fra avtale til avtale. Er det lagt inn i avtalen vil fester til næringsbygg kunne kreve innløsning i henhold til dette.

Tomtefestelova regulerer ikke festers eventuelle rett til innløsning av næringsfeste, derfor må slike saker bygge på avtalerettslige regler. Forutsigbarhet i avtaler er en nødvendighet for at næringsliv og samfunnslivet for øvrig skal fungere på en tilfredsstillende måte. Partene må kunne stole på at inngåtte avtale holdes, og lovgivningen må innrettes slik at den kan bidra til dette. Avtaleretten baserer seg på dette og prinsippet om avtales bindende virkning omtales ofte som «pacta sunt servanda», som betyr «avtaler skal holdes».⁴³

2.5.4 Kan grunneier kreve at fester løser inn næringsomt?

I likehet med festerens rettighet til å kreve innløsning står det lite i loven om innløsningsvilkår og rettigheter for grunneier. Grunneier kan i festekontrakter med andre formål enn bolig- eller fritidshus lage innløsningsklausuler som er bindende. Likevel kan klausuler med kort frist for innløsning eller svært høy innløsningssum bli revidert i kraft av avtaleloven §36.⁴⁴

⁴¹ Ot.prp.nr28 (1995-1996) s. 36

⁴² Falkanger og Falkanger, 2016, s. 304

⁴³ Taraldrud, 2018, s. 184

⁴⁴ Falkanger og Falkanger, 2016, s. 305-306

2.5.5 Oppsummering

Nå har jeg sett nærmere på rettighetene ved innløsning. Festeren kan kreve å få innløst festetomt til bolig- eller fritidshus når det er gått 30 år av festetiden, eller når festetiden er ute. Festeren må fremsette krav om innløsning senest ett år før innløsningstiden er inne. Innløsningssummen skal være 25 ganger årlig festeavgift etter regulering på innløsningstiden, om ikke annet er avtalt. For andre tomter enn de som er festet bort på uavgrenset tid, uten oppsigelsesrett for bortfester, kan bortfester kreve at innløsningssummen skal være 40% av tomteverdien, med fradrag for verdiøkning som festeren har tilført tomten.

En avtale om at bortfester kan kreve innløsning av tomt som er festet til bolig- eller fritidshus før festetiden er ute, er i utgangspunktet ikke bindende for festeren. Om det likevel er avtalt i en avtale fra før 1976 og ansees som urimelig for bortfester å ikke kunne kreve innløsning så vil avtalen være gjeldende.

Innløsning av festeforhold til annet enn bolig- eller fritidshus reguleres i liten grad av tomtefestelova. Slike forhold må derfor bygges på avtalerettslige regler.

Senere i oppgaven vil jeg gå nærmere inn på om partene kan kreve endret formål og hvilken betydning det eventuelt får for innløsning. En eventuell formålsendring vil ha betydning for flere punkter i festeforholdet og det faller derfor naturlig å drøfte dette samlet.

2.6 Rettsforhold ved regulering av festeavgift

2.6.1 Festerens rett til å kreve regulering av festeavgift for tomt til bolig- eller fritidshus

Det følger av tomtefestelova § 15 at ved feste av tomt til bolig- eller fritidshus kan fester kreve festeavgiften regulert etter endring i pengeverdien siden avtalen ble inngått. Dersom det utvilsomt er avtalt at festeavgiften skal stå uendret eller at det er avtalt en lavere festeavgift enn hva det vil bli med å følge endringen i pengeverdien, gjelder det som er avtalt i stedet. Regulering av festeavgiften kan skje hvert tiende år om ikke annet er avtalt, og ved annen avtale kan man uansett ikke regulere avgiften oftere enn hvert år.⁴⁵

⁴⁵ Tomtefestelova, 1996, §15

2.6.2 Grunneiers rett til å kreve regulering av festeavgift for tomt til bolig- eller fritidshus

Grunneier har samme rettighetene til å regulere festeavgiften for tomt til bolig- eller fritidshus som fester. Ved forlengelse av festet etter § 33 i tomtefestelova kan grunneier kreve at festeavgiften reguleres til 2% av tomteverdien, med fradrag for verdiøkning som fester har tilført tomten. Tomteverdien skal ikke settes høyere enn det tomten kan selges for med de bygningene som er på tomten i dag. Selv om grunneier har rett til å heve den årlige festeavgiften til 2% av tomteverdien ligger det likevel en begrensning ved et høyestebeløp på 9 000 kroner per dekar, justert ved hvert årsskifte etter 1.januar 2002 i samsvar med pengeverdien. Dersom tomten er mindre enn et dekar gjelder fortsatt høyestebeløpet på 9 000 kroner. Dersom det er avtalt en rett for fester til forlengelse og at bortfester ikke har rett til regulering av festeavgifta utover endring i pengeverdien, vil avtalen gjelde i stedet. Grunneier kan kreve ny regulering etter tomteverdien når det er gått 30 år fra forrige regulering. Partene må også bli enig om ny avgift, dersom de ikke blir enige vil det bli avgjort ved skjønn. Det følger også av tomtefestelova at man ved regulering etter tomteverdien kan sette festeavgiften høyere enn høyestebeløpet dersom det er nødvendig i forbindelse med grunneiers vern etter EMK P1-1.⁴⁶

2.6.3 Kan fester av næringstomt kreve regulering av festeavgift?

I følge tomtefestelova kan fester av tomt med andre formål enn bolig- eller fritidshus kreve regulering av festeavgiften i samsvar med endringen i pengeverdien siden festeavtalen ble inngått, om de tvillaust ikke har avtalt at festeavgiften skal stå uendret eller har avtalt regulering på andre måter. Om festeavgiften er regulert i festeavtalen vil det være avtalen som gjelder. En slik regulering av festeavgiften kan gjøres hvert tiende år.⁴⁷

2.6.4 Kan grunneier kreve regulering av festeavgift for næringstomt?

Grunneier har samme rettigheter som fester når det gjelder regulering av festeavgift for tomt til andre formål enn bolig- eller fritidshus.

⁴⁶ Tomtefestelova, 1996, §15

⁴⁷ Tomtefestelova, 1996, §15

2.6.5 Oppsummering

Det vil i de fleste tilfeller være bortfester som ønsker en regulering av festeavgiften, men både fester og bortfester kan kreve regulering av festeavgift for tomtefeste til bolig- eller fritidshus. Ved forlengelse av feste etter § 33 i tomtefestelova kan bortfester kreve at festeavgiften reguleres til 2% av tomteverdien, med fradrag for verdiøkning fester har tilført tomten. Det ligger en begrensning på et høyestebeløp på 9000 kroner per dekar, justert ved hvert årsskifte etter 1.januar 2002 i samsvar med pengeverdien. Dersom det er avtalt en rett for fester til forlengelse og bortfester ikke har rett til regulering av festeavgiften utover endring i pengeverdien, vil avtalen gjelde i stede. Bortfester kan kreve ny regulering av tomteverdien når det er gått 30 år fra forrige regulering. Bortfester kan også sette festeavgiften høyere enn høyestebeløpet dersom det er nødvendig i forbindelse med grunneiers vern etter EMK P1-1.

Ved regulering av festeavgift for annet enn bolig- eller fritidshus kan fester kreve regulering av festeavgiften i samsvar med endring av pengeverdien. Om festeavgiften er regulert i festeavtalen vil det være avtalen som gjelder.

Senere i oppgaven vil jeg gå nærmere inn på om partene kan kreve endret formål og hvilken betydning det eventuelt får for regulering av festeavgift og hvilken virkning en formålsendring vil ha på reglene jeg har på reglene jeg har presentert her.

2.7 Hovedforskjeller mellom innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus og tomt til andre formål

2.7.1 Innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus

Ved innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus har fester veldig godt vern og rettigheter gjennom tomtefestelova. Tomtefestelova er laget med det formål å styrke festerens vilkår ved tomtefeste slik at det blir så nært mulig på samme vilkår som ved kjøp av tomt. Hovedaspekter ved festerens rettigheter ved innløsning av tomt til bolig- eller fritidshus er at det har krav på innløsning av tomt etter 30 års feste, og det ligger klare regler og begrensninger på innløsningssum for tomten. Dersom festekontrakten er på uavgrenset tid uten oppsigelsesrett for grunneier skal innløsningssummen være 25 ganger årlig festeavgift. For andre festeforhold

kan bortfester kreve at innløsningssummen skal være 40% av tomteverdien på innløsningstidspunktet. Det er også et par andre vilkår om at man skal trekke fra verdiøkningen som fester har tilført tomten med egne tiltak fra tomteverdien 40%-summen beregnes fra. Og tomteverdien kan ikke settes høyere enn hva tomten kan selges for om det bare er tillatt å sette opp det eller de husene som er der. En kan altså ikke regne ut tomteverdi fra potensiell utnyttelse av tomten, men den utnyttelsen som er pr innløsningstidspunkt.

2.7.2 Innløsning av tomt til andre formål

Ved innløsning av tomt til annet enn bolig- eller fritidshus er fester mindre beskyttet av tomtefestelova og det er i større grad avtaleloven, samt hva som er regulert i festekontrakten som er gjeldende. Både med tanke på innløsningsrett og verdsetting av tomten. For at fester skal kunne innløse tomten må dette være regulert i tomtefesteavtalen som ble inngått. Det skal også være avklart i avtalen hvilke regler som skal gjelde ved innløsning og beregning av tomteverdi. Dersom dette ikke er regulert i festekontrakten vil man følge avtaleloven og dens paragrafer vedrørende tilbud og aksept av avtaler. Fester kan ytre ønske om å innløse tomten og da komme med et bud som grunneier må ta stiling til. Grunneier står da fritt til å velge å akseptere eller ikke. Det naturlige ved en slik innløsning vil være at tomten blir innløst til markedspris og derfor en helt annen sum enn ved innløsning for tomt til bolig- eller fritidshus. Ved innløsning for tomt til bolig- eller fritidshus er prisen regulert til maks 25 ganger årlig festeavgift, eller 40% av tomteverdien på innløsningstiden. Ved innløsning av tomtefeste til andre formål er det ingen slike reguleringer, om ikke det er konkretisert i avtalen. Dermed vil grunneier kunne kreve den reelle markedsprisen som er 100% av tomteverdien på innløsningstiden. Om ikke annet er avtalt vil grunneier stå fritt til å vurdere bud fra andre interessenter, noe som gjør at prisen vil reguleres av etterspørselen.

2.8 De ulike parters interesse av å endre festeformål

2.8.1 Festerens interesse av å endre formål fra næringsfeste til feste med boligformål

En festers interesse av å endre festeformål fra næring til bolig kan stamme fra flere scenarier. Dersom den aktuelle tomten ligger i et område hvor det har skjedd stor utvikling siste årene med mye bygging av nye boliger og eldre kontorer eller industri begynner å dø ut. Da vil det

være naturlig for fester å se fremover og søke omregulering og prøve å få endret festeformål for å bygge boliger i stede for næring som er der i dag. En slik omgjøring vil igjen skape nye spørsmål om det skal være bolig- eller næringsfeste, avhengig av hvor stor tomten er og om det skal bygges eneboliger eller borettslag.

Det kan også være rene økonomiske grunner som ligger bak et ønske om å endre festeformål. For eksempel ved at en utvikler kjøper et næringsbygg på en tomt som i dag festes til næringsformål, og ser mulighet for bedre avkastning ved å bygge det om til boliger. Utvikleren vil da ønske å endre festeformål for mer gunstige vilkår.

En mulighet for å få endret festeformål fra næring til boligformål er om grunneier går med på å terminere den opprinnelige festeavtalen for næringsfeste, og opprette en ny festeavtale for bolig- eller fritidshus. Ved en slik situasjon snakker vi i prinsippet om en omforent avtale. Da vil festeren ha helt andre vilkår og rettigheter enn da tomten festes til næringsformål. Festeren vil ikke ha rett til innløsning før det er gått 30 år, men likevel vil han ha en helt annen trygghet ved at rettigheten til innløsning ligger der frem i tid og avtalen ikke kan termineres av grunneier. Ved å fortsette som feste til næringsformål vil eier av bygningene risikere å miste festeretten til tomten, eller eventuelt måtte kjøpe den ut til en mye høyere pris enn ved feste til bolig- eller fritidshus.

2.8.2 Grunneierens interesse av å endre formål fra næringsfeste til feste med boligformål

For en grunneier vil det i de fleste tilfeller være hensiktsmessig å feste bort tomten til næringsformål. For tomtfeste med næringsformål står grunneier mer fritt til å utforme festeavtalen med eventuelle punkter som ikke reguleres av tomtfestelova, og selv sette retningslinjene for leiepris, varighet og innløsning.

Det kan likevel være aktuelt for grunneier å ønske å endre formål fra næring til bolig i områder hvor det er dårlige framtidsutsikter for næring. Om det ikke finnes etterspørsel fra næringsdrivende vil det være naturlig å prøve å feste bort tomten til boligformål. Ved en slik omgjøring vil det også kunne dukke opp spørsmål om reguleringsplaner og omgjøring av disse, men det er noe jeg ikke går nærmere inn på i denne oppgaven.

2.8.3 Partenes ulike interesse i festeformål

I saken HR-2016-304-S behandles spørsmålet om innløsningssum på grunnlag av 40-prosentregelen i tomtefestelova § 37 er forenlig med grunneiers vern etter EMK P1-1, selv om den medfører en betydelig lavere pris enn reell markedsverdi av tomten.⁴⁸

Festetomten saken gjelder er en tomt på ett og et halvt mål og det ble avtalt i festekontrakten at fester skulle bekoste eiendommens andel av felles opparbeidelse av vei og vann- og kloakkledning til byggefeltet. Det ble også avtalt i festekontrakten at det skulle bygges «villamessig med kun en hovedbygning som ikke må ha mer enn to etasjer og kun inneholde inntil to leiligheter». Festekontrakten ble inngått for 99 år med utløp i 2048 og det ble også beskrevet i kontrakten at fester kunne overta tomten etter takst «til vanlig tomtepris for tilsvarende byggetomt i egnen, uten hensyn til bebyggelse eller haveanlegg», ved kontraktens utløp.⁴⁹

Jamfør tomtefestelova § 32 har fester rett til å innløse festetomt til bolig- eller fritidshus etter 30 år, uavhengig av hva som er avtalt i festekontrakten. I 2011 fremsatte fester et krav om å innløse eiendommen etter tomtefestelova § 32. Partene kom ikke til enighet om innløsningssum og saken ble avgjort i tingretten i 2012 hvor det ble avsagt dom ved skjønn og innløsningssummen ble satt til 1 320 000. Bortfester mente innløsningssummen tingretten fastsatte var i strid med forbudet mot tilbakevirkende lover i Grunnloven § 97, retten til full erstatning ved avståelse av eiendom etter Grunnloven § 105 og beskyttelsen i EMK P1-1, og krevde derfor overskjønn. I 2013 avsa lagmannsretten dom ved overskjønn og innløsningssummen ble satt til 1 520 000. Lagmannsretten begrunnet dette med tomtefestelova §37 og viste til at innløsningssummen utgjorde 40 prosent av tomteverdien, forutsatt at det ikke ville være mulig å bebygge tomten ytterligere. Lagmannsretten mente også at lovens bestemmelser om innløsningssum var forenlig med Grunnloven og EMK.⁵⁰

Bortfester anket saken videre til Høyesterett i 2013, men saken ble satt på vent i påvente av endringene i tomtefestelova som kom på plass i juni 2015. Før saken kommer opp i Høyesterett frafaller bortfester anførselen om at tomtefestelovas regler om beregning av innløsningssum er

⁴⁸ HR-2016-304-S, avsnitt 1

⁴⁹ HR-2016-304-S, avsnitt 3-4

⁵⁰ HR-2016-304-S, avsnitt 5-8

i strid med Grunnloven § 97 og 105, men fremholder ellers de samme anførselene som fra lagmannsretten. Bortfester anfører at overskjønnet må oppheves fordi det strider imot EMK P1-1. Bortfester mener det er et uforholdsmessig inngrep i hans eiendomsrett at han må gi fra seg eiendommen til innløsningssummen på 1,5 millioner kroner. Bortfester mener at summen ikke står i stil med tomtens markedsverdi og derfor er uforholdsmessig. Bortfester peker også på at tomten på 1,5 mål kan utnyttes til bebyggelse i større grad enn den gjøres i dag, og at han blir tatt fra muligheten for en stor verdi her. Bortfester mener en realistisk markedspris for tomten, når utbyggingspotensialet taes med, er 10-15 millioner, og at han derfor med en innløsningssum på 1,5 millioner blir fratatt verdier tilsvarende markedsverdien. Samt at fester på den andre siden får mulighet til å sikre seg tomten med en stor rabatt, og samtidig muligheten til raskt å selge den videre og tilegne seg en stor gevinst. Bortfester mener dette viser en uforholdsmessighet og at fester får urimelig gode vilkår.⁵¹

Fester på sin side mener overskjønnet ikke er i strid med eiendomsvernet etter EMK P1-1 og at det vil være mer økonomisk fordelaktig for bortfester å få 1,5 millioner kroner i innløsningssum enn at festeforholdet fortsetter. Fester anfører at festekontrakten er en varig heftelse på tomten jamfør § 33 i tomtefestelova om rett til forlengelse ved festetidens utløp. Fester mener at innløsningssummen på 1,5 millioner er forholdsmessig med tanke på hvilke økonomiske forventninger bortfester kunne ha til utnyttelse av eiendommen.⁵²

Slik saken er lagt opp er forholdsmessighetsvurderingen under P1-1 helt sentralt. Høyesterett går grundig gjennom både festerens og bortfester sin side av saken og viser til flere lignende saker i EMK og Høyesterett, samt tomtefestelova og forarbeidene. Høyesterett viser blant annet til Ot.prp.nr.41 (2003-2004) side 54 andre spalte, hvor det beskrives at målet med retten til innløsning er å legge til rette for at festeren skal kunne overta festetomten til eie, og for fortsatt bruk som grunn til sin bolig eller sitt fritidshus. Innløsningsretten bygger på en bred lovgivervurdering, og hensynet til en forholdsmessighet mellom fester og bortfester har vært sentralt. Videre viser de til Innst.O.nr.2015 (2003-2004) side 11 første spalte hvor Stortinget gir uttrykk for det samme synet på innløsningsretten: *«Bortfeste av tomt til bolig og fritidshus innebærer etter flertallets oppfatning en varig eller særdeles langvarig omdisponering av tomten. En festetid på 99 år er for eksempel svært vanlig. Et slikt festeforhold innebærer i*

⁵¹ HR-2016-304-s, avsnitt 9-14

⁵² HR-2016-304-S, avsnitt 18

*realiteten at bortfesteres eierbeføyelser over tomten langt på vei er redusert til en rett til årlig avkastning i form av festeavgift».*⁵³

Fastsettelsen av vederlaget for innløsning har i hele tomtefestelovas historie vært et viktig spørsmål som er grundig belyst og diskutert. Ved lovendringen i 2004 bestemte man at man som et alternativ til hovedregelen med 30 ganger årlig festeavgift, skulle ha et alternativ om at man kunne kreve at innløsningssummen i evigvarende festeforhold skulle utgjøre 40% av tomteverdien. Som følge av Rt-2007-1308 (Sørheim-dommen) fulgte en lovendring i 2009 som førte til at man reduserte innløsningssummen til 25 ganger årlig festeavgift, og fjernet festers rett til å kreve innløsning til 40% av tomteverdien. Denne sikkerhetsventilen skulle kun være en mulighet for bortfester der 25 ganger årlig festeavgift utgjorde en urimelig lav sum. Det skulle ikke kunne brukes av fester for å kreve en lavere sum enn 25 ganger den årlige festeavgiften. Høyesterett mener det er viktig for denne saken at man valgte å beholde 40%-regelen for bortfester.⁵⁴

I forhold til bortfesteres anførsel om at lagmannsrettens dom er i strid med EMK P1-1, viser Høyesterett til at EMD's rettspraksis som sier at «eieren (bortfester) skal ha en økonomisk kompensasjon som er rimelig relatert til den verdien vedkommende må gi fra seg ved avståelsen».⁵⁵ Videre drøftelse om at innløsningen er forholdsmessig under P1-1, blir da å se på om lovgivers begrunnelse for reglene om fastsettelse av innløsningssum og de avveininger som er gjort fra lovgivers side er forholdsmessige. Og på den andre siden om innløsningssummen på 1,5 millioner er forholdsmessig med det bortfester må gi fra seg ved innløsningen.⁵⁶

Som jeg har nevnt tidligere er spørsmål om hvordan innløsningssummen skulle beregnes grundig bearbeidet fra lovgivers side i forarbeidene til tomtefestelova. Det har vært høringsrunder og organisasjoner som dekker både fester og bortfesterens interesser har fått komme med uttalelser. Ved arbeidet med de nye innløsningsreglene i 2004 var det spørsmålet om hva som er et rimelig nivå for vederlaget når festeren innløser tomten, som var det styrende tema.⁵⁷ Høyesterett legger i denne saken spesielt vekt på at det var hensynet til bortfesterens

⁵³ HR-2016-304-S, avsnitt 32-33

⁵⁴ HR-2016-304-S, avsnitt 34-36

⁵⁵ HR-2016-304-S, avsnitt 46

⁵⁶ HR-2016-304-S, avsnitt 60

⁵⁷ HR-2016-304-S, avsnitt 62

som begrunnet forslaget om den supplerende 40-prosentregelen. Og viser dermed til at det ved utarbeidelse av lovteksten er gjort en grundig vurdering både av festerens og bortfesterens interesser.⁵⁸

Også muligheten for at fester kan oppnå en rask og stor gevinst ved å selge hele eller deler av den innløste tomten videre er også grundig belyst i forarbeidene. Likevel har vernet til fester og de boligsosiale hensynene veid tyngst. Høyesterett setter tvil til siden når de beskriver hva de har sett av forarbeidene, «*at reglene om fastsettelse av innløsningssum, herunder «sikkerhetsventilen» i § 37 første ledd andre og tredje punktum, er utformet med det for øye å balansere to hensyn: De skal – med utgangspunkt i rettsforholdets særlige karakter – legge til rette for en rettferdig fordeling av de samfunnsskapte verdiene mellom partene i festeforholdet. Reglene skal dessuten sikre at innløsningssummene holdes på et nivå som gjør innløsning for fortsatt bruk som tomt for egen bolig eller fritidseiendom, til et praktisk og reelt alternativ, i tråd med innløsningsrettens hovedformål. Det er mitt bestemte inntrykk at Stortinget har vært oppmerksom på, og også har tatt hensyn til, bortfesteres interesser ved de avveininger og valg som lovens ordning er et uttrykk for.*»⁵⁹ Basert på dette anfører Høyesterett at lovgivers begrunnelse for reglene om fastsettelse av innløsningssum og de avveininger som er gjort fra lovgivers side er forholdsmessig.

Videre ser Høyesterett nærmere på spørsmålet om innløsningssummen på 1,5 million er forholdsmessig med det bortfester må gi fra seg ved innløsningen. Bortfester anfører at han må gi fra seg en tomt med potensiell verdi på 10-15 millioner ved riktig bebyggelse. Høyesterett viser til at den årlige festeavgiften i 2012 var på 6 000 kroner. Det var riktig nok tvist rundt summen, så Høyesterett legger derfor til grunn den maksimale årlige festeavgiften i sine utregninger. Med tomt på 1,5 mål utgjør dette 16 500 kroner i årlig festeavgift. Ved å bruke hovedregelen med 25 ganger årlig festeavgift som innløsningssum vil det utgjøre omkring 415 000 kroner.⁶⁰

Høyesterett sier følgende angående bortfesterens anførsel om at han egentlig har krav på 10-15 millioner som er eiendommens realistiske verdi: «*Spesielt viktig er festerens rett til forlengelse ved festetidens utløp etter tomtefestelova § 33. Denne retten skal sikre at en fester*

⁵⁸ HR-2016-304-S, avsnitt 65

⁵⁹ HR-2016-304-S, avsnitt 69-70

⁶⁰ HR-2016-304-S, avsnitt 73

som ikke overtar eiendomsretten til tomten gjennom innløsning, likevel beholder rådigheten over den, som om han var eier, jf. Ot.prp.nr.41 (2003–2004) side 54 andre spalte. Forlengelsesretten representerer en varig båndlegging av eierrådigheten, som består inntil festeren skulle ønske å si opp festeforholdet, jf. tomtefestelova § 7 første ledd. For bortfesteren er derfor tomtens verdi, utover den som ligger i retten til løpende festeavgift, ikke bare utilgjengelig så lenge festeforholdet løper etter kontrakten, men også etterpå: På grunn av forlengelsesretten i tomtefestelova § 33 må bortfesteren finne seg i at festeforholdet videreføres utover den avtalte festetiden – i prinsippet til evig tid».⁶¹ Det medfører derfor riktighet at det er verdien av den løpende årlige festeavgiften som er bortfesterens faktiske verdi, og ikke den reelle tomteverdien.

Som følge av Lindheim-dommen ble tomtefestelova § 33 endret til at bortfester kan regulere den årlige festeavgiften når festeavtalen løper videre på samme vilkår som før. Før Lindheim-dommen i EMD ville festeavtalen, ved dens utløp, løpe videre «på samme vilkår». Både lovgiver og Høyesterett forstår Lindheim-dommen slik at det var retten til forlengelse «på samme vilkår» som skapte vanskeligheter. EMK P1-1 er altså ikke til hinder for å gi fester en rett til forlengelse ved utløpt festetid, så lenge vilkårene for forlengelsen ikke er uforholdsmessige. Og endringene som ble gjort i tomtefestelova i 2015 er utformet i tråd med dette proporsjonalitetskravet.⁶²

Når det gjelder vurderingen av forholdsmessigheten under P1-1 anfører Høyesterett at 40-prosentregelen i tomtefestelova § 37 fanger opp bortfesterens forventning om å kunne utnytte festetomten ved festetidens utløp. Dette illustreres også godt ved skjønnet i denne saken hvor lagmannsretten har kommet frem til en innløsningssum på 1,5 millioner, men den fremtidige festeavgift i feltforholdet utgjør i 415 000 kroner. Det vil si at bortfester i dette tilfellet får en «merkompensasjon» på ca 1 million kroner.⁶³

Basert på dette kommer Høyesterett frem til at det i denne saken ikke er et uforholdsmessig inngrep i bortfesterens eiendomsrett. Høyesterett mener at innløsningssummen på 1,5 millioner står i en rimelig relasjon til de verdier bortfester må gi fra seg ved innløsningen.⁶⁴

⁶¹ HR-2016-304-S, avsnitt 78

⁶² HR-2016-304-S, avsnitt 83-84

⁶³ HR-2016-304-S, avsnitt 88

⁶⁴ HR-2016-304-S, avsnitt 91

Basert på denne dommen er det tydelig at det er i festers interesse at festeformålet skal være bolig fremfor næring ved en eventuell innløsning. Dommen sier ingenting om mulighet for å endre festeformål, men den redegjør godt for fester og bortfesters rettigheter vedrørende innløsning av festeavtale med bolig- eller fritidshus som formål.

Bortfester argumenterte direkte med at dette var et inngrep i eiers rettigheter til kapital og avkastning, men Høyesterett aksepterte disse inngrepene som forholdsmessige, og i alle fall ikke i strid med kravet om forholdsmessighet. Utfallet av denne dommen samsvarer bra med det jeg har kommet frem til tidligere om lovgivers intensjon om å begunstige og verne festerens rettigheter.

Bortfester på sin side vil i så måte ønske et festeforhold med næringsformål hvis det skulle oppstå en tvist eller uenighet rundt formålet. I festeavtaler med bolig- eller fritidshus som formål legger Høyesterett til grunn at forholdsmessigheten kan strekke seg langt hva angår bortfesters eiendomsrett til avkastning og kapitalverdi. Høyesterett mener at hensynet om forholdsmessighet er ivaretatt i den supplerende 40-prosentregelen og at det er gjort en grundig gjennomgang i forarbeidene, av festers og bortfesters eiendomsinteresser og hvordan det skal vektlegges.

Nå har jeg sett nærmere på de ulike parters interesse av å endre festeformål og hva som ligger til grunn for dette. Videre skal jeg nå ta en grundig vurdering av partenes mulighet for å endre formål i festeavtalen og hvordan dette vil påvirke de ulike parters rettigheter og forholdsmessighet.

2.9 De ulike parters interesse for festeformål

I tomtfestelova står det ingenting om festerens rett til å endre festeformål. For å finne ut mer om dette må vi gå til forarbeidene hvor det er skrevet mer om formålet med loven og om å beskytte festerens rettigheter.

I Ot.prp.nr2 (1974-1975), s.24 skriver departementet at en bør lage tomtfestelova slik at rettighetene til festeren blir så lik rettighetene til en kjøper som mulig og da særlig slik at

festeren er sikret en varig rett til tomten. Noe som ledet til innløsningsretten for festeren. De skriver også at reglene ikke alltid bør være like for ulike festeformål. Det er tydelig at de her mener at festerens rettigheter og vern må prioriteres når det er snakk om feste til bolig- eller fritidshus da dette formålet går inn i private menneskers liv og fremtidig forutsigbarhet. Det kommer også frem at tomtefestelova skal være rimelig for begge parter, men at hovedargumentet til en lovregulering er at det på flere punkter er bruk for regler til vern for festeren, noe som førte til at lovbestemmelsene i stor grad ble gjort ufravikelige.

Fra forarbeidene til 1996-loven i NOU 1993:29 s.44-45 heter det:

«Utvalet har kome fram til at for feste av bustadtomt bør siktemålet vera å gje festaren ein rettsleg posisjon som så langt råd er tilsvarar den ein eigar har. Det bør berre vera skilnad så langt sjølve forma tomtefeste gjer at reglane *må* vera ulike. Det er festeføremålet og den kjenslemessige tilknyttinga ein gjerne får til heim og bustad som gjer at bustadtomter etter utvalet sitt syn bør vurderast på ein annan måte enn tomter til andre føremål – her og medrekna fritidstomter».

Det kommer også frem at utvalget mente at det ikke bør være likt grunnlag for innløsningsrett for fritidstomter som boligtomter. Utvalget mente det lovteknisk ville bli mye enklere å lovregulere innløsningsretten hvis man skilte mellom innløsning av fritidstomter og boligtomter. Utvalget mente også det er en klar forskjell på bortfeste av boligtomt og fritidstomt. De mente boligtomt bør sees på som en form for avhending, der en de første årene betaler en årlig avgift, i stedet for å betale hele summen med en gang. Ved bortfeste av fritidstomt mente de det bør være snakk om en varig disposisjonsrett, men at festeavgiften også gir et varig inntektsgrunnlag for bortfester som stiller mye sterkere ved bortfeste av fritidstomt enn boligtomt.⁶⁵

Videre følger det av Ot.prp.nr28 (1995-1996) side 14:

«Slike føremål har ein fyrst og fremst med å gjere ved feste av tomt til bustadhus og fritidshus. Samanliknar ein feste av tomt til bustadhus og fritidshus spesielt, er det nok generelt sett størst grunn til å verne festaren av bustadtomt. Rett nok vil både festaren av bustadtomt og fritidstomt ofte ha gjort store investeringar i samband med opparbeiding av tomta og i bygningar og andre faste tilskipingar på tomta. Det er likevel

⁶⁵ NOU 1993, s. 44

større grunn til å sikre den enkelte tryggleik når det gjeld bustaden enn fritidshuset. Ved feste av tomt til bustadhus gjer bustadpolitiske omsyn seg særleg gjeldande. I Regjeringas langtidsprogram (St.meld.nr.4 (1994–1995)) vert butryggleik både økonomisk og juridisk framheva som ei sentral målsetting (s 299).»

I innst.O. nr.74 (2005-2006) side 2 heter det:

«Komiteen viser vidare til at for den som leier festet grunn er et bolig- eller fritidshus et vesentlig gode. Sosiale hensyn og ønsket om et forbrukervern også for slike sentrale goder ligger bak ønsket om å verne festernes interesser. Komiteen viser i denne sammenheng til de respektive partiers merknader i Innst.S.nr.102 (2002–2003) og Innst.O.nr.105 (2003–2004). I Innst.O.nr.105 (2003–2004) oppnådde man flertall for å få styrket vernet for festere av bolig- eller fritidshus, både når det gjelder regulering av festeavgift, innløsning av festetomter og forlengelse av festekontrakter på samme vilkår som før».

Innstillingen skiller ikke på bolig og fritidsformål. Både NOU og ot.prp kommer fra departementet, som er forslagssiden i lovarbeidet. Med behandling i Stortingskomiteen er saken overgitt til lovgiversiden. Komiteen gikk inn for å få styrket vernet for festere av både bolig- eller fritidshus. Det var her de politiske ønskene om sosiale hensyn og forbrukervern for fester som fikk gjennomslag og var det som ble mest hensyntatt i lovgivningen. Senere dommer, blant annet i EMD viser at det i denne delen av tomtefestelova ikke ble utvist god nok vurdering av forholdsmessighet mellom fester og bortfester, men at fester fikk et uproporsjonalt gode.⁶⁶

Det er ingen tvil om at det er de boligpolitiske og forbrukerpolitiske hensyn som har vært begrunnelsen for vernereglene i tomtefestelova. Det å gi festeren en rettslig posisjon så lik mulig som om han eier tomten har vært sentralt i arbeidet med tomtefestelova. Festeren har visse rettigheter knyttet til eiendomsretten som er beskyttet av EMK P1-1 i kraft av possessions. Disse rettighetene knyttes til bygningsmassen som tilhører festeren, mens festeren kun har festerettigheter og ikke eiendomsrettigheter til tomten forøvrig. I lovforarbeidene har det vært en diskusjon om fritidsbolig skulle likestilles med vanlig bolig, men det har ikke vært uttalelser i lovforarbeidene hvor beskyttelseshensynet til næringsformål har vært trukket frem. Det står

⁶⁶ Lindheim-dommen

heller ingenting om at vernet til festekontrakter med annet formål er forutsatt vernet etter samme bestemmelser som til bolig- eller fritidsformål.⁶⁷

Det vil altså være av stor betydning for festerens rett til å endre festeformål, hva bygningene på tomten brukes til. I uttalelse fra Høyesterett i saken Rt-2013-504 fremkommer det også at det har stor betydning hva festerens formål ved tomten var på tidspunktet da festekontrakten ble inngått og hvilke økonomiske og boligsosiale hensyn man ivaretar ved den aktuelle tomten. Selv om tvisten i RT-2013-504 handler om regulering av leie, er det flere paralleller og likheter med det å ha mulighet for å endre festeformål da hovedspørsmålet i saken er om det aktuelle feste skal tolkes som næringsfeste eller feste til bolig- eller fritidshus. Det har vært lovendringer etter saken RT-2013-504, men de punktene jeg refererer til er fortsatt aktuelle da jeg ikke har funnet endringer rundt dette i de senere lovforarbeider.⁶⁸

Avgjørende for hvilken rettslig kategori festekontrakten omfattes av, er om det er boligformål eller næringsformål for festeren kontrakten tar sikte på å fremme. Når festekontrakten – hvor festeren er et eiendomsselskap som driver boligutleievirksomhet – er inngått for å skaffe festeren en økonomisk avkastning ved utleie av leilighetene i boligblokken som skulle settes opp, anvendes tomtegrunnen utvilsomt som et ledd i festerens næringsvirksomhet.⁶⁹

Utformingen av den nye bestemmelsen fra 2010 i tomtefestelova § 5 a, som inneholder forbud mot å etablere festeforhold på bebygd tomt, er av atskillig interesse for tolkningen av § 15 første ledd. Her valgte lovgiver – nettopp for å unngå at det skulle oppstå tvil i denne type saksforhold – en formulering som utvilsomt også omfatter boligtomter festet til næringsformål.⁷⁰

Justisdepartementets lovavdeling avga 28. oktober 2004 en tolkningsuttalelse vedrørende tomtefestelova § 15, hvor det – på grunnlag av de hensyn jeg har redegjort for – heter:

«Vi forstår spørsmålet som å gjelde om en festet tomt der festeren er et aksjeselskap, er å anse som en festetomt til 'bustadhus' eller ikke, i tomtefestelovas forstand, dersom huset helt består av beboelsesleiligheter. Vi antar at dette

⁶⁷ Rt-2013-504, avsnitt 42

⁶⁸ NOU 2013:11 og Prop.73 L (2014-2015)

⁶⁹ Rt-2013-504, avsnitt 14

⁷⁰ Rt-2013-504, avsnitt 16

avhenger av omstendighetene. Innledningsvis vil vi understreke at spørsmålet kan anses noe uavklart, da det ikke er nærmere behandlet i lovforarbeider, og ikke har vært prøvet av Høyesterett.

Som et utgangspunkt må spørsmålet etter vårt skjønn vurderes ut fra hvilket festeformål som er eller må anses avtalt mellom bortfesteren og festeren. Hvis formålet med festet på avtaletidspunktet er å sikre tomtegrunn for å dekke et boligbehov for festeren, dennes nærstående, eller for festerens andelshavere hvis festeren er et borettslag eller et annet selskap som har som formål å skaffe andelshaverne bolig, er det etter vår vurdering tale om en 'tomt til bustadhus', jf. bl.a. tomtefestelova § 7 og § 15 kapittel VI. Lovens ordlyd og dens formål taler for dette resultatet. Motsatt vil det ikke være naturlig å si at det er tale om en 'tomt til bustadhus' hvis formålet med festet på avtaletidspunktet er å sikre tomtegrunn for å skaffe festeren økonomisk utbytte, eller det samme for festerens andelshavere hvis festeren er et selskap som har som formål å skaffe andelshaverne økonomisk utbytte. Dette må etter vårt skjønn også gjelde hvis formålet oppnås ved å bygge hus for utleie, enten utleieobjektene er næringsarealer eller boligenheter.»⁷¹

I lovavdelingens uttalelse fremkommer det at det er visse spørsmål som må besvares for å avgjøre om feste skal tolkes som næringsfeste eller boligfeste, og om mulighet for å endre festeformål.

1. Festeformål må anses avtalt mellom bortfester og festeren på avtaletidspunktet. Er det avtalt å dekke et boligbehov for festeren, eller er det avtalt å sikre tomtegrunn for å skaffe festeren et økonomisk utbytte? Det vesentlige er altså hvilke mål festeren har med tomte og bygningene på den. Skal det være til økonomisk vinning for festeren, eller er det for å sikre egen eller andres boligsosiale forhold?
2. Er den aktuelle tomten allerede bebygd? Jf. tomtefestelova § 5 a, er det forbudt å etablere festeforhold på bebygd tomt.

⁷¹ Her referert fra Rt-2013-504, avsnitt 44

Høyesteretts uttalelse i saken fra 2013 viser at de sier seg enig i, og bekrefter Lovavdelingens uttalelse fra 2004.⁷²

Det er lite dokumentasjon som tilsier at grunneier har rettigheter til å ensidig endre festeformål fra næring til bolig, eller omvendt. Festerens rettigheter og vern står såpass sterkt at det vil være uforenelig med dagens lovtekster for grunneier å utføre en slik handling.

I følge lovteksten og avgjørelser i Høyesterett gis det liten mulighet for å ensidig endre festeformål. Det kan likevel være noen spesielle tilfeller hvor man vil kunne argumentere for å kreve endret festeformål. I noen festeavtaler kan det være en reell tvil, og festeforholdet kan ligge i grenseland mellom boligfeste og næringsfeste. For eksempel kan dette være en eldre eiendom med næringslokale i første etasje og bolig i andre etasje. La oss si at denne eiendommen festes med næringsformål. Om butikken legges ned og eieren gjør om hele bygningen til bolig. Vil det fortatt være næringsformål eller kan man nå argumentere for at det er boligformål. Her vil man kunne argumentere for at bygningen nå brukes til bolig og derfor skal ha en festeavtale med boligformål. Det som da må avklares er om fester bruker hele bygning til privat bolig eller om han starter med utleie i første etasje. Gjør han om hele bygget til privat bolig vil det, basert på loven, forskrifter og avgjørelser i Høyesterett, være naturlig at festeformålet skal kunne endres til boligformål. Om han derimot starter med utleie i en etasje vil denne delen fortsatt brukes for inntekt til fester og derfor regnes som næringsfeste.

Det finnes mange festeforhold i Norge og det vil derfor være mange ulike situasjoner og problemstillinger som vil dukke opp. Loven vil favne alle mulige problemstillinger, men utfallet vi kunne være ulikt. Det vil derfor være naturlig at det må gjøres vurderinger fra sak til sak, og argumentasjon som må ligge i bunn er hvordan eiendommen brukes av festeren. Er det til økonomisk vinning eller for å ha et trygt og godt sted å bo.

2.10 Forholdsmessighet ved forlengelse, regulering av festeavgift og fastsetting av innløsningssum

Hvis vi ser på utviklingen av festeforhold og rettigheter så er det en ting som er helt tydelig. Frem til 1975 fantes ingen lov som regulerte forholdet mellom fester og grunneier. Forholdet

⁷² Rt-2013-504, avsnitt 45-46

ble da regulert av ulovfestet rett med full avtalefrihet. Da tomtefestelova ble laget, fremkommer det av forskriftene at den ble utformet for å i større grad beskytte festers rettigheter. Både ved at fester kunne kreve at bortfester overtok bygningen på tomta og at fester kunne kreve innløsning av tomta etter 50 år.

Fra grunneiers side har tomtefestelova gitt dem mindre rettigheter og gjort at tomtefeste har blitt mindre gunstig fra et økonomisk perspektiv. Fra å være ulovfestet med full avtalefrihet til å bli regulert av en lov som setter festers rettigheter i første rekke. Spesielt tomtefestelova 1996 med endringer i 2004, med regulering av festeavgift og rett til forlenging og innløsning innebar en konsekvent overføring av rettigheter fra grunneier til fester.

Grunneiers rettigheter omtales ofte som grunneiers beføyelser til eiendommen. De ulike beføelsene kan grupperes i ulike kategorier: faktiske og rettslige beføyelser, positive og negative rettigheter, dynamiske og statiske retter. Positive råderetter består i at grunneier kan råde faktisk og rettslig over eiendommen. Negative råderetter innebærer at eieren kan hindre andre i å rå over eiendommen.⁷³ Statiske rettigheter omhandler reglene i rettsforhold der rettighetene allerede er etablert, men dynamiske rettigheter behandler i hovedsak regler som gjelder der rettsforholdene endrer seg ved at rettigheter stiftes, opphører eller går over fra en person til en annen.

Eiendomsretten innebærer blant annet at eieren har rett på kapitalverdi av eiendommen. Eieren bærer risiko for verdifall og samtidig mulighet for verdiøkning av eiendommen. For at endringen i kapitalverdien skal bli aktivert må det gjennomføres et salg eller annen overgang av eiendomsretten. Grunneieres rett til kapitalverdi er blitt svekket som følge av tomtefestelovas regulering av innløsning og forlengelse. Før tomtefestelova 1975 og senere endringer i 1996 og 2004 var det lite vern for fester med tanke på kapitalverdien av tomten, men dette er blitt endret med tomtefestelovas inntog. Fester kan kreve å få innløst festetomten til bolig- eller fritidshus når det er gått 30 år av festetiden, eller når festetida er ute. Når det er gått 30 år av festetiden, kan også fester kreve å få innløst tomt til bolighus hvert andre år, og tomt til fritidshus hvert tiende år. Når festetiden er ute for tomt til bolig- eller fritidshus og tomta ikke blir innløst vil feste løpe videre på samme vilkår som før. Det er også satt regler for sum ved innløsning. Ved tomt som er festet bort til bolig- eller fritidshus skal innløsningssummen være 25 ganger årlig

⁷³ Taraldrud, 2021, s.34-35

festeavgift. Om ikke annet er avtalt og tomtefeste ikke er festet på uavgrenset tid, kan grunneier likevel kreve at innløsningssummen skal være 40% av tomteverdien på innløsningstiden med fradrag for verdiøkning som festeren har tilført tomta.⁷⁴ Her fremkommer det at grunneiers rett til kapitalverdi er blitt svekket som følge av festers lovregulerte rettigheter til innløsning. Festers rettigheter til innløsning av tomt, begrenser grunneiers rett til å selge til markedspris. Og dermed også svekker grunneiers rett til kapitalverdi.

En annen eiendomsrett er retten på avkastning av eiendommen. Eieren har retten til å høste frukter av eget arbeid og egne investeringer. Det ser ut til at retten til avkastning av egen eiendom er beskyttet av EMK P1-1, men hvor langt beskyttelsen rekker er ikke fastlagt.⁷⁵ Det er i hovedsak beføyelsene avkastning og kapitalverdi hvor grunneiers rettigheter har blitt svekket av tomtefestelova 1975, og senere endringer i 1996 og 2004. Grunneiers rett til avkastning er blitt svekket ved at fester har fått skjerpet vern av loven vedrørende regulering av festeavgiften. Det er i følge tomtefestelova forbud mot urimelig høy festeavgift. Ved regulering av festeavgiften kan man kun regulere i samsvar med endring av pengeverdien siden festeavtalen var inngått. Ved forlenging av feste kan grunneier kreve at festeavgiften blir regulert en gang slik at leien tilsvarer 2% av tomteverdien, med fradrag for verdiøkning som festeren har tilført tomta. Grunneier kan likevel ikke kreve avgifta regulert til mer enn et maks beløp på 9 000 kroner i året for hvert dekar, justert ved hvert årsskifte etter 1.januar 2002 i samsvar med endringen i pengeverdien. I tillegg faller retten til regulering av festeavgiften bort for grunneier dersom det er avtalt en rett for festeren til forlenging.⁷⁶ Disse begrensningene som reguleres av tomtefestelova, gjør at grunneiers rett til avkastning svekkes. Det er begrensninger for hvor høyt festeavgiften kan settes i utgangspunkt, samt begrensninger for hvordan festeavgiften kan reguleres i årenes løp.

Vi kan altså konkludere med at grunneiers rett til kapitalverdi av eiendommen kan knyttes til rettigheter vedrørende innløsning og grunneiers rett til avkastning kan knyttes til rettigheter vedrørende regulering av festeavgiften. Hva angår forlenging av festeavtalen vil dette gå inn på både grunneiers rett til kapitalverdi, og avkastning. Disse tre vurderingene skal jeg nå gå mer grundig gjennom i de neste avsnittene.

⁷⁴ Tomtefestelova, 1996 §§ 32, 33, 37

⁷⁵ Taraldrud, 2021, s.35

⁷⁶ Tomtefestelova, 1996 §§ 11, 15

2.10.1 Forholdsmessighet ved forlengelse av tomtefeste

I 2007 tok noen grunneiere en sak til retten angående tomtefestelova §33 om rett til forlengelse av avtale om tomtefeste for fritidshus på uendrede vilkår etter at avtalt festetid var ute. I den mye omtalte Lindheim-dommen kom Høyesterett enstemmig frem til at det ikke var grunn til annen løsning for fritidseiendommer enn for bolig.⁷⁷

Grunneieren i Lindheim-saken med flere klaget videre den norske staten inn for EMD i 2008. Klagen til EMD gjaldt både en sak om fast bolig (Rt-2007-1281) og en sak om fritidsbolig (Rt-2007-1306). Grunneiernes hovedpoeng var at tomtefestelova § 33 krenker Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) første protokoll artikkel 1 (Vern om eiendom) fordi paragraf 33 gir tomtefestere rett til, ved festetidens utløp, å forlenge festekontrakten på samme vilkår som tidligere. De hevdet at dette var et uberettiget inngrep i eiendomsretten.⁷⁸

EMK P1-1 oversatt til norsk har følgende ordlyd:

«Art 1. Vern om eiendom

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter»⁷⁹

Etter *Sporrong og Lönnroth mot Sverige*, plenumsdom 23. september 1982, har EMD lagt til grunn at P1-1 inneholder tre spesifikke regler:

- Prinsippregelen om eiendomsretten,
- Avståelsesregelen om offentlig interesse og forutsetninger for inngrep i eiendomsretten

⁷⁷ Rt-2007-1306 - Sammendrag

⁷⁸ EMD-2008-13221

⁷⁹ NOU 2013, s. 26

- Kontrollregelen om statens rett til regulering

Den første regelen beskrives i første ledd første punktum og viser til prinsippet om retten til å nyte sin eiendom i fred, ofte kaldt for «prinsippregelen». Den andre regelen beskrives i første ledd annet punktum og kalles for «avståelsesregelen» eller «ekspropriasjonsregelen». Denne regelen gir staten mulighet for tvungen eiendomsavståelse på bestemte vilkår. I andre ledd i EMK P1-1 beskrives den tredje regelen som gir staten rett til å gjøre samfunnsregulerende tiltak for å ivareta alminnelige interesser. Denne regelen kalles «kontrollregelen».⁸⁰

Det er seks hovedspørsmål som må vurderes for å avklare om det er gjort et inngrep etter EMK P1-1. De tre første spørsmålene ser på om det faktisk er gjort et inngrep. Spørsmålene har blitt utviklet og presisert gjennom EMDSs praksis.

- 1) Har klageren en eiendomsinteresse som omfattes av P1-1?
- 2) Foreligger det et inngrep i den aktuelle eiendomsinteressen?
- 3) Blir det avdekket at det foreligger et inngrep i en relevant eiendomsinteresse skal det vurderes om det kan argumenteres for at avståelses- eller kontrollregelen er tatt i bruk, før man vurderer om prinsippregelen er overholdt.

Dersom man kommer frem til at P1-1 er anvendelig og man har uttalt seg om regelvalget, går man videre til de tre siste punktene som avgjør om man kan rettferdiggjøre inngrepet.

- 4) Er inngrepet gjort etter hjemmel i formell lov eller rettssedvane?
- 5) Har inngrepet et legitimt formål?
- 6) Er inngrepet proporsjonalt?

For at staten skal kunne utføre et inngrep i eiendomsinteressen må det være en proporsjonalitet mellom inngrepet som gjøres og målet de har ved å gjøre inngrepet. På den ene siden er det et behov for beskyttelse av individets eiendomsrettigheter og på den andre siden generelle samfunnsinteresser. Det må gjøres en vurdering av om klageren påføres en individuell og urimelig byrde, og om formålet med inngrepet kan forsvare dette inngrepet. EMD går sjelden inn og overprøver nasjonale myndigheters vurdering av hva som er et akseptabelt formål, men

⁸⁰ NOU 2013, s. 27

de ser på hvilke tyngde formålet har og vurderer dette opp mot inngrepet som gjøres. Eksempler på formål som har blitt ansett som tungtveiende, er hensynet til å oppnå større sosial rettferdighet, økonomiske reformer, kamp mot narkotika og miljøbeskyttelse.⁸¹

I Lindheim-saken var det enighet mellom partene i spørsmål 1,2 og 4 av de seks hovedspørsmålene. Det var enighet om at klagerne har en eiendomsinteresse som omfattes av P1-1 og at det forelå et inngrep i den aktuelle eiendomsinteressen. Det var også enighet om at inngrepet var gjort etter hjemmel i formell lov. Spørsmålene som da var aktuelle og måtte avklares var spørsmål 3, 5 og 6. Hvilken regel kommer til anvendelse, har inngrepet et legitimt formål og er inngrepet proporsjonalt?

I spørsmålet om hvilken regel som kommer til anvendelse viste EMD til tidligere praksis hvor både avståelsesregelen og kontrollregelen ble tatt i bruk. EMD viste forståelse med klagerne i den lave årlige festeavgiften på 0,25% av tomteverdien og den tidsuavgrensede varigheten av priskontrollen. På tross av dette valgte de likevel å konkludere med at kontrollregelen kom til anvendelse, da de mente staten gjorde samfunnsregulerende tiltak for å ivareta alminnelige interesser.

Det neste spørsmålet EMD vurderte var om inngrepet hadde et legitimt formål. EMD viste til at det er vanlig å bruke stor grad av skjønn ved implementering av sosial eller økonomisk politikk, og at man i slike tilfeller respekterer myndighetenes vurdering av formålet med mindre det er åpenbart grunnløst. Basert på dette valgte EMD å konkludere med at Stortignets vurdering ikke var åpenbart grunnløs og at inngrepet var gjort i allmenhetens interesse. For å begrunne dette vektla EMD de grundige forarbeidene til tomtefestelova og uttalelser om boligsosiale hensyn i disse.⁸²

Da EMD hadde gått gjennom de fem første spørsmålene holdt man fast ved at myndighetene hadde holdt seg innenfor loven i vurderingen av alle spørsmålene. I det siste spørsmålet er det proporsjonalitetstesten som skal prøves, og vurderingen om klagerne må bære en uforholdsmessig og urimelig byrde.

⁸¹ NOU 2013, s. 27-29

⁸² NOU 2013, s. 30-31

Et viktig spørsmål for å avgjøre proporsjonaliteten i saken var interessemotsetningen mellom bortfester og fester. Fra bortfester sitt synspunkt står ikke festeavgiften i samsvar med den generelle prisveksten i eiendom- eller tomtemarkedet. For festeren er det viktig å få bli værende på eiendommen og ha en økonomisk trygghet. EMD kom frem til at festerens vilkår veier tyngst og i en forhandling av vilkårene for en fornyelse av avtale, ville festeren stille med svakere kort enn bortfester. Festerens interesse er ifølge EMD beskyttet av EMK P1-1 og EMK artikkel 8. EMD oppsummerer med at det er en kompleks og vanskelig problemstilling for Stortinget, og at de har forståelse for at Stortinget ønsket en klar og tydelig løsning, og for behovet for å unngå ressurskrevende rettstvister.

For å vurdere proporsjonaliteten mellom fester og bortfester var EMD også innom §15 og §33 i tomtfestelova. Der var de innom flere punkter og de viktigste vurderingene var blant annet den lav årlige festeavgiften på mindre enn 0,25% av tomteverdien. EMD kunne ikke se at det var gjort noen spesielle vurderinger av om det var proporsjonalitet mellom fester og bortfester i forbindelse med dette. Ettersom §33 gjelder for alle avtaler, uavhengig av økonomisk situasjon, mente EMD at dette snarere var sosialpolitikk i vid forstand enn et argument for å hjelpe festere med økonomiske utfordringer. Dette ble begrunnet med at loven ikke tok hensyn til om festeren hadde god eller dårlig økonomi. Andre viktige vurderinger var at en forlengelse skjer på ubestemt tid og at det kun er festeren som kan oppheve festeavtalen. Fester har også muligheten til å overdra festeretten med hus til tredjeperson og dermed få den økonomiske fortjenesten i form av økningen på tomteverdien som gjenspeiles i salgsprisen. Bortfester vil ikke oppnå samme fortjeneste ved å overdra sin rett da salgsprisen vil bli påvirket av festerens rettigheter til å holde festeavgiften lav til ubestemt tid.

På bakgrunn av dette mente EMD at det ikke var en proporsjonal fordeling av goder og byrder. Godene var utelukkende plassert hos fester, mens byrdene var plassert hos bortfester. Selv om det i slike avgjørelser skal være en vid skjønnsmargin, kom EMD frem til at den norske stat ikke hadde oppfylt proporsjonalitetsprinsippet mellom samfunnsinteressen og klagernes eiendomsrett. Og det forelå dermed en krenkelse av P1-1.⁸³ Det var denne proporsjonalitetsavveining som var det helt sentrale i Lindheim-saken i EMD og at de kom frem til at Norge ikke hadde foretatt en særskilt vurdering av om lovbestemmelsen oppnådde en balanse mellom fester og bortfesters interesser.

⁸³ NOU 2013, s. 31-33

Lindheim-saken i EMD førte videre til endring i tomtefestelova med bakgrunn i forarbeidene NOU 2013:11 og Prop. 73 L (2014-2015). Endringene i tomtefestelova 2015 innebar blant annet at grunneier nå har adgang til å regulere festeavgiften i forhold til endret tomteverdi ved en forlengelse av tomtefestekontrakt. Dette setter grunneier i en mer gunstig posisjon ved forlengelse av festet, enn etter daværende lovgivning. Samtidig er det fortsatt en rett for festeren etter § 33 til å kreve forlengelse av festet ved utløpet av festeavtalen. Festet forlenges på samme vilkår som før, men det gis adgang for bortfesteren til å kreve regulering av festeavgiften i forbindelse med forlengelsen.⁸⁴ Vi ser altså at seneste utgave av tomtefestelova har gitt grunneiere noe mer rettigheter i visse spørsmål, men det er fortsatt entydig at det er festers rettigheter og vern som står sterkest i tomtefestelova.

EMDs avgjørelse i Lindheim-dommen berører grunneiers beføyelser hva angår avkastning som følge av fastsetting av festeavgift og forlenging, samt kapitalverdi som følge av forlenging. EMD kom frem til at tomtefestelova ikke var proporsjonal mellom fester og bortfester og at brorparten av byrdene var plassert hos bortfester, noe som førte til at bortfester fikk medhold i sin sak. Med endringene gjort i tomtefestelova etter Lindheim-dommen har det nå blitt en bedre proporsjonalitet i tomtefestelova. Loven tar nå, i større grad enn tidligere, hensyn til både festers og grunneieres rettigheter.

Etter Lindheim-dommen ble tomtefestelova endret i 2015. Basert på endringene som ble gjort, er det nå en felles forståelse for at proporsjonalitetsprinsippet nå er bragt i orden. Det betyr at vi nå har en god forståelse av gjeldende rettstilstand og enighet om at denne er proporsjonal.

Endringen i tomtefestelova og konflikten i Lindheim-dommen går i hovedsak ut på rettigheter og proporsjonalitet mellom partenes interessert etter inngåtte festeavtaler. Hverken EMD-avgjørelsen eller lovendringene etterpå tar stilling til endring av avtaleformål i allerede inngåtte festeavtaler. Det sentrale i EMDs dom var at de kom frem til at Norge ikke hadde foretatt en særskilt vurdering av om lovbestemmelsen oppnådde balanse mellom festers og bortfesters interesser. Vi kan derfor legge til grunn at hensynet til proporsjonalitetsprinsippet vil være svært viktig i en vurdering av om fester har anledning til å kreve endret festeformål.

⁸⁴ Prop.73 L (2014-2015) s.6

2.10.2 Forholdsmessighet ved regulering av festeavgift

Etter Lindheim-saken i EMD og endringene av tomtefestelova i 2015 har det kommet opp et par saker i Høyesterett som har vært innom og testet endringene i loven. I saken HR-2019-1206-A blir det stilt spørsmål om krav om regulering av festeavgift ved forlengelse av feste av tomt til bolighus jf. tomtefestelova § 33. Hovedspørsmålet i denne saken var om bortfester har rett til en oppregulering av festeavgiften ut over begrensningen som følger av tomtefestelova § 15 fjerde ledd, for å unngå krenkelse av EMK P1-1 jf. tomtefestelova § 15 niende ledd.⁸⁵

Denne saken var første oppe i tingretten i 2006 (TOSLO-2006-90544) da bortfester ikke ønsket å fortsette festeforholdet ved festetidens utløp, mens festerne fremmet krav om forlengelse på bakgrunn av tomtefestelova § 33. I tingretten fikk bortfester medhold og tingretten mente at en forlengelse på samme vilkår ville være i strid med Grunnloven § 97 og § 105. Dommen fra tingretten ble anket rett til Høyesterett i 2007 (RT-2007-1281) hvor den ble behandlet sammen med blant annet Rollag-dommen og Sørheim-dommen.⁸⁶ I Høyesterett i 2007 fikk festerne medhold. Dette førte som nevnt til at Lindheim, som var part i Rollag-dommen, og fem andre grunneiere klaget Norge inn for EMD.⁸⁷

Etter utfallet av Lindheim-dommen i EMD og lovendringene i tomtefestelova i 2015, fremmet bortfester i denne saken et krav om økning av festeavgiften ved skjønnsbegjæring for tingretten i 2016 hvor de ikke fikk medhold, og senere i lagmannsretten i 2018 hvor saken heller ikke ført frem. Saken ble videre anket til Høyesterett hvor den ble fremmet i 2019. Det var i hovedsak tre punkter som ble anført av bortfester

- 1) Uriktig tolkning av vilkåret i tomtefestelova § 15 fjerde ledd andre punktum
- 2) Feil forståelse av tomtefestelova § 15 fjerde ledd første punktum
- 3) Feil rettsanvendelse når det legges til grunn at tomtefestelova § 15 fjerde ledd jf. niende ledd, ikke gir grunnlag for regulering av festeavgiften ved forlengelsen av festekontrakten⁸⁸

⁸⁵ HR-2019-1206-A, avsnitt 1

⁸⁶ HR-2007-1594-P og HR-2007-1595-P

⁸⁷ HR-2019-1206-A, avsnitt 10-12

⁸⁸ HR-2019-1206-A, avsnitt 21-23

I det andre punktet anfører bortfester at lagmannsretten har gjort en uriktig tolkning av tomtefestelova § 15 fjerde ledd andre punktum. Bortfester anfører at bygningene på tomta ikke må være identiske med slik de står i dag, men hvordan tomta kunne blitt utnyttet med samme bygningsmasse hva gjelder størrelse, utnyttelsesgrad og festeformål, men etter dagens byggeskikk og offentligrettslige krav, og med en mer optimal arealbruk med mindre og flere boenheter.⁸⁹

Høyesterett anfører at lovens ordlyd er tydelig og klar på at verdsettelsen av tomta skal skje ut fra den bebyggelsen som er på tomta og den bruk av tomta som bebyggelsen innebærer. Dette blir også støttet i formålsarbeidet som anvist «*Lovforslaget får anvendelse på de kontraktene der festeavgiften etter en tolkning av reguleringsbestemmelsen skal baseres på festetomtens råtomtverdi. Etter forslaget skal verdien på tomten i disse tilfellene ikke settes høyere enn det tomten kan selges for om det kun er tillatt å oppføre det eller de husene som festeren har på tomten. Festetomten skal ses samlet som én tomt, slik at verdsettelsen ikke kan skje etter en vurdering av hvilken verdi det bortfestede arealet representerer dersom grunneieren hadde kunnet dele opp tomten i mange mindre festetomter og selge hver enkelt for oppføring av hytte eller hus*»⁹⁰

Høyesterett mener at lagmannsrettens har brukt riktig rettsanvendelse og anken fører ikke frem på dette punktet.

I det andre spørsmålet anfører bortfester at fester ikke har utført tiltak som har ført til verdiøkning av tomten, og derfor at det ikke skal gjøres fradrag for dette. Fester anfører derimot at opparbeidelse av tomten som ble gjort av bortfester, ble bakt inn i salgsprisen av leilighetene og at det derfor er fester som har betalt for disse tiltakene selv om det er bortfester som har utført dem. Høyesterett sier seg i dette spørsmålet enig med lagmannsretten rettsanvendelse og vise blant annet til Falkanger, Tomtefestelova, Kommentartutgave, 2017, s. 78-79, hvorfra det siteres: «*Fra den antatte salgsverdi skal det etter første punktum gjøres fradrag for den verdiforøkelse som skyldes festeren. Det kan f.eks. dreie seg om rydding og opparbeidelse av tomten (utfylling, sikrings- og grunnarbeider), opparbeidelse av vei, fremføring av elektrisitet,*

⁸⁹ HR-2019-2016-A, avsnitt 21

⁹⁰ Ot.prp.nr.41 (2003-2004), s. 24

vann og kloakk. Hvorvidt det er festeren selv som har gjort arbeidene, eller de er utført av en tredjeperson mot betaling fra festerens side, er uten betydning».

Høyesterett anfører at anken ikke fører frem på dette punktet, og bemerker at det ikke skal ha noen betydning at «tredjeperson» i dette tilfellet er grunneier. Høyesterett kan heller ikke se at det ligger noen begrensninger i at påkostningene skal være gjort etter inngåelse av festekontraktene, så lenge denne kostnaden er dekket inn gjennom salgsprisen på leilighetene.⁹¹

I det tredje spørsmålet anfører bortfester at rettsanvendelsen av tomtefestelova § 15 fjerde ledd, jf. niende ledd innebærer et uforholdsmessig inngrep i bortfesterens eiendomsrett, og at dette er i strid med EMK-1.1. Bortfester anfører at all verdistigning i realiteten er overført til festerne.⁹²

Høyesterett gjør en grundig vurdering i saken og belyser både EMDs dom i Lindheim-saken, revisjon av tomtefestelova og har i tillegg nærmere vurderinger etter EMK P1-1 og proporsjonalitetsvurderingen. Høyesterett mener at lovgiverne har fulgt opp pålegget fra EMD i Lindheim-dommen på en god måte. De har vært en tydelig målsetning om å gjøre nødvendige justeringer av loven for å unngå krenkelser av EMK P1-1. Det har vært gjort en grundig jobb og alle de involverte partene som lovutvalget, høringsinstansene, departementet og justiskomiteen og Stortinget har vært opptatt av å lage en lov som unngår nettopp dette.⁹³

Videre henviser de til departementets uttalelser i proposisjonen om at hovedmålet med å endre loven var å «sikre bedre proporsjonalitet» for å unngå krenkelser av EMK. De legger også vekt på at lovforslaget vil stille bortfester i en mer gunstig posisjon enn tidligere, noe som kommer frem i tomtefestelova § 33 ved at bortfester kan oppjustere festeavgiften etter tomteverdi og ikke bare etter konsumprisindeksen. Samtidig ble det også presisert at vernet til fester er veldig viktig og at det derfor er nødvendig med en bestemt prosentsats, og et høyestebeløp for å verne fester og unngå urimelig forhøyning av festeavgiften.⁹⁴

⁹¹ HR-2019-1206-A, avsnitt 45-47

⁹² HR-2019-1206-A, avsnitt 23

⁹³HR-2019-1206-A, avsnitt 110

⁹⁴ HR-2019-1206-A, avsnitt 113-114

Det er også belyst i proposisjonen at noen festeavtaler ikke vil få mulighet til å heve festeavgiften fordi den allerede ligger over høyestebeløpet. Hvis det ikke var satt noen begrensning ville det i noen tilfeller kunne føre til at økningen i festeavgiften ville kunne bli så stor at enkelte festere ikke ville ha råd til å fortsette festeforholdet. Dette gjør seg gjeldende for bortfestere av spesielt dyre tomter, og ble grundig belyst i forarbeidene. Det ble også lagt inn en sikkerhetsventil for å unngå krenkelse av EMK P1-1 ved å innføre regelen om mulighet for ny regulering av festeavgift når det er gått 30 år, nettopp for å sikre en proporsjonalitet mellom partene også over tid. Høyesterett legger til grunn at disse avveiningene er grundig belyst og dokumentert i lovforarbeidene. Både festeres og bortfesterens hensyn er gjennomgått med en grundig vurdering. At et høyestebeløp ville ramme bortfestere av dyre tomter var de klar over, men de valgte å legge mer vekt på hensynet til festerne og mer sosiale hensyn. Høyesterett uttaler: «*Dette gjør ikke at inngrepet, sett ut fra en samlet vurdering av mer allmenne hensyn, må betraktes som uforholdsmessig.*»⁹⁵

I Lindheim-dommen fra EMD ble det belyst at man i tomtefestelova ikke tok hensyn til festerens økonomiske stilling og at det derfor ikke kunne regnes som en beskyttelse for festeres dårlige økonomiske vilkår at man ikke kunne oppregulere festeavgiften. Denne uttalelsen ble også vurdert av departementet ved regulering av tomtefestelova i 2015. Departementet kom da frem til at det ikke kunne tolkes slik at loven måtte åpne for en individuell vurdering, all den tid det er 170 000 tomtefesteforhold for bolig- eller fritidshus i Norge, og at det ville blitt alt for komplekst å skulle gjøre en individuell vurdering av dette. Høyesteretts uttalelse viser at de er enig i departementets vurdering av den tolkningen.⁹⁶

Høyesterett belyser også de økonomiske konsekvensene for bortfester ved at den ikke får høynet festeavgiften utover høyestebeløpet. Det kommer tydelig frem at i dette tilfellet ville det hatt stor økonomisk betydning for bortfester å kunne regulere festeavgiften etter hovedregelen på to prosent. Den årlige festeavgiften utgjør nå 658 225 kroner som er ca 0,6% av tomteverdien. Kunne bortfester regulert til 2% av tomteverdien ville den årlige festeavgiften utgjøre 2 200 000 kroner.⁹⁷

⁹⁵ HR-2019-1206-A, avsnitt 115-117

⁹⁶ HR-2019-1206-A, avsnitt 118

⁹⁷ HR-2019-1206-A, avsnitt 120-121

Høyesterett er enig i at de økonomiske konsekvensene for bortfester er store i denne saken når man ser på hva festeavgiften ville vært uten en avgrensning på høyestebeløpet i lovgivningen. De legger også vekt på at dette er en passiv og nærmest risikofri inntekt for bortfester og at det ikke ligger noen ytelse eller arbeidskapital bak avkastningen. Den årlige avkastningen vil fortsette i fremtiden og man har mulighet til en ny regulering etter 30 år. Høyesterett trekker her inn forholdsmessigheten mellom lav risiko og tilsvarende forventning til avkastning. Høyesterett er tydelig på at den økonomiske avkastningen alene ikke kan være avgjørende ved proporsjonalitetsvurderingen. Høyesterett mener det er avgjørende at lovgiver har hatt en bred og grundig vurdering hvor de økonomiske konsekvenser både for fester og bortfester har vært vurdert. Lovgiver har gitt en rett til bortfester med en festeavgift basert på tomteverdien, men samtidig har de også lagt inn en begrensning for å beskytte festers økonomiske forpliktelser. Høyesterett kommer frem til at de ikke kan se at bortfester må bære en individuell og overdreven byrde som gjør at det er et uforholdsmessig inngrep i relasjon til EMK P1-1. De konkluderer med at lagmannsretten bygger på riktig rettsanvendelse også i dette spørsmålet.⁹⁸

Høyesterett aksepterte altså en fremtidig festeavgift som ser ut til å være betydelig lavere enn markedsverdi. Det kan argumenteres med at dette er et inngrep i grunneiers kapital- og avkastningsverdi, men likevel har Høyesterett lagt til grunn at festers rettigheter veier tyngre og at proporsjonaliteten mellom partene er overholdt. Denne saken gjelder som sagt festeavtale for bolig- eller fritidshus og hensynet til fester vil derfor ha spesielt vern. En lignende sak vedrørende næringsfeste ville etter all sannsynlighet hatt et annet utfall ved at bortfester ville ha rett til å kreve en høyere festeavgift. Grunneiers rettigheter står mye sterkere i en festeavtale med næringsformål enn med boligformål. En slik avkortning i eierens kapitalverdi ville vært en krenkelse mot grunneiers vern av EMK P1-1 ved en festeavtale med næringsformål.

2.11 Kan fester ensidig kreve endret festformål fra næring til bolig?

Hva angår innløsning og fastsetting av innløsningssum ser vi av lovtekst og rettsavgjørelser at fester av bolig- eller fritidshus har et sterkt vern. Det fremkommer også at bortfester ikke har anledning til å kreve innløsning av tomten da dette vil stille festeren i en vanskelig økonomisk situasjon der de må kjøpe ut tomten, fjerne bygningen og ta den med seg, eller gi fra seg bygningen.

⁹⁸ HR-2019-1206-A, avsnitt 128-132

Fester av næringsstomt har ikke det samme vernet som fester av bolig- eller fritidshus. Det er ingen lovfestet rett til innløsning for fester, så en slik rett må være avtalefestet (i festekontrakten) for at den skal få gjennomslag. Partene kan i festeavtaler med andre formål enn bolig- eller fritidshus lage innløsningsklausuler som er bindende. Likevel kan klausuler med kort frist for innløsning eller svært høy innløsningssum blir revidert i kraft av avtaleloven §36.

I dommer fra Høyesterett og EMD ser vi at fester til bolig- eller fritidshus har et sterkt vern, og det er tydelig at det samme vernet ikke er gjeldende hva angår næringsformål. Ved feste av tomt til næringsformål er bortfester og fester ofte mer likestilt ved at de begge er profesjonelle parter og driver næring.

Hvis tomten er festet bort til næringsformål og det er drevet næring fra avtaleinngåelse og frem til i dag, men fester vil bygge om til leiligheter og leie dem ut eller selge dem. Hva skjer da med festeformålet? Hvis fester ønsker å innløse tomten, med innløsningssum som reguleres av tomtefestelova for festeavtaler til bolig- eller fritidshus. Kan fester kreve dette?

Av Høyesterettsdommer er RT-2013-504 den mest sammenlignbare dommen jeg har funnet. I denne dommen legges det vekt på at det er hva festerens formål ved tomten da festekontrakten ble inngått som er vesentlig når man skal avgjøre hvilke formål avtalen skal håndteres under. Dersom festeren på tidspunkt for avtaleinngåelse har til hensikt å benytte tomten til næringsformål, er det i følge Høyesterett dette som må legges til grunn.

I samme dom, RT-2013-504, uttaler Høyesterett «*Når festekontrakten – hvor festeren er et eiendomsselskap som driver boligutleievirksomhet – er inngått for å skaffe festeren en økonomisk avkastning ved utleie av leilighetene i boligblokken som skulle settes opp, anvendes tomtegrunnen utvilsomt som et ledd i festerens næringsvirksomhet*». Dette er direkte sammenlignbart med en situasjon hvor en eiendomsutvikler kjøper opp en næringseiendom, vil utvikle den til enebolig eller leiligheter for utleie eller videresalg. Dette vil da være et ledd i festerens næringsvirksomhet og festeformålet skal fastsettes deretter. Dersom en privatperson kjøper en næringseiendom og vil bygge den om til enebolig en selv skal bo i, vil det kunne argumenteres for at festeformålet bør kunne endres til feste av bolig- eller fritidshus. Dersom man kun skal bo i bygningen selv, og ikke leie ut eller drive annen næringsvirksomhet, er det

ingen økonomisk vinning for fester. Bygningen brukes da kun til boligformål og hensynet til festeformålet taler for at festerens rettigheter bør vernes av tomtefestelova basert på dette.

Ved forlengelse av tomtefeste kommer det frem av tomtefestelova § 33 at når festetiden er ute for en festetomt til bolig- eller fritidshus og tomta ikke blir innløst, løper festet videre på samme vilkår som før. Når festetiden er ute for tomtefeste til annet enn bolig- eller fritidshus gjelder det som eksplisitt er avtalt i festeavtalen.

Dersom en fester av tomt til næring ønsker å forlenge tomtefeste må dette være avtalt i festeavtalen. Dersom det ikke foreligger avtale om forlengelse av tomtefeste vil fester måtte gå i forhandlinger med grunneier om en ny festeavtale.

Som nevnt tidligere er det da formålet med bruken av tomten som blir avgjørende for hvordan festeavtale som skal inngås. Skal tomten brukes til bolig- eller fritidshus eller skal den benyttes i næringsøyemed for å sikre fester et økonomisk utbytte? Slik jeg tolker Høyesteretts avgjørelser er det ikke nødvendigvis forholdet om det bor folk i det aktuelle bygget på tomten, eller om det drives næringsvirksomhet som er det avgjørende. Det som er viktig er å se på hva som er formålet med tomten for festeren. Skal festeren bo der selv, eller er det et ledd i hans forretning for å få økonomisk fortjeneste? Gjør festeren dette for å sikre økonomisk vinning vil det ut fra rettspraksis etter mine vurderinger tvilløst skulle reguleres som næringsfeste.

Dersom man kommer frem til at eiendommen skal brukes til bolig- eller fritidshus er det likevel en begrensning i tomtefestelova § 5a. Denne paragrafen inneholder et forbud mot å lage nye festeavtaler på en allerede bebygd tomt. Det vil si at dersom tomten allerede er bebygd vil det ikke være mulig å opprette et nytt festeforhold. Og dersom man terminerer avtalen om næringsfeste og ønsker å lage ny avtale om feste for bolig- eller fritidshus vil dette defineres som en ny festeavtale. Denne paragrafen i tomtefestelova gjør det ekstra utfordrende for fester å kreve endret festeformål fra næring til bolig, eller omvendt. En sak som dette vil i de aller fleste tilfellene dukke opp i en situasjon hvor tomten allerede er bebygd. For å få endre festeformål er man da avhengig av å omgjøre avtalen som allerede foreligger, all den tid man ikke har anledning til å opprette en ny festeavtale.

Det som er avgjørende for om fester ensidig kan kreve endret festeformål fra næring til bolig grunner i hovedsak i to spørsmål.

1. Hva var festeformålet ved avtaletidspunktet? Var det boligformål som skulle dekke et boligbehov for festeren, eller var det avtalt feste for å sikre festeren et økonomisk utbytte?
2. Er den aktuelle tomten allerede bebygd? Jf tomtefestelova §5a, er det forbudt å etablere festeforhold på bebygd tomt

Det vil si at dersom tomten allerede er bebygd vil det ikke være mulig for fester å kreve endret festeformål. Dersom tomten er ubebygd vil fester fortsatt ikke ensidig kunne kreve å endre festeformål, men fester kan gå i forhandling med bortfester om en ny festeavtale med bolig- eller fritidshus som formål.

Ved tomtefeste til bolig- eller fritidsformål kan begge parter kreve regulering av festeavgiften, i samsvar med endring i pengeverdien hvert tiende år, om det ikke er tvilløst avtalt annet i festeavtalen. Det samme gjelder ved næringsfeste om ikke annet er regulert i festeavtalen.

I avgjørelser fra Høyesterett, som vist tidligere i teksten, kommer det frem at vurderingen av om feste skal ansees som næringsfeste eller feste for bolig- eller fritidshus baseres på hvilke formål festeren hadde med tomten da avtalen om tomtefeste ble inngått. Etter endringer i tomtefestelova §15 i 2015 er det ved forlengelse av feste mulighet for grunneier å regulere festeavgiften til 2% av tomteverdien. Likevel med et høyestebeløp på 9 000 kroner justert ved hvert årsskifte etter 1.januar 2002. Det er også viktig å merke seg at tomteverdien skal settes til den verdien tomten kan selges for når det bare er lov til å sette opp de samme bygningene som er på tomten i dag. Man har ikke anledning til å legge inn tomteverdi basert på potensiell utvikling av tomten.

Ved vurdering av om festeforholdet skal reguleres som feste til næringsformål eller feste til bolig- eller fritidshus gjelder de samme prinsippene som ved forlengelse av tomtefeste. Det avgjørende er hvilke formål festeren hadde for tomten ved avtaleinngåelse.

Hverken EMD-avgjørelsen eller lovendringene etterpå tar stilling til endring av festeformål i allerede inngåtte festeavtaler. Det sentrale i EMDs dom i Lindheim-saken er at Norge ikke hadde foretatt en særskilt vurdering av om lovbestemmelsen oppnådde balanse mellom festers

og bortfesters interesser. Vi kan derfor legge til grunn at hensynet til proporsjonalitetsprinsippet vil være svært viktig i en vurdering av om fester har anledning til å kreve endret festeformål.

Derfor må vi i en vurdering av om fester skal kunne endre festeformål se på proporsjonaliteten mellom fester og bortfester ved en slik formålsendring. Hvordan vil det påvirke bortfesters beføyelser sammenlignet med hvordan det påvirker festers beføyelser. Ved en endring fra feste med næringsformål til feste for bolig- eller fritidshus vil fester få et mye sterkere vern. Fester vil ha krav på forlengelse og innløsning innenfor tomtefestelova sine regler. Overfor dette står *pacta sunt servanda*-prinsippet. Bortfester vil måtte akseptere helt andre betingelser hva angår avkastning og kapitalverdi enn hva de har i en festeavtale med næringsformål. Slik jeg ser det vil det på generelt grunnlag være uproporsjonalt store fordeler for fester og på samme vis innskrenkinger for bortfester. Tomtefesteforholdene er likevel såpass unike og de finnes i mange forskjellige former, så det vil være vanskelig å sette noen fast regel på dette som skal være gjeldende for alle forhold.

På den ene siden av skalaen kan vi finne en lokal kjøpmann med butikk i 1.etg og bolig i 2.etg som ønsker å omgjøre hele bygget til bolig og dermed ønsker seg et feste med boligformål. Mens vi på den andre siden av skalaen finner store eiendomsselskaper som Obos eller Selvaag som vil omgjøre store fabrikk eller lagerhaller til bolig, og dermed ønsker å omgjøre festeformålet fra næring til bolig. I tillegg vil man finne utallige ulike varianter mellom disse ytterkantene. På bakgrunn av dette vil det være vanskelig å finne ett spesifikt svar som vil gjelde for alle tomtefesteforhold. For den lokale kjøpmannen vil proporsjonaliteten mellom fester og bortfester være balansert på grunn av at kjøpmannen selv skal benytte hele bygningen som bolig han selv bor i. Han fjerner næringsvirksomheten og inntektsgrunnlaget, for å benytte den til sin egen bolig. Hvis store eiendomsselskaper kjøper opp næringsarealer for å utvikle dem til bolig for å gjøre forretning ut av det vil proporsjonaliteten mellom fester og bortfester ikke være balansert. Her vil fester dra en vesentlig fordel av å påberope seg vern av tomtefestelova som i utgangspunktet er ment for å verne private boligeiere og ikke næringsdrivende selskaper. Samtidig som bortfester vil miste store rettigheter hva angår avkastning og kapitalverdi på tomten. Ut fra disse vurderingene er det naturlig å anta at det alltid vil være snakk om feste med næringsformål når store eiendomsselskaper som Selvaag og Obos er involvert. For den lokale kjøpmannen vil det nok ofte kunne konkluderes med at det er riktig at man skal kunne kreve endret festeformål fra næring til bolig. Mellom disse ytterkantene er det mange ulike konstellasjoner av at man har bolig som også driver næring og det ikke er fastsatt noen konkret

avgrensning mellom disse. Dette vil være en mer komplisert prosess for å finne frem til en riktig avgjørelse i disse grensetilfellene.

Som jeg har vært inne på tidligere er festeavtaler med næringsformål i stor grad avtalebasert med bakgrunn i avtaleretten. Med hensynet til «pacta sunt servanda»-prinsippet om at avtaler skal holdes, er det vesentlig at dette blir videreført inn i vurderingen av om fester skal kunne kreve å endre festeformål. Dersom man skal åpne opp for at man kan fravike og endre på allerede inngåtte avtaler vil dette skape en stor utfordring både for fester og bortfester. Slike avtaler er i stor grad basert på tillit og at man kan stole på at inngåtte avtaler holdes og beskyttes i rettssystemet. Faller dette bort vil det ikke lenger være interessant for noen parter å inngå avtaler. Det vil være umulig å drive forretning om man ikke kan regne med at avtaler man har inngått også vil stå seg og at vi har et rettssystem som regulerer dette dersom motparten ikke holder avtaler.

Hvis man åpner for at fester kan kreve endret formål med festet kan det også åpne for spekulasjon i form av at fester først kan etablere næringslokaler og få en festeavtale med næringsformål, og deretter gjøre næringsbygget om til boliger for salg eller bortleie. I dette tilfellet er det grunneier som rammes, fordi avtalerettens «pacta sunt servanda»-prinsippet ikke følges og opprettholdes. Det kan da også tenkes at eiendomsutviklere begynner å kjøpe opp gamle festetomter med næringsformål, med hensikt å omgjøre dem til feste med boligformål, kjøpe ut tomten til en gunstig pris, for så å videreselge eiendom med tomt med en stor fortjeneste. Bortfester vil da sitte igjen med småpenger i forhold. Dette vil føre til at proporsjonaliteten mellom fester og bortfester ikke opprettholdes. På bakgrunn av dette mener jeg det vil det stride med grunneiers vern etter EMK P1-1 å tillate fester å kunne kreve endret festeformål på generelt grunnlag. Det er et komplekst tema som må vurderes grundig fra sak til sak. Hovedprinsippene som bør vektlegges i en slik vurdering kan oppsummeres slik:

1. Hva er formålet med omgjøringen av tomtestefeste?
2. Hvilke bakgrunn og hensikter har fester. Er det en privatperson som faktisk skal bo i bygningen eller er det en næringsdrivende som skal skape fortjeneste i sin virksomhet?

3 Gjennomgang av min families sak i Kragerø

Problemstillingen til denne masteroppgaven er basert på en reell sak fra en festetomt med næringsformål i Kragerø. Grunneier er sameiet Søndre Kalstad og fester er Kalstad Supermarked AS. Festeavtalen ble inngått i 1973 og formålet med festeavtale er «*parsellen skal av festeren benyttes til oppføring av forretningsgård eller annen bebyggelse*». Leie avtales til 15 000 kroner. Leie skal kunne justeres hvert 3.år i overensstemmelse med forandringene i engrosprisindeksen med basis i tidspunkt 1/1-1972 Festeren er berettiget til å overdra eller pantsette festeretten når det skjer i forbindelse med overdragelse eller pantsettelse av bygningene på parsellen. Festeavtalen sier ingenting om varighet på festeforholdet eller mulighet for innløsning. Det er i dag et stort forretningsbygg på tomten med blant annet drift av dagligvareforretning, kjøreskole, pub, gatekjøkken, lagerutleie etc. Fester ønsker nå å selge bygningen på tomten og en potensiell kjøper av bygningen har tatt kontakt med grunneier med ønske om å kjøpe tomten, med en fastsetting av pris som reguleres av tomtefestelova for bolig- eller fritidshus. Interessenten begrunner dette med at han planlegger å utvikle bygget til boliger og at en kjøpesum derfor bør reguleres etter reguleringene i tomtefestelova for bolig- eller fritidshus. For å vise mine tolkninger i en reell sak vil jeg gå gjennom ulike aspekter ved denne tvisten basert på de rettsanvendelsene som er gjennomgått i oppgaven.

3.1 Forlenging

I denne festeavtalen er det ikke spesifisert noe om varighet, forlengelse eller oppsigelse av festeavtalen. Ifølge tomtefestelova §8 første avsnitt vil da feste være uten tidsavgrensning og på oppsigelse med lik rett for begge parter til å bringe avtalen til opphør. Ifølge andre avsnitt vil festeavtaler inngått etter 1975 som gjelder feste tomt til fabrikk- eller forretningsbygg gjelde for 80 år om ikke annet er avtalt. Denne festeavtalen er fra 1973 og vi må derfor forholde oss til §8 første avsnitt. Det vil i dette tilfellet ikke være behov for å gå nærmere inn på forlenging da festeavtalen er uten tidsavgrensning. Ifølge tomtefestelova §9 vil det være mulighet for begge parter å si opp festeavtalen med en oppsigelsesfrist på 2 år dersom annet ikke er avtalt. Jfr tomtefestelova § 39 har festeren rett og plikt til å ta bort hus og bygninger som festeren har på tomta når et tomtefeste skal avvikles. Spørsmålet blir da om det er rimelig å kreve at fester skal ta bort hus og bygninger fra tomta og miste sitt inntektsgrunnlag med et varsel på kun 2 år. Jeg tolker tomtefestelova slik at dette medfører riktighet. Det finnes også et bøtende tiltak i tomtefestelova § 40 som sier at dersom borttakning etter § 39 vil føre til at verdier går til spille,

kan både festeren og bortfesteren kreve at bortfesteren tar over hus og bygninger mot vederlag. Det vil derfor være dette som er gjeldende i denne saken.

3.2 Regulering av festeavgift

Det følger av tomtefestelova at ved feste av tomt med andre formål enn bolig- eller fritidshus vil begge parter kunne kreve regulering av festeavgiften i samsvar med pengeverdien siden festeavtalen ble inngått, om ikke annet er spesifisert i avtalen. I dette tilfellet er det spesifisert i avtalen at festeavgiften skal kunne reguleres hvert 3. år i overenstemmelse med endringer i engrosprisindeksen. Dette punktet i festeavtalen går foran loven og det er derfor anledning til å regulere festeavgiften hvert 3. år.

3.3 Innløsning

Tomtefestelova §32 regulerer reglene om innløsning av tomter til bolig- eller fritidshus, men er taus hva angår innløsning av tomt til annet enn bolig- eller fritidshus. Da dette ikke reguleres av tomtefestelova må vi gå til avtaleloven. En eventuell rett til innløsning av feste med næringsformål må derfor være fastsatt og regulert i festeavtalen. I dette tilfellet finnes det ingen informasjon om dette i festeavtalen og da vil det være reglene i avtaleloven som gjelder. Fester har dermed ikke krav på å få innløse tomten. Fester har mulighet til å komme med et ønske og forslag til pris, men grunneier står fritt til å avslå forespørselen dersom de ikke ønsker å selge.

Hva angår vurdering av verdi av tomten må vi se på formålet med tomtefeste da feste ble inngått. I festeavtalen står det «parsellen skal av festeren benyttes til oppføring av forretningsgård eller annen bebyggelse». Ifølge SSB inngår følgende i beskrivelsen «annen bebyggelse»; Fritidsbebyggelse, bebygd område for landbruk og fiske, undervisning og barnehage, helse- og sosialinstitusjoner, kultur og religiøse aktiviteter, transport og telekommunikasjon (unntatt veger), teknisk infrastruktur, beredskapstjenester, forsvaret, grønne området, idretts- og sportsområder samt uklassifisert bebyggelse og anlegg. Det er altså et bredt spekter av muligheter under «annen bebyggelse». Basert på bygget som ble oppført og eiendommens bruk de siste 50 årene er det ingen tvil om at formålet med festeavtalen var oppføring av forretningsgård og næring til berikelse for fester. Det var ikke bolig- eller fritidshus som var formålet med dette feste. En prissetting for innløsning av tomten vil derfor ikke reguleres av tomtefestelova, men vil reguleres av det frie marked og prises deretter.

3.4 Konklusjon

Festers argumenter for å få bruke reglene som gjelder for boligfeste, altså endre festeformålet, er blant annet de boligsosiale hensynene. Det skal bygges boliger på tomten og de som bor i disse bør ha et rettsvern som baseres på reglene for boligfeste i tomtefestelova. Både med tanke på fastsettelse av festeavgift, varighet og forlengelse, og innløsning. Ved å fortsette feste med næringsformål vil de nye boligeierne ha mindre gunstige forhold enn det som er regulert av loven for feste av boligtomt.

Fester har beføyelser til bygningsmassen men kun festerettigheter til tomten forøvrig. Det kan argumenteres med at fester opparbeider en tilknytning til område som er viktig å ta vare på. Dette er et hensyn som lovgiver la stor vekt på, men jeg tolker dette som en affeksjonsverdi som ikke kan regnes som en beføyelse. Affeksjonsverdi har ingen rettslig verdi i avtaleloven, og dermed er det naturlig å tolke det dertil at den ikke vil ha det i tomtefestelova heller. I så måte mener jeg at en slik affeksjonsverdi ikke skal ha noen tyngde som argument for at fester skal kunne kreve endret festeformål.

Grunneier på sin side har eiendomsrettslige beføyelser ved at man har rett på avkastning og kapital på eiendommen sin. Det er her inngått en avtale om næringsfeste som legger opp til både en forventning om avkastning underveis i leieforholdet og også en forventning om kapitalverdi ved eventuell innløsning eller salg til andre når festet utgår. Om fester skal kunne kreve feste omgjort til boligformål vil avkastningen og kapitalverdien forringes betraktelig og den opprinnelige avtalen som er gjort vil være verdiløs. Dette vil være imot rettsprinsippet om at avtaler skal holdes «pacta sunt servanda» og således sette det fundamentale i rettssystemet til side. Om en ikke kan stole på at avtaler skal holdes, og beskyttes av rettssystemet vil det være umulig å drive forretning.

Ut i fra mine funn og konklusjoner vil det i denne saken være tydelig hvilke rettigheter som må tas hensyn til og hvordan utfallet vil bli. Ved å ta utgangspunkt i de to sentrale spørsmålene vil jeg her argumentere for utfallet.

1. Hva er formålet med omgjøringen av tomtestefeste?
2. Hvilke bakgrunn og hensikter har fester. Er det en privatperson som faktisk skal bo i bygningen eller er det en næringsdrivende som skal skape fortjeneste i sin virksomhet?

Fester er i dette eksempelet en næringsvirksomhet som i dag driver med utleie av næringseiendom. De som ønsker å kjøpe bygningen på tomta og overta festeretten er et eiendomsselskap som driver med utvikling og salg av eiendom. Den nye festerens formål med omgjøring av tomtefeste er å skaffe seg økonomisk gevinst og drive næringsvirksomhet. Det er til syvende og sist privatpersoner som skal bo i de ombygde boligene, men den juridiske festeren vil være eiendomsselskapet som driver næring med økonomisk fortjeneste som hovedformål. Tomten hvor det ønskes omgjøring av festeformål er allerede bebygd og det vil derfor ikke være anledning for å opprette et nytt tomtefeste på tomten, jfr tomtefestelova § 5a.

Ut fra disse betraktningene levner det ingen tvil om at det i denne saken ikke vil være noen rett for fester til å kreve endret festeformål.

4 Avslutning

4.1 Avslutning

EMD's avgjørelse i Lindheim-saken fra 2008 viser klart og tydelig at den daværende tomtefestelov ikke var proporsjonal hva angikk spørsmålet om forlengelse av tomtefeste og reglene rundt dette. I sitt ønske om å verne fester hadde lovgiver lagt uforholdsmessig stor vekt på festers rettigheter i motsetning til bortfester. Fester var gitt retten til å kreve forlengelse av tomtefeste til evig tid og på samme vilkår som før. Hovedargumentene for dette var å verne festers rettigheter. Tomtefeste ble sett på som en overtakelse av tomten, men at man betaler en årlig leiesum/nedbetaling i stedet for å kjøpe ut tomten med en gang. Dette var hovedsakelig fordi mange ikke hadde råd til å kjøpe ut tomten i sin helhet, og nettopp dette økonomiske aspektet har også vært viktig når lovgiver har tatt høyde for å verne festers rettigheter.

Bortfester på sin side blir i dette tilfellet fratatt mye av sine rettigheter. Tomten låses til fester til evig tid og med en leiepris som ikke på langt nær står i samsvar med den økonomiske utviklingen på eiendomsmarkedet og ellers i samfunnet. Slik tomtefestelova var frem til 2015 var det det kun anledning til å regulere leieprisen etter den generelle pengeverdien. Dette førte til at den årlige festeavgiften ble en veldig lav %-del av verdien på tomten. Ofte helt ned i 0,25% av tomteverdien.

Jeg mener dommen i EMD var riktig og at tomtefestelova slik den var frem til 2015 var uforholdsmessig god for fester. Etter endringene i 2015 har bortfester fått mulighet til å regulere den årlige festeavgiften til 2% av tomteverdien, noe som gir en mer riktig leiepris for bortfester. Fester har likevel rett til å kreve forlenging av festeavtalen, og det er kun fester som har anledning til å si opp en festeavtale til bolig og fritidshus.

Mange tomtefesteavtaler er gamle og ble inngått med et spesifikt antall års varighet, før tomtefestelova ble laget. Det kan derfor sies at bortfester ville ha en forventning om å i fremtiden kunne få tomten tilbake og kapitalisere denne. Enten ved å feste ut på nytt med en ny og regulert årlig festeavgift, eller ved å selge tomten. Denne muligheten er ved innføring av tomtefestelova bortfalt og bortfester har mistet denne muligheten til å kapitalisere tomteverdien. Bortfester har derfor ingen mulighet til å realisere verdien i tomten ved å selge den videre. Selges tomten videre selges den med den varige festeavtalen og dermed en veldig redusert mulighet for fortjeneste for bortfester. Jeg er enig med lovgivers vurderinger hva gjelder festers behov for rettsvern og mulighet for stabilitet og trygghet om videre leie av tomt hvor de har bygd opp bolig og viet hele sitt liv. Samtidig er det vanskelig å kunne argumentere for at ikke bortfester skal ha mulighet for en større fortjeneste og egen rådighet over tomten de faktisk eier.

Som nevnt i avsluttende kapittel om min families sak i Kragerø er det sentralt å se på festers og grunneiers beføyelser for å kunne fastslå hvilke muligheter fester har for å kreve endret festeformål. Det er da vesentlig å komme inn på de ulike rettigheter fester har og hvordan disse er regulert og beskyttet i tomtefestelova eller andre lovverk. Er det kun rettslige beføyelser som er lagt til grunn, eller kan det argumenteres med at lovgivning i noen grad er basert på en viss affeksjonsverdi for fester med boligformål?

Hva angår næringsfeste er det sentralt å se nærmere på avtaleretten og prinsippet om at avtaler skal holdes, «pacta sunt servanda». En festeavtale med næringsformål er en avtale mellom to profesjonelle parter. Det er vesentlig for næringslivets funksjon at inngåtte avtaler holdes, og beskyttes av rettssystemet. Uten denne felles forståelse av at avtaler skal holdes vil hele grunnlaget for forretningsavtaler falle i grus. Derfor er det viktig at det er en svært høy terskel og helt spesielle og spesifikke forhold som ligger til rette for at en fester skal kunne kreve endret festeformål. Det må være på det rene at fester skal bo i boligen og at det ikke skal drives næring eller forretningsvirksomhet i noen form for at det skal kunne vurderes om fester skal kunne kreve festeformålet endret fra næringsfeste til boligfeste.

Kilder

Lover

Tomtefestelova 1996, Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste

Lovforarbeider

NUT 1971:3 Rådsegn 9 – Om tomtefeste

NOU 1993:29 Rådsegn 15 - Ny lov om tomtefeste

NOU 2013:11 Festekontrakter og folkerett

Ot.prp.nr.2 (1974-1975) Om loven tomtefesten

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

Prop.73 L (2014-2015)

Rettspraksis

HR-2019-1206-A

HR-2016-304-S

HR-2013-809-A – Rt-2013-504

HR-2007-1594-P – Rt-2007-1306 Lindheim

HR-2007-1595-P – Rt-2007-1308 Sørheim

EMD-2008-13221 - Case of Lindheim and Others

Litteratur

Taraldrud, Karen Eg: Eiendomsrett, inntatt i Elvestad m.fl: Eiendom og juss vol.1, Universitetsforlaget, Oslo 2021

Taraldrud, Karen Eg: Oversikt over rettigheter til fast eiendom, Cappelen Damm, Oslo 2019

Taraldrud, Karen Eg: Oversikt over rettskildene, Cappelen Damm, Oslo 2018

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger: Tingsrett, 8.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2016

Falkanger, Thor og Aage Thor Falkanger: Tingsrett, 7.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2013

Lid, Olav: Tomtefeste, Universitetsforlaget, 1961