

BO-OG DRIVEPLIKT I LYS AV EØS-AVTALEN

Kandidatnr: 274

Veileder: Henrik Bull

Leveringsfrist: 26.april 2004

Til sammen 17 951 ord

23.04.04

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING	1
1.2	BAKGRUNN	2
1.3	METODE	4
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	6
<u>2</u>	<u>NÆRMERE OM DE NORSKE BO- OG DRIVEPLIKTREGLENE</u>	<u>7</u>
2.1	INTRODUKSJON	7
2.2	PRESENTASJON AV RETTSTILSTANDEN	8
2.2.1	INNLEDNING	8
2.2.2	DEN FORMELLE HOVEDREGEL	8
2.2.3	UNNTAK PÅ GRUNNLAG AV EIENDOMMENS KARAKTER	10
2.2.4	UNNTAK PÅ GRUNNLAG AV ERVERVERENS STILLING	11
2.2.5	NEDSATT KONSESJONSGRENSE	12
2.2.6	OPPSUMMERING OM BO- OG DRIVEPLIKT ETTER KONSESJONSLOVEN	12
2.2.7	BO- OG DRIVEPLIKTREGLENE I ODELSLOVEN	13
2.3	PRAKTISERINGEN AV REGLENE OM BO- OG DRIVEPLIKT	14
2.4	HENSYN BAK BO- OG DRIVEPLIKTREGLENE	15
<u>3</u>	<u>ALMENT OM EØS-AVTALENS BETYDNING FOR BO- OG DRIVEPLIKT</u>	<u>19</u>
3.1	HVORFOR ER EØS-AVTALEN OVERHODET RELEVANT FOR KJØP OG SALG AV FAST EIENDOM?	19
3.1.1	KAPITALREGLENE I EF/EØS	19
3.1.1.1	Innledning	19
3.1.1.2	Nærmere om kapitalreglenes innhold	20
3.1.2	FORHOLDET TIL ETABLERINGSRETTE	23
3.1.3	KRAV OM ET GRENSEOVERSKRIDENDE ELEMENT	25
3.1.4	EØS ART 125	26

3.2	UTFORDRINGER I FORHOLD TIL EØS-AVTALEN	28
3.2.1	RESTRIKSJONSBEGREPET	28
3.2.2	PROPORSJONALITETSPRINSIPPET	31
4	<u>NÆRMERE OM BO- OG DRIVEPLIKTREGLER SOM MULIG RESTRIKSJON</u>	34
4.1	BO- OG DRIVEPLIKT - EN HANDELSHINDRING?	34
5	<u>ALMENE HENSYN BAK BO- OG DRIVEPLIKT</u>	36
5.1	EF-DOMSTOLENS SYN PÅ KONSESJONSSYSTEMETS BEGRUNNELSE	36
6	<u>PROPORSJONALITET</u>	41
6.1	INNLEDNING	41
6.2	ALMENT OM DRIVEPLIKTENS REKKEVIDDE	41
6.3	DRIVEPLIKTENS FORHOLD TIL PROPORSJONALITETSPRINSIPPET	42
6.4	ALMENT OM BOPLIKTENS REKKEVIDDE	51
6.5	BOPLIKTENS FORHOLD TIL PROPORSJONALITETSPRINSIPPET	52
7	<u>OPPSUMMERING</u>	58
7.1	KONKLUSJONER	58
7.2	VEIEN FREMOVER	60
	LITTERATUR OG KILDER	61

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgavens problemstilling er hvorvidt regler om bo-og driveplikt kan forenes med prinsippet om fri bevegelighet for kapital i EØS-avtalen.

Regler om bo- og driveplikt finnes i dag både i konsesjonslovgivningen i forbindelse med erverv av fast eiendom, nærmere bestemt ny konsesjonslov av 28. november 2003 nr 98¹ (denne loven avløser konsesjonsloven av 31. mai 1974 nr 19), og odelsloven av 28. juni 1974 nr 58².

Konsesjonsloven er et verktøy for offentlige myndigheter for å holde kontroll med omsetningen av fast eiendom. Regelverket er imidlertid utformet slik at de fleste faste eiendommer kan erverves konsesjonsfritt.

Bo- og driveplikten står sentralt i oppgavetemaet. Det følger nærmest av ordet boplikt at erververen må ha fast bopel på eiendommen for å oppfylle plikten. Driveplikten på sin side er aktuell i de tilfeller hvor den ervervede eiendom er en landbrukseiendom. I de tilfeller hvor det er pålagt driveplikt, har erververen ansvar for at eiendommen brukes til landbruksformål. Jorden skal med andre ord holdes i hevd. Bo- og driveplikten spiller inn på flere måter i konsesjonslovgivningen. I første rekke fungerer den som vilkår for å oppnå konsesjonsfrihet, men den spiller også en rolle som mulig vilkår for å gi konsesjon.

Bo- og drivepliktreglene berører omsetningen av fast eiendom. Spørsmålet er om denne lovgivningen strider med EØS-avtalen, nærmere bestemt EØS art 40 hvor prinsippet om fri bevegelighet for kapital er nedfelt. Hva som kan defineres som kapital i henhold til

¹ Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom.

² Lov om odelsretten og åsetesretten.

art 40 er ikke klart avgrenset. Et vedlegg til kapitalliberaliseringsdirektivet³ som utfyller EØS art 40, inneholder en liste over disposisjoner som skal regnes som kapitalbevegelser. Likevel kan det oppstå avgrensningsspørsmål mot de andre frihetene. Fri bevegelse for kapital omfatter først og fremst typiske investeringer. EF-domstolen har i sin rettspraksis⁴ slått fast at kjøp og salg av fast eiendom omfattes av reglene for fri bevegelse av kapital.

1.2 Bakgrunn

Hvorvidt de norske bo- og drivepliktreglene er i samsvar med EØS-avtalen har blitt en akutt problemstilling etter at EF-domstolen avsa dom i den såkalte Ospelt-saken 23. september 2003⁵.

Saken dreide seg om en liten landbrukseiendom (ca 43 dekar) beliggende i Østerrike. Eieren, Margarethe Ospelt, bodde på eiendommen, men var statsborger i Liechtenstein. Eiendommen bestod av land- og skogbruksarealer. I tillegg lå det et slott på eiendommen, noe som antagelig medførte at eiendommens omsetningsverdi var høy i forhold til størrelsen. Ospelt overførte av arvemessige grunner eiendommen til en stiftelse registrert i Liechtenstein. Stiftelsens førstebegunstigede var Margarethe Ospelt.

I følge de østerrikske delstatsreglene var eiendommen underlagt konsesjonsplikt. Stiftelsen fikk avslag på konsesjonssøknaden. Avslaget skyldtes at stiftelsen ikke kunne oppfylle de lovbestemte konsesjonsvilkårene, jfr dommens premiss 13 som gir en oversikt over den aktuelle bestemmelsen. Disse vilkårene gikk ut på at erververen for det første måtte drive eiendommen selv og for det andre ha fast bopel på eiendommen. Siden erververen var en stiftelse kunne den av naturlige grunner ikke oppfylle bokravet. Stiftelsen oppfylte heller ikke driveplikten da jordveien var bortleid til to nabobønder som skulle fortsette å leie av stiftelsen. Reglene oppstilte et snevert unntak for de

³ Dir 88/ 361, kapitalliberaliseringsdirektivet av 1988 er en del av EØS-avtalen gjennom vedlegg XII. Se nærmere om dette under punkt 1.3.

⁴ Jfr sag C-222/97, sag C-302/97, forende sager C-515/99, C-519/99 - C-524/99 og C-526/99 - C-540/99 og sag C-423/98.

⁵ Sag C-452/01 Margarethe Ospelt og Schlössle Weissenberg Familienstiftung mod Østrig (*Ospelt*).

tilfeller hvor ervervet ikke kom i strid med hensynet til opprettholdelsen og etableringen av et økonomisk selveie for små og mellomstore bruk.

Vedtaket ble anket administrativt, men anken førte ikke fram. Begrunnelsen var at stiftelsen ikke oppfylte driveplikten da den ikke hadde til hensikt å drive landbruk for egen regning på eiendommen. Videre ville en slik tillatelse stride med hensynet til opprettholdelse og etablering av små og mellomstore landbruksbedrifter, jfr *Ospelt* premiss 19. Ospelt og stiftelsen anla etter dette sak for nasjonal domstol.

EF-domstolens behandling av saken var av prejudisiell art, dommen avklarte således spørsmål knyttet til EF-retten og EØS-avtalen før dom i nasjonal domstol.

EF-domstolen vurderte hvorvidt de østerrikske konsesjonsvilkårene var i strid med kapitalbevegelsesreglene.

Domstolens konklusjon var at ordninger med krav om forutgående tillatelse ved erverv av fast eiendom i utgangspunktet kan være en lovlig restriksjon på kapitalens frie bevegelighet. Imidlertid fant domstolen at det ikke var forenelig med prinsippet om fri bevegelighet for kapital at tillatelsen alltid avslås i de tilfeller hvor erververen enten ikke bor på eiendommen eller ikke driver næring der. Domstolen kom til at konsesjonsnektelsen i dette tilfellet utgjorde en ulovlig restriksjon på kapitalens frie bevegelighet.

Domstolens nærmere begrunnelse er ikke klar, men synes å være forankret i de konkrete og nokså spesielle omstendigheter i saken. Lovens formål var å opprettholde og etablere levedyktig landbrukserverv særlig for små og mellomstore bruk. I dette tilfellet slo regler som i utgangspunktet skal virke positivt på landbruksnæringen, faktisk negativt ut. Dersom stiftelsen ikke fikk konsesjon, og kravet var at den som ble eier måtte drive eiendommen selv, kunne dette få negative konsekvenser for de bøndene som hittil hadde drevet jord- og skogbruksarealene på eiendommen, ved at de ikke lenger kunne leie disse arealene. Dersom alternativet til å selge til stiftelsen ble å selge eiendommen på det åpne marked, ville den antagelig bli omsatt for betydelig mer enn det var forsvarlig å betale ut fra hva man kan tjene på landbruksarealet, ettersom det fulgte et slott med på kjøpet. Resultatet kunne da bli at de bøndene som tidligere hadde leid

landbruksarealene kunne miste næringsgrunnlaget sitt fordi de ikke hadde anledning til å kjøpe hele eiendommen.

Ospelt er den første dommen hvor det tas stilling til hvorvidt bo- og driveplikt i forbindelse med erverv av landbrukseiendom er forenelig med prinsippet om fri kapitalbevegelse. Det finnes imidlertid dommer om boplikt alene, jfr *Konle*⁶ og *Reisch m fl*⁷.

Ospelt har både i juridisk fagmiljø, politiske kretser og andre interessegrupper skapt grobunn for diskusjon rundt bo- og drivepliktreglene i den norske konsesjonslovgivningen.

1.3 Metode

Jeg skal i det følgende drøfte hvorvidt de någjeldende bo- og drivepliktreglene er på linje med de regler Norge har forpliktet seg til å følge etter EØS-avtalen. Mitt perspektiv er altså å vurdere hvordan de norske reglene ville stått seg dersom EFTA-domstolen i en konkret sak skulle tatt stilling til de norske reglene i forhold til EØS-avtalen.

Problemstillinger som berører regler både på EU-nivå og på nasjonalt nivå kan by på utfordringer rent metodisk⁸. Ved tolkningen av de norske bo- og drivepliktreglene må imidlertid norsk juridisk metode legges til grunn⁹.

EFTA-domstolen kan i likhet med EF-domstolen avgjøre tvister vedrørende EØS-avtalen. EFTA-domstolen behandler EØS-spørsmål som oppstår i EFTA-landene, mens EF-domstolen blant annet behandler EØS-spørsmål som dukker opp i EU. EØS-avtalen inneholder i stor grad avskrift av sentrale deler av EF-traktaten¹⁰. Domstolene er i utgangspunktet uavhengige av hverandre. I praksis vil imidlertid

⁶ Sag C-302/97 Klaus Konle mod republikken Østrig (*Konle*).

⁷ Forenede sager C-515/99, C-519/99 – C-524/99 og C-526/99 – C-540/99 (*Reisch m fl mod Østrig*).

⁸ For en mer utførlig drøftelse av metodespørsmålet se Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, kapittel 2 og Fredrik Sejersted m fl: *EØS-rett*, del IV kap 13.

⁹ Jfr Eckhoff: *Rettskildelære*.

¹⁰ Romatraktaten 1957, Traktat om opprettelse av Det europeiske fellesskap

EF-domstolens rettspraksis ha bestemmende innflytelse over EFTA-domstolens tolkning av EØS-avtalen. Dette kommer blant annet til uttrykk i EØS art 6.

I henhold til EØS art 6 skal EØS-avtalens bestemmelser så langt de er identiske med EF-traktatens bestemmelser, tolkes i samsvar med relevant rettspraksis fra EF-domstolen. Bestemmelsen inneholder den begrensning at det kun er rettsavgjørelser truffet før undertegnelsen av EØS-avtalen som er relevant.

EØS art 6 suppleres imidlertid av ODA¹¹ art 3 annet ledd som bestemmer at det ved tolkningen av EØS-avtalen også skal tas tilbørlig hensyn til EF-domstolens rettsavgjørelser som er truffet etter undertegnelsen av EØS-avtalen.

Med andre ord kan og bør EFTA-domstolen ta relevant EF-praksis i betraktning ved tolkningen av EØS-avtalen uavhengig av hvilket tidspunkt praksisen stammer fra.

I EF-retten står rettspraksis sterkt som den sentrale rettskilde ved siden av traktatteksten ved tolkning av de grunnleggende traktatene. Det er derfor både legitimt og nødvendig å legge vekt på relevant rettspraksis fra EF-domstolen i den videre fremstilling av drøftelsen.

I denne oppgaven er hovedsaklig EØS-avtalen art 40 av interesse. Denne bygger på den tidligere bestemmelsen i EF art 67 nr 1. Denne ble avløst ved Maastricht-traktaten¹² av art 73B nr 1 som igjen ble avløst ved Amsterdamtraktaten av den nåværende art 56 nr 1. Årsaken til at EØS-bestemmelsen bygger på EF art 67 nr 1 og ikke de senere bestemmelser skyldes dels at EØS-avtalen var ferdigforhandlet før Maastrichttraktaten var klar, og dels at den nåværende EF art 56 nr 1 er mer omfattende enn hva EØS-avtalen legger opp til. F eks inneholder EF art 56 nr 1 ny liberalisering i forhold til tredjeland. Dette aspektet ligger utenfor EØS-avtalens virkeområde.

Selv om EU har videreutviklet seg etter inngåelsen av EØS-avtalen slik at regelverket ikke lenger er helt identisk på papiret, er kapitalliberaliseringsdirektivet av 1988 i

¹¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol

¹² Unionstraktaten, undertegnet i Maastricht 7. februar 1992

praksis på mange måter felles for EØS art 40 og EF art 56 nr 1. Dette direktivet er gjort til del av EØS-avtalen gjennom vedlegg XII og det brukes av lovanvendere i EU som veiledning for hva formuleringen om de frie kapitalbevegelser i art 56 nr 1 omfatter. Dette bidrar til at reglene bevarer sin likhet, i allefall på EØS-avtalens virkeområde, og det gjør det også legitimt og nødvendig å støtte seg til også nyere praksis fra EF-domstolen når spørsmål innenfor EØS-området om fri bevegelse for kapital skal løses.

I *Ospelt* viser EF-domstolen sitt syn på dette. Selv om saken rent faktisk reiser spørsmål knyttet til EØS art 40, bruker EF-domstolen først og fremst EF art 56 i drøftelsen. Dette gjøres selv om EØS art 40 ikke direkte bygger på EF art 56 (jfr ovenfor). EF-domstolen synes å mene at det ikke har noen betydning, i allefall ikke i forhold til bo- og drivepliktreglene. Dette viser at kapitalbevegelsesreglene i henholdsvis EU og EØS praktisk talt er like innenfor EØS-avtalens virkeområde.

1.4 Den videre fremstilling

For å få et fundament for den videre drøftelsen presenteres de norske bo- og drivepliktreglene nærmere i det neste kapitlet (kapittel 2). Den grunnleggende problemstillingen er deretter hvorfor EØS-avtalen overhodet er relevant for de norske bo- og drivepliktreglene. Dette behandles i kapittel 3. I de påfølgende kapitlene går drøftelsen over i konkrete spørsmål i forhold til EØS-avtalen. Aktuelle problemstillinger her er hvorvidt bo- og drivepliktreglene må betegnes som handelshindrende restriksjon i forhold til EØS-avtalen, hvilke almene hensyn som eventuelt begrunner bo- og drivepliktreglene og hvorvidt reglene oppfyller det gjeldende proporsjonalitetskravet. Dette behandles henholdsvis i kapitlene 4, 5 og 6. Kapittel 7 inneholder oppsummering og konklusjon.

2 Nærmere om de norske bo-og drivepliktreglene

2.1 Introduksjon

I Norge foregår omsetning av formuesgjenstander på basis av prinsippet om avtalefrihet og det faktum at partene selv som utgangspunkt råder fullt og helt over den aktuelle eiendel. Hovedregelen er altså at eieren av et formuesgode kan overdra dette til den han måtte ønske, og etter overdragelsen får erververen full disposisjonsrett over formuesgodet. Myndighetene har imidlertid funnet det nødvendig i en viss utstrekning å regulere erverv av formuesgodet fast eiendom for å kunne imøtekomme bestemte samfunnsbehov. Dette innebærer at selv om avtalen er gyldig privatrettslig sett, kan resultatet likevel bli at erververen ikke kan sitte med eiendommen fordi han ikke får konsesjon. En annen mulighet er at erververens disposisjonsfrihet blir innskrenket ved at det gis konsesjon på vilkår.

Erverv av fast eiendom er først og fremst regulert av den nye konsesjonsloven av 28. november 2003. Konsesjonsloven gjelder i forhold til alle typer fast eiendom, med unntak for slike erverv som omfattes av annen konsesjonslovgivning, jfr konsesjonsloven § 2.2. Bo- og driveplikt er en del av konsesjonslovgivningens system¹³.

Også odelsloven av 28. juni 1974 nr 58 inneholder regler om bo- og driveplikt. Odelsloven er ingen konsesjonslov, den omhandler regler som kommer til anvendelse på landbrukseiendommer beheftet med odelsrett. Bo- og drivepliktreglene i odelsloven behandles særskilt i punkt 2.2.5.

¹³ For litteratur om konsesjonsspørsmål se f eks Falkanger: *Tingsrett*, § 42. I denne fremstillingen henvises det videre til blant annet Austenå: *Konsesjonsreglane for fast eigedom* og Falkanger: *Eierrådighet*. Se for øvrig Falkanger: *Konsesjon og boplikt for boligeiendommer* (LoR nr 7 2003).

Konsesjonslovens utgangspunkt er at den stiller krav om konsesjon ved erverv av fast eiendom, jfr konsl § 2. Konsesjon er en form for tillatelse. Dette innebærer at erververen er avhengig av at offentlige myndigheter samtykker i hans erverv. Konsesjon gis med eller uten vilkår når erververen oppfyller bestemte kriterier. I bestemte tilfeller kan erververen slippe å søke om konsesjon på eiendom som ellers ville vært konsesjonsbelagt. Jeg vil komme nærmere tilbake til når konsesjonsfrihet er aktuelt. Ved konsesjonsfrihet kan likevel bo- og drivepliktreglene komme inn i bildet. På denne måten forsøker staten å kontrollere at eiendomsomsetningen ikke gir utslag som er lite ønskelige ut fra et videre samfunnsperspektiv.

Loven gir tilsynelatende det offentlige en sentral rolle i omsetningen av fast eiendom. Imidlertid opereres det med vide unntak fra konsesjonsordningen slik at mange eiendommer kan omsettes konsesjonsfritt.

Etter den nye konsesjonsloven er kretsen av eiendommer underlagt konsesjonsplikt ytterligere begrenset i forhold til tidligere konsesjonslov. Hvordan reglene mer presist er utformet behandles under neste punkt.

2.2 Presentasjon av rettstilstanden

2.2.1 Innledning

En erverver av en fast eiendom vil i enkelte tilfeller bli pålagt både boplikt og driveplikt. Dette er vanlig ved erverv av landbrukseiendom. Konsesjonsloven gir imidlertid også adgang til å oppstille ren boplikt. Dette er et aktuelt virkemiddel for å sikre en stabil fast bosetting i bestemte områder. For å kunne presentere reglene om boplikt og driveplikt på en god måte, har jeg valgt et noe videre perspektiv i dette avsnittet ved å se på konsesjonslovens regler i sammenheng.

2.2.2 Den formelle hovedregel

Hovedstrukturen i lovgivningen er som nevnt tidligere, at alt erverv av fast eiendom er betinget av konsesjon. I følge konsl § 2.1 "*kan fast eiendom ikke erverves uten tillatelse av Kongen (konsesjon)*". Utgangspunktet er altså at den som erverver en fast eiendom må søke om samtykke til sitt erverv. Beslutningsmyndigheten for slike saker er etter den

nye loven lagt til kommunene. Dette er i og for seg forutsatt i konsl § 12, men en eksplisitt kompetansehjemmel for henholdsvis førsteinstans og klageinstans inneholder loven ikke. Hvorvidt det foreligger gode nok grunner til å samtykke i ervervet, beror på en konkret skjønnsmessig vurdering med utgangspunkt i de formål loven søker å fremme. Lovens formål er først og fremst opplistet i § 1, disse vil jeg komme tilbake til blant annet under punkt 2.4.

Lovens § 11 gir uttrykkelig hjemmel for å sette vilkår for konsesjon.

Det følger for øvrig av alminnelig forvaltningsrett at forvaltningsorganet har adgang til å sette vilkår for et ellers begunstigende vedtak for søkeren. Vilkårene må antagelig være formålsfremmende eller i allefall nøytrale i forhold til lovens formål. Vilkår som derimot direkte eller indirekte motarbeider lovens formål, kan det ikke være rom for. Likeledes kan antagelig heller ikke vilkår som er for inngripende eller uforholdsmessig tyngende for konsesjonssøkeren godtas. Disse holdepunktene må antagelig gjelde også i de tilfeller hvor det foreligger uttrykkelig lovhjemmel til å sette vilkår.¹⁴

Slik loven er organisert, er det verdt å merke seg at bo- og driveplikt ikke er vilkår for å gi konsesjon. Tvert imot er lovens system slik at disse reglene først og fremst er aktuelle for å unngå konsesjonsbehandling; oppfyllelse av bo- og driveplikten kan være en forutsetning for konsesjonsfrihet. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til nedenfor. Imidlertid er det ikke nødvendigvis noe i veien for å sette bo- og driveplikt som vilkår for konsesjon.

Den tradisjonelle oppfatningen har vært at bare fysiske personer kan få konsesjon på landbrukseiendom. Juridiske personer kan jo ikke oppfylle personlig boplikt. Dagens konsesjonslov oppstiller ingen generell regel om hvem som kan få konsesjon, imidlertid er det slått fast i konsl § 9.3 at selskaper med begrenset ansvar kan få konsesjon på landbrukseiendommer. Dersom selskapet blir pålagt boplikt, må denne i tilfellet være

¹⁴ Jfr blant andre Eckhoff/ Smith: *Forvaltningsrett*, kap 16: "Adgangen til å sette vilkår som medfører plikter".

upersonlig. Dette betyr at boplikten oppfylles ved at selskapet sørger for at noen til enhver tid har fast bopel på eiendommen.

Selv om konsesjonsbehandling kan se ut til å være den formelle hovedregel, er unntakene såvidt omfattende at de fleste eiendommer i praksis kan omsettes konsesjonsfritt. Konsesjonsloven oppstiller to hovedkategorier av unntak fra konsesjonsordningen.

2.2.3 Unntak på grunnlag av eiendommens karakter

Lovens § 4 oppstiller unntak begrunnet i eiendommens karakter.

Bestemmelsens første ledd er delt inn i ulike kategorier av fast eiendom som av ulike årsaker er fritatt fra konsesjonsbehandling. Unntakene er hovedsaklig begrunnet i størrelsen på eiendommen og beliggenhet i forhold til kommunale reguleringsplaner med videre. Loven gjør forskjell på om det dreier seg om ubebygd tomt eller bebygd eiendom.

Når det gjelder ubebygde enkelttomter, er unntaket svært omfattende. Alle tomter beliggende i områder som er definert som byggeområde i blant annet kommunens reguleringsplan kan erverves konsesjonsfritt, jfr konsl § 4.1 nr 2. Denne friheten er litt mer begrenset for tomter utenfor slikt område; her er forutsetningen for konsesjonsfritt erverv at tomten er under to dekar og at den er "*godkjent fradelt etter plan- og bygningsloven og jordloven*", jfr konsl § 4.1 nr 1.

Konsl § 4.1 nr 3 bestemmer videre at også ubebygd areal som omfatter mer enn én enkelttomt, kan erverves konsesjonsfritt. Forutsetningen er at arealet ikke er på område avsatt til landbruksformål, eller at arealet er lagt ut som byggeområde.

Bebygde eiendommer under 100 dekar erverves konsesjonsfritt dersom "*ikke mer enn 20 dekar av arealet er fulldyrket*", jfr § 4.1 nr 4¹⁵. Den øvre grensen er her justert i forhold til konsesjonsloven av 1974 som opererte med en grense på totalt 20 dekar for konsesjonsfrihet. Konsekvensen av denne endringen er at mange mindre bebygde eiendommer som likevel er større enn den vanlige boligtomt, nå går klar av konsesjonsordningen. Dette vil typisk gjelde for småbruk og mindre gårder. I disse tilfellene er altså bo- og driveplikt uaktuelt etter konsesjonsloven. Imidlertid er bo- og driveplikt aktuelt dersom eiendommen er ervervet på bakgrunn av odelsrett, jfr odl § 27.

Dersom man ser den formelle hovedregelen i sammenheng med de vide unntakene, er det altså de middels store og større bebygde eiendommer som i første rekke er underlagt konsesjonsplikt. Dette vil typisk være landbrukseiendommer, enten større skogseiendommer eller større jordbrukseiendommer, eventuelt en kombinasjon av disse. Imidlertid kan også andre bebygde eiendommer være omfattet av konsesjonsplikten.

2.2.4 Unntak på grunnlag av erververens stilling

Videre er det gitt unntak fra hovedregelen på grunnlag av erververens stilling, jfr konsl § 5. Bestemmelsen lister opp ulike grupper som er fritatt for konsesjonsplikt. For oppgavens formål er først og fremst første ledd nr 1 av interesse.

Denne bestemmer at dersom eiendommen overdras til en viss krets av personer, som med en samlebetegnelse kan kalles eierens nærstående, kan dette skje konsesjonsfritt. Hvem som kan oppnå konsesjonsfrihet etter denne regelen, er listet opp i § 5.1 nr 1:

"...eierens ektefelle, eller er i slekt med eieren eller eierens ektefelle i i rett oppstigende eller nedstigende linje eller i eierens eller ektefellens første sidelinje til og med barn av søsken, eller er i svogerskap med eieren i rett oppstigende linje, ..."

¹⁵ Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) Om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv, kapittel 16: "De landbruksfaglige definisjonene som er lagt til grunn for økonomisk kartverk må legges til grunn ved avgrensningen av hvilke arealer som i praksis må anses som fulldyrka mark."

Dersom eiendommen er over konsesjonsgrensen på 100 dekar, og erververen er en nærstående etter første ledd nr 1, er det et tilleggsvilkår for konsesjonsfrihet at erververen oppfyller bo- og driveplikt etter konsl § 5.2.

I følge konsl § 5.1 nr 2 er også den som er odelsberettiget til en eiendom fritatt fra konsesjonsplikt etter konsesjonsloven. Imidlertid følger bo- og driveplikten av odelsloven § 27. Se neste punkt for en nærmere presentasjon av bo- og drivepliktreglene i odelsloven.

2.2.5 Nedsatt konsesjonsgrense

I enkelte tilfeller kan det være behov for å føre ytterligere kontroll med omsetningen av fast eiendom enn det som følger av de reglene som så langt har blitt presentert.

Konsl § 7 gir hjemmel til å sette konsesjonsgrensen etter § 4.1 nr 4 ut av kraft. Dette må skje i forskrifts form. Slik forskrift kan bare fastsettes etter anmodning fra den enkelte kommune og den må kunne begrunnes i bosettingshensyn, jfr § 7.6.

Konsesjonsgrensen kan bare settes ut av kraft i forhold til enkelte typer eiendom.

Nærmere bestemt er dette eiendommer som har bebyggelse som er eller har vært brukt til helårsbolig eller eiendom hvor bebyggelsen ikke er tatt i bruk som helårsbolig, herunder eiendom hvor bebyggelsen er under oppføring i område som er regulert til boligformål, jfr § 7 nr 1 og 2.

En nedsetting av konsesjonsgrensen på denne måten innebærer at den som vil erverve eiendom som er berørt av forskriften i utgangspunktet må søke om konsesjon. Imidlertid oppstilles det unntak fra konsesjonsplikten når erververen forplikter seg til at enten han eller andre skal ha fast bopel på eiendommen, jfr konsl § 7.3. Loven oppstiller altså en upersonlig boplikt som gjelder så lenge erververen står som eier av eiendommen.

2.2.6 Oppsummering om bo- og driveplikt etter konsesjonsloven

Bo- og driveplikt oppstilles altså for det første som vilkår for konsesjonsfrihet etter konsl § 5.1 jfr § 5.2. Når eiendommen omsettes på det åpne marked, kan bo- og driveplikt for det andre opptre som vilkår for å få konsesjon på eiendommer større enn 100 dekar, jfr motsetningsvis konsl § 4.1 nr 4. Fremstillingen har også vist at ved erverv

av fast eiendom i bestemte områder, pålegges boplikt når det foreligger en forskrift som nedsetter konsesjonsgrensen. I de to siste tilfellene berører bo- og drivepliktreglene omsetningen av fast eiendom på det åpne marked hvor man lettest kan tenke seg at noen vil påberope seg at bo- og driveplikt ikke er forenelig med EØS-avtalen.

2.2.7 Bo- og drivepliktreglene i odelsloven

Som nevnt innledningsvis er det ikke bare konsesjonsloven som oppstiller bo- og driveplikt, også odelsloven (odl) oppstiller regler om dette. Odelsloven regulerer de særlige rettsforhold som gjør seg gjeldende i forbindelse med odelsrett og åsetesrett. Odelsretten innebærer en særskilt fortrinnsrett til en landbrukseiendom for den slekten som har hatt langvarig tilknytning til den. Åsetesretten er en rett for den med best odelsrett til å ta over eiendommen på skifte etter eierens død.

Odelsretten kan anvendes i de tilfeller hvor eiendommen skal skifte eier. Når eieren av eiendommen dør, kan de odelsberettigede arvingene i prioritert rekkefølge kreve å få overta eiendommen i henhold til åsetesretten, jfr odl §§ 51 og 52. Når eiendommen legges ut for ordinært salg eller tvangssalg, kan likeledes de som har odelsrett kreve eiendommen gjennom en såkalt løsnings sak, jfr odl §§ 19 og 40 jfr kap XIV. Et prioriteringssystem bestemmer hvem som har best odelsrett innad i slekten, jfr §§ 12 og 8.

Når erververen av en eiendom har odelsrett til den, er ikke konsesjon nødvendig. Dette følger av konsl § 5.1 nr 2. Likevel må den som overtar fast eiendom på bakgrunn av odelsrett, oppfylle bo- og driveplikt. Nærmere bestemt må vedkommende bosette seg på eiendommen innen ett år og bo der og drive den i fem år dersom han har overtatt eiendommen på bakgrunn av arv, jfr odl § 27.2. Også når vedkommende har overtatt eiendommen på bakgrunn av en løsnings sak, må han oppfylle boplikt ved å bosette seg på eiendommen innen ett år. I tillegg plikter vedkommende å bo på og drive eiendommen i ti år, jfr odl § 27.1.

Bo- og driveplikten etter odelsloven skiller seg ikke særlig fra den lovbestemte bo- og driveplikt i konsesjonsloven. Omfanget av både boplikt og driveplikt er her utformet tilnærmet på samme måte. Etter odelsloven er drivepliktens varighet imidlertid redusert

for de tilfeller hvor erververen overtar eiendommen på annen måte enn ved løsnings sak, jfr odl § 27.2. i disse tilfellene varer driveplikten i fem år, ellers har driveplikten en varighet på ti år.

På tross av konsl § 5 nr 2 medfører odelsretten altså ikke noe unntak fra bo- og driveplikten. Svært mange eiendommer over 100 dekar er beheftet med odelsrett. Et slikt unntak ville derfor vært uheldig dersom man mener at bo- og driveplikt best ivaretar hensynet til landbruksnæring og fast bosetting. Grunnen til at unntaket er tatt inn i konsesjonsloven ligger nok på det lovtekniske plan. På denne måten unngår man en dobbeltbehandling av reglene.

Så lenge innholdet av bo- og driveplikten tilnærmet er den samme for odelseiendommer som for andre eiendommer, er det etter min mening ikke nødvendig å sondre mellom eiendommer som er beheftet med odelsrett og eiendommer som ikke er beheftet med slike særrettigheter. Problemstillingen er om bo- og driveplikt i seg selv er i strid med EØS-avtalen, bakgrunnen for ervervet er i denne sammenheng ikke så sentralt. Imidlertid reiser odelsretten som sådan andre interessante problemstillinger i forhold til EØS-avtalen. Oppgaven tillater etter min mening ikke en slik drøftelse, derfor avgrenses det mot disse problemstillingene i det følgende.

2.3 Praktiseringen av reglene om bo- og driveplikt

Statistikk¹⁶ fra perioden 1978 til 2001 viser at det har skjedd en økning i antall eiendomsoverdragelser. I 1978 ble ca 130 000 eiendommer omsatt mot ca 155 000 i 2001. Antall overdragelser som er gjenstand for konsesjonsbehandling har likevel ikke økt, tvert i mot har det vært en nedgang i antall konsesjonsbehandlinger. I 2001 ble 3,1% av alle eiendomsoverdragelser konsesjonsbehandlet mot 8,5% i 1978. Disse tallene viser at eiendomsomsetningen i all hovedsak foregår uavhengig av konsesjonssystemet.

Tall fra 1993 gir en pekepinn på hvor vanlig det er å sette vilkår for konsesjon. I 78, 4% av de behandlede sakene som omhandlet overdragelse av landbrukseiendom det året, ble

¹⁶ Vedlegg 2 til ot.prp. nr. 79 (2002-2003)

det stilt konsesjonsvilkår. Ved erverv av landbrukseiendom er det så vidt jeg har klart å bringe på det rene, vanlig å sette både boplikt og driveplikt som vilkår. Det er etter det jeg vet også vanlig at bo- og driveplikten i disse tilfellene får et omfang som tilsvarer bo- og driveplikten etter konsl § 5.2. Boplikten oppfylles således ved at erververen selv bosetter seg på eiendommen innen ett år, boplikten er ikke tidsbegrenset. Driveplikten innebærer at erververen må sørge for at jordveien benyttes til landbruksformål. Dersom han driver landbruk selv, fastsettes driveplikten til fem år. Dersom han leier ut jordveien, gjelder driveplikten i ti år. Boplikten er altså i utgangspunktet personlig og driveplikten er upersonlig.

Når konsesjongs grensen etter konsl § 4.1 nr 4 i medhold av forskrift settes ut av kraft på bakgrunn av bosettingshensyn, jfr konsl § 7, må erververen av eiendom som forskriften omfatter oppfylle boplikt. Denne boplikten varer i hele den perioden han står som eier. Boplikten er upersonlig. Dette betyr at erververen kan velge om han selv skal bo på eiendommen eller om andre skal ha fast bopel på den.

2.4 Hensyn bak bo- og drivepliktreglene

Konsesjonsloven griper inn i omsetningen av fast eiendom. Begrunnelsen for å ha en konsesjonslov fremgår av forarbeidene til konsesjonsloven, nærmere bestemt ot.prp. nr. 79 (2002-2003)¹⁷:

"konsesjonsloven er begrunnet ut fra at enkelte erverv kan være i strid med samfunnets behov for utnyttelse av eiendommene. Loven tar sikte på å gi et redskap som bygger opp om samfunnspolitiske mål."

Hvilke samfunnspolitiske mål det her siktes til er i all hovedsak nedfelt i lovens formålsbestemmelse som har følgende ordlyd:

"§1 (Lovens formål)

¹⁷ Ot. prp. nr. 79 (2002-2003) Om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv. kapittel 3, punkt 3.4.

Loven har til formål å regulere og kontrollere omsetningen av fast eiendom for å oppnå et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer og slike eier- og bruksforhold som er mest gagnlige for samfunnet, bl. a. for å tilgodese:

- 1. framtidige generasjoners behov.*
- 2. landbruksnæringen.*
- 3. behovet for utbyggingsgrunn.*
- 4. hensynet til miljøet, allmenne naturverninteresser og friluftsinnteresser.*
- 5. hensynet til bosettingen."*

Det sies uttrykkelig i forarbeidene¹⁸ at denne bestemmelsen danner rammen for de avgjørelser som kan tas i medhold av loven.

For landbrukseiendommer angir konsesjonsloven § 9 konkrete hensyn som skal ivaretas ved avgjørelsen av konsesjonssøknader vedrørende slike eiendommer. Disse hensynene kan for landbrukseiendommers vedkommende sees på som en presisering av formålsbestemmelsen. I følge ordlyden i § 9 er hensynet til pris, bosetting, driftsmessig hensiktsmessighet og erververens skikkethet momenter som det skal legges vekt på i vurderingen av om konsesjon skal gis.

Det følger også av forarbeidene¹⁹ at det er nødvendig å balansere mellom de ulike hensyn som loven skal fremme:

"... formålsbestemmelsen skal bygge opp under en forvaltning der både bruk og vern står sentralt. Det må legges vekt på å finne fram til en balanse mellom disse hensynene som bidrar til samfunnsmessig hensiktsmessige løsninger for eier- og bruksforhold i den konkrete saken."

Boplikt og driveplikt er sentrale virkemidler for å fremme formålene nedfelt i konsesjonsloven. For en nærmere fremstilling av reglene vises det til punkt 2.2 ovenfor.

¹⁸Ot.prp. nr. 79 kapittel 3, punkt 3.4.

¹⁹Ot.prp. nr. 79 kapittel 3, punkt 3.4.

Boplikt og driveplikt er to uavhengige plikter som ikke nødvendigvis fremmer de samme hensynene og som kan pålegges som konsesjonsvilkår uavhengig av hverandre. Begrunnelsen for disse reglene er av stor betydning ved vurderingen av hvorvidt henholdsvis boplikten og driveplikten er forenelige med EØS-avtalen.

Den tradisjonelle begrunnelsen for de lovfestede boplikten tilknyttet landbrukseiendom har vært å verne om bøndenes eiendomsrett til den jorda de dyrker og driver, og som både hjem og yrke er knyttet til. Boplikten har også blitt begrunnet med at man har foretrukket lokalt eierskap av naturressursene. Begrunnelsen for dette har vært at slikt eierskap fører til en bedre utnyttelse av ressursene, noe som kommer lokalsamfunnet til gode²⁰. På bakgrunn av den senere tids utvikling hvor stadig flere områder trues av fraflytting, har også opprettholdelse av bosettingen vært et viktig argument for boplikt.

Hensynet til bosettingen står spesielt sentralt der det i forskrift oppstilles boplikt på andre eiendommer enn typiske landbrukseiendommer, jfr konsl § 7. Grunnen til at det blir stilt krav om slik boplikt er nettopp å sikre at eiendommene ikke bare blir brukt til fritidsboliger. Boplikt på dette grunnlaget er altså mest aktuelt i områder med mye turisme for å sikre stabil bosetting også utenfor turistsesongen.

Reglene om boplikt kan også bidra til å hindre eiendomsspekulasjon. Dagens regler om personlig boplikt ved erverv av landbrukseiendom er jo i utgangspunktet til hinder for at investeringsselskaper kan erverve slik eiendom.

Driveplikten er i likhet med boplikten et virkemiddel for å fremme bestemte hensyn nedfelt i konsesjonsloven. Reglene om driveplikt kommer bare til anvendelse ved erverv av landbrukseiendom. Driveplikten innebærer som nevnt tidligere at erververen må sørge for at eiendommen benyttes til landbruksformål. Dette tilsier at de hensyn som driveplikten skal fremme skiller seg noe ut fra de hensyn boplikten skal ivareta.

Selv om begrunnelsen for driveplikt ikke fremgår uttrykkelig av forarbeidene til konsesjonsloven, er det nokså opplagt at denne plikten først og fremst har til hensikt å

²⁰ Jfr f eks St.meld. nr. 19 (1999-2000) Om norsk landbruk og matproduksjon, s 122 flg.

ivareta hensynet til landbruksnæringen, jfr konsl § 1 nr 2. Ved å pålegge driveplikt sikrer man at landbruksarealet holdes i hevd og at jorden benyttes til landbruksmessige formål. Eiendommenes landbruksmessige preg opprettholdes og man motarbeider at eiendommene kun blir benyttet til bosted. Driveplikten bidrar altså til opprettholdelsen av lokal næringsvirksomhet og lokale fagmiljøer.

Driveplikten bidrar også indirekte til opprettholdelsen av kulturlandskapet og bruk av landbruksareal på en matnyttig måte. På denne måten kan man si at driveplikten fremmer hensynet til miljøet, allmenne naturverninteresser og frilluftsinteresser, jfr konsl § 1 nr 4.

I konsl § 1 nr 1 nevnes hensynet til framtidige generasjoners behov. Driveplikten kan også sees som et virkemiddel i dette perspektivet. Dersom driveplikt kan motvirke at fruktbar matjord f eks bygges ned slik at verdien av landbruksarealet blir borte, må dette sies å være noe som kan komme senere generasjoner til gode.

3 Alment om EØS-avtalens betydning for bo- og driveplikt

3.1 Hvorfor er EØS-avtalen overhodet relevant for kjøp og salg av fast eiendom?

3.1.1 Kapitalreglene i EF/EØS

3.1.1.1 Innledning

Norge er medlem av det Europeiske Økonomiske Samarbeid (EØS), som bygger på EØS-avtalen mellom EFTA-landene (med unntak av Sveits) og EU. Samarbeidet gir først og fremst EFTA-landene tilgang til det indre marked i EU, noe som er hovedpoenget med EØS-avtalen sett fra et EFTA-synspunkt. EØS-avtalen pålegger EFTA-landene en rekke forpliktelser, herunder å overta sentrale deler av EF-retten og integrere denne som norsk rett. EØS-avtalens innhold er i hovedtrekk avskrift fra EF-traktaten. De fire friheter står her sentralt, nemlig fri bevegelse for varer, tjenester, personer og kapital. Som den videre fremstilling vil vise, er det først og fremst kapitalreglene som er aktuelle i drøftelsen om hvorvidt bo- og drivepliktregler er forenelige med EØS-avtalen.

Landbruksvarer er ikke omfattet av EØS-avtalen. Dette følger av EØS art 8 nr 3 bokst a hvor det heter at avtalen kun får anvendelse på varer nevnt i kapittel 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer²¹. Her er ikke landbruksvarer nevnt. Hensikten med dette unntaket er å kunne opprettholde en egen norsk landbrukspolitikk med hensyn til markedsordning, importvern og statsstøtte. I denne forbindelse er det nødvendig å ta stilling til om også norske bo- og drivepliktregler for landbrukseiendommer faller utenfor EØS-avtalen fordi EU sin felles landbrukspolitikk

²¹ Varenomenklatur vedtatt av det internasjonale Tollsamarbeidsrådet, kapittel 25-97 gjelder i det alt vesentligste industrivarer.

ikke er del av avtalen. Imidlertid oppstiller ikke reglene om kapitalbevegelser og etableringsrett noen innskrenkninger i forhold til landbrukseiendommer. Det er derfor rimelig å anta at disse reglene kommer til anvendelse på spørsmål vedrørende kjøp og salg av landbrukseiendommer.

3.1.1.2 Nærmere om kapitalreglenes innhold

Prinsippet om fri bevegelighet for kapital er nedfelt i EØS-avtalen art 40. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Innen rammen av bestemmelsene i denne avtale skal det mellom avtalepartene ikke være noen restriksjoner på overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene og ingen forskjellsbehandling på grunn av partenes nasjonalitet, bosted eller stedet for kapitalanbringelsen."

EØS art 40 er rundt formulert. Utover det faktum at den gjelder overføring av kapital, gir den ingen klar indikator på hva som egentlig omfattes av kapitalbegrepet. Hva ligger egentlig i prinsippet om fri bevegelighet for kapital?

I juridisk teori har kapitalbevegelse tradisjonelt blitt ansett for å være en ensidig verdioverføring fra et land til et annet. Betegnelsen brukes ikke på de tilfeller hvor overføringen skjer i forbindelse med en motytelse. Når verdier overføres på bakgrunn av et varekjøp eller en tjenesteutførelse, regnes verdioverføringen for å være en betaling og ikke en kapitalbevegelse. Begrunnelsen bak dette skillet ligger antagelig på det samfunnsøkonomiske plan. En ensidig verdioverføring fra et land til annet har andre konsekvenser enn hvor overføringen skjer på bakgrunn av en motytelse. Dette kan gi behov for forskjellige regler for henholdsvis fri bevegelighet for kapital og fri bevegelighet for betaling²².

EF-domstolen har også tatt stilling til dette skillet. Den grunnleggende dommen er

²² Se Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, punkt 4.2 om forholdet mellom kapitalbevegelser og betaling.

*Luisu og Carbone*²³ som gir en viss pekepinn på anvendelsesområdet for kapitalreglene²⁴. I dommen legges det til grunn at når man står overfor "...*finansielle transaksjoner, hvis formål først og fremmest er at anbringe eller investere vedkommende beløb...*", kommer prinsippet om fri kapitalbevegelse til anvendelse og ikke reglene om betaling. Standpunktet er på linje med den tradisjonelle oppfatningen i juridisk teori som har tatt til orde for at en kapitalbevegelse typisk er en ensidig verdioverføring fra et land til et annet.

Senere rettspraksis har fulgt samme argumentasjon, blant annet i *Association Église de scientologie de Paris*²⁵ hvor domstolen anvendte kapitalreglene på kjøp og salg av aksjer, noe som må kunne karakteriseres som finansielle transaksjoner.

EF-domstolen har også utviklet en praksis for å anvende kapitalreglene på ulike forhold vedrørende kjøp og salg av fast eiendom. Dette har domstolen gjort i *Trummer og Mayer*²⁶, *Konle, Reisch, Albore*²⁷ og nå sist *Ospelt*.

Nomenklaturen for kapitalbevegelser²⁸ inneholder en liste over hva som regnes som kapitalbevegelser. Her er investeringer i fast eiendom nevnt som en egen kategori av kapitalbevegelser. Under denne kategorien faller i følge ordlyden " *valutautlendingers direkte investeringer i fast eiendom på nasjonalt territorium*" og " *valutainnlendingers direkte investeringer i utlandet*".

²³ Forende sager C-286/82 og C-26/83 *Luisi og Carbone* mod Ministeriet for Statskassen (*Luisi og Carbone*).

²⁴ I denne dommen trekkes grensen mellom kapitalbevegelser og betaling (jfr EF art 56 annet ledd). Saken gjaldt et pengebeløp i utenlandsk valuta som to italienere hadde blitt bøtelagt for å forsøke å føre ut av landet. Pengene skulle brukes til turistreiser. Grunnen til bøteleggelsen var at beløpet overskred grensene for utførsel fastsatt i Italias valutarestriksjoner. I dommen legges det til grunn at dersom pengene skal være motytelse i forhold til et "underliggende forretningsforhold", gjelder reglene om fri bevegelse for betaling.

²⁵ Sag C-54/99 *Association Église de scientologie de Paris, Scientology International Reserves Trust* mod Premier ministre.

²⁶ Sag C-222/97 Sag anlagt av Manfred Trummer og Peter Mayer (*Trummer og Mayer*).

²⁷ Sag C-423/98 *Alfredo Albore* (*Albore*).

²⁸ Inn tatt som vedlegg til dir 88/361 (kapitalliberaliseringsdirektivet).

Det er vel ikke helt opplagt at det er kapitalreglene som kommer til anvendelse på kjøp og salg av fast eiendom. Det er for det første et spørsmål om kapitalreglene overhodet kan komme til anvendelse på nasjonale reguleringer av selve ervervet av den faste eiendom, begrunnet i selve eiendommens beskaffenhet (og altså uten enhver forbindelse med kjøpesummen). For det andre er det et spørsmål om når erverv av fast eiendom ikke lenger faller inn under reglene om kapital, men snarere etableringsretten. Dette siste spørsmålet vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 3.1.2.

Svaret på det første spørsmålet avhenger antagelig av domstolens syn på omsetning av fast eiendom. Dersom kjøp og salg av fast eiendom sees på som en investering, som en måte å plassere kapital på, er det naturlig å benytte kapitalreglene. Både i *Konle* og *Albore* ser det ut til at domstolen har dette perspektivet. Henrik Bull skriver dette om de to dommene: "*I Konle og Albore ble kapitalbevegelsesreglene brukt på selve ervervet av den faste eiendom. Dommene kan vanskelig forstås på annen måte enn at det er overføringen av eiendomsrett til selve eiendommen som er den aktuelle kapitalbevegelsen, ikke overføring av kjøpesummen...*"²⁹.

I *Konle* slo domstolen fast at den østerrikske konsesjonsordningen for kjøp av fast eiendom var i strid med kapitalreglene, og i *Albore* var stridstemaet om utlendinger kunne pålegges en konsesjonsordning for fast eiendom som ikke gjaldt for landets borgere, også her ble kapitalreglene brukt. Disse dommene viser at EF-domstolen har utviklet en fast praksis når det gjelder bruk av kapitalreglene ved kjøp og salg av fast eiendom.

Denne praksisen ble fulgt opp i *Ospelt*, hvor østerrikske konsesjonsregler vedrørende erverv av fast eiendom var stridens kjerne. Østerrikske myndigheter hadde nektet en stiftelse fra Liechtenstein konsesjon på en østerriksk eiendom fordi stiftelsen verken kunne drive den ervervede eiendommen eller bo der. Spørsmålet for domstolen var hvorvidt disse reglene var i strid med fellesskapsretten. Domstolen presiserte nærmere

²⁹ Henrik Bull: *Det indre marked for tjenester og kapital*, 2002 s 117.

at spørsmålet var om reglene var forenelige med EF art 73B flg (nåværende EF art 56 flg) jfr EØS art 40, altså reglene om fri bevegelse for kapital.

Når en fast eiendom erverves på grunnlag av odell, kan det stilles spørsmål ved om det overhodet foreligger en kapitalbevegelse. Arv regnes imidlertid som en kapitalbevegelse, jfr vedlegg til kapitalliberaliseringsdirektivet punkt XI (D) hvor arv er særskilt nevnt. Odelsløsning er ikke nevnt, men nomenklaturen er heller ikke uttømmende, jfr punkt XIII (F) og *Luisi og Carbone*. Uansett er det vanskelig å tenke seg at EFTA-domstolen ville latt det passere, dersom reglene om odelsløsning hadde diskriminert odelsberettigede med statsborgerskap i et annet EØS-land.

3.1.2 Forholdet til etableringsretten

Etableringsretten er en del av prinsippet om fri bevegelighet for personer som er nedfelt i EØS-avtalens del III kapittel 1 og 2. Etableringsretten som behandles i kapittel 2, gir rettigheter for fysiske og juridiske personer som vil drive næringsvirksomhet, jfr EØS art 31. (EØS art 34 hjemler likestillingen mellom fysiske og juridiske personer.) Det følger av EØS art 31 at utenlandske personer, såvel fysiske som juridiske, har rett til å etablere seg og drive selvstendig næringsvirksomhet på samme vilkår som innlendinger.

For landbruket innebærer etableringsretten at også utlendinger kan etablere seg og drive virksomhet innenfor næringen på samme vilkår som innlendinger.

Etableringsreglene har nær tilknytning til kapitalbevegelsesreglene, først og fremst fordi fri bevegelighet for kapital er en forutsetning for at utlendinger skal kunne etablere seg med selvstendig næring i et annet EØS-land enn sitt eget. Når det derimot gjelder bo- og drivepliktreglene, er det antagelig riktig å foreta en viss avgrensning mot etableringsreglene.

EF-domstolen har ikke i særlig grad problematisert forholdet mellom nasjonale bo- og drivepliktregler og etableringsretten. Grunnen til at EF-domstolen hovedsaklig har drøftet konsesjonsregler vedrørende erverv av fast eiendom i tilknytning til kapitalreglene, er antagelig at slike regler først og fremst representerer en hindring når

eiendommen skal omsettes og ikke under selve driften av eiendommen. Oppfyllelsen av slike konsesjonsvilkår som bo- og driveplikt er jo som regel ikke noe problem for den som faktisk ønsker å drive eiendommen med næringsformål for øye. Driveplikten vil da som regel automatisk oppfylles, og det vil da ikke nødvendigvis være unaturlig eller belastende for eieren å oppfylle boplikten. Således utgjør bo- og drivepliktregler i utgangspunktet ikke noen hindring for etableringsfriheten.

Imidlertid kan kanskje boplikt representere et faktisk problem også i forhold til etableringsretten. Det ble nevnt innledningsvis at etableringsretten også gjelder for juridiske personer. For en juridisk person, typisk et selskap, er det naturligvis umulig å oppfylle personlig boplikt da et selskap er en juridisk innretning og ikke en fysisk person som faktisk må bo et sted. Dette kan gjøre det vanskelig for et selskap å få konsesjon i det hele tatt. På denne bakgrunn er det etter min mening mulig å se boplikten som en begrensning både i forhold til den fri bevegelighet for kapital og i forhold til etableringsretten.

Etableringsreglene kan for øvrig ramme ikke-diskriminerende konsesjonsordninger. Dette slo EF-domstolen fast i *Kommissionen mod Italien*³⁰ hvor domstolen uttalte i premiss 22 at alle forbud og ordninger som medfører ulemper for eller gjør at utøvelsen av etableringsretten blir mindre interessant, kan utgjøre en ulovlig restriksjon på etableringsfriheten. Dette gir grunn til å stille spørsmål ved om bo- og drivepliktreglene like gjerne kunne vært bedømt etter etableringsreglene som etter kapitalreglene, uten at dette ville hatt betydning for utfallet.

I den videre drøftelsen vil jeg likevel fokusere på kapitalreglene. Bakgrunnen for dette er at EF-domstolen i sin behandling av konsesjonssystemer tilknyttet fast eiendom hovedsaklig har problematisert rettstilstanden i forhold til kapitalreglene og ikke reglene om etableringsrett.

³⁰ Sag C-439/99

3.1.3 Krav om et grenseoverskridende element

Det følger av fast EF-praksis at reglene om fri bevegelighet for varer, tjenester og personer og etableringsretten i utgangspunktet kun kommer til anvendelse når det foreligger et såkalt grenseoverskridende element. Like klare holdepunkter for at dette også gjelder kapitalreglene, foreligger ikke. EF-domstolen har kun tatt stilling til dette indirekte, f eks i *Albore*. Saken gjaldt en fast eiendom og det ble i denne forbindelse forutsatt at kjøperen av eiendommen var valutautlending i forhold til der eiendommen lå. Imidlertid har EF-domstolen i dommene vedrørende de andre frihetene uttalt seg såpass generelt at det antagelig er nødvendig å legge dette kravet til grunn også for kapitalreglene. Kravet om at det kun kan omfatte flere EØS-land følger for så vidt også av ordlyden i EØS art 40 som bestemmer at det ikke skal være restriksjoner mellom "avtalepartene", altså mellom EFTA-landene og EU-landene³¹. Dette betyr at kapitalreglene ikke kommer til anvendelse på tilfeller som knytter seg til et EØS-land og et tredjeland (et land som ikke er part i EØS-avtalen).

Kravet om et grenseoverskridende element innebærer at reglene bare kommer til anvendelse på tilfeller som knytter seg til flere EØS-land. Tilfeller som kun knytter seg til forhold innenfor landets grenser, anses som interne forhold som i utgangspunktet ikke er et EØS-anliggende. (I allefall gjelder ikke de generelle prinsippene om fri bevegelighet.)

Hva er så et grenseoverskridende element i forhold til kapitalreglene? EØS art 40 gir her et utgangspunkt. Kapitalreglene skal etter denne bestemmelsen anvendes på "...overføring av kapital tilhørende personer bosatt i EFs medlemsstater eller EFTA-statene...". Hvilke kriterier som gjelder for å være *bosatt* etter art 40 sies det imidlertid ikke noe om. I *Ospelt* vises det i premiss 7 til kapitalliberaliseringsdirektivet som forsøker å løse dette tolkningsspørsmålet ved å bruke uttrykkene valutainnlending og valutautlending. Hvilke kriterier som må være oppfylt for å falle inn under den ene eller andre kategorien skal i følge direktivet være opp til det enkelte lands valutalovgivning. For å kunne påberope seg kapitalbevegelsesreglene i f eks Norge er det følgelig en

³¹ Jfr også dir 88/361 (kapitalliberaliseringsdirektivet) art 1.

forutsetning at vedkommende ikke defineres som valutinnlending i den norske valutaloggivningen.

I *Ospelt* ble kapitalreglene anvendt fordi eiendommen lå i Østerrike mens erververen, en stiftelse, var registrert i Liechtenstein. Stiftelsen måtte derfor regnes som valutautlending i Østerrike.

Kravet om et grenseoverskridende element medfører f.eks. at bo- og driveplikt ved overdragelse av fast eiendom i Norge mellom to norske statsborgere som begge er bosatt i Norge, ikke berøres av EØS-avtalen art 40/dir 88/361. Antagelig vil det imidlertid være uklok politikk å ha strengere bo- og drivepliktregler i slike tilfeller enn i grenseoverskridende tilfeller, blant annet fordi slike regler lett kan omgås. Må bo- og drivepliktreglene endres på grunn av EØS, vil nok derfor de endrede reglene gjelde også i rent interne forhold.

3.1.4 EØS art 125

EØS-avtalen art 125 behandler eksplisitt avtalepartenes mulighet til å gi regler nasjonalt angående eiendomsretten. EØS art 125 tilsvarer EF art 295. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

"Denne avtale skal på ingen måte berøre avtalepartenes regler om eiendomsretten."

Bestemmelsen sier uttrykkelig at EØS-avtalen ikke skal stå i veien for en nasjonal lovgivning vedrørende eiendomsretten. Det ville ikke være unaturlig å karakterisere konsesjonsordninger ved erverv av fast eiendom som "regler om eiendomsretten". EØS-avtalen skulle altså ikke være til hinder for dette.

Bestemmelsen er så uforbeholdent formulert at det ved første øyekast kan se ut som om EØS-avtalen er satt helt på sidelinjen. Dette har nok ikke vært avtalepartenes intensjon. EØS art 125 må antagelig tolkes innskrenkede slik at den enkelte avtalepart kan regulere eiendomsretten nasjonalt bare i den utstrekning de øvrige bestemmelser i EØS-avtalen tillater det. Dette er slik EF-domstolen har utalt seg om EF art 295 (som tilsvarer EØS art 125).

I *Ospelt* premiss 24 sier domstolen som et utgangspunkt at EF art 295 tillater "...særlige foranstaltninger for handel med land- og skovbrugsarealer...". Imidlertid understrekes det i dommen at slike ordninger er underlagt de grunnleggende prinsipper i fellelesskapsretten og nevner her spesifikt forbudet mot forskjellsbehandling, etableringsfriheten og de frie kapitalbevegelser. Domstolen viser her til tidligere avgjørelser hvor domstolen har tatt opp dette spørsmålet (*Fearon*³², *Konle* og *Reisch m.fl.*).

I *Fearon* sies det i premiss 7 at selv om EF art 222 (nå EF art 295) tillater ekspropriasjonsordninger, må disse ta hensyn til det grunnleggende prinsipp i EF-retten om forbud mot forskjellsbehandling. I *Konle* uttaler domstolen i premiss 22 at det følger av fast rettspraksis at nasjonale ordninger må respektere prinsippene om fri etableringsrett og fri kapitalbevegelse. Domstolen viser i premiss 38 til uttalelsene i *Fearon* om medlemsstatens selvstendige rett til å regulere eiendomsretten, men bare innenfor EF-rettens grenser. Dersom den nasjonale ordning på dette felt representerer en handelshindring, må den altså på lik linje med handelshindringer på andre områder oppfylle de alminnelige vilkår som gjelder for handelshindringer for å kunne godtas. Videre viser *Reisch m.fl.* i premiss 28 - 31 til det som ble sagt om spørsmålet i *Konle*, og EF-domstolen viderefører dette standpunktet i sin argumentasjon.

Etter dette er det klart at EF art 295/EØS art 125 må leses med de forbehold rettspraksis oppstiller på området. Bestemmelsen må altså tolkes innskrenkende. Dersom den nasjonale reguleringen ikke strider med grunnleggende prinsipper i EØS-avtalen, er EØS-avtalen ingen hindring. For denne oppgavens formål er ikke EØS art 125 videre sentral utover det at den generelt hjemler nasjonal regulering av eiendomsretten.

Det kan etter min mening stilles spørsmålstegn ved om EØS art 125 egentlig har noen selvstendig betydning. Bestemmelsen uttrykker antagelig ikke noe annet enn det man kommer fram til ved å tolke avtalens øvrige bestemmelser i lys av avtalens formål, altså

³² sag C-182/83 (*Fearon*).

slik at avtalepartene har suveren nasjonal styringskompetanse for såvidt pliktene etter EØS-avtalen overholdes.

3.2 utfordringer i forhold til EØS-avtalen

3.2.1 Restriksjonsbegrepet

EØS art 40 bestemmer at det "*ikke skal være noen restriksjoner*" på overføring av kapital. Som nevnt tidligere bygger EØS art 40 på kapitalliberaliseringsdirektivet av 1988. Direktivets art 1 nr 1 har følgende ordlyd:

"Med forbehold for de bestemmelser som følger, skal medlemsstatene avskaffe restriksjoner på kapitalbevegelser mellom valutainnlendinger i medlemsstatene."

Spørsmålet er hva det egentlig innebærer at det i henhold til disse bestemmelsene ikke skal være noen "*restriksjoner*" på den fri bevegelse for kapital. Begrepet er nokså diffust og vidt. Ut i fra en språklig tolkning er det nærliggende å forstå formuleringen slik at enhver ordning som utgjør en restriksjon blir rammet. Det følger direkte av ordlyden i EØS art 40 at ordninger som virker mer tyngende for utenlandske borgere enn innenlandske, og som derfor innebærer en diskriminering, i allefall rammes av bestemmelsen. Spørsmålet er om også ikke-diskriminerende handelshindringer omfattes av restriksjonsforbudet i EØS art 40. EF-domstolen har uttalt seg om dette i flere dommer, blant annet i en sak mot Portugal³³. Det ble fra portugisisk side hevdet at en nasjonal ordning med forutgående godkjenning av erverv av kapitalandeler ikke var en ulovlig handelshindring da ordningen ikke innebar en forskjellsbehandling av innenlandske aksjonærer og aksjonærer fra andre medlemsstater. Domstolen var imidlertid av en annen oppfatning, jfr premiss 44:

"Dette argumentet kan ikke tages til følge. Traktatens artikkel 73B forbyder nemlig generelt restriksjoner for kapitalbevegelser mellom medlemsstatene. Dette forbud

³³ Sag C-367/98 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Portugisiske republik. Se for øvrig sag C-148/91 Vereniging Veronica Omroep Organisatie mod Commissariaat voor de Media (Veronica).

rækker længere end en ophævelse af en ulige behandling af aktørerne på det finansielle marked på grundlag af deres nationalitet."

EF-domstolen uttalelse må tolkes slik at restriksjonsforbudet både rammer diskriminerende og ikke-diskriminerende handelshindringer. Det kan altså foreligge en handelshindring selv om den ikke er diskriminerende. Det er likevel vanlig å sonde mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende handelshindringer.

Hvorvidt det i det hele tatt foreligger en handelshindring, må vurderes konkret i forhold til den frihet som berøres av ordningen. Hvis det først foreligger en restriksjon, er det ikke gitt at denne er i strid med EØS-avtalen. Man må nemlig videre skille mellom lovlige og ulovlige restriksjoner. Den enkelte avtalepart kan altså ha ordninger som i for seg hemmer den fri bevegelse, men som godtas likevel fordi de ivaretar andre viktige hensyn. Bakgrunnen for at anvendelsesområdet for restriksjonsforbudet innskrenkes på denne måten er redegjort for i det følgende.

Hensynet til et velfungerende indre marked kan komme i strid med andre hensyn som medlemsstatene også ønsker å ivareta. Innenfor EU/EØS er det sentrale å få til et velfungerende indre marked. Et viktig virkemiddel i denne forbindelse er et ensartet regelverk hvor prinsippene om fri bevegelse blir fulgt i alle medlemsland. Hensynet til et effektivt indre marked står altså svært sterkt når reglene i EU/EØS utformes. Andre hensyn er i prinsippet underordnet. Regler som innebærer restriksjoner på den fri bevegelse kan virke hemmende på markedet, og er derfor i utgangspunktet uønsket.

Den enkelte medlemsstat ønsker også fri bevegelse og har som medlem av fellesmarkedet naturlig nok sammenfallende interesser med det som vektlegges i EU/EØS. I tillegg har medlemsstatene også andre hensyn å ivareta. Dette kan være hensyn som ikke er på linje med f eks målet om et effektivt indre marked, f eks hensynet til miljø, forbrukervern og så videre. De nasjonale ordningene som ivaretar disse hensynene kan således komme i strid med det felles regelverk ved å utgjøre restriksjoner på den fri bevegelse. Dette kan danne et motsetningsforhold mellom lovgivningen i EU/EØS og den enkelte medlemsstats nasjonale lovgivning, som det er

nødvendig å finne en løsning på. Læren om almene hensyn og proporsjonalitet går nettopp ut på å oppstille kriterier for hvordan disse hensynene skal avveies mot hverandre når de gjennom ordninger som innebærer restriksjoner på den fri bevegelse kommer i strid med hverandre.

Nasjonale unntak fra de felles bevegelsesregler vanskeliggjør realiseringen av et godt fungerende indre marked. Det har derfor vært nødvendig å gjennomføre tiltak for å hindre motarbeidelse av regelverket. I denne forbindelse er det i EF art 10/EØS art 3 nedfelt et generelt lojalitetsprinsipp som gjelder for alle involverte parter. I EØS art 3 heter det blant annet at avtalepartene skal "*...avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtalens mål i fare.*". Dette kan være nasjonale reguleringer som ivaretar andre hensyn enn de hensyn som er verdsatt i det europeiske samarbeid. Dette innebærer at medlemsstatene plikter å følge opp de felles regler på en lojal måte og ikke motarbeide disse ved f eks den interne lovgivning.

Da EF-traktaten ble utarbeidet fant man det også nødvendig å oppstille et generelt diskrimineringsforbud. Dette er nedfelt i EF art 12 og er også tatt inn i EØS-avtalen art 4. Den bestemmer at enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet innenfor EØS-avtalens virkeområde skal være forbudt. Slik forskjellsbehandling kan f eks være nasjonale bestemmelser om import av varer som gjør det vanskelig for utenlandske aktører å komme inn på det nasjonale marked.

Forutsetningen for at en restriksjon på den fri bevegelse kan aksepteres er for det første at den kan begrunnes i lovlige almene hensyn. For det annet må også proporsjonalitetskravet være oppfylt.

En diskriminerende handelshindring som etter sin ordlyd bare rammer utlendinger, kan kun godtas dersom de kan begrunnes i positivt angitte almene hensyn nedfelt i EF-retten/ EØS-avtalen. Denne type handelshindringer vil jeg ikke behandle nærmere.

Ikke-diskriminerende handelshindringer kan i motsetning til de diskriminerende begrunnes i andre almene hensyn enn de som er nedfelt i traktat eller avtale. Det foreligger ingen uttømmende liste over almene hensyn som kan brukes som

begrunnelse, men ofte er ikke det almene hensyn problematisk i seg selv.

Vurderingstemaet er heller hvorvidt handelshindringen er egnet til å ivareta det aktuelle hensyn og om tiltaket er proporsjonalt i forhold til det som oppnås med det.

(Proporsjonalitetsvurderingen vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 3.2.2.)

Av og til vil ordninger som på papiret er nasjonalitetsnøytrale innebære en større belastning for utenlandske aktører enn innlandske slik at det i praksis skjer indirekte diskriminering. EF-domstolen har i blant annet *De Agostini*³⁴ og *Sass*³⁵ gitt uttrykk for at handelshindringer som i utgangspunktet er nøytrale, men som indirekte virker diskriminerende kan begrunnes på samme måte som de rent faktisk ikke-diskriminerende handelshindringene.

Enkelte grunnlag har EF-domstolen vært svært tilbakeholden med å akseptere uavhengig av om restriksjonen har vært diskriminerende eller ikke. Dette er for det første restriksjoner begrunnet i økonomiske forhold og for det andre handelshindrende ordninger begrunnet i forvaltningshensyn.

3.2.2 Proporsjonalitetsprinsippet

Selv om en handelshindring kan begrunnes med at et lovlig alment hensyn skal ivaretas, er ikke nødvendigvis handelshindringen lovlig. I tillegg til at ordningen må kunne begrunnes i almene hensyn, har EF-domstolen oppstilt et proporsjonalitetskrav. Domstolen har gitt en generell uttalelse om proporsjonalitetskravet i *Guimont*³⁶:

"...nationale bestemmelser, ..., ..som gjelder uden forskel for indenlandske varer og for varer indført fra andre medlemsstater, [kan] ifølge Domstolens praksis (...) være forenelige med traktaten, i det omfang de er nødvendige for at opfylde tvingende krav om bl a god handelsskik og beskyttelse af forbrugerne...i tilfælde, hvor bestemmelserne står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, og hvor dette mål ikke kunne være nået

³⁴ Forende sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95 Konsumentombudsmannen (KO) mod De Agostini (Svenska) Förlag AB og TV-shop i Sverige AB (*De Agostini*).

³⁵ Sag C-254/98 Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb mod TK-Heimdienst Sass GmbH (*Sass*).

³⁶ Sag C-448/98 Straffesag mod Jean-Pierre Guimont (*Guimont*).

ved foranstaltninger, der i mindre omfang begrænser samhandelen inden for Fællesskabet..."

Denne dommen dreide seg om fri bevegelse for varer, men proporsjonalitetskravet må antas å gjelde også for de andre frihetene. I *Kommissionen mod Portugal*, som det ble referert til under punkt 3.2.1, var som nevnt stridstemaet om det forelå en ulovlig restriksjon på den fri bevegelse for kapital. Domstolen oppstiller også her et proporsjonalitetskrav.

Premiss 49 har følgende ordlyd:

"De frie kapitalbevægelser kan som et grundlæggende princip i traktaten kun begrænses ved en national ordning, der er begrundet i de i traktatens artikel 73D, stk 1, nævnte hensyn, eller begrundet i tvingende almene hensyn, som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagermedlemsstatens område. For at være begrundet må de nationale regler desuden udgøre et passende middel til at sikre gennemførelsen af de tilstræbte mål og for at opfylde kriteriet om proportionalitet ikke gå videre end nødvendigt for at nå dette mål..."

Domstolen oppstiller i praksis to vurderingstemaer som det må tas stilling til når det skal avgjøres hvorvidt en ordning oppfyller proporsjonalitetskravet.

For det første må det vurderes om omfanget av handelshindringen står i forhold til det som oppnås ved den, altså om ulempene som ordningen representerer i forhold til fellesskapsretten kan forsvares utifra de fordeler ordningen medfører. I denne vurderingen settes altså hensynene bak det nasjonale regelverk opp mot prinsippet om fri bevegelse.

For det andre uttrykker domstolen både i *Guimont* og *Kommissionen mod Portugal* at det må tas stilling til om det er nødvendig at akkurat denne ordningen innføres, eller om hensynet kan ivaretas på en like god måte med en annen ordning som er mindre inngripende i forhold til bevegelsesreglene.

Proporsjonalitetskravet står sentralt når det skal vurderes om de norske bo- og drivepliktreglene er forenelig med kapitalreglene. Dette behandles nærmere i kapittel 6.

4 Nærmere om bo- og drivepliktregler som mulig restriksjon

4.1 Bo- og driveplikt - en handelshindring?

Tidligere i oppgaven er det gjort rede for at omsetning av fast eiendom omfattes av kapitalreglene. Problemstillingen under dette punktet er hvorvidt bo- og drivepliktreglene i denne forbindelse overhodet kan anses for å være en restriksjon på kapitalreglene.

En restriksjon er, dersom man legger en normal språklig forståelse til grunn, en innskrenkning av noe som det ellers ville vært full frihet til. Et fritt eiendomsmarked innebærer frihet med hensyn til at eieren kan selge til den han eller hun ønsker, og den som kjøper eiendommen har innenfor lovens rammer full råderett over eiendommen. Konesesjonssystemet på sin side innebærer en offentlig kontroll med hvem som er erverver og hvordan eiendommen brukes. Det er nærliggende å trekke den slutningen at det er enklere å omsette fast eiendom i et marked som ikke er beheftet med offentlig regulering og kontroll enn motsatt. Det er i allefall rimelig å anta at konsesjonsreglene er en kompliserende faktor for den som vurderer å kjøpe en eiendom som berøres av disse reglene.

EF-domstolens praksis viser også at regler om konsesjon og bo- og driveplikt rent faktisk har skapt problemer for den fri bevegelse for kapital. I *Konle* var konsesjonsreglene til hinder for et erverv av en eiendom da kjøperen ikke i tilstrekkelig grad for å oppfylle lovens betingelser kunne godtgjøre at han ikke hadde til hensikt å benytte eiendommen til fritidsformål. Dette viser at en konsesjonslovgivning bokstavelig talt hindrer handelen og utgjør en restriksjon i forhold til kapitalreglene. I dommens premiss 39 flg er dette underforstått. Domstolen presiserer også i premiss 40 at slike ordninger kun kan godtas dersom de begrunnes i lovlige almene hensyn og ikke strider med proporsjonalitetskravet. Dette betyr at domstolen mener det foreligger en restriksjon som må begrunnes nærmere.

Også i *Ospelt* var konsesjonsreglene til hinder for at eiendommen kunne overdras. Erververen kunne verken oppfylle boplikten eller driveplikten, noe som var en forutsetning for at ervervet skulle gå i orden. I denne dommen opprettholder domstolen sitt syn på nasjonale ordninger som krever tillatelse ved erverv av fast eiendom. I premiss 34 vises det til *Konle* og domstolens uttalelser om dette i premiss 40.

På denne bakgrunn må det iallefall være klart at de norske reglene om bo- og driveplikt som vilkår for konsesjon ved erverv av fast eiendom i seg selv utgjør en handelshindring og således en begrensning av de frie kapitalbevegelser.

Det kan stilles spørsmål ved om også bo- og driveplikt som vilkår for å være fritatt fra konsesjon etter konsesjonsloven utgjør en handelshindring. I disse tilfellene blir det jo ikke foretatt en forhåndskontroll på samme måte som når erververen må søke om konsesjon. Imidlertid stiller dette systemet antagelig på lik linje med det meldepliktsystemet som EF-domstolen underforstått anså som en restriksjon i *Konle*. Dette standpunktet må nok også gjelde i forhold til odelslovens bo- og drivepliktregler.

Spørsmålet videre er om de norske bo- og drivepliktreglene utgjør en lovlig handelshindring på grunnlag av tvingende almene hensyn og proporsjonalitet.

5 Almene hensyn bak bo- og driveplikt

5.1 EF-domstolens syn på konsesjonssystemets begrunnelse

Hensynene bak den norske konsesjonslovgivningen er det redegjort for i punkt 2.4. Som nevnt der tilgodeser loven en rekke hensyn, men bo- og drivepliktreglene skal i hovedsak bidra til å opprettholde bosettingen og sikre næringsrettet drift av landbrukseiendommer. I det følgende er det naturlig å drøfte EF-domstolens syn på disse hensynene, og da spesielt om disse kvalifiserer som grunnlag for å innføre restriksjon på kapitalbevegelsene.

EF-domstolen har avsagt flere dommer hvor temaet har vært om nasjonal regulering av eiendomsomsetningen er forenelig med fri kapitalbevegelse. I denne vurderingen har det vært nødvendig å ta standpunkt til om de hensyn som man forsøker å fremme gjennom nasjonal lovgivning, isolert sett kan godtas som begrunnelse for restriksjonen.

I *Konle* var spørsmålet om lovgivningen i en østerriksk delstat vedrørende handel med fast eiendom, nærmere bestemt om regler som påla erverver av tomt å innhente tillatelse til ervervet av offentlige myndigheter, var i strid med kapitalreglene. Tillatelse var her i utgangspunktet avhengig av at erververen godtgjorde at eiendommen ikke skulle brukes til fritidsbolig. Reguleringen var motivert av et politisk ønske om fast bosetting i området.

Domstolen uttalte ikke direkte at et mål om fast bosetting er et alment hensyn som kan begrunne en restriksjon på den fri bevegelse for kapital. Imidlertid sa den heller ikke det motsatte. I premiss 40 uttalte domstolen seg som følger:

"I det omfang hvor en medlemsstat kan begrunde sit krav om forutgående tilladelse med henvisning til et formål inden for landsplanlægningen, såsom opretholdelsen i almenhedens interesse af en fast bosiddende befolkning og en økonomisk virksomhed, der er uafhængig af turisterhvervet i visse regioner, kan den restriktion, som et sådan

krav er, kun tillades, hvis den ikke anvendes på diskriminatorisk måde, og såfremt formålet ikke kan nås ved mindre indgribende foranstaltninger."

Det som er helt klart etter denne uttalelsen er at det må foreligge tvingende almene hensyn, den må ikke virke diskriminerende og den må ikke være mer tyngende enn at det står i forhold til det som oppnås ved den. Hvis ikke disse vilkårene er oppfylt, kan ordningen heller ikke forsvares.

Formuleringen kan utover dette etter min mening tolkes på to måter. Den kan for det første forstås slik at fast bosetting og opprettholdelse av lokal næringsvirksomhet er hensyn som i utgangspunktet kan begrunne en nasjonal ordning som utgjør en handelshindring. En slik forståelse kan begrunnes i den måten domstolen behandler disse konkrete hensynene på. En av partene hadde lagt ned påstand om at den nasjonale ordning ikke var begrunnet i tvingende almene hensyn, jfr premiss 36. Dette skulle tilsi en nærmere redegjørelse av spørsmålet fra domstolens side. Likevel ble ikke dette problematisert i særlig grad i dommen, tvert i mot er dommens ordlyd på dette punkt slik jeg ser det både knapp og noe kryptisk. Dette kan tolkes slik at de almene hensyn som her behandles ikke er et problem i seg selv og at det derfor er unødvendig å behandle disse nærmere. Dersom man legger en slik tolkning til grunn, godtar domstolen isolert sett slike hensyn. Utfordringen er imidlertid å ivareta disse hensynene på en slik måte at ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetskravet blir respektert.

Dommen kan også tolkes slik at den overhodet ikke tar standpunkt til om disse hensynene er akseptable som begrunnelse for en handelshindring. Formuleringen er såvidt vag og forbeholden at dette kan være et mulig tolkningsalternativ, jfr "*I det omfang hvor en medlemsstat kan begrunde sit krav om forutgående tilladelse med henvisning til et formål inden for landsplanlægningen...*". Det kan virke som om domstolen vegret seg for å ta eksplisitt stilling til disse hensynene. Grunnen til dette kan være at spørsmålet er nytt for domstolen og at det derfor ikke foreligger relevant rettspraksis å støtte seg på.

Domstolen fant det imidlertid nødvendig å drøfte både ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetskravet. Dette hadde vært unødvendig dersom domstolen mente at hensynene ikke var beskyttelsesverdige nok til å forsvare en ordning som medfører en handelshindring. EF-domstolen kunne da ha avsagt dom allerede på denne bakgrunn. Etersom domstolen uansett underkjente ordningen på grunn av mangel på proporsjonalitet, hadde EF-domstolen i denne saken egentlig ikke behov for å ta eksplisitt stilling til om det forelå lovlige almene hensyn.

Dersom man ser hele dommen i sammenheng er det derfor mest naturlig å legge det første tolkningsalternativet til grunn. Dommen omhandler ordninger som ivaretar hensyn som i seg selv er lite omstridte. De fleste kan være enige i at et levedyktig landbruk og fast bosetting isolert sett er ønskelig, noe som kan være grunnen til at domstolen ikke sier noe særlig om dette. Uenigheten dreier seg om hvordan man skal ivareta hensynene. Det springende punkt i denne avgjørelsen er altså antagelig ikke hensynene i seg selv, men om ordningene som skal ivareta disse oppfyller ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetskravet. Derfor behandlet domstolen først og fremst dette i sine drøftelser.

Etter *Konle* har EF-domstolen behandlet slike konsesjonsordninger i to saker, *Reisch m fl* og *Ospelt*. I disse dommene som i den foregående, har det vært nødvendig blant annet å ta stilling til om det foreligger almene hensyn som kan begrunne ordningene. Domstolen har i den nye rettspraksisen støttet seg på den siterte uttalelsen i *Konle*.

I *Reisch m fl* behandlet domstolen i likhet med i *Konle* østerrikske konsesjonsregler (fra en annen delstat) vedrørende erverv av fast eiendom. Konflikten var som tidligere om krav om offentlig tillatelse ved erverv av fast eiendom var i strid med EF art 56 om fri bevegelse for kapital. Vurderingen var altså om det forelå en restriksjon, og om denne restriksjonen var lovlig.

I premiss 34 ble det vist til *Konle*, nærmere bestemt det som er sitert ovenfor, jfr *Konle* premiss 40. Domstolen brukte dette til å underbygge at det foreligger almene hensyn som kan ivaretas ved nasjonale særordninger. Domstolen uttalte følgende om *Konle*:

"...fremgår det av Konle-dommens præmis 40, at begrænsninger i oprettelsen af sekundærboliger i et bestemt geografisk område, som en medlemstat fastsætter af hensyn til landsplanlægningen for at opretholde en fast bosiddende befolkning og en økonomisk virksomhed, der er uafhængig af turisterhvervet, kan antages at bidrage til opfyldelse af et formål i almenhedens interesse."

Domstolen tolket altså *Konle* slik at det i den dommen for det første ble tatt stilling til om konsesjonsordningene ivaretar almene hensyn og for det andre at den svarte bekreftende på dette. *Reisch m fl* ryddet med dette opp i EF-domstolens holdning til disse hensynene. Dommen presiserer også at nasjonale ordninger som kontrollerer erverv av fast eiendom ikke bare kan begrunnes i bosettingshensyn og hensynet til opprettholdelse av næringsvirksomhet, men også i f eks miljøhensyn (premiss 34).

I *Konle* og *Reisch m fl* tok domstolen primært stilling til boplikt og hensynet til en fastboende befolkning. For å kunne ivareta dette hensynet på en tilfredstillende måte, er det en forutsetning at det finnes et næringsgrunnlag for de fastboende også utenfor turistsesongen. Dette er nok bakgrunnen for at domstolen i *Konle* i det hele tatt uttaler seg om hensynet til lokal næringsvirksomhet. Slik virksomhet kan være så mangt, og det er ikke nødvendigvis landbruk. Domstolen presiserer heller ikke ytterligere hva slags næringsvirksomhet det kan dreie seg om. Ut fra faktum i saken kan det stilles spørsmålsteget ved om man overhodet kan utlede noe særskilt om hensynet til landbruksnæringen av denne dommen. Imidlertid kan man utlede av *Konle* og *Reisch m fl* at hensynet til lokal næringsvirksomhet som sådan kan utgjøre et alment hensyn som i utgangspunktet kan begrunne restriksjoner på den fri bevegelse for kapital.

I den nyeste dommen, *Ospelt*, problematiserte ikke domstolen om hensynet til landbruksnæringen utgjør et alment hensyn som kan begrunne en restriksjon. I premiss 38 viste domstolen til de nasjonale bestemmelser som skal ivareta bosetting og landbruksformål og sa om denne lovgivningen at det ikke er tvil om at de *"...forfølger almene hensyn, der kan begrunde restriksjoner for de frie kapitalbevegelser"*.

Domstolen slo dette fast uten noen nærmere henvisning til de tidligere avgjørelser. Dette er således ikke lenger noe tvilstema for domstolen.

Konklusjonen er altså at EF-domstolen anerkjenner hensynet til fast bosetting og en levedyktig landbruksnæring som begrunnelse for nasjonale særordninger som kan innebære begrensninger for den fri bevegelse for kapital. Hensynene bak de norske bo- og drivepliktreglene er således forenelige med EØS-avtalen. Stridstemaet er derimot hvor inngripende slike ordninger kan være uten å komme i konflikt med EF/EØS. Dette behandles i neste kapittel om proporsjonalitet.

6 Proporsjonalitet

6.1 Innledning

I dette kapittelet skal de norske bo- og drivepliktreglene vurderes i forhold til proporsjonalitetskravet. I kapittel 4 redegjorde jeg for at bo- og drivepliktreglene utgjør en restriksjon i forhold til kapitalbevegelsesreglene. EF-domstolen oppstiller som nevnt minstekrav for slike restriksjoner, blant annet må proporsjonalitetskravet være oppfylt. Det overordnede spørsmålet i dette kapittelet er altså om bo- og drivepliktreglenes begrensning på den fri bevegelse for kapital står i forhold til det som oppnås ved dem, herunder om andre mindre inngripende ordninger kan ivareta hensynene på en tilfredsstillende måte.

I de sakene som EF-domstolen har behandlet, *Konle*, *Reisch m fl* og *Ospelt*, ble bo- og drivepliktreglene underkjent fordi ordningene ikke var en forholdsmessig ivaretagelse av hensynene bak bo- og driveplikten. Selv om utformingen av de norske reglene skiller seg ut i forhold til de regler som EF-domstolen behandlet, er nok proporsjonalitetskravet det springende punkt også for de norske reglene. I kjølvannet av *Ospelt*-dommen, som ble avsagt 23. september 2003, ble dette tatt opp fra flere hold. Blant annet stilte advokatene Stephan L. Jervell og Stella M. Tuft i en kronikk i *Aftenposten* 16. oktober 2003 seg kritiske til hvorvidt bo- og drivepliktreglene oppfyller proporsjonalitetskravet.

I det følgende vil boplikt og driveplikt bli behandlet hver for seg. Dette er hensiktsmessig da vurderingstemaene ikke alltid er sammenfallende for de to kategoriene.

6.2 Alment om drivepliktens rekkevidde

Driveplikten er kun aktuell ved erverv av landbrukseiendom. Den er således uredkommende ved erverv av andre typer eiendommer. Den generelle redegjørelsen for konsesjonssystemet i kapittel 2 viser at driveplikt er aktuelt i to tilfeller.

For det første er driveplikt aktuelt når eiendommen er over 100 dekar og underlagt konsesjonsplikt, jfr konsl § 4.1 nr 4. Det er etter det jeg har klart å bringe på det rene vanlig å sette som vilkår for konsesjon at erververen må oppfylle driveplikt.

Driveplikt etter konsesjonsloven er for det andre aktuelt i de tilfeller hvor erverv av landbrukseiendom er unntatt fra konsesjonsplikt fordi overdragelsen skjer innad i familien og vilkårene i konsl § 5.1 nr 1 er oppfylt. Når eiendommen er over 100 dekar eller eiendommen består av mer enn tjue dekar fulldyrket mark, er konsesjonsfriheten betinget av at erververen oppfyller både boplikt og driveplikt. Dette følger av konsl § 5.2. Driveplikten er her med andre ord lovbestemt.

Hvorvidt ulempene som driveplikten medfører for den fri bevegelighet for kapital står i forhold til de fordeler ordningen innebærer, er en sentral vurdering i forhold til proporsjonalitetsprinsippet. I denne forbindelse er det et poeng at driveplikten etter de norske reglene ikke nødvendigvis er personlig. Erververen har full adgang til å leie ut jordveien til andre. Dette gjør driveplikten mindre inngripende for erververen. Det norske systemet er med hensyn til utformingen av driveplikten med andre ord mer avdempet enn den ordningen som EF-domstolen tok stilling til i *Ospelt*. Den norske driveplikten kan derfor fremstå som en rimeligere ordning i forhold til prinsippet om fri bevegelighet enn den som ble behandlet av domstolen.

6.3 Drivepliktens forhold til proporsjonalitetsprinsippet

I punkt 2.3 ble rekkevidden av den norske driveplikten presentert nærmere. Under dette punktet skal denne regelen og dens nedslagsfelt vurderes i lys av proporsjonalitetsprinsippet. Det prinsippet krever som nevnt at drivepliktregelen som restriksjon på den fri bevegelighet for kapital ikke er mer tyngende enn nødvendig for å oppnå formålet med den. *Ospelt* gir indikasjoner på hvor inngripende en slik regel kan være. I den videre drøftelsen er det naturlig å drøfte de sidene ved driveplikten som i følge EF-domstolen kan utgjøre et problem i forhold til proporsjonalitetsprinsippet.

I *Ospelt* tok domstolen som nevnt stilling til konsesjonslovgivningen i en østerriksk delstat vedrørende erverv av fast eiendom. Denne lovgivningen kan minne mye om den

norske da erververen for det første plikter å innhente tillatelse til sitt erverv og for det andre er underlagt bo- og drivepliktreger. Konesjonssystemet i delstaten er imidlertid ikke lik det norske, og slik jeg tolker dommen vil forskjellene ha betydning for proporsjonalitetsvurderingen.

For det følgende fremstilling er det nødvendig å peke på en merkverdighet ved denne dommen. Faktum i saken skulle tilsi en behandling av både boplikten og driveplikten, da erververen var en stiftelse som av naturlige grunner ikke kunne oppfylle boplikten, og som heller ikke hadde til hensikt å drive landbruk selv. Imidlertid har domstolen valgt en annen løsning. Den skiller ikke klart mellom boplikt og driveplikt. I partier av dommen hvor det tilsynelatende er boplikten som skal diskuteres, argumenterer domstolen ut fra hensyn som helt opplagt begrunner driveplikten. Det kan være slik at domstolen bruker samlebetegnelsen bopelskrav om både boplikten og driveplikten, men selv om dette er tilfellet, gjøres proporsjonalitetsvurderingen kun i forhold til driveplikten. Dommen gir således mest bakgrunnsstoff til å vurdere driveplikten opp mot proporsjonalitetskravet.

Det første grunnleggende spørsmålet som proporsjonalitetsvurderingen reiser, er om det er forenelig med proporsjonalitetsprinsippet å operere med konsesjonssystemer overhodet. Konesjonssystemer innebærer en forutgående kontroll som virker hemmende på effektiviteten i markedet. Spørsmålet er om ordningen er for inngripende i forhold til aktørens handlefrihet. I *Ospelt* var domstolens utgangspunkt at kontrollordninger som bruker konsesjon som et virkemiddel, ikke i seg selv behøver å være uforenelig med proporsjonalitetsprinsippet. Domstolen viste her til tidligere rettspraksis³⁷ som slår fast at i visse tilfeller kan slike ordninger være nødvendig og forholdsmessig ut fra de hensyn som skal ivaretas og således ikke være i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Imidlertid må det vurderes konkret i det enkelte tilfelle om det er behov for en konsesjonsordning. Det er med andre ord nødvendig å måle behovet for en konsesjonsordning opp i mot de hensyn som skal ivaretas.

³⁷ Domstolen viser til *Sanz de Lera m fl*, *Konle* og *Kommissionen mod Frankrig* for å underbygge sitt standpunkt.

Den norske konsesjonslovgivningen skal blant annet ivareta hensynet til en levedyktig landbruksnæring og ønsket om å holde landbruksarealet i hevd. Driveplikten er et viktig virkemiddel i denne forbindelse. Spørsmålet er om disse hensynene kan ivaretas på en tilfredsstillende måte med andre mindre inngripende metoder. I *Ospelt* vurderte domstolen nødvendigheten av å benytte seg av en slik forutgående kontroll som konsesjonssystemet innebærer. Vurderingstemaet var altså om det er nødvendig å kontrollere det enkelte erverv på forhånd ved at erververen må søke om tillatelse for sitt erverv, eller om det kan tenkes andre mindre inngripende kontrollordninger som er effektive nok. Dette kan f.eks. være en type etterfølgende kontroll hvor erververen i stedet har meldeplikt hvor han må godtgjøre at driveplikten blir oppfylt.

I *Ospelt* slo domstolen raskt fast at en konsesjonsordning er egnet til å ivareta de aktuelle hensyn, jfr premiss 45. Spørsmålet er imidlertid om hensynene kan sikres på en tilfredsstillende måte uten å benytte seg av en forutgående kontroll. Dersom en mindre inngripende ordning er effektiv nok, er i så fall konsesjonssystemet i strid med proporsjonalitetsprinsippet og derfor ikke godtagbar som restriksjon på den fri bevegelighet for kapital. I *Ospelt* premiss 44 uttalte EF-domstolen følgende om dette:

"En kontrol, som de nationale myndigheder foretager efter en overdragelse af arealerne, giver ikke den samme sikkerhed. Denne kan ikke hindre en overdragelse, der er i strid med målet om vedvarende drift, og ville derfor ikke være i overensstemmelse med dette mål. Desuden ville efterfølgende indgreb såsom foranstaltninger til annullation af transaktionen, sanktioner eller beslutninger om udsættelse kun kunne foretages af retsinstanserne og ville indebære forsinkelser, der ville være uforenelige med kravet om vedvarende drift og om god administration af jordarealerne. (...)"

Domstolen understrekte at en etterfølgende kontroll kan svekke erververens rettssikkerhet ved at det vil hefte en vedvarende usikkerhet rundt ervervet. Her brukes altså hensynet til rettssikkerheten som et argument for en forutgående kontroll. Rettssikkerhetsprinsippet anerkjennes som en uskreven almen rettsgrunnsetning i EF-domstolen³⁸ som benytter almene rettsgrunnsetninger for å utfylle den skrevne

³⁸ Jfr Sag C-54/99 *Association Église de scientology de Paris*.

EU-rett.

Domstolens uttalelse må tolkes slik at den for det første mener at en forutgående kontroll er egnet til å ivareta hensynet til et levedyktig landbruksserverv og for det andre at forutgående kontroll er bedre egnet enn en type etterfølgende kontroll. Det er naturlig å tolke uttalelsen slik at domstolen mener at en etterfølgende kontroll ikke kan ivareta hensynet til landbruksnæringen på en tilfredsstillende måte. Dersom man legger dette til grunn, er altså konsesjonssystemet som sådan både egnet og nødvendig og derfor ikke i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Generaladvokaten har i denne forbindelse poengtert at en forutgående kontroll generelt er mindre inngripende i forhold til kapitalreglene enn en etterfølgende kontroll. Grunnen til dette er at en etterfølgende kontroll innebærer større usikkerhet for erververen og således antagelig kan virke mer hemmende på eiendomsomsetningen enn en forutgående kontroll.

Dersom man overfører domstolens standpunkter til norske forhold, må det etter dette være klart at Norge kan føre forutgående kontroll med omsetningen av landbrukseiendommer når kontrollen er begrunnet i slike hensyn som domstolen behandlet i dette tilfellet. Et konsesjonssystem som sådan er altså ikke i strid med EØS-avtalen. Den videre fremstilling vil for øvrig vise at det springende punkt i forhold til EØS-avtalen er hvordan konsesjonssystemet er organisert.

I *Ospelt* konkluderte domstolen likevel med at de østerrikske reglene var for strenge. Den aktuelle konsesjonsbestemmelsen³⁹ har følgende ordlyd:

" Der kan alene meddeles tilladelse til erhvervelse af rettigheder,

a) - for så vidt angår landbrugsarealer- såfremt tilladelsen er i overensstemmelse med almene hensyn i at opretholde et produktivt landbrugserhverv, og såfremt erhververen selv udnytter arealet som led i sin landbrugsbedrift og selv har fast bopæl på bedriften, eller såfremt dette ikke er muligt, at erhvervelsen ikke er i strid med hensynet til at opretholde og etablere et økonomisk sundt selveje for små og mellemstore landbrug

³⁹Vorarlberger Grundverkehrsgesetz (VGVG) § 5.1 litra a).

(...)"

Den østerrikske bestemmelsen gir altså veiledning om når det er aktuelt å gi tillatelse til erverv av landbrukseiendom. Bestemmelsen oppstiller konkrete vilkår som erververen må oppfylle. Erververen må både ha til hensikt å ha fast bopel på eiendommen, og han må ha til hensikt å drive eiendommen selv. Denne loven oppstiller således både personlig boplikt og personlig driveplikt. Disse vilkårene er i utgangspunktet absolutte krav for å få konsesjon.

EF-domstolen har den oppfatning at et absolutt vilkår om at erververen selv skal drive landbruksvirksomhet er unødvendig og således i strid med proporsjonalitetsprinsippet, jfr uttalelsen i premiss 50:

"Hvis VGVG af de nationale myndigheder blev fortolket således, at meddelelse af en forudgående tilladelse til overdragelse af fast ejendom under alle omstændigheder krævede, at denne betingelse var opfyldt, ville det imidlertid gå ud over, hvad der var nødvendigt for at nå de mål begrundet i almene hensyn, som VGVG forfølger, og måtte i dette omfang anses for uforenelig med de frie kapitalbevægelser."

De norske konsesjonsreglene er utformet på en litt annen måte enn de østerrikske. I de tilfeller hvor eiendommen som omsettes er underlagt konsesjonsplikt, kan det settes vilkår om driveplikt, men driveplikt er ikke et lovbestemt vilkår for konsesjon. Den norske konsesjonsloven er således mer fleksibel på dette punkt enn den østerrikske delstatslovgivningen som oppstilte konkrete lovbestemte vilkår for konsesjon. Hvorvidt det skal oppstilles driveplikt, beror i Norge i utgangspunktet på forvaltningens skjønn. Imidlertid er det også i Norge vanlig å gjøre konsesjonen betinget av både boplikt og driveplikt, selv om loven altså ikke stiller absolutte krav om det, men den norske lovgivningen åpner i allefall opp for en vurdering i det enkelte tilfelle om hvorvidt det er nødvendig med slike vilkår. Dersom man vurderer de norske konsesjonsreglene på dette punkt opp mot EF-domstolens uttalelser i *Ospelt*, kan det se ut som om de norske reglene i allefall ikke er for strenge.

Man kan stille spørsmål ved om reglene er fleksible nok når driveplikten opptrer som vilkår for konsesjonsfrihet eller for å kunne overta eiendommen på odel. I disse tilfellene er jo driveplikt et lovbestemt vilkår som er absolutt. Den som ikke oppfyller den pålagte driveplikten ved konsesjonsfrihet utløser imidlertid konsesjonsplikt. Fremstillingen i forrige avsnitt viser at reglene ved konsesjonsplikt er fleksible nok i forhold til EØS-avtalen. Annerledes stiller det seg for erververen når driveplikten utløses ved odelserverv. Her kan ikke driveplikt unngås. Erverv på bakgrunn av odel må sies å være en meget spesiell form for kapitalbevegelse. Driveplikten kan kanskje i den sammenheng sees på som en rimelig motytelse mot overhodet å kunne utnytte odelsretten?

Det norske konsesjonssystemet legger altså opp til at det skal bero på skjønn om konsesjon skal gis med eller uten driveplikt som vilkår. I lys av EF-domstolens praksis kan det imidlertid stilles spørsmålstegn ved om den norske konsesjonslovgivningen går for langt i å overlate avgjørelser til forvaltnings-skjønnen. Er skjønnen for løst og uberegnelig til at driveplikt oppstilt som konsesjonsvilkår kan godtas?

EF-domstolen har i annen rettspraksis utvist en viss skepsis til bruk av vage av skjønnsmessige kriterier i den nasjonale lovgivningen. Hovedargumentet bak et slikt standpunkt er at et for vidt skjønn kan hindre den enkeltes forutberegnelighet og dermed stride med rettssikkerhetsprinsippet. Domstolen har avsagt en rekke dommer som blant annet omhandler dette⁴⁰. *Association Église de scientology de Paris* gjaldt en fransk ordning hvor utlendingers investeringer var avhengig av finansministerens tillatelse dersom de etter ministerens mening truet blant annet den offentlige orden og sikkerhet:

"21. I hovedsagen er bestemmelseerne imidlertid karakterisert ved, at der kræves en forudgående tilladelse til enhver direkte, udenlandsk investering, der "kan udgøre en fare for den offentlige sundhed og den offentlige orden" uden nærmere præcisering. De pågældende investorer får således ingen oplysning om, under hvilke nærmere omstændigheder det er nødvendigt at indhente en forudgående tilladelse.

⁴⁰ Jfr forenede sager C-286/82 og C-26/83, forenede sager C-358/93 og C-416/93, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, sag C-54/99, sag C-483/99 og sag C-302/97.

22. *En sådan ubestemthed giver ikke borgerne mulighed for at kende omfanget af deres rettigheder og pligter i henhold til traktatens artikel 73B. Under disse omstændigheder er de indførte bestemmelser i strid med retssikkerhedsprincippet."*

Senere retspraksis viser at de samme betraktninger gjør seg gjeldende når spørsmålet er om konsesjon skal gis og den nasjonale ordningen ikke av ikke-diskriminerende art.

I *Kommissionen mod Frankrig*⁴¹ uttalte domstolen følgende:

"50. For så vidt angår Kommissionens væsentligste kritik... skal det i den forbindelse bemærkes, at ordningen, der er indført ved denne bestemmelse, fastsætter, at enhver overskridelse af tærskler for en fysisk eller juridisk persons direkte eller indirekte besiddelse af kapitalandele, enten individuelt eller i forening – uanset arten eller den retlige form – for hver enkelt deltager kræver økonomiministerens forudgående godkendelse. Denne ret er i henhold til de gældende forskrifter ikke underlagt nogen betingelser, med undtagelse av en generell henvisning til beskyttelsen af nationale interesser i det pågældende dekrets artikel 1. De berørte investorer modtager ingen oplysninger om de særlige og konkrete omstændigheder, hvorunder en forudgående godkendelse bliver tildelt eller nægtet. En sådan ubestemthed giver ikke borgerne mulighed for at kende omfanget af deres rettigheder og pligter i henhold til traktatens artikel 73B, således at en sådan ordning er i strid med retssikkerhedsprincippet (jf. Église de scientologie-dommen, præmis 21 og 22)."

Generaladvokatens argumentasjon i *Ospelt* var i stor grad preget av EF-domstolens tidligere uttalelser om balansen mellom forvaltningsskjønn og rettsikkerhet. I premiss 156 og 157 ble det vist til formuleringer i den østerrikske lovgivningen, spesielt VGVG § 5.2, som gir beslutningstaker et visst rom for vurdering. Slik jeg forstår generaladvokaten, mente han at beslutningstakeren i dette tilfellet var tildelt for mye skjønn. Det er ikke klart ut fra teksten om generaladvokaten la avgjørende vekt på dette, men i mangel av andre argumenter fra generaladvokaten, er dette en nærliggende tolkning. I allefall var konklusjonen hans at den østerrikske ordningen ikke oppfylte

⁴¹ Sag C-483/99

proporsjonalitetskravet og derfor ikke var forenelig med prinsippet om fri bevegelighet for kapital.

Generaladvokaten la listen lavt for når en nasjonal ordning er i strid med EF/EØS på grunn av et for vidt skjønn. Slik jeg forstår generaladvokaten skal erververen helst ha full forutberegnelighet når det gjelder utfallet av en konsesjonssak. Med andre ord er det nødvendig i størst mulig grad å utforme loven slik at den og ikke det frie skjønn, bestemmer utfallet av en sak. Hovedpoenget med en slik løsning er nok å verne om de viktigste prinsippene innenfor EF/EØS slik at man oppnår et effektivt marked. En rendyrking av en slik løsning vil slik jeg vurderer det, kunne føre til at det nasjonale regelverk blir for "stivbent" og derfor mindre egnet som styringsverktøy.

Domstolen på sin side problematiserte overhodet ikke i *Ospelt* at forvaltningsskjønnet var for vidt. Dette kan tolkes slik at domstolen ikke anså forvaltningsskjønnet for å være et problem i denne saken, i allefall fant domstolen det mest hensiktsmessig å angripe saken fra en annen synsvinkel. Domstolen argumenterte tvert i mot for at forvaltningsskjønnet er gitt for lite rom i den østerrikske lovgivningen.

Dommen bærer sterkt preg av at domstolen ønsket en løsning i saken som ga et heldig resultat i forhold til de formål som den østerrikske loven skulle fremme. Dersom domstolen hadde argumentert på samme måte som generaladvokaten, kunne resultatet blitt at den østerrikske delstaten i all hovedsak kunne beholdt sin lovgivning med fradrag for de formuleringer som gir rom for skjønn. Lovgivningen ville da blitt enda mer "firkantet" enn før. Utfallet av en sak som *Ospelt* ville da antagelig blitt det samme etter lovendringen fordi stiftelsen fortsatt ikke kunne oppfylle de lovbestemte vilkårene for konsesjon. I dette tilfellet var det nok et poeng for domstolen å tillate stiftelsens erverv da dette samtidig kunne sikre levebrødet for de to bøndene som leide jord- og skogarealene på eiendommen. Faktum i *Ospelt* er således et eksempel på at en enda strengere lovgivning ville gitt uheldige utslag for de hensyn som nettopp skal ivaretas gjennom konsesjonslovgivningen. Dersom erververen i dette tilfellet ikke hadde fått konsesjon, og eiendommen hadde blitt overdratt til noen som oppfylte konsesjonsvilkårene, inkludert den strenge driveplikten, ville dette virke negativt for de to bøndene som til nå hadde leid jord- og skogbruksarealene og som etter planen skulle

fortsette å leie av stiftelsen. Et krav om at erververen måtte drive eiendommen selv, ville her gi det utslag at én bonde erstattet to. Næringsgrunnlaget for de bøndene som opprinnelig leide kunne da bli truet. Totalt sett er dette i strid med konsesjonslovens formål. Domstolens argumentasjon med hensyn til å fire på vilkårene for å godkjenne erverv treffer i dette tilfellet altså godt med de hensyn man forsøker å ivareta gjennom loven.

Selv om domstolen ikke la vekt på generaladvokatens argumentasjon, betyr ikke det at generaladvokatens syn ikke har relevans utover denne saken. Generaladvokatens argumenter har sin bakgrunn i tidligere rettspraksis hvor domstolen har vært skeptisk til å gi vid adgang til nasjonalt forvaltningsskjønn. Dette standpunktet må det tas hensyn til ved utformingen av nasjonal lovgivning som berører EØS-avtalen.

Dersom man ser EF-domstolens praksis i sammenheng, viser den altså at lovgiver må balansere mellom for skjønnsmessige formuleringer på den ene siden og for lite fleksible regler på den andre siden. Denne avveiningen må det også tas hensyn til ved utformingen av den norske konsesjonsloven.

Den norske konsesjonsloven gir ingen direkte holdepunkter for bruk av vilkår, bortsett fra den generelle vilkårshjemmelen i konsl § 11 som bestemmer at konsesjon kan gis på vilkår dersom dette fremmer lovens formål. Konsesjonsloven § 9 gir nærmere holdepunkter for hva beslutningstaker skal legge vekt på ved avgjørelsen av en søknad om konsesjon ved erverv av landbrukseiendom. Bestemmelsen innleder med følgende formulering: "*Ved avgjørelsen av søknad om konsesjon for erverv av eiendom som skal nyttes til landbruksformål skal det til fordel for søker legges særlig vekt på...*". Blant de forhold som det skal legges vekt på, nevnes f eks om ervervet innebærer en driftsmessig god løsning og om erververs formål vil ivareta hensynet til bosettingen i området. Dette skal i følge forarbeidene⁴² bedre forutberegneligheten for søkeren fordi bestemmelsen kan si noe om utfallet av konsesjonssøknaden. Det er imidlertid ikke gitt at denne bestemmelsen gir tilstrekkelig forutberegnelighet med hensyn til om søkeren blir pålagt driveplikt eller ikke.

⁴² Ot.prp. nr. 79 s 64

Landbruksdepartementet v/statsråden har i brev til Stortinget⁴³ behandlet konsesjonslovgivningen tilknyttet erverv av fast eiendom. I brevet ble det tatt særskilt stilling til spørsmålet om den nye konsesjonsloven i lys av EØS-avtalen gir tilstrekkelig forutberegnelighet for konsesjonssøkeren. I brevet gir departementet v/statsråden uttrykk for at den norske konsesjonsloven er forenelig med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen på dette punkt. Begrunnelsen er at selv om loven gir rom for skjønn, er enkelte bestemmelser i konsesjonsloven slik formulert at konsesjonssøkeren gis et visst inntrykk av hva beslutningstaker legger vekt på når søknaden vurderes. Formålsbestemmelsen (konsl § 1) viser de overordnede hensyn som styrer konsesjonssystemet. Videre gir den eksplisitte vilkårshjemmelen i konsl § 11 indikasjoner til søkeren om han ikke nødvendigvis får innvilget søknaden vilkårsfritt. I tillegg understreker departementet at formuleringene i konsl § 9 (tidligere § 8) er noe endret i den nye loven nettopp med sikte på å bedre forutberegneligheten til søkeren. Bestemmelsen angir momenter som skal legges til grunn ved avgjørelse av en søknad som gjelder landbrukseiendom. For øvrig innrømmer departementet at det er en balansegang å både ta hensyn til konsesjonssøkers forutberegnelighet og beslutningstakers handlingsrom. Samtidig understreker departementet behovet for å ha en lov med en viss skjønnsmargin.

6.4 Alment om bopliktens rekkevidde

Boplikten griper i likhet med driveplikten inn i den enkelte erververs handlefrihet og må derfor vurderes i forhold til proporsjonalitetskravet. Reglene om boplikt ble redegjort for i kapittel 2. Likevel er det hensiktsmessig i denne sammenheng å peke på konkrete trekk ved bopliktreglenes utforming som kan ha betydning for proporsjonalitetsvurderingen.

Konsesjonsloven oppstiller som nevnt to hovedtilfeller hvor boplikten er aktuell. Det er for det første aktuelt med boplikt når eiendommen er av en slik art at erververen er avhengig av konsesjon fra offentlig forvaltningsmyndighet for å kunne erverve den.

⁴³ Brev fra landbruksdepartementet v/ statsråden til Stortinget, datert 5. november 2003.

Konsesjonsloven oppstiller i denne forbindelse ingen lovbestemte vilkår. Systemet innebærer at den offentlige beslutningsmyndigheten har tre muligheter. For det første kan konsesjonssøknaden avslås, for det andre kan konsesjon gis uten vilkår og for det tredje kan konsesjon gis på vilkår, jfr kapittel 2 hvor nærmere hjemler er presentert. Loven oppstiller på denne måten en nokså fleksibel ordning hvor det er opp til beslutningstaker å velge alternativ. Boplikten kan altså bare komme inn i de tilfeller hvor konsesjon gis på vilkår.

Boplikt er for det annet aktuelt i de tilfeller hvor erververen ønsker å oppnå konsesjonsfrihet, som nevnt i kapittel 2 åpner loven opp for unntak fra konsesjonsplikten på grunnlag av erververens stilling. I disse tilfeller opptrer boplikten som et ubetinget krav for å unngå konsesjonsplikt og er således lite fleksibel.

Boplikten oppfylles ved at erververen bruker eiendommen som sin reelle bolig. I følge konsl § 6 er eiendommen tatt som reell bolig "*...hvis eieren er registrert bosatt på eiendommen etter regler fastsatt i eller i medhold av lov 16. januar 1970 nr. 1 om folkeregistrering.*".

Selv om konsl § 6 retter seg mot boplikt fastsatt på bakgrunn av konsesjonsfrihet etter konsl § 5.2, gir nok denne bestemmelsen i praksis også veiledning på omfanget av boplikten når denne er satt som vilkår for konsesjon.

Som fremstillingen i kapittel 2 viser, kan det oppstilles bestemmelser om boplikt i forskrift for å sikre fast bosetting. Slik forskrift er nødvendig når eiendommene ikke er større enn at de faller utenfor den ordinære konsesjonsgrensen. Boplikten er i disse tilfellene upersonlig. Dette gir andre rettssubjekter enn fysiske personer anledning til å erverve konsesjonsbelagte eiendommer.

6.5 Bopliktens forhold til proporsjonalitetsprinsippet

Boplikten har en annen begrunnelse enn driveplikten. Mens driveplikten først og fremst er begrunnet i hensynet til landbruksnæringen, er boplikten begrunnet i hensynet til fast bosetting. Boplikt kan derfor være aktuelt selv om den ervervede eiendom ikke er en landbrukseiendom. Det er derfor nødvendig med en selvstendig drøftelse av boplikten.

EF-domstolen anerkjenner fast bosetting som et alment hensyn som kan begrunne restriksjoner på kapitalreglene, jfr redegjørelsen i kapittel 5. For øvrig er det avgjørende i forhold til EØS-avtalen hvordan dette hensynet ivaretas.

I *Konle*, som utgjør den viktigste dommen i denne forbindelse, behandlet domstolen østerrikske delstatsregler vedrørende erverv av byggegrunn⁴⁴. Hovedpoenget med denne lovgivningen var å ivareta hensynet til fast bosetting. På denne bakgrunn ble det stilt krav om at erverver måtte innhente tillatelse til ervervet fra forvaltningen. En slik søknad ville bli avslått dersom "...*erhververen ikke har godtgjort, at formålet med den planlagte erhvervelse ikke er at opprette en fritidsbolig.*"⁴⁵. Med andre ord oppstilte den østerrikske loven en boplikt. Domstolen problematiserte ikke boplikten i seg selv, men viste i stedet til den enkelte medlemsstats myndighet til å regulere eiendomsretten selv, og at dette må skje innenfor fellesskapsrettens grenser, jfr *Fearon* hvor domstolen tolker EF 295 og punkt 3.1.4 foran. Boplikt kan altså være et legitimt tiltak fra nasjonale myndigheters side dersom dette er nødvendig ut fra samfunnspolitiske hensyn.

I likhet med drøftelsen av driveplikten i *Ospelt*, fant domstolen det nødvendig av hensyn til proporsjonalitetsprinsippet å ta stilling til hvordan reguleringen med boplikt var organisert. I den østerrikske lovgivningen ble som nevnt boplikten kontrollert ved en forhåndstillatelse av ervervet, noe som dannet grunnlag for hovedproblemstillingen i *Konle*. Var det nødvendig å ha et system med forhåndstillatelse, eller måtte det holde at erververen ble pålagt en form for meldeplikt kombinert med en etterfølgende kontrollordning?

Domstolen mente at "...*nødvendigheden af en forudgående tilladelsesprocedure ikke [er] godtgjort*", jfr dommens premiss 42.

Domstolen begrunnet dette standpunktet blant annet med noen generelle betraktninger om at nasjonale ordninger som gir rom for skjønn bør unngås dersom de ikke er

⁴⁴ For en annen fremstilling av dommen se *Common Market Law review (CMLRev)* 37: s 181-190, 2000.

⁴⁵ *Tiroler Grundverkehrsgesetz (TGVG)*, 1996, § 14, stk 1.

nødvendige. Det ble i denne forbindelse blant annet vist til *Luisi og Carbone*. Dette vil jeg ikke gå nærmere inn på da denne diskusjonen blir nokså parallell til drøftelsen om forvaltningens skjønnsmargin under punkt 6.3.

Domstolen var av den oppfatning at bosettingshensyn i alminnelighet kan sikres på en tilfredsstillende måte selv om man ikke benytter en forhåndskontroll hvor erververen er avhengig av forvaltningens tillatelse. Her ble det vist det til uttalelser fra tidligere rettspraksis⁴⁶ hvor domstolen hadde anført at en ordning med forutgående tillatelse kunne erstattes med en ordning hvor erververen selv avgir erklæring på at han vil oppfylle vilkårene loven oppstiller.

I premiss 49 oppsummerte domstolen på følgende måte:

"Under disse omstendigheter og under hensyn til den risiko for forskjelsbehandling, der er forbundet med et system med forudgående tillatelse til erhvervelsen af fast ejendom, således som det, der omhandles i denne sag, samt henset til de andre muligheder, som den pågældende medlemsstat har for at sikre overholdelsen af den politik, den har fastlagt i sin landsplanlægning, udgør den omhandlede procedure vedrørende tilladelse en hindring for kapitalbevægelser, der ikke er nødvendig for at hindre overtrædelser af den nationale lovgivning vedrørende sekundærboliger."

I *Konle* konkluderte altså domstolen med at boplikt kan aksepteres når den er begrunnet i hensynet til bosettingen. For øvrig vil en forhåndskontroll i denne forbindelse være i strid med proporsjonalitetsprinsippet da en mindre inngripende ordning på en tilfredsstillende måte kan kontrollere at vilkårene for ervervet overholdes⁴⁷. Den østerrikske ordningen var således ikke forenelig med fellesskapsretten.

⁴⁶ Jfr forende sager C-358/93 og C-416/93 *Bordessa m fl* og forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94 *Sanz de Lera m fl*.

⁴⁷ Dette standpunktet har domstolen fulgt opp både i *Reisch m fl* og *Ospelt*. For eksempel blir det i *Reisch m fl* (som også omhandlet boplikt) i premiss 35 henvist til *Konle* premiss 44-48 som nettopp omhandlet hvilken ordning som kunne være i overensstemmelse med fellesskapsretten. *Ospelt* som er den nyeste dommen, støtter seg i premiss 45 både til uttalelser fra *Reisch m fl* og *Konle*. (Se for øvrig brødteksten).

I *Ospelt* kom domstolen til at et konsesjonssystem kan forsvares for å ivareta landbrukshensyn. Begrunnelsen var blant annet at en etterfølgende kontroll bare et stykke på vei er effektiv nok. En etterfølgende kontroll kan f eks ikke hindre at det gjøres uopprettelige skader på landbruksarealet. Siden *Ospelt* behandlet en forhåndskontroll som var begrunnet i andre hensyn enn hensynet til fast bosetting, kan denne dommen ikke forstås slik at domstolen har endret syn på konsesjonssystemer etter at dommene *Konle* og *Reisch m fl* ble avsagt. Tvert i mot blir det understreket i *Ospelt* at faktum i saken avviker fra faktum i de to foregående dommene, jfr premiss 44:

"Til forskel fra kontrolforanstaltninger, der har til formål at forbyde opførelse af sekundærboliger efter overdragelse af byggegrunde, og som kan foretages efter transaktionen uden at skade dette formål (jf. I denne retning Reisch m.fl.-dommen, præmis 37-39), kan nationale bestemmelser, såsom bestemmelserne i VGVG, kun opfylde de fastsatte mål, hvis der ikke er gjort uigenkaldelig skade mod arealernes landbrugsformål.(...)"

EF-domstolens rettspraksis viser med dette at hvordan hensynet til henholdsvis fast bosetting og landbruksnæringen skal ivaretas er to forskjellige vurderinger, hvor tildels ulike argumenter blir vektlagt.

Domstolens oppfatning av at det er unødvendig med et system hvor erverver må innhente forhåndstillatelse, reiser ytterligere problemstillinger. Hvordan kan erververen i tilstrekkelig grad bevise at han faktisk vil oppfylle boplikten? Holder det med en erklæring fra erverver om at boplikten vil bli overholdt, eller kreves det noe mer? Hvordan kan eventuelt noen egentlig bevise sine hensikter for fremtiden på annen måte enn ved å erklære dem?

EF-domstolen anerkjenner et system hvor erverver avgir erklæring på at han har til hensikt å oppfylle boplikten, jfr *Konle* premiss 46 flg. Et meldepliktsystem er etter domstolens oppfatning likevel ikke tilstrekkelig, det må også være adgang til å føre en form for etterfølgende kontroll, jfr premiss 46. Det fremgår av premiss 47 at en slik

etterfølgende kontroll etter domstolens oppfatning f eks kan bestå av bøter og eventuelt trussel om tvangssalg av eiendommen dersom vilkårene ikke blir oppfylt.

Dersom man innfører et system med meldeplikt for erverver, faller vel egentlig behovet for forhåndstillatelse bort, med mindre konsesjonsplikten er begrunnet i andre hensyn.

Imidlertid kan man stille spørsmål ved om en ordning med forhåndstillatelse likevel kan være et akseptabelt alternativ dersom boplikten blir gjort mer fleksibel enn med en meldepliktorning, f eks ved å oppstille en upersonlig boplikt. Domstolen uttalte seg ikke om dette i *Konle*, men det kan kanskje synes rimelig ut fra en proporsjonalitetstankegang?

Hvilken betydning har EF-domstolens praksis for organiseringen av den norske boplikten?

Med hjemmel i norsk konsesjonslov kan erververen bli pålagt boplikt. En slik plikt er begrunnet hovedsaklig i ønsket om å sikre fast bosetting. I henhold til loven kan det enten settes krav om ren boplikt eller boplikt kombinert med driveplikt.

I de tilfeller hvor det er aktuelt å innføre ren boplikt på grunn av bosettingshensyn, gir konsl § 7 hjemmel til å utvide konsesjonsplikten. Dette er særlig aktuelt i områder med mye turisme. Konsesjongrensen etter § 4.1 nr 4 kan da ved forskrift settes ut av kraft. På denne måten kan man kreve at erververe av vanlige boligeiendommer skal oppfylle boplikt. EF-domstolens rettspraksis viser at hensynet til bosettingen alene ikke kan begrunne et konsesjonssystem. I utgangspunktet kan det derfor se ut som om det norske systemet med nedsatt konsesjongrense for å oppnå fast bosetting strider med EØS-avtalen. Imidlertid oppstiller konsl § 7.3 unntak fra konsesjonsplikt når "*erververen forplikter seg til at eiendommen skal brukes til helårsbolig i den tiden han eier eiendommen, enten av ham selv eller andre*". Den norske bestemmelsen oppstiller med andre ord en ordning som ligner på det meldepliktsystemet som ble skissert i *Konle*. Det er sannsynlig at adgangen til selv å erklære at man vil oppfylle boplikten blir hyppig brukt siden man da unngår konsesjonsbehandling. Konsesjonsplikten blir i denne forbindelse mer å regne som et "ris bak speilet" enn den egentlige hovedregel.

Boplikten er også upersonlig, noe som gjør ordningen mindre inngripende i forhold til kapitalreglene. På denne bakgrunn har jeg vanskelig for å se at den rene boplikten strider med EØS-avtalen.

Boplikten opptrer ofte som et vilkår ved siden av driveplikten når den ervervede eiendom er en landbrukseiendom. Analysen av *Ospelt* viser at hensynet til landbruksnæringen kan begrunne et konsesjonssystem. Generelt har ordninger som innebærer at erverver av fast eiendom må innhente forhåndstillatelse kun blitt godtatt av EF-domstolen i de tilfeller hvor landbrukshensyn har vært inne i bildet.

Siden EF-domstolen har stilt seg skeptisk til koblingen mellom boplikt og konsesjonssystem, er det nødvendig å ta stilling til om hensynet til bosettingen kan vektlegges i denne forbindelse slik at boplikt kan innlemmes i et konsesjonssystem som er nødvendig på grunn av landbruksnæringen. Det er etter mitt syn vanskelig å finne argumenter for en annen løsning. Når konsesjonssystemet allerede er etablert på grunn av landbruksnæringen vil det etter mitt skjønn være hensiktsmessig å kontrollere boplikten gjennom samme system. Dersom man skulle operere med to uavhengige kontrollordninger, ville dette antagelig utgjøre en større hindring for den fri bevegelse for kapital enn om man har ett kontrollsystem å forholde seg til. Når konsesjonssystemet allerede er etablert, kan jeg derfor ikke se noen betenkeligheter med å benytte dette til å kontrollere boplikten, imidlertid kan ikke boplikten alene begrunne en konsesjonsordning.

Dersom det er et politisk mål med spredt bosetting i hele landet, er det imidlertid påfallende at konsesjonsgrensen er satt opp fra 20 til 100 dekar. På denne måten kan boplikt i utgangspunktet kun pålegges på de større eiendommene (et større nedslagsfelt for boplikten krever som nevnt ovenfor særskilt forskrift om nedsatt konsesjonsgrense). Man skulle tro at det med hensyn til fast bosetting er vel så viktig å få folk til å ha fast bopel på småbruk. Disse utgjør jo en mye større andel av den totale eiendomsmassen enn de som nå er underlagt konsesjonsreglene. Slik bopliktreglene skal fungere etter den nye loven kan det etter min mening stilles spørsmålsteget ved motivasjonen bak reglene. En god begrunnelse for reglene er som vist helt avgjørende for om slike ordninger er forenelig med EØS-avtalen.

7 Oppsummering

7.1 Konklusjoner

Denne analysen har vist at EF-domstolen stiller seg skeptisk til alle ordninger vedrørende fast eiendom som kan innebære en handelshindring. Likevel viser rettspraksis at EF-domstolen kan godta at den enkelte medlemsstat har egne behov som bør ivaretas. Almene hensyn som hensynet til landbruksnæringen og fast bosetting kan i utgangspunktet begrunne restriksjoner på kapitalbevegelsesreglene. Videre viser fremstillingen at både driveplikt og boplikt kan godtas som sådan. Imidlertid vil det være avgjørende hvordan reglene er utformet.

Fremstillingen ovenfor gir for det første grunn til å trekke noen konklusjoner om konsesjonssystemet og driveplikten i forhold til EØS-avtalen. Det helt grunnleggende er at en ordning med forhåndskontroll i seg selv ikke er i strid med EØS-avtalen. Det springende punkt i forhold til EØS-avtalen er hvilke hensyn et slikt konsesjonssystem skal ivareta, og hvordan konsesjonssystemet er organisert.

Det følger av *Ospelt* at EF-domstolen godtar hensynet til landbruksnæringen som begrunnelse for en konsesjonsordning. Domstolens uttalelser kan også tolkes slik at den stiller seg tvilende til om andre ordninger kan ivareta hensynet på en tilfredsstillende måte. Konsesjonssystemet må imidlertid oppfylle visse krav for ikke å komme i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Etter *Ospelt* er det klart at domstolen stiller seg skeptisk til et system som krever at konsesjonssøkeren må oppfylle strenge lovbestemte vilkår for å få konsesjon. Jeg tolker domstolen slik at reglene må være mer fleksible for å være forenelig med EØS-avtalen. Domstolen slo i allefall ned på de østerrikske reglene som oppstilte krav om at erververen selv skulle drive eiendommen og bo på den for å oppnå konsesjon. Den norske konsesjonsloven oppstiller ingen lovbestemte vilkår for å få konsesjon, om konsesjonen skal gjøres betinget beror altså på skjønn. Det er derfor vanskelig å se for seg at *Ospelt* i så henseende har noen betydning for den norske

lovgivningen slik den er utformet i dag. Man kan altså ikke på bakgrunn av *Ospelt* trekke den slutning at også de norske reglene er i strid med EØS-avtalen.

På den annen side har EF-domstolen vanskelig for å godta ordninger som bærer for sterkt preg av skjønn, jfr redegjørelsen ovenfor. Det kan kanskje stilles spørsmål ved om lovgivningen i Norge gir for stort rom for skjønn. Flere forhold bidrar imidlertid til å justere dette bildet. For det første oppstiller loven retningslinjer for hva det skal legges vekt på ved vurderingen av konsesjonssøknader. Søkeren kan derfor i stor grad innrette seg slik at forutsetningene er på hans side når søknaden skal behandles. Dette bedrer forutberegneligheten for søkeren. For det andre vil en tilnærmet fast praktisering av reglene begrense det EF-domstolen oppfatter som negative konsekvenser av fritt skjønn. Etter den nye loven er beslutningsmyndigheten lagt til kommunene. Når beslutningene tas lokalt, kan også dette bidra til større tilgjengelighet for publikum slik at man får bedre innsikt i hva beslutningstaker vektlegger og hva slags vilkår det er vanlig å sette. Imidlertid er faren med lokal beslutningsmyndighet at praktiseringen av reglene kan variere fra kommune til kommune.

For det andre kan det trekkes noen konklusjoner med hensyn til boplikt i forhold til EØS-avtalen. På bakgrunn av uttalelsene i *Konle*, kan antagelig ikke hensynet til fast bosetting alene begrunne en konsesjonsordning. I denne saken stred i allefall en slik ordning med proporsjonalitetsprinsippet da andre mindre inngripende ordninger kunne ivareta dette hensynet på en tilfredsstillende måte. EF-domstolens uttalelser i *Konle* tyder på at et meldepliktsystem med en form for etterfølgende kontroll kan godtas når erververen pålegges boplikt med begrunnelse i bosettingshensyn. Drøftelsen ovenfor viser at i allefall den rene boplikt ivaretas på en slik måte i Norge at det må anses for å være forenelig med EØS-avtalen. Når boplikten opptrer sammen med driveplikten, kontrolleres disse pliktene etter de norske reglene gjennom et konsesjonssystem. Som det er argumentert for under forrige punkt, må også dette kunne passere i forhold til EØS-avtalen da konsesjonsordningen kan begrunnes i landbrukshensyn alene.

Dersom man ser rettspraksisen fra EF-domstolen vedrørende omsetning av fast eiendom i sammenheng, setter domstolen altså nokså klare rammer for hvordan en konsesjonslovgivning kan være utformet. Det gjenstår likevel å se hva slags ordning

domstolen er villig til å godta da den til nå har underkjent alle nasjonale ordninger den har tatt stilling til.

7.2 Veien fremover

Den norske konsesjonslovgivningen er under stadig utvikling. Den nye konsesjonsloven innebærer en betydelig innsnevring av kretsen av erverv som er konsesjonspliktig. Dette må tolkes slik at det er et politisk ønske om i større grad å åpne opp for fri omsetning av fast eiendom uten at kravet om konsesjon skal være en "klamp om foten".

I den nye loven åpnes det opp for nye eierstrukturer i landbruket. I allefall har dette vært intensjonen fra Landbruksdepartementets side, jfr statsrådets brev til Stortinget av 22. oktober 2003. Tidligere var boplikten personlig slik at erververen selv måtte bosette seg på eiendommen. Denne ordningen utelukket at selskaper eller andre juridiske personer kunne erverve eiendommer underlagt konsesjonsplikt. Nå er det spesifisert i loven at selskaper med begrenset ansvar kan få konsesjon på landbrukseiendommer, jfr konsl § 9.3. Statsråden har signalisert at han i disse tilfellene ser for seg en upersonlig boplikt. Eier- og ansvarsforholdene i landbruket utvikler seg med dette i retning av hvordan annen næringsvirksomhet er organisert.

Man kan spørre seg om den utviklingen som skjer innenfor konsesjonslovgivningen er et resultat av EØS-avtalen og EF-domstolens avgjørelser på dette feltet. Det er i allefall mer på linje med EØS-avtalen å liberalisere eiendomsomsetningen enn å stramme inn kontrollen av eiendomserverv. Imidlertid er det minst like nærliggende å se det slik at det uavhengig av EØS foregår en politisk prosess i Norge som styrer i retning av mer markedsorienterte ordninger for omsetning av eiendom. Spesielt gjelder dette omsetningen av landbrukseiendom. Dersom man legger en slik forklaring til grunn, er det snarere slik at EØS-avtalen underbygger den politiske prosessen enn at den fullt og helt har "skyld" i denne utviklingen.

Litteratur og kilder

Bøker, artikler mm:

Bull, Henrik. *Det indre marked for tjenester og kapital*. 1.utgave. Oslo, 2002.

Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 6.utgave ved Eivind Smith. Oslo, 1999.

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.

Falkanger, Thor. *Tingsrett*. 5. utgave. Oslo, 2000.

Falkanger, Thor. *Konsesjon og boplikt for boligeiendommer*. I: Lov og Rett (LoR). Nr 7 2003, s 387-394.

Jervell, Stephan L. *EØS rokker ved bo- og driveplikt på landet*. Stephan L. Jervell og Stella M. Tuft. Kronikk i Aftenposten 16. oktober 2003.

Lengauer, Alina. *Case C-302/97, Klaus Konle v. Republic of Austria, Judgment of the Full Court of 1 June 1999*, nyr. CMLRev. 2000 nr 37 s 181-190.

Bøker med mer enn 3 forfattere:

EØS-rett. Fredrik Sejersted...[et al]. 2.utgave. Oslo, 2004.

Forarbeider:

Ot.prp. nr. 79 (2002-2003) Om lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (konsesjonsloven) mv.

Annet:

Brev fra Landbruksdepartementet v/statsråden til Stortinget, datert 5. november 2003.

St.meld. nr. 19 (1999-2000) Om norsk landbruk og matproduksjon.

Rettsavgjørelser fra EFD:

Sag C-452/01 (Ospelt)

Sag C-54/99 (Association Église de scientologie de Paris)

Forenede sager C-515/99, C-519/99 – C-524/99 og C-526/99 – C-540/99 (Reisch m fl)

Sag C-439/99

Sag C-483/99 (Kommissionen mod Frankrig)

Sag C-252/98 (Sass)

Sag C-367/98

Sag C-423/98 (Albore)

Sag C-448/98 (Guimont)

Sag C-222/97 (Trummer og Mayer)

Sag C-302/97 (Konle)

Forenede sager C-34/95, C-35/95 og C-36/95 (De Agostini)

Forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94 (Sanz de Lera m fl)

Forenede sager C-358/93 og C-416/93 (Bordessa m fl)

Sag C-148/91 (Veronica)

Sag C-182/83 (Fearon)

Forenede sager C-286/82 og C-26/83 (Luisi og Carbone)