Vedlegg sak 6
Møtedato: 8.9.08

ADVOKATFIRMAET
HJORT

Universitetet i Oslo
Att: Frode Meinich / Per Kristiansen
Postboks 1077 Blindern
0316 Oslo

Sendes også pr. e-post

Oslo, 3. juli 2008

Ansvarlig advokat: Sveinung O. Flaaten
Referanse: 136567-012

OBSERVATORIE TERRASSE 4 A OG B - INNLØSNING AV FESTETOMT

Vi viser til oppdragsforespørsel vedlagt følgeskjema med saksnummer 05/2177-31 og til mottatt saksdokumentasjon. Videre viser vi til vår skriftlige redegjørelse av 26. juni 2008 og til etterfølgende e-postkorrespondanse, herunder til e-post av 30. juni hvor det bes om at vår tilleggsredegjørelse av 29. juni innarbeides i et samlet dokument som underlag for styrebehandling av saken.

Sakens bakgrunn er brev til Universitetet i Oslo, Plan- og eiendomsseksjonen, fra Sameiet Observatorie Terrasse 4 (bestående av leilighetsbyggene 4 A og 4 B) datert 13. desember 2007 hvor boligsameiet krever innløsning av festetomten i henhold til *"Instruks om innløysing og regulering av festeavgift i festeforhold der staten eller statleg styrde verksemder eig tomta"*. Instruksen er gitt ved kongelig resolusjon av 14. september 2007.

Spørsmålet blir hvorvidt denne instruks skal være bestemmende for innløsning av nevnte festetomt.

Det heter i instruksens punkt 1 første ledd at den *"gjeld festetomt som vert eigd av a) staten b) statsføretak c) Opplysningsvesenets fond eller d) andre fond så langt staten eller statsføretak kan gi instruks til fondet"*. Instruksen gjelder kun for *"festetomt som er til bustadhus for festaren"*, jf. punkt 1 siste ledd.

Det heter videre i instruksens punkt 2 tredje ledd at innløsningsvederlagsreglene i tomtefesteloven § 37 første ledd første og andre punktum ikke skal påberopes når fester krever innløsning. Hovedregelen i § 37 første ledd første punktum gir grunneier/bortfester rett til et innløsningsvederlag lik 30 ganger oppregulert festeavgift på innløsningstidspunktet. Oppreguleringen kan skje etter annet enn konsumprisindeksutviklingen hvis dette *"tvillaust"* er avtalt, jf. her også tomtefesteloven § 15 annet ledd nr. 2. Grunneier/bortfester kan for tidsavgrensede festekontrakter alternativt kreve innløsningsvederlaget satt til 40 % av råtomtens markedsverdi på innløsningstidspunktet (råtomtens omsetningsverdi uten påheftet festekontrakt), jf. § 37 første ledd annet punktum.

ADVOKATFIRMAET HJORT DA – MNA
Akersgaten 2
Postboks 471 Sentrum, NO-0105 Oslo
Telefon: (+47) 22 47 18 00
Telefaks: (+47) 22 47 18 18
Bankgiro: 6001 05 31880
Org.nr.: 946 129 356 MVA
www.hjort.no
TERRALEX

I følge instruksen skal imidlertid vederlaget ved innløsning, istedenfor nevnte regler i § 37, fastsettes etter følgende norm:

"Prisen for tomta vert sett til 30 gonger opphaveleg normalleige regulert i samsvar med endringa i pengeverdien, jf. lov om tomtefeste § 15 sjuande ledd. Er det avtalt betre vilkår for festaren, går avtalen føre."

Vi legger til grunn ut fra den mottatte saksdokumentasjon at den aktuelle festetomt for Sameiet Observatorie Terrasse 4 er eiet av Universitetet i Oslo og ikke av Observatoriefondet, men at provenyet fra innløsning og salg skal tilordnes dette fondet. Således legger vi til grunn at tomten er eiet av *"staten"*, jf. det gjengitte fra instruksens punkt 1 første ledd.

Det reiser seg imidlertid i utgangspunktet et spørsmål hvorvidt universitetsloven, som er gitt av Stortinget, er til hinder for at Kongen i statsråd kan instruere Universitetet om salg/innløsning av faste eiendommer.

Videre reiser det seg i utgangspunktet et spørsmål hvorvidt Grunnloven § 19 er til hinder for at Kongen i statsråd gir instruks om salg av statlige faste eiendommer uten først å innhente Stortingets samtykke. Grunnloven § 19 lyder:

"Kongen vaager over, at Statens Eiendomme og Regalier anvendes og bestyres paa den af Storthinget bestemte og for Almenvæsenet nyttigste Maade."

Når det gjelder den del av instruksen som regulerer rett til innløsning som sådan (selve vederlagsdelen av instruksen kommer vi tilbake til nedenfor), gis det imidlertid ikke en videre innløsningsadgang for fester enn det som følger av tomtefesteloven og som altså er gitt av Stortinget. Det heter i instruksens punkt 2 første og annet ledd:

"Festar kan krevje å få innløyst festetomt til bustadhus når det er gått 30 år av festetida, om ikkje stuttare tid er avtalt, og seinare kvar gong det er gått 2 nye år, eller når festetida er ute.

Krav om innløysing må festaren setje fram skriftleg seinast eitt år før innløysinga kan gjennomførast."

Dette er tilsvarende i tomtefesteloven § 32 første ledd og § 36 første ledd. Tomtefesteloven er gitt av Stortinget med virkning også for staten som grunneier/bortfester og det foreligger ikke noen særskilte unntak i tomtefesteloven (§ 34) som kommer til anvendelse i vårt tilfelle. Således er det ikke noen motsetning mellom den alminnelige tomtefestelov og den særskilte instruks vedrørende statens eiendommer med hensyn til selve innløsningsadgangen.

Et neste spørsmål blir så hvordan en instruks om lavere innløsningsvederlag enn det som følger av tomtefesteloven, i prinsippet forholder seg til universitetsloven og til Grunnloven § 19. Dette spørsmål kan gjøres til gjenstand for en forholdsvis omfattende drøftelse. Imidlertid har vi etter en detaljert gjennomgang av dokumentene i den foreliggende sak vedrørende Sameiet Observatorie Terrasse 4 kommet til den konklusjon at problemstillingen her konkret i vår sak likevel neppe blir satt på spissen, slik at vi ikke har foretatt en utførlig prinsipiell gjennomgang av rettsspørsmål i forhold til universitetsloven og Grunnloven § 19, utover en begrenset initiell undersøkelse. Den nærmere begrunnelse for at de prinsipielle spørsmål neppe blir satt på spissen i den

foreliggende sak vedrørende Sameiet Observatorie Terrasse 4, vil det bli redegjort for i det følgende.

Opprinnelig ble det inngått en festeavtale datert 13. august 1935 med 90 års festetid regnet fra 15. august 1935 (med en betinget adgang til forlengelse som vi kommer tilbake til), jf. denne avtales punkt 2. Festeavgiften ble satt til kr 12 000 pr. år beregnet ut fra en festerente på 5 % p.a. og tomteverdi kr 240 000, jf. avtalens punkt 3 første punktum. Det heter videre i punkt 3 nest siste og siste punktum at Universitetet hvert 30. år har rett til å kreve festeavgiften regulert på grunnlag av tomteverdiutviklingen, men at festeavgiften ved hver enkelt ny regulering ikke kan forhøyes med mer enn 10 %. Tomtearealet som denne festeavtalen omfattet ble i tråd med avtalens punkt 5 senere delt i fire parseller, hvorav Observatorie Terrasse 4 (4 A og B) er en av parsellene. Dette fremkommer av de særskilte festebrev for parsellene og hvor festevilkårene er "back to back" med festeavtalen datert 13. august 1935. Festeavgiften i nevnte opprinnelige avtale synes å ha blitt fordelt på de fire parseller med ca. en firedel på hver (ca. kr 3 000).

Det kan opplyses at arealet for festetomten (parsellen) vedrørende Observatorie Terrasse 4 C og D i følge de mottatte saksdokumenter er 1643 kvadratmeter, mens arealet for parsellen til 4 A og B (vår sak) er 1251 kvadratmeter. Ifølge saksdokumentene var festeavgiften i 2004 for 4 C og D kr. 13.797 pr. år, mens den for 4 A og B var kr. 15.878.

Det kan videre opplyses at Universitetet i 2006 inngikk en minnelig innløsningsavtale vedrørende Obesrvatorie Terrasse 4 C og D. Bakgrunnen for den minnelige avtales innhold den gang var at man fra Universitetets side, med støtte i Lovavdelingens uttalelse av 28. oktober 2004, ikke anså fester for å ha innløsningsrett etter tomtefestelovens regler. Dette syn er jeg for øvrig enig i, idet fester her var et aksjeselskap som hadde til formål å leie ut leilighetene på forretningsmesige vilkår, - mao. til formål å skaffe gårdeier (fester) økonomisk utbytte. En slik fester vil heller ikke være omfattet av innløsningsreglene i instruksen av 14. september 2007, jfr. instruksens pkt. 1 siste ledd som gjør instruksen anvendelig kun for *"festetomt som er til bustadhus for festaren"*.

Råtomtverdien for 4 C og D ble i 2006 taksert til kr. 9.000.000, mens den fremforhandlede innløsningssum ble kr. 4.200.000. Fester hadde her som nevnt ikke innløsningsrett i det hele tatt og Universitetet var således i en forhandlingsposisjon overfor fester. Den minnelige innløsningsavtale var for Universitetets vedkommende basert på en ren økonomisk hensiktsmessighetsbetraktning hvor forrentningen av den innløsningssum som ble forhandlet frem, ga en langt større årlig avkastning enn den årlige festeavgift som på innløsningstidspunktet i 2006 var kr. 13.945.

Den fremforhandlede innløsningssum for Observatorie Terrasse 4 C og D kan imidlertid ikke være bestemmende for vår sak. Når det gjelder Observatorie Terrasse 4 A og B, har vi i innløsningssituasjonen med et seksjonert boligsameie å gjøre hvor leilighetseierne er beboere av leilighetene og kan gjøre innløsningsrett gjeldende for seg kollektivt gjennom boligsameiet i henhold til tomtefesteloven § 32.

Vederlagsreglene ville normalt fulgt av tomtefesteloven § 37 og gitt rett for grunneier til å kreve innløsningsvederlaget satt til 40% av råtomtverdien (som for 4 C og D ville vært kr. 3.600.000 i 2006), men det er her instruksen av 14. september 2007 (med virkning fra 1. juli 2008) griper inn og i prinsippet gir fester av 4 A og B en gunstigere posisjon enn det som følger av loven.

Eier av grunnen/bortfester vil normalt kunne gi fester gunstigere innløsningsvilkår enn det som følger av loven. Dette er en side av at grunneier/bortfester selv disponerer over sine formuesgoder, - og da også slik at man kan la en fester innløse til en lavere pris enn det man som

grunneier/bortfester ellers ville ha kunnet kreve med hjemmel i tomtefesteloven § 37. Et spørsmål i vår sak vil i så måte i utgangspunktet være hvorvidt Universitetet som grunneier og bortfester må avfinne seg med å bli instruert av regjeringen til å akseptere et innløsningsvederlag som er mindre enn det som følger av loven (tomtefesteloven § 37 første ledd annet punktum), jf. det som ovenfor er nevnt vedrørende tolkning av universitetsloven og forholdet til Grunnloven § 19. Under de konkret foreliggende omstendigheter i vår sak vil det imidlertid ikke være hensiktsmessig å sette disse rettslige spørsmål "på spissen", og Universitetet bør akseptere et innløsningsvederlag i tråd med instruksen lik 30 ganger gjeldende festeavgift (indeksregulert på innløsningstidspunktet), selv om tomtefesteloven for sitt vedkommende gir grunneier/bortfester rett til å kreve innløsningsvederlaget satt til 40 % av råtomtverdien når festekontrakten etter sitt avtalte innhold er tidsavgrenset, slik som her.

Et moment i denne forbindelse er at fester under de foreliggende omstendigheter, med en gjeldende årlig festeavgift på ca. kr. 16.000, uansett rent faktisk ikke vil være interessert i en innløsning hvis den skulle måtte skje til 40 % av råtomtverdien. En innløsning til 30 ganger gjeldende festeavgift gir imidlertid en kapitaliseringsrente på 3,33 % med mulighet for Universitetets vedkommende til større årlig avkastning ved alternativ plassering.

Et annet moment er den forliksavtale som ble inngått i 1993 for Observatorie Terrasse 4 A og B. Det fremgår av saksdokumentasjonen at Universitetet i 1992 krevet en høyere festeavgift av boligsameiet Observatorie Terrasse 4 (seksjonert i 1987) enn det som fulgte av den ovenfor gjengitte reguleringsklausul i pkt. 3 i festeavtalen fra 1935. Universitetets nye festeavgift var basert på krav om avtalerevisjon på grunnlag av avtaleloven § 36. Sameiet Observatorie Terrasse 4 bestred imidlertid kravet, men partene besluttet å inngå en minnelig avtale for å unngå en rettslig prosess. Forliksavtalen er signert den 20. mai 1993 og det følger av dens punkt 3 at festeavgiften for dette år ble satt til kr 13 062,50 med senere regulering i henhold til konsumprisindeks innenfor rammen av forskriftene om regulering av festeavgifter. Avslutningsvis heter det imidlertid i forlikasvtalens punkt 4:

" Hver av partene kan si opp denne avtale med tre måneders skriftlig varsel. I så fall reduseres festeavgiften til kr. 3.437,50 (kroner tretusenfirehundreogtrettisyv 50/100) pr. år med adgang til oppregulering etter festekontraktens pkt. 3, og med adgang til å kreve festekontraktens bestemmelser satt til side ved domstolene i den utstrekning dette måtte være hjemlet.

Hverken inngåelsen av denne avtale eller noen av denne avtales bestemmelser kan påberopes i noen retning av noen av sakens parter ved en eventuell senere rettslig eller utenomrettslig prøving av rettmessigheten eller rimeligheten av bortfesters reguleringskrav."

Det foreligger således både en opprinnelig avtale og en etterfølgende avtale om regulering av festeavgiften, og som begge stiller fester bedre enn instruksens hovedregel om konsumprisindeksregulering av opprinnelig festeavgift. Avtale som stiller festeren bedre enn instruksens (og lovens) hovedregel, blir bestemmende, jf. gjengivelsen av instruksen i annet avsnitt på side 2 ovenfor og tomtefesteloven § 15 første ledd tredje punktum (gjengitt nedenfor).

En situasjon hvor Universitetet motsetter seg innløsningskravet fra Sameiet Observatorie Terrasse 4, vil videre lett kunne tenkes å foranledige at fester sier opp avtalen fra 1993 med tre måneders varsel, slik at den årlige festeavgiften blir kr 3 437,50 med den reguleringsbegrensning som følger av festeavtalens punkt 3 (maksimalt 10% hvert 30. år av opprinnelig festeavgift). Denne reguleringsbestemmelse vil etter tomtefesteloven § 15 første ledd tredje punktum bli lagt til grunn, jf. lovens formulering:

"Har partane tvillaust avtalt at festeavgifta skal stå uendra, eller har dei avtalt ei lågare regulering enn det som fylgjer av endringa i pengeverdien, gjeld denne avtala istaden."

Det er liten grunn til å tro at Universitetet vil kunne nå frem med et søksmål om avtalerevisjon basert på avtaleloven § 36. Slik revisjon ville kunne tenkes hvis festeavtalen ikke hatt bestemmelser om festeavgiftsregulering, ut fra den betraktning at partene ikke hadde overskuet behovet for regulering av nominelle verdier fremover da festeavtalen ble inngått. Annerledes stiller det seg imidlertid når partene har vært eksplisitte med hensyn til reguleringsbestemmelsen i festeavtalen. Risikoen for å måtte leve med en festeavgift på kr. 3.437,50 underlagt den reguleringsbegrensning som følger av festeavtalens pkt. 3, ville således være betydelig ved en oppsigelse av forliksavtalen fra 1993.

Det er videre grunn til å være seg bevisst den bebudede proposisjon om endring av tomtefestelovens bestemmelser vedrørende innløsningsvederlag. Justisdepartementets høringsnotat fra desember 2007, og som utgjør basis for den bebudede proposisjon, inneholder fem alternative forslag og hvor tre av dem har det til felles at 40%-regelen for tidsavgrensede festekontrakter fjernes. Forskjellen mellom disse tre alternativer er at innløsningsvederlaget eventuelt settes til henholdsvis 30, 25 eller 20 ganger oppregulert festeavgift på innløsningstidspunktet.

Regjeringen og Stortinget har fått rettslig ryggdekning i Høyesteretts plenumsdommer fra 21. september 2007 til å redusere innløsningsvederlaget for alle festetomter, enten festekontraktene etter sitt avtalte innhold er tidsavgrensede eller tidsuavgrensede, til 20 ganger oppregulert festeavgift (eller mer presist til ordinær kapitalisering av festeavgiften som i praksis vil skje med 5% kapitaliseringsrente, jf. også Høyesteretts senere dom om kapitaliseringsrente inntatt i Rt. 2008 side 195, se særlig premiss 93). Verdien av grunneiers/bortfesters rettsposisjon anses som følge av plenumsdommene for å tilsvare kapitalisert nåverdi av en tidsuavgrenset strøm av festeavgifter. Dette er konsekvensen av at Høyesterett i to av dommene fant tomtefesteloven § 33, hvor fester gis rett til tidsuavgrenset forlengelse av festekontrakter ved utløpet av avtalt festetid på uendrede vilkår, for å være forenlig både med Grunnloven og med Den europeiske menneskerettskonvensjonen. Det siste spørsmål er nå bragt inn for Menneskerettsdomstolen i Strasbourg, men en avgjørelse her vil uansett påregneligvis ligge flere år frem i tid, og det vil neppe være mulig for Universitetet i dag til å disponere ut fra en eventuell forventning om et bestemt utfall av saken.

Essensen i grunneiersidens anførsler under plenumssakene for Høyesterett, hvor jeg selv prosederte en av dem, var at festetomten frigjøres avtalerettslig ved utløpet av avtalt festetid, slik at grunneier/bortfester kan kreve nye vilkår ved forlengelse som kreves av fester i kraft av lov (tomtefesteloven § 33). Til grunn for disse anførsler ligger ekspropriasjonsrettslige betraktninger hvor lovinngrepet anses for å overføre rettigheter til tomten fra grunneier/bortfester til fester etter utløpet av avtalt festetid. Avtalerettslig frigjøring av tomten og rett for grunneier/bortfester til nye vilkår ved forlengelse vil også ha betydning for beregning av innløsningsvederlag når fester på et eller annet tidspunkt krever innløsning. I den situasjon hvor fester krever innløsning på det tidspunkt festekontrakten utløper og festetomten er avtalerettslig frigjort, ville grunneier/bortfester ut fra den anførte argumentasjon fra grunneiersiden under plenumssakene ha krav på et innløsningsvederlag lik tomtens (råtomtens) omsetningsverdi på innløsningstidspunktet. Dette syn på forlengelse og innløsning nådde man imidlertid ikke frem med i plenumssakene for Høyesterett.

Risikoen på grunn av den bebudede proposisjon i kjølvannet av plenumsdommene er betydelig for at bortfestere, og dermed også Universitetet, må forholde seg til mer ugunstige

innløsningsvederlagsregler i relativt nær fremtid enn det som følger av gjeldende § 37 i tomtefesteloven, uten at det i dag er mulig å si hvordan reglene vil komme til å se ut.

Som nevnt ville festerne ut fra de rådende forhold rent faktisk avstått fra innløsning og heller fortsatt festeforholdet i en situasjon hvor Universitetet hadde krevet vederlaget satt til 40 % av råtomtverdien i henhold til någjeldene tomtefestelovs alminnelige regler i § 37. Vi vil her også minne om at festerne har en angrerett i tomtefesteloven § 38 siste ledd når innløsningssummen eventuelt er endelig fastsatt ved skjønn. Således vil en tvist basert på den anførsel fra Universitetet at festekontrakten er tidsbegrenset og derfor etter tomtefestelovens regler gir rett til et innløsningsvederlag lik 40 % av råtomtverdien, uansett lett bli av teoretisk art.

Det vil for øvrig kunne tenkes en anførsel fra fester om at festekontrakten er å anse som tidsuavgrenset grunnet forlengelsesbestemmelsen i punkt 2 annet, tredje og fjerde punktum. Fester har her i utgangspunktet en avtalemessig rett til å kreve festet fornyet for 30 år av gangen. Universitetet kan imidlertid ifølge festeavtalen med ett års varsel før festeperiodenes utløp gi meddelelse om at festet ikke vil bli fornyet, og hvor fester ifølge festeavtalen må fjerne bygningene hvis ikke annen avtale treffes mellom partene. Etter vår vurdering må den avtalte adgang for Universitetet til å motsette seg den forlengelse som fester i utgangspunktet har rett til, være avgjørende for hvorvidt festekontrakten etter sitt avtalte innhold kan anses for å være tidsavgrenset eller tidsuavgrenset. Vi anser festekontrakten for å være tidsavgrenset, slik at 40%-regelen i prinsippet og i utgangspunket gjelder, men hvor altså instruksen likevel setter vederlaget til et lavere beløp. Vi tilføyer for ordens skyld at ryddeklausulen i festeavtalen ville Universitetet ikke kunne nå frem med.

Vi har forstått det slik at Sameiet Observatorie Terrasse 4 er innstilt på å betale et innløsningsvederlag tilsvarende 30 ganger gjeldende festeavgift på ca. kr 16 000 pr. år, hvilket gir et innløsningsvederlag i størrelsesorden kr 480 000. Rent pragmatisk bør dette sammenholdes med muligheten for oppsigelse av forliksavtalen fra 1993 i tilfelle av en konflikt og perspektivene med hensyn til fremtidige vederlagsregler og den risisko som foreligger for at vederlagsreglene blir mer ugunstige for bortfester ved at mulitplikatoren reduseres (og skillet i § 37 mellom tidsavgrensede og tidsuavgrensede festekontrakter uansett fjernes). Rent strategisk er det kanskje noe overraskende at ikke festersiden selv aktivt tenker langs disse linjer.

Ut fra en samlet vurdering av de konkrete saksforhold anser vi det som fornuftig at Universitetet aksepterer en innløsning mot et vederlag i størrelsesorden kr 480 000, og at dette formaliseres uten ugrunnet opphold.

Vi bemerker for øvrig at tomtefesteloven har en bestemmelse i § 38 annet ledd hvor det heter at festeren bærer *"alle kostnader som frådeling og heimelsoverføring fører med seg, om ikkje anna fylgjer av det som er avtalt"*. Instruksens pkt. 2 tredje ledd sier bare at bortfesteren ikke skal påberope seg § 37 første ledd første og annet punktum. Således må Universitetet kunne kreve § 38 lagt til grunn ved innløsningen av festetomten for Observatorie Terrasse 4 A og B, idet vi ikke kan se at annet er avtalt mellom partene.

Vi vil rent avslutningsvis knytte noen bemerkninger til selve innløsningstidspunktet og ettårsfristen for å kreve innløsning. Hvis man legger til grunn den opprinnelige festekontrakt datert 13. august 1935 som utgangspunkt for festeforholdet (virkning fra 15. august), vil innløsning kunne skje med virkning fra 15. august 2009 og kravet om innløsning i brevet av 13. desember 2007 er innenfor ettårsfristen. Hvis man derimot legger til grunn det særskilte festebrev for parsellen datert 15. oktober 1936 (dato omtalt i forliksavtalen av 1993 punkt 1), er innløsningskravet av 13. desember

2007 sendt for sent til at innløsning skal kunne kreves med virkning fra 15. oktober 2008 og neste tidspunkt blir da 15. oktober 2010. Vi ser det imidlertid som hensiktsmessig at Universitetet her er fleksibel med hensyn til ettårsfristen og får innløsningen formalisert.

Hvis det skulle være behov for utdypning av redegjørelsen ovenfor, gjør vi gjerne det.

Med vennlig hilsen
Advokatfirmaet Hjort DA

Sveinung O. Flaaten
Partner
Møterett for Høyesterett
sof@hjort.no