

Vitenskapelig publikasjon

Verdsettelse av næringsbygg ved avvikling av tomtefeste

Henrik Hammersland

Henrik Hammersland er advokatfullmektig i advokatfirmaet Arntzen de Besche og er tilknyttet virksomhetsområdet for tvisteløsning og prosedyre.

heh@adeb.no

Sammendrag

I Norge finnes det rundt 30 000 festeavtaler som gjelder næringsbygg. I motsetning til festeforhold som gjelder bolig- og fritidshus finnes det ingen lovfestede særregler som gir festeren rett til å forlenge festeforholdet eller innløse tomten ved festeforholdets slutt. Som en følge av dette vil trolig en rekke næringsfesteforhold bli avviklet i de kommende årene. Ved et slikt opphør må det tas stilling til (i) om bebyggelsen skal flyttes fra tomten eller bli igjen, og (ii) hvordan det økonomiske oppgjøret blir. Artikkelen omhandler den siste problemstillingen under den forutsetning at bebyggelsen skal bli værende på tomten. Forfatteren analyserer og tar stilling til hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes i ulike typetilfeller og hvordan den konkrete utmålingen skal skje innenfor det enkelte verdsettelsesprinsippet.

Nøkkelord

tomtefesteloven § 41, tomtefeste, næringsfeste, avvikling, verdsettelse, verdsettelsesprinsipper, teknisk verdi, bruksverdi, Zachariasbryggen, næringsbygg

1. Innledning

1.1 Om temaet

Tomtefesteinstituttet forutsetter vanligvis at det skjer en sammenføring mellom festerens verdier (bebyggelsen) og bortfesterens/grunneierens verdier (tomten). Når festeforholdet opphører, typisk ved at festekontrakten utløper, oppstår det derfor som

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

regel to spørsmål: (i) skal bebyggelsen flyttes fra tomten eller bli igjen, og (ii) hvordan blir det økonomiske oppgjøret.

Utgangspunktet etter tomtefesteloven (tfl.) § 39 (1) er at festeren både har rett og plikt til å fjerne hus og andre faste installasjoner når festeforholdet avvikles.¹ Utskilling av festerens bebyggelse fra tomten kan imidlertid både være kostbart og tidkrevende. Hovedregelen kan derfor fravikes ved avtale, jf. tfl. § 39 (4). I tillegg kan begge parter få rett til å kreve at bortfester tar over bebyggelsen mot vederlag dersom rydding av tomten fører til at verdier unødvendig går til spille, jf. tfl. § 40. Konsekvensen av at unntaksreglene kommer til anvendelse, er naturlig nok at bebyggelsen blir stående på tomten.

I slike tilfeller oppstår spørsmålet om bortfesteren skal yte vederlag for bygningsmassen, og i så fall hvor mye som skal betales. For å løse problemstillingen må det tas stilling til to spørsmål; (i) hvilket verdsettelsesprinsipp skal anvendes, og (ii) hvordan skal den konkrete utmålingen skje. Begge problemstillingene reguleres i utgangspunktet av tomtefesteloven § 41 første og annet ledd, som angir to alternative verdsettelsesprinsipper: bebyggelsens tekniske verdi og bebyggelsens verdi for bortfester.

Hvilket verdsettelsesprinsipp som kommer til anvendelse, avhenger ifølge tfl. § 41 av om det er bortfester eller fester som krever at bortfester skal overta bebyggelsen. Dersom både bortfester og fester har krevd bortfesteres overtakelse, følger det av flertallets votum (dissens 3-2) i HR-2016-1240-A (Zachariasbryggen I) at festeren kan velge verdsettelsesprinsipp etter hva som er mest gunstig for festeren selv. Som den skarpe dissensen i LB-2017-3687 (Ensjøveien) illustrerer, kan det imidlertid være mer usikkert hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes dersom bortfesteren har en kontraktsfestet overtakelsesplikt. Hvorvidt bortfester av taktiske grunner kan unnlate å fremsette et krav om overtakelse av festerens bebyggelse, krever også en viss avklaring.

Når det skal tas stilling til *hvordan* verdsettelsen skal gjennomføres innenfor rammen av det aktuelle verdsettelsesprinsippet, knytter det seg størst utfordringer til utmåling etter bebyggelsens verdi for bortfester, jf. tfl. § 41 (2). Selv om Høyesterett behandlet problemstillingen i HR-2017-2359-A (Zachariasbryggen II), nøyet flertallet (dissens 3-2) seg med å fremheve flere alternative metoder som alle i prinsippet kan anvendes. Heller ikke da Gulating lagmannsrett høsten 2018 utmålte vederlag for Zachariasbryggen for tredje gang i LG-2018-2300 (Zachariasbryggen III), ble det gitt klare retningslinjer for fremgangsmåten. Etter at anken over overskjønnet ble forkastet i HR-2019-203-U, er det følgelig fortsatt uklart hvilken metode som er best egnet i ulike typetilfeller.

1. Lov 20. desember 1996 nr. 106.

HENRIK HAMMERSLAND

Miriam Skag, førsteamanuensis ved Universitet i Bergen, bidro til en viss tilgjengeliggjøring av verdsettelsesreglene ved artikkelen «Avvikling av tomtefeste» som ble publisert i *Tidsskrift for forretningsjus* våren 2018,² men det er fortsatt en rekke problemstillinger som verken lovgiver, Høyesterett eller juridisk teori konkluderer tydelig på. Sett i lys av de kompliserte verdsettelsesreglene og de mange næringsfesteavtalene som trolig vil bli avvirket de neste årene,³ er det følgelig behov for en grundig og helhetlig sammenfatning av gjeldende rett hva angår verdsettelse av næringsbygg ved avvikling av tomtefeste.

1.2 Avgrensning

Reglene i tomtefesteloven kapittel 7 (§§ 39-41) kommer i utgangspunktet preseptorisk til anvendelse ved avvikling av alle festeforhold,⁴ uavhengig av årsaken til avviklingen,⁵ hva som er formålet med festet,⁶ og om den underliggende festeavtalen er inngått før eller etter 1996- eller 1975-loven.⁷ I festeforhold som gjelder bolig- og fritidshus, har imidlertid festeren særlig gunstige rettigheter overfor bortfester. Festeren har både en ensidig rett til å innløse (kjøpe) tomten for 25 ganger festeavgiften eller 40 % av tomtens markedsverdi,⁸ og en ensidig rett til å forlenge festeavtalen med en viss oppregulering av festeavgiften.⁹ Disse gunstige vilkårene medfører at reglene om avvikling av tomtefeste sjelden settes på spissen for slike festeavtaler.¹⁰

Lignende særregler finnes ikke for de rundt 30 000 festeavtalene som gjelder næringsbygg.¹¹ I næringsfesteforhold (kontorbygg, industribygg, lagerbygg, kjøpe-

-
2. Skag, Miriam, «Avvikling av tomtefeste», *Tidsskrift for forretningsjus* 2017, nr. 3–4, s. 202–281.
 3. At det vil oppstå flere tvister om avvikling av næringsfeste i de kommende årene, må særlig ses i lys av at festeren i næringsfesteforhold kun har rett til å forlenge festeforholdet eller innløse tomten når det er avtalt, noe som sjelden er tilfellet. Siden verdistigningen på fast eiendom har oversteget den alminnelige prisutviklingen for festeavgifter, vil det også sjelden være lønnsomt for grunneiere å forlenge næringsfesteavtaler på samme vilkår som tidligere.
 4. Reglene i tomtefesteloven er ufravikelige med mindre noe annet «er sagt i lova», jf. tfl. § 4.
 5. Jf. bl.a. Ot.prp. nr. 28 (1995–96) s. 43–45 og s. 52–53. Det er med andre ord ikke av betydning om avviklingen skyldes heving, ordinært utløp, avtalt opphør før festetidens utløp, eller fordi en oppsigelig kontrakt blir oppsagt – det avgjørende er at festeforholdet skal avsluttes.
 6. Se bl.a. Falkanger, Thor, *Tomtefesteloven, kommentarutgave* (Oslo 2017), s. 188.
 7. Jf. tfl. § 2.
 8. Jf. tfl. § 37 (1).
 9. Jf. tfl. § 7 (1), jf. § 33 (1).
 10. Avviklingsproblematikken kan likevel oppstå ved bolig- og fritidsfeste dersom festeren sier opp eller hever festeavtalen.
 11. Ifølge Ot.prp. nr. 41 (2002–2003) s. 11 var minst 36 012 av de 352 773 registrerte festeforholdene per juli 2002 registrert for næringsforhold.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

sentre, restaurantbygg o.l.) har festeren kun rett til å forlenge festeforholdet eller innløse tomten når det er avtalt, noe som sjelden er tilfellet. Dette medfører at avviklingsproblematikken i tomtefesteloven kapittel 7 som oftest aktualiseres ved næringsfeste.¹² Denne artikkelen fokuserer derfor på verdsettelse av næringsbygg under den forutsetning at næringsbygget skal bli stående på tomten i medhold av tfl. §§ 39 (4) eller 40.

2 Fastsettelsen av verdsettelsesprinsipp

2.1 Virkeområde for tomtefesteloven § 41

Tomtefesteloven § 41 angir to alternative verdsettelsesprinsipper: bebyggelsens tekniske verdi og bebyggelsens verdi for bortfester.¹³ For at § 41 skal komme til anvendelse, må fester eller bortfester følgelig «krev[e]» at bortfester skal overta. I praksis vil et slikt krav oftest være fremsatt ved begjæring til instansen som skal verdsette bebyggelsen (skjønnsretten).¹⁴

Tomtefesteloven § 40 fastslår at begge parter får en slik lovfestet «rett» til å kreve at bortfester skal overta bebyggelsen dersom «borttaking vil medføre verdispille i utreningsmål». At festeren gis en slik rett, kan være gunstig for ham da han vil sitte igjen med et vederlag for bygningene samtidig som han slipper flytte- eller rivekostnader. For bortfesteren kan retten til å kreve overtakelse også være gunstig, særlig i tilfeller der et lignende bygg ikke kan oppføres grunnet offentligrettslige byggerestriksjoner.¹⁵ Samspillet mellom de preseptoriske reglene i tfl. §§ 40 og 41 er følgelig egnet til å sikre «ei rimeleg løysing», i tråd med lovgivers ønsker.¹⁶

I tilfeller der partene har avtalt seg bort fra festerens borttakingsrett og ryddeplikt i medhold av tfl. § 39 (4), har ikke partene samme lovfestede rett til å kreve at bortfester skal overta bebyggelsen. I slike tilfeller har bortfester en kontraktsfestet overtakelses-

12. Reglene i tfl. kapittel 7 kan likevel være relevante for andre typer festeavtaler som garasjer, naust, kaianlegg o.l., der formålet er et annet enn bolig- og fritidsformål.

13. Den tidligere tomtefesteloven av 1975 inneholdt ikke en klar verdsettingsregel på lik linje med nåværende tfl. § 41. Det bør derfor vises varsomhet med å vektlegge eldre praksis ved tolkningen av tfl. § 41, med mindre slik tolkning eksplisitt er autorisert av Høyesterett.

14. Jf. tfl. § 41 (4) første setning. Det kan også tenkes at krav fremsettes direkte overfor motparten. Det avgjørende må i så fall være at den andre parten med rimelighet må ha forstått at kravet har blitt fremsatt, se til sml. reglene om påkrav i den alminnelige pengekravsretten, jf. bl.a. Kjørven, Marte Eidsand mfl., *Foreldelse av fordringer* (Oslo 2011), s. 295–297.

15. Se punkt 3.2.3.

16. Se bl.a. NOU 1993: 29 s. 77 og Zachariasbryggen II avsnitt 55.

HENRIK HAMMERSLAND

plikt som har oppstått på bakgrunn av en enighet ved avtaleinngåelsen. Siden overtakelsesplikten følger direkte av festeavtalen, har ingen av partene ensidig «krev[d]» overtakelse. Disse tilfellene omfattes derfor ikke av det direkte virkeområdet til § 41.¹⁷

Et slikt utgangspunkt er naturlig sett i lys av at det kun kan gjøres unntak i medhold av § 40 dersom det aktuelle verdispillet skjer «i utrensmål». Hvorvidt verdispillet skjer i utrensmål, beror på en konkret interesseavveining mellom partene, der også subjektive momenter kan være av betydning.¹⁸ I § 40-tilfellene vil bortfesterens interesser følgelig i stor grad være ivaretatt, og bortfester vil sjelden tvinges til å overta bebyggelsen mot vederlag dersom dette er svært tyngende.¹⁹

I tilfeller der rydding ikke vil medføre unødvendig verdispille, vil det oppleves vesentlig mer tyngende for bortfester å overta festerens bebyggelse. Når samfunnsøkonomiske hensyn heller ikke gjør seg gjeldende, er det få gode holdepunkter for at verdsettelsesprinsippene i § 41 skal komme til anvendelse der bebyggelsen skal bli stående på tomten i medhold av tfl. § 39 (4). Som vi skal se i punkt 2.2.5, vil det tvert imot både være mer rimelig og forutberegnelig å se hen til partenes avtale.

De preseptoriske verdsettelsesreglene i tfl. § 41 kommer derfor kun direkte til anvendelse der bebyggelsen skal bli stående siden riving/borttaking vil medføre at «verdiar går til spille i utrensmål», jf. tfl. § 40.

17. Dette synes å være forutsatt i NOU 1992: 29 s. 78 der det fremheves at bakgrunnen for bruk av § 41 vil «nettopp vera at at det ikkje kan fjernast eller flyttast utan verdispille». Det samme forutsettes av Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 248 og 278, Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 193, og flertallet i LB-2017-3687 (Ensjøveien). Mindretallet i Ensjøveien (dissens 3-2) mente riktignok at bortfester etter festeavtalen kan ha *plikt* til å overta byggene på tomten, samtidig som festeren beholder sin borttakingsrett, slik at festeren implisitt krevde at bortfesteren skulle overta bebyggelsen ved å ikke benytte sin borttakingsrett. Samme løsning ble valgt i RG-2006-1089 (Skottevig). At slik passivitet kan likestilles med å «kreve» overtakelse, kan etter mitt skjønn ikke gjøres gjeldende sett i lys av lovens ordlyd, forarbeider, juridisk teori og lovens system.

18. I helhetsvurderingen vil bl.a. eksisterende og påventede arealplaner være av betydning. Foruten hensynet til de to partene kan også hvem som er å bebreide for avviklingen, partenes profesjonalitet, partenes mulighet til å planlegge avviklingen og samfunnsøkonomiske hensyn være av betydning, se Ot.prp. nr. 28 (1995–96) s. 43, Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 229–230 og 242–244, og Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, 8. utgave (Oslo 2016), s. 333.

19. Dette må særlig ses i lys av at lovens hovedregel i § 39 (1) er at tomten skal ryddes, slik at det må være en viss terskel før bortfester plikter å overta bebyggelsen, jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 236.

2.2 Hvilket verdsettelsesprinsipp skal anvendes?

2.1.1 Innledning

Når bebyggelsen skal bli stående på bortfesterens tomt i medhold av tfl. §§ 39 (4)²⁰ eller 40,²¹ må det først vurderes hvilket av verdsettelsesprinsippene i tfl. § 41 som skal anvendes ved en eventuell verdsettelse. Hvilket prinsipp som anvendes kan ha stor betydning for vederlaget bortfester skal yte til fester. Dersom festeforholdet eksempelvis gjelder et påkostet industribygg med lave inntekter, vil den tekniske verdien være høy, mens bortfesteres bruksverdi i form av avkastning vil være lav. Motsetningsvis kan bruksverdien være vesentlig høyere enn teknisk verdi dersom det er tale om en enkel bebyggelse som likevel genererer høye leieinntekter.²²

2.1.2 Når bortfester krever overtakelse

Tomtefesteloven § 41 (1) fastslår at når «bortfestaren krev[er]» å overta bygningsmassen som står igjen på hans tomt, skal vederlaget «stjast til det det ville koste å føre opp tilsvarende hus og tilskipingar på tomta på overtakingstida, med frådrag for verdming på grunn av alder og bruk i festetida». Innenfor tomtefeste omtales dette verdsettelsesprinsippet som teknisk verdi.²³

Lovens forarbeider fremhever at prinsippet tar sikte på å regulere tilfellene der bortfester «ynskjer å overta» festerens bygg.²⁴ Bakgrunnen er at bortfester presumptivt bare vil kreve overtakelse når tomten har større verdi med bygningsmassen enn uten, slik at alternativet for bortfesteren er å oppføre ny bebyggelse på tomten. En vederlagsfastsettelse etter gjenanskaffelsesverdien var derfor ifølge lovgiver mest dekkende.²⁵

20. Tfl. § 39 (4) fastslår at hovedregelen i § 39 (1) om festerens borttakingsrett og ryddeplikt bare gjelder «så langt ikkje anna fylgjer av det som er avtalt».

21. Tfl. § 40 (1) oppstiller et preseptorisk unntak fra hovedregelen i § 39 (1) dersom borttakingen av bebyggelsen medfører at «verdiar går til spille i utrengsmål». Dersom bestemmelsens vilkår er oppfylt, bortfaller festerens plikt til å rydde tomten, og bortfester må i stedet betale vederlag for bebyggelsen i medhold av § 41. Se Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 228–244, og Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 193–197, for det nærmere innholdet av bestemmelsen.

22. I Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 254, eksemplifiseres denne type næringsbygg med et «kjøpesenter som generer store inntekter fra butikkene som leier lokaler». Se også saksforholdet om Zachariasbryggen i Bergen (nærmere beskrevet i punkt 2.2.4).

23. Se bl.a. Zachariasbryggen I avsnitt 22.

24. Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) s. 70–71.

25. NOU 1993: 29 s. 77–78.

HENRIK HAMMERSLAND

2.1.3 Når fester krever at bortfester skal overta bebyggelsen

Dersom «festaren krev[er]» at bortfesteren skal overta bygningsmassen, skal vederlaget ifølge § 41 (2) «setjast til det verdet husa og tilskippingane har for bortfestaren». Det understrekes i forarbeidene at regelen er valgt siden lovgiver mente det ville «vera urimeleg å påleggja bortfestaren å overta hus og tilskippingar for ein større verdi enn det kan ha for han».²⁶ Hovedformålet med regelen er med andre ord å verne bortfesteren der han pålegges overtakelse uten å ville dette selv.²⁷ På den andre siden skal bortfesteren, av hensyn til festeren, betale det bygningen er verdt for ham selv ved en påregnelig utnyttning.

Regelen vil typisk komme til anvendelse der bortfesteren ikke har nytte av bygget. Dette kan eksempelvis være fordi byggene er av en slik beskaffenhet at de ikke forsvarer kostnadene ved renovering, eller fordi byggene står i veien for en mer lønnsom utnyttelse av eiendommen. Som vi skal se i punkt 3.2 nedenfor, medfører den brede variasjonen av tilfeller at ulike verdsettelsesmetoder kan måtte benyttes for ulike type-tilfeller.

2.1.4 Når begge krever at bortfester skal overta bebyggelsen

HR-2016-1240-A (Zachariasbryggen I) gjaldt verdsettelse av et restaurant- og ute-stedsbygg ved Fisketorget i Bergen i medhold av tfl. § 41. Grunnet restaurantbyggets størrelse og tomtens unike plassering genererte bygget store leieinntekter. Verdien bebyggelsen hadde for bortfester i form av avkastning var derfor høyere enn byggets tekniske verdi.²⁸ For å sikre et gunstig vederlag fremmet derfor både fester og bortfester overtakelseskrav samme dag. Høyesteretts flertall (dissens 3-2) uttalte i avsnitt 33 at i slike tilfeller kan «festeren velge om vederlaget skal fastsettes etter tomtefesteloven § 41 første eller annet ledd, avhengig av hva som gir ham best uttelling».

Førstvoterende begrunnet resultatet med at hovedregelen etter den tidligere tomtefesteloven av 1975 var utmåling etter bortfesteres bruksverdi, uavhengig av hvem som krevde overtakelse, dog slik at man sto «noko friare» når bortfesteren krevde det. Flertallet mente at denne friheten kunne brukes til å fastsette et høyere, men ikke et lavere vederlag.²⁹ I avsnitt 31 ble det også fremhevet at en motsatt løsning kunne medføre at bortfesteren, ved selv å fremsette krav om å overta, kunne nøytralisere festers krav om overtaking til bruksverdi og dermed slippe billigere unna.

26. NOU 1993: 29 s. 78.

27. Pind, Morten, «Påkostninger på leid husrom», i *Festskrift til Per Stavang* (Bergen 1998), s. 788, fremhever i relasjon til husleieloven at et pålegg om å betale for noe man ikke ønsker, kan være sterkt inngripende.

28. Endelig bruksverdi ble utmålt til NOK 194 602 909 (LG-2018-2300), mens teknisk verdi ble utmålt til NOK 138 256 000 (LG-2014-168732).

29. Se avsnitt 27.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

Mindretallet la på sin side til grunn at den tekniske verdien utgjorde et maksvederlag.³⁰ Synspunktet var bl.a. basert på forarbeidsuttalelsene om at formålet med § 41 (2) var å verne bortfesteren.³¹ Slik jeg leser forarbeidene, forutsetter imidlertid disse (feilaktig) at teknisk verdi alltid vil være høyere enn bruksverdien, noe Høyesteretts flertall også var enig i.³²

Mindretallet vektla heller ikke at overtakelse til teknisk verdi ville gi bortfesteren en berikelse han ellers ikke ville hatt; dersom festeren har lagt ned mye arbeid i å skaffe offentlige tillatelser eller utviklet et konsept som drar inn høye leieinntekter, vil det fremstå som urimelig for festeren å måtte nøye seg med kompensasjon for hva et tilsvarende bygg vil koste.³³ Flertallets løsning synes derfor i større grad å fremme lovgivers målsetting om et rimelig vederlag til begge parter,³⁴ og det er i dag liten tvil om at festeren fritt kan velge verdsettelsesprinsipp dersom begge krever at bortfester skal overta festerens bygg ved avvikling.³⁵

Avslutningsvis må det påpekes at det neppe kan oppstilles vilkår om at parten som er sist ute med å kreve overtakelse, må fremme overtakelseskrav samme dag som motparten, slik tilfellet var i saksforholdet om Zachariasbryggen.³⁶ Tvert imot er det ønskelig å unngå en rettstilstand der vederlagsfastsettelsen er tilfeldig ut ifra hvem av partene som i en avviklingssituasjon er først ute med å kreve overtakelse. Den parten som ennå ikke har krevd overtakelse, bør derfor gis rimelig tid til å bestemme om han også vil fremsette overtakelseskrav.³⁷ Dette utgangspunktet må gjelde uavhengig av om bortfester eller fester er først ute med å kreve overtakelse.

30. Se avsnitt 43–52

31. Se avsnitt 48 vedr. NOU 1993: 29 s. 78.

32. Se avsnitt 31. Tilsvarende i Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 256, og Arnøy, *Noen tanker om tomtefesteloven § 41 og sakskomplekset om Zachariasbryggen*, s. 38–39.

33. Som vi skal se i punkt 3.3 nedenfor, kan festeren etter tfl. § 41 (3) riktignok motta vederlag for å ha økt tomtens verdi på denne måten. Det vil imidlertid også være en klar fordel for bortfester å overta et eksisterende bygg med inntekter fra første dag, slik at bortfester får avkastning i en periode han ellers hadde måttet bygge et tilsvarende bygg. Samtidig vil det være en berikelse å slippe usikkerhet rundt offentlige tillatelser og uforutsette kostnader.

34. Jf. bl.a. NOU 1993: 29 s. 77 og Ot.prp. nr.28 (1995-96) s. 70.

35. Jf. også Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 202–203, og Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 258.

36. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 258.

37. En mulig løsning kan være at krav må reises «innen rimelig tid», i tråd med reklamasjonsreglene i den alminnelige kontraktsretten, jf. bl.a. kjøpsloven § 32, eventuelt «uten ugrunnet opphold» slik løsningen bl.a. er etter NS8405 pkt. 36.7, som gjelder der mangler ved bygget først kan komme til syne etter overtakelsen.

HENRIK HAMMERSLAND

2.1.5 Når ingen krever at bortfester skal overta bebyggelsen

2.1.5.1 Problemstillingen

Neste problemstilling er hvilket prinsipp som skal anvendes der ingen har fremsatt krav om overtakelse.

Dersom bebyggelsen skal bli stående i medhold av tfl. § 40, må partene klart nok falle tilbake på hovedregelen om at festeren plikter å rydde tomten, jf. tfl. § 39 (1).³⁸ Eventuelt kan bortfester overta bebyggelsen uten vederlag, jf. tfl. § 39 (3).³⁹

Dersom bebyggelsen skal bli stående i medhold av § 39 (4), er situasjonen en annen.⁴⁰ Som beskrevet i punkt 2.1 ovenfor kommer ikke verdsettelsesprinsippene i § 41 preseptorisk til anvendelse i slike tilfeller. Siden partene eksplisitt har avtalt seg bort fra hovedregelen i tfl. § 39 (1), vil det heller ikke være mulig å falle tilbake på festerens borttakingsrett og ryddeplikt. Det må derfor tas stilling til hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes der bortfester har en kontraktsfestet overtakelsesplikt.

2.1.5.2 Der verdsettelsesprinsippet følger av partenes avtale

Når ingen preseptoriske regler begrenser partenes avtalefrihet, må det, i tråd med alminnelige avtalerettslige prinsipper, først vurderes om festeavtalen regulerer hvilket verdsettelsesprinsipp som skal legges til grunn.

Et slikt synspunkt ble også lagt til grunn av flertallet (dissens 3-2) i LB-2017-3687 (Ensjøveien). Løsningen har også en viss støtte i forarbeidene, der det forutsettes at tfl. § 41 bare kommer til anvendelse når bebyggelsen skal bli stående i medhold av § 40.⁴¹ At det bør ses hen til partenes avtale, underbygges videre av at det ikke gjaldt en hovedregel om at festeren hadde plikt til å rydde tomten etter de ulovfestede reglene som gjaldt før tomtefesteloven av 1975.⁴² Det var derfor ikke uvanlig at partene

38. Jf. også Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 334.

39. Tfl. § 39 (3) fastslår at bortfester kan rette en skriftlig anmodning til festeren om fjerning dersom festeren har misligholdt sin ryddeplikt. Dersom anmodningen ikke tas til følge «innan rimeleg tid etter at festaren har fått skriftleg oppmoding om det», tilfaller tingene bortfesteren uten vederlagsforpliktelse. For at bortfester skal gis denne retten, er det antatt at anmodningen i rimelig utstrekning bør angi hva som skal fjernes, og konsekvensene av at tingene ikke fjernes. Se Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 192.

40. Forutsetningen er at partene ikke har avtalt innløsning, og at borttaking av bebyggelsen ikke vil føre til unødvendig verdispille, jf. tfl. § 40. Fører borttaking til unødvendig verdispille, kommer tfl. § 40 preseptorisk til anvendelse, uavhengig av avtalens innhold.

41. NOU 1993: 29 s. 78. Se også gjennomgangen av øvrige rettskilder i punkt 2.1 ovenfor, samt Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 193, der fremholdes at § 39 (4) gir partene rett til å avtale «at bortfesteren skal overta bebyggelsen mot en bestemt pris, eller at overtakelsesprisen skal fastsettes på en nærmere angitt måte».

42. Lid, Olav, *Tomtefeste* (Oslo 1961), s. 314–315.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

avtalte hvilket vederlag som skulle ytes, og at partene senere har innrettet seg etter dette.⁴³

Der festeavtalen gir uttrykk for et urimelig lavt vederlag, vil festeren først og fremst være beskyttet av avtaleloven § 36.⁴⁴ Selv om terskelen for bruk av bestemmelsen mellom næringsdrivende er høy, må det vektlegges at festeren som et utgangspunkt ikke kan ha en berettiget forventning om vederlag når partene eksplisitt har avtalt seg bort fra en slik rett. En løsning der avtalen er avgjørende er også i tråd med den alminnelige læren om restitusjonskrav, der restitusjonskreditor ikke kan ha en berettiget forventning om vederlag dersom restitusjonskreditor burde ha innhentet et betalingsløfte før han ved egen innsats økte verdien på en annens gjenstand.⁴⁵

2.1.5.3 Der verdsettelsesprinsippet ikke følger av partenes avtale

Det neste som må vurderes er hvilket prinsipp som skal anvendes der bortfester har en kontraktsfestet overtakelsesplikt, men der verdsettelsesprinsippet ikke følger av partenes avtale. Isolert sett forelå det etter min mening en slik avtale i LB-2017-3687 (Ensjøveien) der bortfester etter festeavtalen var forpliktet til å overta bebyggelsen «etter skjønn».⁴⁶

I et slikt tilfelle kan verken avtalen eller tfl. § 41 direkte fungere som primært rettsgrunnlag hva gjelder valg av verdsettelsesprinsipp. I tråd med alminnelig metode-lære vil det i slike tilfeller være naturlig å vurdere om § 41 første eller annet ledd kan anvendes analogisk.⁴⁷

Analogisk anvendelse av tfl. § 41 fremstår hensiktsmessig sett i lys av de åpenbare faktiske likheter med tilfellene som faller innenfor virkeområdet til § 41. Da verdsettelsesprinsippene i § 41 presumptivt skal sikre et rimelig vederlag for begge parter, vil løsningen vanligvis også føre til et rimelig resultat. At det skal ytes vederlag i disse tilfellene er også i tråd med alminnelige ulovfestede regler om restitusjonskrav.⁴⁸ Også

43. Se bl.a. NUT 1971:3 s. 28, Lid, *Tomtefeste*, s. 311, og Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, 1. opplag (Gjøvik 1964), s. 180.

44. Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) 31. mai 1918 nr. 4.

45. Se Monsen, Erik, «Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag», *Jussens Venner* 2005 nr. 3 (Oslo 2005), s. 157–197, s. 175–176.

46. Flertallet tolket avtalen annerledes (utvidende) og mente den ga uttrykk for teknisk verdi, jf. tfl. § 41 (1), bl.a. på bakgrunn av partenes etterfølgende adferd.

47. Analogisk anvendelse av en lovregel er tradisjonelt sett betinget av faktiske likheter, formålslikheter, i tillegg til at analogisk anvendelse må resultere i en god regel, se bl.a. Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Oslo 2014), s. 97.

48. Se bl.a. Rt-2000-1089 der Høyesterett uttalte at «alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper» må kunne gi grunnlag for en samboers krav på vederlag for stell og pleie. Se videre Monsen, «Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag», s. 169–195, for ytterligere forankring.

HENRIK HAMMERSLAND

ved sammenføring av verdier er den klare oppfatningen i norsk rett at den som bidrar til å øke verdien på en annen manns ting uten selv å få eiendomsrett, har krav på vederlag.⁴⁹

Når det skal tas stilling til hvilket av verdsettelsesprinsippene i tfl § 41 som skal anvendes, er det viktig å hensynta lovgivers klare forutsetning om at skal skilles mellom tilfeller der bortfesteren *pålegges* overtakelse, og der bortfesteren *ønsker* å overta bebyggelsen. Valget av verdsettelsesprinsipp må følgelig avgjøres på bakgrunn av en konkret vurdering av om bortfester i realiteten ønsker og har nytte av bebyggelsen eller ikke. Dersom det kan bevises at bortfesteren ønsker å overta bebyggelsen, bør verdsettelsen skje etter § 41 (1). Dersom bortfester ikke har nytte av bebyggelsen, bør utmåling skje etter § 41 (2). Ved avgjørelsen av om bortfester ønsker å overta bygningsmassen eller ikke, må det vurderes hvordan bortfestere flest ville benyttet eiendommen, med mindre bortfester kan sannsynliggjøre en annen påregnelig og fornuftig bruk. Det bør i denne sammenheng legges til grunn samme terskel og fremgangsmåte som i punkt 3.2.1.3 nedenfor, der det redegjøres for hvor subjektivt vederlaget skal fastsettes.

2.1.6 Særlig om tilfeller der bortfesteren av taktiske grunner ikke fremsetter et overtakelseskrav

Tomtefestelovens ordning, der ulike verdsettelsesprinsipp kommer til anvendelse ut ifra hvem som krever overtakelse, kan føre til at partene foretar taktiske vurderinger om overtakelseskrav skal fremmes eller ikke. Dette var bl.a. problemstillingen i Zachariasbryggen I, hvor bortfester fremmet overtakelseskrav samme dag som festeren for å unngå å betale vederlag for bebyggelsens bruksverdi etter tfl. § 41 (2), som var høyere enn teknisk verdi etter § 41 (1).

Motsetningsvis, dersom bygningsmassens tekniske verdi er høyere enn verdien byggene har for bortfester, vil det være gunstig for bortfester å ikke fremsette et krav om overtakelse til tross for at han ønsker å overta bebyggelsen. For å forhindre slike taktiske vurderinger hevder Falkanger/Falkanger at den instans som foretar den konkrete utmålingen bør være forberedt på å «skjære igjennom og legge realitetene til grunn: Er det rimelig klart at bortfesteren er interessert i å overta bebyggelsen, må utgangspunktet for verdsettelsen være i § 41 første ledd».⁵⁰

I tilfeller der bortfester – av taktiske årsaker – ikke har krevd overtakelse av bebyggelsen, vil man imidlertid befinne seg klart utenfor ordlyden i § 41 (1). Uttalelsene

49. Se hendl. §§ 5 og 10 (1) og Brækhus, Sjur og Axel Hærem, *Norsk tingsrett*, 2. opplag (Oslo 1971), s. 551–559.

50. Falkanger/Falkanger, *Tingsrett*, s. 334.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

til Falkanger/Falkanger må derfor forstås som at § 41 (1) skal anvendes analogisk når bortfester i realiteten ønsker å overta bebyggelsen. Etter mitt skjønn er det ikke rettskildemessig grunnlag for en slik påstand.

Som beskrevet i punktet ovenfor er det gode grunner for analogisk anvendelse i tilfeller som faller utenfor virkeområdet til tfl. § 41, samtidig som partenes avtale ikke regulerer hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes. I foreliggende typetilfelle, der festeren presumptivt har fremmet begjæring om vederlag for sin bebyggelse (noe som er en forutsetning for skjønnens verdsettelse), vil imidlertid festeren ha «krev[d]» at bortfesteren overtar bebyggelsen. Dette medfører at verdsettelsesprinsippet i § 41 (2) kommer direkte til anvendelse etter sin ordlyd. Å tilsidesette en klar lovtekst på bakgrunn av enkeltanalogi er betenkelig ut fra et metodeperspektiv; bruk av enkeltanalogi forutsetter tvert imot at det ikke foreligger annet rettskildemateriale som kan fungere som primært rettsgrunnlag.

Selv om flertallet i Zachariasbryggen I fremhever at det ikke kan ha vært lovgivers mening at bortfester skal «slippe billigere» unna grunnet taktiske vurderinger,⁵¹ gjaldt uttalelsene et tilfelle der begge parter hadde fremmet overtakelseskrav. Tilfellet falt med andre ord innenfor virkeområdet til både tfl. § 41 første ledd og annet ledd. Uttalelsene kan derfor – etter mitt skjønn – ikke tillegges nevneverdig vekt i et tilfelle der bortfester ikke har fremmet overtakelseskrav.

Dette må særlig ses i lys av at næringsdrivende festere som et utgangspunkt bør tilpasse sine investeringer etter festeavtalens lengde.⁵² Festeren bør med andre ord fortløpende vurdere risikoen når det foretas investeringer på festet tomt, samt bære risikoen for sin egen investering. At festeren må tilpasse seg kontraktens lengde ble eksplisitt fremhevet i RG-2007-626 (Jernbaneverket), som gjaldt spørsmål om det forelå verdispille etter tfl. § 40. I avgjørelsen fikk ikke festeren medhold i at bortfester pliktet å overta et næringslokale, bl.a. fordi det på tidspunktet fester kjøpte bygget, kun gjensto ni år av kontraktens løpetid med begrensede muligheter for forlengelse. Når festeren i tillegg var godt kjent med at det pågikk et reguleringsarbeid for området, tok festeren ifølge lagmannsretten en bevisst «forretningsmessig risiko» ved å kjøpe bygningen. Denne risikoen kunne ikke veltes over på bortfester som ifølge lagmannsretten ikke pliktet å overta næringsbygget. Selv om dommen ikke gjaldt verdsettelse av bygningsmassen, er forutsetningen om at festeren burde tilpasse investeringen etter de leieinntektene han ville motta i festeperioden, så grunnleggende at uttalelsen også bør kunne tillegges vekt ved verdsettelse etter § 41.⁵³

51. Avsnitt 31.

52. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 241.

53. Se også LH-2002-877 (Andøya) og Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 244.

HENRIK HAMMERSLAND

Siden typetilfellet (trolig) kun vil aktualiseres der bygningsmassens tekniske verdi er høyere enn verdien byggene har for bortfester, må det også vektlegges at bortfesteren vil bli pålagt å betale mer for bebyggelsen enn verdien bygningsmassen har for ham. Dette fremstår som en urimelig løsning, særlig sett i lys av at festeren uansett er sikret vederlag i tråd med den verdien byggene har for bortfester i medhold av § 41 (2). Avslutningsvis må det fremheves at analogisk anvendelse av § 41 (1) også kan medføre vanskelige bevisvurderinger om hvorvidt bortfester ønsker å overta bebyggelsen, noe som igjen kan være prosessdrivende.

På bakgrunn av det ovennevnte er det etter mitt skjønn ikke rettslig grunnlag for å anvende tfl. § 41 (1) analogisk i et tilfelle der bortfesteren ikke fremsetter overtakelseskrav av taktiske årsaker.

2.2 Kort om retten til å angre

I tfl. § 41 (4) siste setning heter det:

Den parten som har kravd overtaking, kan gå frå kravet så framt han eller ho seier frå om det innan fire veker etter at vederlaget er endeleg fastsett.

Bestemmelsen gir partene rett til å angre seg dersom utmålingen av vederlaget blir urimelig for en av dem. I forarbeidene begrunnes regelen med at det ellers ville «vera for risikofylt å krevja overtaking, og reglane ville vera mindre effektive».⁵⁴

Dersom festeren har fremsatt krav om at bortfester skal overta huset, og senere angre seg, må man falle tilbake på hovedregelen om festerens ryddeplikt i § 39 (1).⁵⁵ Eventuelt kan bortfester overta bebyggelsen uten vederlag, jf. tfl. § 39 (3). Fester med avtalt rett til forlengelse av festeforholdet kan trolig også, før ordinært utløp av festeforholdet, «teste» skjønnrettens verdsettelse, før angre retten benyttes til å muliggjøre en forlengelse av festeforholdet.

Selv om bestemmelsen ikke sier noe om omkostningene av skjønnnet, fremgår det av sammenhengen i loven at det bør ses hen til den parallelle bestemmelsen i tfl. § 38 (3).⁵⁶ Dette medfører at den som angre seg, må betale skjønnrettens og motpartens omkostninger, jf. tfl. § 38 (3) andre setning.⁵⁷

54. NOU 1993: 29 s. 78.

55. Dette gjelder kun der bebyggelsen skal bli stående på tomten i medhold av tfl. § 40. Se punkt 2.1 om virkeområdet for tfl. § 41 og punkt 2.2.5 om tilfeller der bortfester har en kontraktsfestet overtakelsesplikt.

56. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 205.

57. Se også Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 186.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

Et interessant (og ubehandlet) spørsmål er om parten som har krevd at bortfester skal overta bebyggelsen, har rett til å angre seg dersom vederlaget først blir avklart etter utløpet av festetiden. Selv om § 41 (4) siste setning ikke inneholder en slik begrensning, er det innlysende at en angrerett i slike tilfeller vil medføre vesentlige ulemper, herunder potensielle utsettelser og tvist knyttet til riving av den eksisterende bebyggelsen. I denne omgang nøyer jeg meg med å fremheve at partene bør etterstrebe å begjære skjønnsretten om verdifastsettelse i god tid før festeavtalens utløp for å unngå en tvist om rekkevidden av angreretten i § 41 (4) siste setning.

3 Verdsettelsen

3.1 Utmåling etter bebyggelsens tekniske verdi

3.1.1 *Utgangspunktet: Vederlag for gjenanskaffelsesverdien*

Etter at verdsettelsesprinsipp er fastsatt, må det tas stilling til hvordan den konkrete utmålingen av vederlaget skal skje etter tfl. § 41.

Ved utmåling etter tfl. § 41 (1) skal vederlaget «setjast til det det ville koste å føre opp tilsvarende hus og tilskipingar på tomta på overtakingstida, med frådrag for verd-mink på grunn av alder og bruk i festetida» (teknisk verdi). Ordlyden gir uttrykk for at det er tale om en gjenanskaffelsesregel – altså at byggekostnadene for oppføring av et tilsvarende bygg er avgjørende. Dette bekreftes også av lovens forarbeider og juridisk teori.⁵⁸

Utmåling etter gjenanskaffelsesverdien er en anerkjent verdsettelsesmetode for å finne frem til markedsverdien (salgsverdien) av et objekt innen økonomisk teori.⁵⁹ Som Kaldestad/Møller fremhever, er en kjøper sjelden villig til å betale mer for en eiendel enn det vil koste å erstatte eller gjenskaffe den samme eiendelen.⁶⁰ Når en kjøper skal vurdere hva han er villig til å by for en eiendom, vil han derfor ofte ta utgangspunkt i hva tilsvarende bebygde eiendommer selges for, for så å sammenligne dette med byggekostnadene (gjenanskaffelsesverdien).⁶¹ Ved å legge til grunn gjenanskaffelsesverdien unngår bortfesteren å måtte betale for en eventuell merverdi som skriver seg fra forhold ved tomten.⁶² På denne måten er teknisk verdi en enkel måte å skille verdier som tilhører bortfesteren, fra verdier som tilhører festeren.

58. Ot.prp. nr. 28 (1995–96) s. 70–71 og Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 198–199.

59. Se bl.a. Skjefstad, Arnt, *Erstatningsberegning – særlig om frådrag for fordeler* (Oslo 2016), s. 106–162.

60. Kaldestad, Yngre og Bjarne Møller, *Verdivurdering* (Oslo 2016), s. 31.

61. Se Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 251. Metoden er tilsvarende lov om vederlag ved oreigning av fast eige-dom (ekspropriasjonserstatningsloven) 6. april 1984 nr. 17 § 7.

62. I tråd med målsettingen i Zachariasbryggen II avsnitt 54 og NOU 1993: 29 s. 78.

HENRIK HAMMERSLAND

I forarbeidene heter det at den tekniske verdien skal fastsettes konkret slik at «[d]et er byggekostnadane på den aktuelle tomta som skal leggjast til grunn. Det vil seia at det til dømes skal takast omsyn til kostnadane med transport av materialar fram til tomta». ⁶³ Videre skal det tas hensyn til byggemåten til nåværende bebyggelse, men slik at det likevel kan «leggjast til grunn moderne byggemåtar, dersom dette kan gje eit tilsvarende hus».

Falkanger fremhever at det avgjørende ved verdsettelsen er hva det ville koste å reise et tilsvarende bygg – størrelsesmessig og standardmessig – med tilsvarende grunnarbeider og takteking. ⁶⁴ Etter Falkangers syn skal det i denne sammenheng ses bort ifra at et bygg som er bygd med dagens materialer, ofte vil ha en rekke standardhevinger, som bedre isolasjon og bedre opplegg for elektrisitet. Det skal også ses bort ifra at det i dag kan gjelde nye byggetekniske krav (krav til brannsikkerhet, parkering, grøntareal o.l.), slik at samme bygg etter dagens regler ikke kunne vært oppført. Dette utgangspunktet er naturlig siden verdsettelsen skjer på bakgrunn av et hypotetisk scenario; bortfester skal slippe å betale for hypotetiske standardhevinger når han overtar et eldre bygg uten de samme forbedringene. En slik tolkning er også i tråd med lovens ordlyd som understreker at det avgjørende er hva det vil koste å oppføre et «tilsvarende» bygg.

3.1.2 *Fradrag for verdiminking grunnet alder og bruk*

Når gjenanskaffelsesverdien er klarlagt, skal det ifølge tfl. § 41 (1) gjøres fradrag for «verdmink på grunn av alder og bruk i festetida». Forarbeidene gir ingen anvisning på hvordan et slikt fradrag skal gjennomføres.

Ordlyden «verdimink på grunn av alder» synes å omfatte de mangler som i utgangspunktet ikke kunne vektlegges ved utmålingen av den tekniske verdien i forrige punkt. Etter en alminnelig forståelse av ordlyden bør det følgelig gjøres fradrag for bl.a. lavere standard på isolasjon og elektrisk anlegg, samt fradrag for at bygget ikke oppfyller nye byggetekniske krav. ⁶⁵

Dette understrekes også i det første overskjønnet om Zachariasbryggen (LG-2014-168732). ⁶⁶ Ved utmålingen foretok lagmannsretten et fradrag på 20 % av byggets verdi for byggets alder og slitasje ved bruk i festetiden samt for manglende funksjo-

63. NOU 1993: 29 s. 78.

64. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 199.

65. Jf. også Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 200.

66. Selv om avgjørelsen senere ble opphevet av Høyesterett, var dette begrunnet i at lagmannsretten hadde benyttet feil verdsettelsesprinsipp – ikke at selve verdsettelsen var gal. Høyesterett synes tvert imot å forutsette at lagmannsrettens utmåling var korrekt, se Zachariasbryggen II avsnitt 73.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

nalitet på deler av anlegget. I tillegg ble det gjort fradrag for byggets «utidsmessighet» som følge av utdatert planløsning. Selv om utmålingen ble gjennomført svært skjønnsmessig, synes målet til skjønnsretten å være å kompensere for manglende funksjonalitet ved det eldre bygget. Fradraget er følgelig egnet til å verne bortfesterens interesser ved at han kun må betale for den faktiske fordelen det er å overta et eldre bygg. Hensynet til festeren er ivarettatt ved at festeren gis godtgjørelse for de verdier han har tilført tomten.⁶⁷

Det andre alternativet, «verdimink på grunn av [...] bruk i festetida», omfatter alminnelig slitasje som at kranene drypper og gulvet er slitt.⁶⁸ Fradraget må da utmåles i tråd med hva det vil koste å utbedre slitasjeskadene.

3.2 Utmåling etter bebyggelsens verdi for bortfester

3.2.1 Om verdimålestokken

3.2.1.1 All verdi som byggene har for bortfester, er relevant

Ved utmåling etter tfl. § 41 (2) skal vederlaget settes til «det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren».

I forarbeidene heter det at dagens regel «langt på veg» er i samsvar med den tidligere regelen i tomtefesteloven 1975 § 21 (5) andre punktum,⁶⁹ der «bruksverde» var noe det «særleg [skulle] takast omsyn til». Etter den tidligere loven var altså ikke bruksverdi det eneste relevante. Når lovgiver ved 1996-loven endret ordlyden til å favne enda videre enn bruksverdien, indikerer det at all verdi bebyggelsen kan ha for bortfester, er relevant.

Også Høyesterett synes å åpne for en slik tolkning. I Zachariasbryggen I uttalte flertallet at verdien bygningen har for bortfesteren «ofte» tilsvarer bruksverdien av bygningen,⁷⁰ noe som indikerer at det ikke er noen automatikk i at bruksverdien er det eneste relevante. Flertallet i Zachariasbryggen II fremhever også at det nok var «bruksverdien lovgiveren hadde i tankene» da tfl. § 41 (2) ble utformet,⁷¹ men stenger ikke for å vektlegge andre momenter.

Ved tilfeldig sammenføyning etter lov om hendelege eieendomshøve (hendl.) §§ 5 og 10 er også løsningen at all verdi for bortfesteren er relevant.⁷² I lovens forarbeider

67. Se punkt 3.3 nedenfor.

68. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 200.

69. NOU 1993: 29 s. 78.

70. Avsnitt 22.

71. Avsnitt 44.

72. Bestemmelsene gjelder dersom en av de sammenføyde tingene anses som hovedting, med den følge at tingen ikke skal eies i sameie.

HENRIK HAMMERSLAND

understrekes det at vederlaget som skal ytes ikke er en «skadebot, men ei motyting for verde som den ansvarlege har fått».⁷³ Videre heter det at ulike verdsettelsesmetoder kan brukes (salgsverdi eller bruksverdi) alt etter «kva slag ting det er og etter tilhøva elles». Målet for verdsettelsen er altså å finne frem til den verdimålestokken som best gir uttrykk for berikelsen det er å overta en annens ting i det enkelte typetilfellet.

Hensynet til koherens i lovgivningen om sammenføring av verdier taler for at samme forståelse bør legges til grunn ved avvikling av tomtefeste som i lov om hendelege eigedomshøve. Også Skag fremhever at all verdi byggene kan ha for bortfester, er relevant.⁷⁴ Falkanger og Kjøllesdal forutsetter på sin side at utmåling etter tfl. § 41 (2) utelukkende gir anvisning på bruksverdien,⁷⁵ men da Falkanger og Kjøllesdal ikke begrunner sitt standpunkt, bør ikke uttalelsene tillegges stor vekt sett i lys av det øvrige rettskildet bildet.

All verdi byggene har for bortfesteren, vil derfor være relevant. Som den klare hovedregel vil likevel byggenes bruksverdi/avkastning være avgjørende (se neste punkt).⁷⁶

3.2.1.2 Tomtens totale avkastning (bruksverdi) danner utgangspunktet for vederlaget. Som flertallet i Zachariasbryggen II fremhever, vil generert avkastning fra et næringsbygg «gjennomgående være et vesentlig element ved verdsettelsen av eiendommen».⁷⁷ Dette er et naturlig utgangspunkt. Når en kjøper av næringsarealer skal beregne hvor stor kjøpesum som skal bys for en eiendom, vil han vanligvis se på hvor store inntekter eiendommen kan generere og hvilke kostnader som påløper, og dermed hvor høy kjøpesum nettoinntektene kan forrente. Å ta utgangspunkt i generert avkastning fra eiendommen er videre i tråd med slik uttrykket «bruksverdi» forstås i den alminnelige erstatningsretten,⁷⁸ ekspropriasjonsretten⁷⁹ og økonomisk teori.⁸⁰ Metoden har også vært gjennomgående brukt i underrettspraksis.⁸¹

73. NUT 1969:4 s. 23.

74. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 259–260.

75. Se Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 200, og Kjøllesdal mfl., *Tomtefesteloven med kommentarer* (2016), s. 177.

76. Det kan imidlertid tenkes tilfeller der byggene har verdi utover bruksverdien. Se bl.a. punkt 3.2.4.3 nedenfor der næringsbygg kan representere en sikkerhet mot uforutsette hendelser.

77. Avsnitt 59.

78. Skjefstad, *Erstatningsberegning – særlig om fradrag for fordeler*, s. 110, uttaler at «[b]ruksverdien [...] uttrykker den kapitaliserte verdien av den bruksnyttens erstatningssøkeren går glipp av som følge av skaden».

79. I ekspropriasjonsrettsloven § 6 heter det at «vederlag etter bruksverdi skal fastsetjast på grunnlag av avkastninga av eigedomen».

80. I Kaldestad/Møller, *Verdivurdering*, s. 17, defineres bruksverdi som «nåverdien av fremtidige kontantstrømmer eiendelen kan generere i sin nåværende bruk».

81. Se bl.a. Zachariasbryggen III, LB-2008-8069, RG-1995-370 og RG-1983-369.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

I praksis vil bebyggelsens og tomtens samlede avkastningsverdi utmåles av fagkyndige, som ved fortsatt drift kan ta utgangspunkt i en kontantstrøm-metode, nettokapitaliseringsmetode eller en arealprismetode.⁸²⁸³ Når utleieinntektene skal fastsettes, må det tas utgangspunkt i bærekraftige leienivåer ved en rimelig og fornuftig bruk av bygget.⁸⁴ Dersom det er på det rene at bortfesteren skal drive utleie til restaurantdrift, er det leieinntektene til slik bruk som må legges til grunn.⁸⁵ Etter at leieinntektene er fastsatt, må årlige eierkostnader tilknyttet vedlikehold og betaling av kommunale avgifter gå i fradrag fra de totale leieinntektene.⁸⁶

Det er imidlertid som kjent kun avkastningsverdien til bebyggelsen («husa og tilskipingane») – og ikke tomten – som det skal kompenseres for ved utmåling etter tfl. § 41 (2). Dette medfører at det må tas stilling til hvordan festerens verdier (bygget) best kan skiller fra bortfesterens verdier (tomten).

3.2.1.3 Hvor individuelt skal verdien fastsettes?

Etter tfl. § 41 (2) skal festerens vederlag fastsettes etter verdien «for bortfester». Ordlyden indikerer at det er den subjektive verdien for bortfesteren på overtakelsestidspunktet som er avgjørende.⁸⁷ En slik forståelse er også i tråd med bakgrunnen for regelen, som var å sikre at bortfesteren ikke skal overta bygg for en større verdi enn bebyggelsen har for ham.⁸⁸ Dette er, slik jeg leser forarbeidene, en klar grunnforutsetning for at lovgiver – i motsetning til hva som er tilfellet i husleieloven⁸⁹ og alminnelig kontraktsrett⁹⁰ – har åpnet for at det også kan ytes vederlag for restitusjonskrav i langvarige festeforhold der eieren ikke ønsker å overta den aktuelle berikelsen.⁹¹

82. Se bl.a. Gundersen, Nils Andersen, «Verdsettelse av næringsseiendom», *Praktisk økonomi & finans* 2009 nr. 2 (Oslo 2009), s. 13–21, s. 16–18. Se også Stordrange, Bjørn og Ove Chr. Lyngholt, *Ekspropriasjonserstatningsloven, lovkommentar* (Oslo 2019), s. 158–159 og 52–151.

83. I Zachariasbryggen III valgte skjønnsretten å benytte nettokapitaliseringsmetoden der netto markedsleie (markedsleie minus normale eierkostnader) divideres med en rente som reflekterer den risiko en investering i et næringsbygg representerer. Se Stordrange og Lyngholt, *Ekspropriasjonserstatningsloven, lovkommentar*, s. 163–170, for veiledning om beregning av kapitaliseringsrentefonten.

84. Jf. bl.a. Zachariasbryggen III, Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 201, og Knudsen, Øystein, *Konsesjons- og forkjøpsrett* (Oslo 1980), s. 189.

85. Forutsatt at slik drift er innenfor hva en alminnelig næringsdrivende ville gjort, jf. punkt 3.2.1.3.

86. I Zachariasbryggen III ble fradraget satt til NOK 2 000 000 i året.

87. Jf. også Zachariasbryggen II avsnitt 41.

88. En annen løsning ville etter utvalgets syn være «urimeleg», jf. NOU 1993: 29 s. 78.

89. Løsningen etter husleieloven er at eventuelle påkostninger tilfaller utleieren vederlagsfritt, jf. § 10-2, med mindre utleieren har gitt samtykke til forbedringen av husrommet, jf. § 10-5 (1).

90. Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011), s. 453, og Krokeide, «Restitusjon og berikelse ved ineffektive kontrakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1982, s. 353–533, s. 491, fremhever at det, på ulovfestet område, ikke er grunnlag for restitusjonskrav i langvarige kontraktsforhold uten samtykke fra eier.

91. Festerens krav på vederlag når bortfesteren overtar hans bebyggelse, er i realiteten et restitusjonskrav, det

HENRIK HAMMERSLAND

Til tross for det ovennevnte fant flertallet i Zachariasbryggen II det «klart at man i utgangspunktet må søke mot mer objektive prinsipper for verdifastsettelse som grunnlag for det vederlag som skal betales». Dette måtte «i alle fall [gjelde] i et tilfelle som her», der det var tale om næringsfeste.⁹²

Den utvidende tolkningen av lovens ordlyd begrunnes ikke konkret av Høyesterett. Det er imidlertid på det rene at det kan tenkes mange grunner til at bygg har en særlig lav bruksverdi for bortfesteren. Bortfester kan eksempelvis ønske å ikke leie ut bygget, han kan ha planer om å rive bygget, eller han kan ønske fred og ro på tomten. For festeren kan det derfor virke tilfeldig og urimelig om vederlaget for bebyggelsen skal utmåles på bakgrunn av helt individuelle forhold hos bortfesteren. En objektiv terskel vil også være gunstig fra et prosessøkonomisk synspunkt siden bortfesteren ikke vil få insentiv til å fremsette påstander om hvor lav verdien av bebyggelsen er for ham personlig. Det objektive utgangspunktet vil samtidig medføre at regelen blir enklere å praktisere. Sett i lys av premisset i Zachariasbryggen II er det følgelig ikke tvilsomt at man «må søke» mot objektive prinsipper for verdifastsettelse etter § 41 (2).

Falkanger gir uttrykk for at dette medfører at en må «legge til grunn hva bortfesterne flest ville gjøre med bebyggelsen».⁹³ Skag fremhever på sin side, med henvisning til RG-2006-1089 (Skottevig), at den nærmere verdifastsettelsen av bygget bør skje konkret ut fra «påregnelig og fornuftig bruk» av det eksisterende bygget.⁹⁴ Ved vurderingen av hva som er fornuftig bruk, bør det ifølge RG-2006-1089 ses hen til bebyggelsens «art, beliggenhet, lovlig utnyttelsesmåte og forholdene for øvrig». Dette utgangspunktet er også i samsvar med ekspropriasjonserstatningsloven § 6 som fastslår at vederlag etter bruksverdien skal fastsettes «ved slik pårekneleg utnytting som det røyneleg er grunnlag for etter tilhøva på staden».⁹⁵ Førstvoterendes uttalelser i Zachariasbryggen II avsnitt 41 om at et objektivt utgangspunkt «i alle fall [må gjelde] i et tilfelle som her», altså ved næringsfeste, må videre forstås som at det også har betydning om bortfester er næringsdrivende, privatperson eller et statlig/kommunalt organ.⁹⁶

vil si et pengekrav om tilbakeføring (restitusjon) av økonomiske verdier som opprinnelig tilhørte restitusjonskreditor (festeren); se bl.a. Monsen, Erik, «Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag» (Oslo 2005), s. 158–159.

92. Avsnitt 41.

93. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 201.

94. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 266.

95. Lov om vederlag ved overføring av fast eiendom [ekspropriasjonserstatningslova] § 6.

96. Også dette er i tråd med de tilsvarende verdsettelsesreglene i ekspropriasjonserstatningsloven, se bl.a. Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 58 der det fremheves: «Ved vurdering av hva som er naturlig og påregnelig, må en ikke bare se hen til at eiendommen kan benyttes til industri, forretningsvirksomhet, jordbruksproduksjon eller annen virksomhet.»

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

Samlet sett medfører det ovennevnte at det ved utmålingen av bortfesteres bruksverdi er gode grunner for å ta utgangspunkt i den verdien bebyggelsen vil ha for en alminnelig bortfester innen samme (nærings)område ved en påregnelig og fornuftig bruk.⁹⁷

Konsekvensen av å legge til grunn et slikt vurderingstema er at det normalt vil tas utgangspunkt i den mest fornuftige og lønnsomme måten bebyggelsen kan utnyttes på,⁹⁸ forutsatt at driften er lovlig og i tråd med gjeldende reguleringsplaner for eiendommen.⁹⁹ Innenfor disse rammene kan det imidlertid være store variasjoner knyttet til hva som er fornuftig utnyttelse av eiendommen. Noen grunneiere ønsker jevn inntekt over lang tid, eksempelvis ved utleie av kontorer. Andre grunneiere ønsker å realisere og maksimere verdien, typisk ved å bygge og selge boliger. Det vil derfor være vanskelig å si at den ene utnyttelsesmåten er mer fornuftig enn den andre. I mange tilfeller kan det også fremstå urimelig at bortfester skal bli tvunget til å drive en type utleievirksomhet han ikke ønsker å drive, siden han ellers vil kunne lide et tap sett i lys av vederlaget som må betales.¹⁰⁰ Det vil også være problematisk å krevne at bortfester skal ta høyere risiko enn hva bortfester normalt gjør i sin virksomhet. Dersom det ikke tas hensyn til bortfesteres konkrete planer, kan det også potensielt stå i et problematisk forhold til EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 om vernet om eiendomsretten.¹⁰¹

På bakgrunn av det ovennevnte bør bortfesteren etter mitt skjønn tilkjennes en nokså stor frihet når det skal avgjøres hva som er påregnelig og fornuftig utnyttelse av eiendommen.¹⁰² Som fremhevet tidligere må dette særlig ses i lys av at næringsdrivende festere som et utgangspunkt bør tilpasse sine investeringer etter festeavtalens lengde.¹⁰³ Hvor denne grensen skal trekkes, må avgjøres i den konkrete sak. På lik

97. Vurderingstemaet er også i tråd med Høyesteretts premiss i HR-2017-2338-A som gjaldt utmåling av bruksverdi etter ekspropriasjonerstatningsloven § 6. I avsnitt 42 og 50 uttales det at spørsmålet vil være hvordan «en alminnelig og forstandig grunneier ville ha utnyttet eiendommen».

98. Slik det bl.a. ble krevd i RG-2006-1089 (Skottevig).

99. Se til sml. Stordrange og Lyngholt, *Ekspropriasjonerstatningsloven, lovkommentar*, s. 154–156, om lovlighetskrav og reguleringsplaner.

100. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 266.

101. Se bl.a. Eriksen, Christopher Bårtvedt, «Bortfesteres eiendomsvern etter EMK TP 1-1», *Tidsskrift for eiendomsrett* 2018 nr. 1, s. 19–38, om proporsjonalitetsvurderingen etter EMK TP1 art. 1.

102. Ved ekspropriasjon vil eksproprianten til sammenligning ha et valg mellom å erverve eiendommen til en pris i tråd med den mest påregnelige og regningssvarende utnyttelsen av eiendommen, eller å la være å ekspropriere. Dette valget medfører at hensynet til eksproprianten ikke veier like tungt som hensynet til bortfester i avviklingstilfeller. Bortfester bør derfor – etter mitt skjønn – gis en vesentlig større frihet knyttet til videre drift i medhold av tfl. § 41 (2) enn hva tilfellet er etter ekspropriasjonerstatningsloven §§ 5 og 6. Dette må særlig gjelde fordi § 41 (2) kommer til anvendelse i tilfeller der bortfester selv ikke har krevd overtakelse, og presumptivt heller ikke ønsker å overta bebyggelsen.

103. Se bl.a. punkt 2.2.6 ovenfor.

HENRIK HAMMERSLAND

linje med der det anføres at bortfesteren ikke har nytte av eiendommen etter tfl. § 40, må det likevel stilles krav til at fremtidige planer som fraviker den mest lønnsomme driften, er nokså konkrete.¹⁰⁴ Kommer bortfester med løse planer om (manglende) utnyttelse av tomten, bør skjønnsretten trolig utmåle vederlag med utgangspunkt i den mest lønnsomme utnyttelsen av tomten.¹⁰⁵ Dersom planene medfører vesentlig mindre inntekter enn den mest regningsvarende løsningen, er det nærliggende at bruken ikke er påregnelig og fornuftig. I så fall bør bortfester betale ekstra dersom han likevel vil gjennomføre sine planer.

3.2.1.4 Grunnprinsipper ved utmålingen

I Zachariasbryggen II fremhevet Høyesterett særlig tre momenter av betydning når det skal tas stilling til hvordan festerens verdier (bygget) best kan skilles fra bortfesterens verdier (tomten) ved utmåling etter tfl. § 41 (2).

For det første ble det understreket at det er verdien av bebyggelsen «for bortfesteren» man skal komme frem til, slik at verdien byggene har for festeren, er irrelevant.¹⁰⁶ Videre fremheves det at «den merverdien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren».¹⁰⁷ Til slutt fremhevet flertallet at «det er en grunnforutsetning at vederlaget skal fastsettes med en interesseavveining som bakgrunn; resultatet skal ikke være urimelig for noen av partene».¹⁰⁸ Mindretallet var ikke enig i at det gjelder en grunnforutsetning om at vederlaget skal være rimelig.¹⁰⁹ Dette ble særlig begrunnet i at en interesseavveining kunne være prosessdrivende. På bakgrunn av mindretallets innvendinger sammenholdt med prosessøkonomiske hensyn må det derfor også være en målsetting at utmåling etter § 41 (2) skal skje på en enkel og praktiserbar måte, noe som også fremheves av flertallet.¹¹⁰

104. Se bl.a. RG-2007-626 (Jernbaneverket) der riving av næringseiendom ikke medførte verdispille «i utrengsmål», jf. tfl. § 40, der reguleringsplanen for området var endret i tråd med bortfesterens konkrete planer. Se også forarbeidene til ekspropriasjonerstatningsloven (Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 58) der det fremheves at «det er et vilkår at det er et realistisk grunnlag for en påstått endret utnytting». Se også punkt 3.2.4.4 for en ytterligere sammenligning med reglene i ekspropriasjonerstatningsloven.

105. Se bl.a. LA-2006-133137 – som også gjaldt tfl. § 40 – der bortfesteren ble pålagt å overta et næringsbygg som gikk med et visst overskudd, selv om det ble fremlagt kopi av en usignert intensjonsavtale om utvikling av området på en annen måte. Da opplysninger om forhandlingens status og forutsetninger manglet, pliktet likevel bortfester å overta eiendommen. Se også uttalelser i ekspropriasjonerstatningslovens forarbeider (Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 48) der det bl.a. fremheves «det er bare reelle utnyttingsmuligheter som kan tas i betraktning, ikke mer eller mindre løse planer eller tenkelige prosjekter».

106. Avsnitt 53.

107. Avsnitt 54.

108. Avsnitt 55.

109. Avsnitt 86–89.

110. Se avsnitt 77 der flertallet innvender at et skjønnsmessig anslag i tråd med punkt 3.2.3.4 «er vanskelig og usikkert».

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

Utover de nevnte grunnprinsippene poengterte flertallet at det ikke var grunnlag for å anvisе en eller flere konkrete fremgangsmåter. Isteden nevnte førstvoterende tre alternative metoder som alle i prinsippet kan anvendes. Flertallets tilnærming nødvendiggjør en vurdering av hvilken metode som best er i stand til å fastslå verdien bebyggelsen har for bortfester i ulike typetilfeller, jf. § 41 (2). I den følgende gjennomgangen av de ulike typetilfellene (punkt 3.2.2 til 3.2.4) vil de ovennevnte grunnprinsippene danne et viktig bakteppe.¹¹¹

3.2.2 Typetilfelle 1: Utmåling ved fortsatt bruk av bebyggelsen der det ikke foreligger byggerestriksjoner

I Zachariasbryggen II åpner Høyesterett for det første for at festerens verdier kan skilles fra bortfesterens verdier ved «å trekke verdien av tomten fra totalverdien, for slik å komme frem til et vederlag som bare omfatter bygningen»,¹¹² noe som også støttes av mindretallet.¹¹³ Metoden ble også brukt i det andre overskjønnet tilknyttet Zachariasbryggen (LG-2016-150715).¹¹⁴

Metoden går ut på å gjøre fradrag i eiendommens totalverdi for salgsverdien tomten ville hatt på avviklingstidspunktet dersom tomten var i samme stand som da festeren overtok den ved festeforholdets oppstart. Dette vil normalt innebære et fradrag for tomtens hypotetiske salgsverdi som råtomt på avviklingstidspunktet, det vil si tomten tenkt uten bygg og innretninger. Selve verdsettelsen av råtomtens salgsverdi må foretas på samme måte som etter ekspropriasjonserstatningsloven § 5, der det bl.a. legges vekt på «kva slag eigedom det gjeld, kvar eigedomen ligg og den påreknelege utnytting som det røyneleg er grunnlag for etter tilhøva på staden».¹¹⁵

En avkastningsmodell (i tråd med punkt 3.2.1.2) med fradrag for råtomtverdien fremstår som godt egnet til å finne bortfesterens berikelse siden tomtens salgsverdi som råtomt – særlig ved næringsfeste – typisk vil bero på hvilken avkastning tomten i bebygget stand vil kunne gi en potensiell kjøper. Dette medfører at salgsverdien som

111. Sett i lys av at Høyesterett eksplisitt har åpnet for at tre ulike modeller kan benyttes, må det på bakgrunn av tradisjonell rettskildelære mye til for å benytte en annen metode enn de alternativene som Høyesterett har skissert. Etter mitt skjønn er det følgelig ikke grunnlag for å benytte egne teoribaserte modeller slik Sølve Bærug bl.a. foreslår i artikkelen «Fra rettspraksis. Zachariasbryggen – hvilket vederlag skal bortfester betale ved overtakelse av bygningsmassen?», *Kart og Plan* 2019 nr. 2 (vol. 112), s. 160–162.

112. Avsnitt 65.

113. Avsnitt 90–91.

114. Som vi skal se i punkt 3.2.3.1, ble lagmannsrettens fremgangsmåte forkastet av Høyesterett fordi metoden ble anvendt feil – ikke fordi metoden i seg selv ikke kan brukes.

115. Se Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 46–58, og Se Stordrange og Lyngholt, *Ekspropriasjonserstatningsloven, lovkommentar*, s. 52–150, for nærmere veiledning om den konkrete verdsettelsen.

HENRIK HAMMERSLAND

regel vil samsvare med bortfesteres faktiske bruksverdi da kjøpere av næringseiendom som regel vil ta utgangspunkt i potensiell kontantstrøm når de vurderer hva de er villige til å betale for en ryddet tomt.¹¹⁶ Fremgangsmåten er også godt i tråd med tomtefestelovens hovedregel i § 39 (1) om at eieren i utgangspunktet skal ha tomten tilbake slik den var før leieforholdet ble innledet.¹¹⁷

Fremgangsmåten ivaretar dessuten Høyesteretts andre grunnprinsipp om at den merverdien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren.¹¹⁸ Bortfesteren slipper dermed å betale for verdier som allerede tilhører ham, mens festeren får betalt for den verdi hans investeringer på nåværende tidspunkt har for bortfesteren. Løsningen sikrer følgelig en god balanse mellom partenes ytelser. Samtidig er regelen nokså enkel å praktisere, forutsatt fortsatt drift i den oppførte bygningen. Modellen vil også sikre en etterprøvbar beregning av fradraget, noe som vil kunne bidra til at like saker behandles likt.¹¹⁹

En avkastningsmodell med fradrag for råtomtverdien bør følgelig, etter mitt skjønn, benyttes ved fortsatt drift. Dette kan ytterligere underbygges ved at den første alternative metoden, hvor det gjøres et skjønnsmessig anslag over hvor stor del av inntekspotensialet som skrives seg fra tomten,¹²⁰ vil føre til mindre forutsigbare og etterprøvbare regler. Også ved den andre alternative metoden, der det tas utgangspunkt i en berikelsesmodell,¹²¹ kan det oppstå usikkerhetsmomenter, bl.a. knyttet til om bortfester ville fått tillatelse til å oppføre et lignende bygg. Det synes derfor unødvendig å benytte berikelsesmodellen, særlig fordi differansen ved bruk av avkastningsmodellen med fradrag for råtomtverdien normalt vil reflektere berikelsen verdien av bygget utgjør for bortfesteren.¹²² Til dette er det grunn til å understreke at tomtens salgsverdi som råtomt – særlig ved næringsfeste – vanligvis vil bero på hvilken avkastning (berikelse) tomten i bebygget stand vil kunne gi en potensiell kjøper.

116. I Kaldestad/Møller, *Verdivurdering*, s. 330, uttales det: «I et transparent og likvid marked burde ikke en salgsverdi og en fundamentalverdi [diskontert kontantstrømanalyse] avvike mye.» Se også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 250–251.

117. Jf. også Zachariasbryggen II avsnitt 33.

118. Zachariasbryggen II avsnitt 54.

119. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 261–263.

120. Se punkt 3.2.3.4 nedenfor.

121. Se punkt 3.2.3.3 nedenfor.

122. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 262.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

3.2.3 *Typetilfelle 2: Utmåling ved fortsatt bruk av bebyggelsen der det foreligger byggerestriksjoner*

3.2.3.1 Alternativ 1: Utmåling i tråd med avkastningsmodellen med fradrag for eiendommens råtomtverdi vil gi urimelige resultater

Selv om både flertallet og mindretallet i Zachariasbryggen II fremhevet at avkastningsmodellen med fradrag for råtomtverdien var en mulig måte å utmåle bortfesteres bruksverdi på, ble lagmannsrettens verdsettelse etter denne metoden opphevet i samme dom. Høyesterett fremhevet at lagmannsretten benyttet en avkastningsmodell for å verdsette hele eiendommen, men at de forlot denne når tomtens verdi skulle fastsettes.¹²³ Førstvoterende fant det videre

åpenbart at med Zachariasbryggens beliggenhet, må en vesentlig del av inntjeningspotensialet skrive seg fra tomten. Bortsett fra en bemerkning om at tomten ligger sentralt til, er likevel inntjeningspotensialet fraværende ved lagmannsrettens fastsettelse av fradrag for tomtens verdi (avsnitt 68).

Problemet med lagmannsrettens metode var altså at det ikke ble tatt høyde for at leieinntektene som dannet grunnlaget for beregningen av den totale bruksverdien, ikke bare fastsettes ut fra selve bygget (som er festerens fortjeneste), men også ut fra at bygget ligger der det ligger (som er bortfesterens fortjeneste).¹²⁴ Det er eksempelvis åpenbart at inntjeningspotensialet hadde vært lavere dersom utesteds- og restauranthbygget lå på Hardangervidda istedenfor på bryggen i Bergen. Konsekvensen av at slike betraktninger ikke hensyntas, vil være at festeren får ta del i fremtidig avkastning som er generert fra tomten.¹²⁵ Dette vil igjen stride med grunnprinsippet om at «merverdien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren».¹²⁶

En av årsakene til at modellen ga et urimelig resultat, var trolig at det forelå byggerestriksjoner på tomten, slik at bortfesteren ikke ville fått bygd et lignende bygg på tomten.¹²⁷ Skag fremhever i denne sammenheng at beregningen av råtomtverdien (NOK 40 000 000) mest sannsynlig ble vurdert langt lavere enn dersom det hadde vært mulig å oppføre et lignende bygg.¹²⁸ Der vederlaget blir beregnet ut fra en eks-

123. Avsnitt 67.

124. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 268–269.

125. Jf. også Zachariasbryggen II avsnitt 70 (flertallet) og avsnitt 85–89 (mindretallet).

126. Zachariasbryggen II avsnitt 54.

127. Lagmannsretten la til grunn at det ville ta ca. ti år før en utbygger ville få godkjent plan for utbygging, og at et nybygg sannsynligvis bare ville bli godkjent med én etasje mindre. Dispensasjoner ville heller ikke bli videreført.

128. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 268.

HENRIK HAMMERSLAND

tra lav råtomtverdi, vil en uforholdsmessig stor andel av bruksverdien tilfalle festeren. Fradrag beregnet til råtomtverdien kan i tillegg medføre at størrelsen på fradraget kan variere etter hvor vanskelig det til enhver tid er å få offentlige tillatelser. En avkastningsmodell med fradrag for råtomtverdien er følgelig ikke hensiktsmessig når det foreligger offentligrettslige byggerestriksjoner, noe som ofte vil være tilfellet i praksis. Det må følgelig ses hen til alternative modeller for dette typetilfellet.

3.2.3.2 Alternativ 2: Et forutsatt scenario der det ikke foreligger byggerestriksjoner
I Zachariasbryggen II avsnitt 114 fremhevet mindretallet at det kan være mulig «å legge til grunn en tomteverdi for det tilfellet at oppføring av tilsvarende bygning hadde vært tillatt». Umiddelbart kan en slik løsning fremstå som en retts teknisk enkel løsning som forhindrer at vederlaget som skal ytes, ikke påvirkes av byggerestriksjoner. Skag fremhever på sin side følgende om løsningen:

Tilnærmingen betyr likevel at man nærmer seg en løsning hvor vederlaget for bygget fastsettes i samsvar med den tekniske verdien; tillatt utnyttelsesgrad er som kjent av stor betydning for tomtens verdi, og forutsettes det at et tilsvarende bygg kan føres opp, vil det naturlig nok øke verdien av tomten betraktelig. Det kan dermed anføres at man går for langt i retning av å fjerne seg fra loven som tar utgangspunkt i en verdsettelse ut fra 'det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren', jf. tfl. § 41 annet ledd. Bygget kan jo i en situasjon der det er inntrådt byggerestriksjoner, ha verdi for grunneieren langt utover den tekniske.¹²⁹

Som vi skal se i det følgende, samsvarer de øvrige alternativene bedre med lovens ordlyd og formål. Det er derfor etter mitt skjønn gode rettskildemessige holdepunkter for ikke å benytte dette alternativet, slik også Skag antyder.

3.2.3.3 Alternativ 3: Berikelsesmodell
I Zachariasbryggen II avsnitt 77 fremhevet flertallet at utmåling etter tfl. § 41 (2) kan skje ved «å ta utgangspunkt i en [...] berikelsesvurdering». I avsnitt 61 uttaler førstvoterende:

Jeg er enig i at 'verdet ... for bortfestaren' prinsipielt ikke kan være mer enn det som er bortfesterens berikelse ved å overta bygningen. Etter mitt syn er en slik berikelsesmodell vel forenlig med ordlyden og forarbeidene. Men ved beregningen av berikelsen må det, i et tilfelle som her, også tas hensyn til den overtatte bygningens potensielle avkastning.

Som Høyesterett fremhever, har en berikelsesmodell gode rettskildemessige grunner for seg. I tråd med øvrig lovgivning der det skal ytes vederlag for berikelsen, må beri-

129. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 272.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

kelsesmodellen innebære at bortfesteren skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.¹³⁰ Den berikelse bortfesteren plikter å fralegge seg, er altså den økonomiske fordel han har oppnådd, sammenlignet med den situasjonen han ellers ville ha vært i. Overført til avvikling av tomtefeste medfører berikelsesmodellen at bortfesterens stilling ved overtakelse av festerens bygg må sammenlignes med situasjonen dersom han overtok samme tomt som ved inngåelsen av avtaleforholdet, vanligvis en råtomt. Normalt vil bortfesterens berikelse ved å overta et bygg knytte seg til sparte byggekostnader ved å oppføre et tilsvarende bygg (teknisk verdi), samt ekstra leieinntekter i perioden han ellers måtte ha bygget et nytt bygg. På den annen side vil et eldre, mindre tidsmessig og dårligere virksomhetstilpasset bygg kunne være begrensende for fremtidig avkastning. Det er derfor naturlig at slike ulemper må gå til fradrag på lik linje med utmåling etter teknisk verdi.¹³¹

Der det foreligger byggerestriksjoner, vil det også være en berikelse for bortfesteren å overta et større bygg enn det bortfesteren ellers ville hatt lov til å bygge på nytt (slik tilfellet var i sakskomplekset om Zachariasbryggen). At modellen er egnet til å fange opp dette, indikerer at metoden kan anvendes.

På den annen side vil en streng anvendelse av berikelsesmodellen der det foreligger *totalt byggeforbud*, medføre at bortfesteren må betale for all berikelse knyttet til avkastningen. En slik løsning kan for det første tenkes å være i strid med EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 om vernet om eiendomsretten.¹³² Flertallet i Zachariasbryggen II fremhever også at løsningen vil medføre at

eieren måtte betale langt mer for bygningen enn det ville koste ham å bygge tilsvarende bygg selv og deretter utnytte dets inntekspotensial. Det finnes ingen indikasjoner i loven, eller dens forarbeider, på at lovgiveren har overveid et slikt resultat. Tvert om, har lovgiveren lagt stor vekt på at loven skal føre til rimelige og balanserte resultater (avsnitt 75).

Ukritisk bruk av en berikelsesmodell synes derfor ikke å være en gunstig løsning der det foreligger byggerestriksjoner på festetomten. På bakgrunn av retts tekniske hensyn kan det følgelig anføres at det bør vises forsiktighet ved en slik modell der det foreligger byggerestriksjoner, og at det isteden bør ses hen til andre modeller.

130. Se bl.a. husleieloven § 10-5, hendl. §§ 5 og 10, lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) 8. juni 1984 nr. 59 § 5-11 og lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) 21. juni 1985 nr. 83 § 2-23.

131. Fradrag vil skje på samme måte som det ble redegjort for i punkt 3.1.2 ovenfor.

132. Se bl.a. Eriksen, «Bortfesterens eiendomsvern etter EMK TP 1-1», s. 19–38.

HENRIK HAMMERSLAND

3.2.3.4 Alternativ 4: Avkastningsmodell med et skjønnsmessig fradrag for leieinntekter som er realisert fra tomten

Flertallet i Zachariasbryggen II fremholdt i avsnitt 77 at en ytterligere mulig metode for å utmåle bortfesteres bruksverdi er «å gjøre et skjønnsmessig anslag over hvor stor del av inntekspotensialet som skriver seg fra henholdsvis bygningen og tomten». Metoden har vært anvendt i flere underrettsavgjørelser,¹³³ og gjennomføres ved først å beregne det totale inntekspotensialet for den bebygde eiendommen (avkastningsmodell), før de inntektene som stammer fra tomtens beliggenhet, trekkes fra. Ved å gjøre fradrag for inntektene som kommer fra tomten, vil man i teorien komme frem til bruksverdien bebyggelsen har for bortfester isolert sett, slik at festeren ikke får en del av merverdien som skriver seg fra tomten.

Utfordringen med metoden er hvordan det skal beregnes hvilke inntekter som kommer fra tomtens beliggenhet. Dette ble også fremhevet av flertallet i Zachariasbryggen II som uttalte at «[d]et kan innvendes at et slikt anslag er vanskelig og usikkert». Flertallet understreker imidlertid også at fremgangsmåten vil fremme «forarbeidenes gjentatte understrekning av at vederlaget må fastsettes skjønnsmessig og ut fra rimelighet, og at det knapt finnes noen modell som ikke nødvendigvis gjør nok så grove og til dels usikre anslag».¹³⁴

Til tross for de nevnte utfordringene valgte Gulating lagmannsrett å benytte metoden i det tredje overskjønnet om Zachariasbryggen (Zachariasbryggen III).¹³⁵ Lagmannsretten kom her til at 40 % av eiendommens inntjeningspotensial hadde sitt opphav i tomtens beliggenhet, mens 60 % hadde sitt opphav i selve bygningen og de tiltak som var utført av fester. Det ble imidlertid ikke kommunisert hvordan den konkrete, skjønnsmessige vurderingen ble foretatt.¹³⁶ Dette illustrerer at utmålingen kan fremstå tilfeldig, samtidig som det kan være vanskelig å etterprøve skjønnrettens vurderinger.

Sett i lys av usikkerheten om fremgangsmåten ved slike skjønnsmessige anslag, åpner Skag for et utgangspunkt om likedeling mellom partene, med mindre det er holdepunkter for noe annet.¹³⁷ Dette begrunnes ved å vise til øvrige regler om sam-

133. Herunder Zachariasbryggen III, LB-2008-8069, RG-1995-370 og RG-1983-363.

134. Avsnitt 77.

135. LG-2018-2300. Avgjørelsen ble anket til Høyesterett, men Høyesteretts ankeutvalg forkastet anken i HR-2019-203-U.

136. Skjønnretten fremhevet kun at det ikke var grunnlag for å benytte samme metode som når årlig festeavgift skal fastsettes innenfor grensene av tfl. § 11 (der tomtens salgsverdi er avgjørende, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995–96) s. 15).

137. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 274.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

menføyning av verdier, herunder hendl. § 2,¹³⁸ og ansvarsfordeling mellom flere skadevoldere innen alminnelig erstatningsrett.¹³⁹ Utgangspunktet vil sikre en forutberegnelig og retts teknisk enkel regel. Siden det må tas stilling til om det er holdepunkter for å fravike utgangspunktet om likedeling, vil det også åpnes for konkrete rimelighetsbetraktninger. Utfordringene ved et slikt utgangspunkt er at skjønnsretten kan vegre seg for å fravike vesentlig utgangspunktet om likedeling, til tross for at det finnes holdepunkter for en slik fordeling. Et utgangspunkt om likedeling fremstår eksempelvis som lite hensiktsmessig der det er tale om avvikling av et fabrikkbygg som enkelt kan generere like store inntekter uavhengig av om fabrikk ligger på Aker Brygge eller i øvrige deler av landet. For egen del ser jeg følgelig liten egenverdi i å operere med et utgangspunkt om likedeling. Det sentrale må isteden være at skjønnsretten foretar en grundig vurdering, og at den konkrete brøken som anvendes, begrunnes grundig.

I den konkrete vurderingen av beliggenhetens betydning for inntektene eiendommen genererer, bør det som et utgangspunkt ses hen til hvilke leieinntekter øvrige sammenlignbare tomter knyttet til samme næringsvirksomhet i samme område genererer, før sammenligningsprisen justeres ut fra individuelle egenskaper ved eiendommen.¹⁴⁰ Dersom beliggenheten bidrar til ekstra store leieinntekter grunnet en unik og/eller sentral plassering, tilsier det at en større del av inntektspotensialet bør tilkjennes bortfesteren. På den andre siden bør en større del av inntektspotensialet tilkjennes festeren dersom det kan kreves inn særlig høye leieinntekter grunnet et spektakulært bygg med høy standard. Dersom festeren har bygget opp en sterk merkevare, en fast kundemasse eller signert unormalt gunstige og langvarige leiekontrakter, vil dette også tale for å tilkjenne festeren en større del av inntektene til bygget.

3.2.3.5 Alternativ 5: Kombinasjon av alternativ 3 og 4

Selv om den ovennevnte metoden har gode rettskildemessige grunner for seg, er det ikke tvil om at metoden i stor grad er skjønnsmessig. For å bøte på denne utfordringen lanserer Skag en løsning der det tas utgangspunkt i berikelsesmodellen (alternativ 3), men slik at den kombineres med et skjønnsmessig fradrag for leieinntekter som stammer fra tomten (alternativ 4).¹⁴¹

Der byggeforbudet er mer begrenset – som i saksforholdet om Zachariasbryggen – fremhever Skag at det bør skilles mellom den delen av bygget som det fremdeles

138. I NUT 1969:4 s. 20 heter det at dersom det er «umogelig å ettervisa at den eine har gjeve større tilskot til tingsverdet enn nokon av dei andre, fører vanlege sameigereglar til at alle får like store partar».

139. Se Askeland (2009), s. 208, angående tolkningen av skadeserstatningsloven § 5-3 nr. 2.

140. Dette er i tråd med utmåling etter salgspris etter ekspropriasjonserstatningsloven § 5, se bl.a. Storange og Lyngholt, *Ekspropriasjonserstatningsloven, lovkommentar*, s. 46–47.

141. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 273–274.

HENRIK HAMMERSLAND

er tillatt å oppføre, og den delen som på avviklingstidspunktet ikke kunne vært bygget.¹⁴² For delen som fortsatt kunne blitt bygget, er bortfesterens berikelse at han slipper å bygge et tilsvarende bygg (teknisk verdi), pluss ekstra leieinntekter i den hypotetiske byggeperioden. For delen som ikke kan bygges etter dagens regler, vil berikelsen knytte seg til de ekstra leieinntektene som det ekstra arealet genererer. For denne delen må det foretas en skjønsmessig fordeling av inntekspotensialet etter hvor stor del av inntektene som skriver seg fra tomten og bygget.

Løsningen medfører en mer objektiv og etterprøvbar utmåling enn den skjønsmessige løsningen i forrige punkt. På den annen side må vurderingen foretas i to ledd, noe som gjør utmålingen mer teknisk og ressurskrevende. Det kan også være vanskelig å beregne hvor mye ekstra leieinntekter et avgrenset areal genererer. Selv om det foreligger uttalelser fra Høyesterett om at alternativ 3 og 4 selvstendig kan benyttes, foreligger det heller ingen konkrete uttalelser fra Høyesterett eller underrettspraksis om at løsningene kan kombineres. Dersom en slik (teoribasert) regel skal anvendes uten klare autoritative holdepunkter, kan det medføre en usikkerhet vedrørende vederlagsreglene, noe som igjen kan være prosessdrivende.

3.2.3.6 Konklusjon

Selv om Høyesterett i Zachariasbryggen I og II åpner for at flere utmålingsmetoder kan benyttes ved fortsatt bruk av bebyggelsen der det foreligger byggerestriksjoner, taler forutberegnelighetshensyn for at kun én metode bør benyttes for dette typetilfellet.¹⁴³

Som illustrert ovenfor har samtlige alternativer visse utfordringer. Sett i lys av at Høyesteretts ankeutvalg i HR-2019-203-U forkastet Zachariasbryggen AS' anke over utmålingen i LG-2018-2300 (Zachariasbryggen III), taler forutberegnelighetshensyn for at samme utmålingsmodell bør benyttes, dvs. en avkastningsmodell med et skjønsmessig fradrag for leieinntekter som er realisert fra tomten (alternativ 4). Dette er også i tråd med gjeldende underrettspraksis. På bakgrunn av retts tekniske hensyn bør det følgelig etter mitt skjønn tas utgangspunkt i denne modellen i alle tilfeller der det foreligger byggerestriksjoner – uavhengig av om byggerestriksjonene er begrensede eller ikke. Hvorvidt det skal gjelde et utgangspunkt om en likedeling, er etter mitt skjønn av mindre betydning da skjønnsretten uansett (grundig) må begrunne den prosentmessige fordelingen av hvilke inntekter som stammer fra bortfesteres og festers verdier.

142. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 274.

143. Behovet for forutberegnelighet på området kan nok en gang illustreres ved sakskomplekset om Zachariasbryggen som har versert i rettsystemet fra 2013 til 2019 (med betydelige sakskostnader), der festerens vederlag for samme næringsbygg har variert fra NOK 132 200 000 (TBERG-2013-170953) til NOK 334 000 000 (LG-2016-150715).

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

At Gulating lagmannsrett måtte utmåle vederlag for Zachariasbryggen hele tre ganger, illustrerer imidlertid behovet for en sikkerhetsmekanisme for å unngå klart urimelige resultater. I denne forbindelse vil det trolig være hensiktsmessig for de involverte partene å redegjøre for utmåling etter avkastningsmodellen med fradrag for råtomtverdi (alternativ 1) og berikelsesmodellen (alternativ 3), selv om skjønnsretten trolig vil fastsette et skjønnsmessig vederlag. Hvis partene samtidig gjør skjønnsretten bevisst på utfordringene ved de ulike modellene, kan partene selv lede skjønnsretten mot en utmåling som er i samsvar med øvrige verdsettelsesmodeller, samtidig som skjønnsretten kan vektlegge konkrete rimelighetshensyn.

3.2.4 Typetilfelle 3: Utmåling der tomten skal utnyttes på annen måte

3.2.4.1 Problemstillingen

Som vi så i punkt 3.2.2, vil bortfesteres bruksverdi ved fortsatt bruk uten byggestriksjoner vanligvis beregnes ved å utmåle inntektspotensialet for den bebygde eiendommen, før det foretas fradrag for tomtens verdi som råtomt. Dersom den mest fornuftige og lønnsomme utnyttelsen av eiendommen er å rive festerens bygg for å utnytte tomten på annen måte, typisk til utbygging til boligformål, vil tomtens verdi imidlertid være høyere uten festerens bygg. I slike tilfeller vil altså festerens bygg stå i veien for den mest lønnsomme utnyttelsen av tomten, slik at bygningsmassen kun medfører ekstra rivningsutgifter.¹⁴⁴ En utmåling ved bruk av avkastningsmodellen med fradrag for råtomtverdien vil da medføre at fradraget for råtomtverdien blir større enn avkastningen, slik at festerens vederlag settes til null.

For bortfesteren fremstår en slik regel gunstig da han slipper å betale millioner for et bygg han ikke skal benytte. For festeren vil det imidlertid oppfattes som urimelig å ikke motta vederlag grunnet den tilfeldighet at bortfesteren skal bygge boliger istedenfor å videreføre den tidligere driften. Dersom det er klart at det skal bygges boliger ved festeforholdet slutt, kan det også hevdes at det ikke vil være regningsvarende for fester å opprettholde en tilfredsstillende bygningsstandard de siste årene av festetiden. Løsningen er derfor heller ikke heldig sett fra et samfunnsmessig perspektiv, samtidig som den kan stå i et problematisk forhold til Høyesteretts grunnforutsetning om at vederlaget «ikke [skal] være urimelig for noen av partene».¹⁴⁵ Det bør derfor ses hen til en annen løsning også i slike tilfeller.

144. I slike tilfeller vil ikke riving medføre verdispille «i utrengsmål», jf. tfl. § 40. Problemstillingen vil derfor bare oppstå der partene har avtalt at bortfester plikter å overta bebyggelsen ved festeforholdets slutt, jf. tfl. § 39 (4).

145. Zachariasbryggen II avsnitt 55.

HENRIK HAMMERSLAND

3.2.4.2 Mindretallets tilnærming i Ensjøveien-saken

Problemstillingen om hvordan verdsetting skal skje der tomten skal utnyttes på en annen måte enn tidligere, er så vidt meg bekjent kun blitt behandlet av mindretallet (dissens 3-2) i LB-2017-3687 (Ensjøveien).¹⁴⁶ Saken gjaldt verdsettelse av et næringsbygg der et investeringsselskap hadde kjøpt en næringstomt 6 år før festeforholdets opphør, med planer om å bygge boliger. Allerede 12 år før festeavtalens utløp varslet imidlertid den daværende bortfesteren om at den 60-årige festeavtalen ikke ville bli fornyet siden tomten skulle omreguleres til boligformål (i henhold til Plan- og bygningsetatens nye planer for Ensjø som ble fremmet i 2002).

Ved utmålingen etter tfl. § 41 (2) viste mindretallet til avsnitt 41 i Zachariasbryggen II der det uttales at man «i utgangspunktet må søke mot mer objektive prinsipper for verdifastsettelse som grunnlag for det vederlag som skal betales». Etter mindretallets syn medførte søken mot mer objektive prinsipper at det måtte «ses bort fra den endrede arealbruken» som ble bestemt tilbake i 2002. Som støtte for et slikt synspunkt ble det bl.a. vist til forarbeidsuttalelsene om at det vil være «vera urimeleg å påleggja bortfestaren å overta hus og tilskipingar for ein større verdi enn det kan ha for han». ¹⁴⁷ Etter mindretallets syn indikerte ordlyden «kan» at det avgjørende var hvilken verdi byggene *kunne* hatt for bortfesteren.

Mindretallets slutning er direkte i strid med utgangspunktet som ble skissert i punkt 3.2.1.3 ovenfor. Som vi så under dette punktet, er det svært gode rettskildemessige holdepunkter for at det avgjørende ved utmålingen av bortfesters bruksverdi er hva bortfestere flest – innenfor samme næringsområde – ville gjort med eiendommen. Siden en fornuftig næringsdrivende ville utnyttet eiendommen til boligformål, beveget mindretallet seg følgelig langt utenfor både den subjektive og den objektive bruksverdien for bortfesteren.¹⁴⁸¹⁴⁹ Det er derfor ikke rettskildemessig grunnlag for mindretallets løsning i Ensjøveien.

146. Flertallet verdsatte næringsbygget etter teknisk verdi, jf. tfl. § 41 (1). Flertallets premiss har derfor ikke relevans for dette spørsmålet. Dommen ble for øvrig anket til Høyesterett, men anken ble ikke tillatt fremmet av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2018-848-U.

147. NOU 1993: 29 s. 77.

148. Mindretallet viste også til RG-1986-515 som ble avsagt under tomtefesteloven av 1975 og gjaldt feste til fritidsformål. Som vi så i punkt 1.3, er festere gitt et vesentlig sterkere vern ved bolig- og fritidsfeste i 1996-loven. Når lovgiver bevisst ikke innfører samme styrking av festerens rettigheter ved næringsfeste, burde heller ikke RG-1986-515 vært tillagt vekt.

149. Mindretallet legger avslutningsvis, med henvisning til en feil forståelse av mindretallets uttalelser Zachariasbryggen II avsnitt 114, til grunn at bortfesteren alene skal belastes risikoen for endring i utnyttelsesmuligheten i festeperioden. Jeg leser Høyesterett som at de i realiteten mener at det *ikke* er en god løsning at bortfesteren alene belastes risikoen for endring i utnyttelsesmuligheten i festeperioden. Dersom bortfesteren bærer risikoen for endring av arealbruk, bør bortfesteren for øvrig også dra nytte av fordelene av endret arealbruk.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

3.2.4.3 Løsningen: Hva er bortfesterens berikelse?

Forutsatt at endret utnyttelse av eiendommen er påregnelig og fornuftig (se 3.2.4.4 nedenfor), vil det etter mitt skjønn være naturlig å se hen til en berikelsesmodell når byggenes verdi for bortfester skal beregnes.¹⁵⁰ En slik modell er – som tidligere fremhevet – godt forenlig med både ordlyden og forarbeidene til tfl. § 41 (2), samtidig som metoden er forutberegnelig og etterprøvbart.¹⁵¹

Når bortfester overtar festerens bygningsmasse med planer om å rive byggene, vil bortfesterens berikelse primært knytte seg til potensielle leieinntekter frem til byggestart. Siden det bl.a. kan ta tid å skaffe de nødvendige byggetillatelsene, kan det ofte ta lang tid før byggearbeider kan igangsettes.¹⁵² Bortfesteren kan følgelig få en vesentlig berikelse ved å leie ut festerens bygg frem til byggestart. Denne berikelsen bør det ytes vederlag for. Hvis bortfesteren ønsker å rive festerens bygg med en gang selv om byggetillatelse ikke er på plass, må bortfesteren selv betale for den potensielle berikelsen han kunne fått.

Som vi så i punkt 3.2.1.1, er det imidlertid ikke bare byggenes bruksverdi som det kan ytes vederlag for; all verdi byggene kan ha for bortfester, er relevant. Eksempelvis kan det hevdes at festerens bygg kan fungere som en sikkerhet mot uforutsette hendelser, herunder at boligprisene i markedet faller dramatisk, eller at andre (uforutsette) forhold utsetter eller umuliggjør prosjektet. Dersom det kan påvises slik risiko, vil det ofte være en berikelse for bortfesteren å ha muligheten til å reversere byggeplanene og isteden fortsette å leie ut næringsbygget på samme måte som før. Et slikt vederlag må trolig fastsettes skjønnsmessig på bakgrunn av risikoen for at noe uforutsett skal skje.

Når det ytes vederlag for leieinntekter frem til byggestart og/eller for den sikkerhet bebyggelsen gir mot uforutsette hendelser, vil festeren sjelden stå på bar bakke. Det er kun i tilfeller der bortfesteren begynner utbygging kort tid etter festeavtalens opphør at festeren ikke vil motta et vederlag. For slike tilfeller er det grunn til å minne om at det må kunne forventes at festere tilpasser sine investeringer etter festeforholdets lengde. Et argument om at det ikke vil være lønnsomt for festeren å investere i eiendommen de siste årene av festeavtalen, er også en påstand med modifikasjoner. Festerens investeringer kan både føre til høyere leieinntekter i festetiden og høyere leieinntekter etter avvikling, men før byggestart. Forutsetningen om et rimelig ved-

150. Se punkt 3.2.3.3 for nærmere beskrivelse av modellen.

151. Se Zachariasbryggen II avsnitt 61.

152. I saksforholdet om Zachariasbryggen ble det eksempelvis lagt til grunn at det ville ta 8–10 år før en utbygger ville få godkjent plan for utbygging, se gjengivelse av vitneutsagn i Zachariasbryggen II avsnitt 112.

HENRIK HAMMERSLAND

erlag til begge parter bør derfor etter mitt skjønn ikke sette begrensninger for bruk av berikelsesmodellen i tilfeller der bortfester ikke har bruk for festerens bygg.

Dersom tomten skal utnyttes på en annen og mer lønnsom måte, bør utmåling følgelig skje etter en berikelsesmodell.

3.2.4.4 Særlig om kravet til påregnelig og fornuftig utnyttelse av eiendommen ved endret utnyttelse

En forutsetning for å utmåle bortfesters vederlag på bakgrunn av en endret utnyttelse av eiendommen er (i tråd med utgangspunktene i punkt 3.2.1.3) at utnyttelsen er påregnelig og fornuftig.¹⁵³ I relasjon til ekspropriasjonserstatningsloven uttalte Høyesterett i Rt-1980-443 følgende vedrørende endret utnyttelse av eiendommen:

Når det på tidspunktet for erstatningsfastsettelsen foreligger en stadfestet reguleringsplan som tillater bebyggelse, vil denne anvendelse normalt kunne legges til grunn som påregnelig. Men en slik plan er ikke i seg selv avgjørende. Dersom det foreligger en nærliggende mulighet for at reguleringsplanen for ekspropriasjonsfeltet vil bli endret, og denne endring ikke har sammenheng med den aktuelle ekspropriasjon, må retten vurdere hva som er en sannsynlig utnyttelse.

Også forarbeidene til ekspropriasjonserstatningsloven presiserer at det ikke er noe vilkår at det foreligger en plan som positivt tillater den utnyttelse som påstås lagt til grunn ved verdsettingen.¹⁵⁴ I mangel av vedtatt reguleringsplan eller gitt tillatelse vil det isteden måtte foretas en vurdering av hva som «ville være en naturlig og påregnelig regulering av ekspropriasjonsarealet», der også indikasjoner på det offentlige planleggingsvilje kan tas i betraktning.

Ved verdsettelse ved avvikling av tomtefeste må det etter mitt skjønn i enda større grad enn etter ekspropriasjonserstatningsloven kreves klare holdepunkter for at en reguleringsplan vil bli endret, før en utnyttelse i tråd med en slik reguleringsplan legges til grunn. Til dette er det grunn til å fremheve at det vil oppfattes som enda mer urimelig for festeren om festerens krav på vederlag skal bli avkortet eller falle bort grunnet en usikker mulighet til ny drift på eiendommen. Denne usikkerheten kan for det første være problematisk sett i lys av kravet til «at resultatet skal ikke være urimelig for noen av partene».¹⁵⁵ I tråd med Høyesteretts forutsetning om at «den merver-

153. Hvorvidt endret utnyttelse er påregnelig, er behandlet i forarbeidene til ekspropriasjonserstatningsloven (Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 48–52). Her heter det at det avgjørende er om den endrede utnyttelsen er «en realistisk framtidig utnytting av eiendommen», og at både «markedsmessige, biologiske, teknologiske, ressursmessige, miljømessige og andre forhold» vil være av betydning ved vurderingen.

154. Se Ot.prp. nr. 50 (1982–1983) s. 51, med videre henvisninger til Rt-1977-1065 og Rt-1981-700.

155. Zachariasbryggen II avsnitt 55.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

dien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren»,¹⁵⁶ er det videre naturlig at grunneieren må bære risikoen for at reguleringsplaner – som gjelder tomten – ikke er endret på avviklingstidspunktet.

3.2.5 Verdireduksjon ved festerens mislighold og oppsigelse

Etter at vederlag er utmålt ved bruk av metodene beskrevet i punkt 3.2.2 til 3.2.4, fastslår tfl. § 41 (2) annen setning at instansen som utmåler vederlaget, skjønnsmessig kan redusere beløpet som bortfester må yte, dersom årsaken til avviklingen er «mishald frå festaren» etter hevningsreglene i tfl. § 30, eller «ei oppseiing frå festaren som ikkje har samanheng med meir tyngjande festevilkår». I NOU 1993: 29 s. 78 heter det:

I utgangspunktet skal bortfestaren også i desse tilfella betala det som hus eller tilskipingar er verdt for han. Det kan likevel vera situasjonar der det er grunn til å setja vederlaget lågare, fordi bortfestaren kan verta tvunga til å overta tomta på ei tid der han ikkje var budd på det. Der det er usikkert kva verdien vil vera for bortfestaren vil det i slike høve vera grunn til å la denne tvilen koma festaren til skade.

Forarbeidsuttalelsene indikerer at bestemmelsen er ment å ramme tilfellene der bortfesteren ikke er forberedt på å overta bygget. Dette indikerer at det først og fremst er aktuelt å redusere vederlaget som skal ytes, der avvikling skyldes heving på grunn av festerens mislighold. At festeren sier opp festeavtalen som følge av en avtalt eller lovfestet oppsigelsesrett, er motsetningsvis en omstendighet som bortfesteren i større grad må være forberedt på.¹⁵⁷ Det er derfor nærliggende å anta at vederlaget ikke vil reduseres i slike tilfeller, selv om dette vil bero på en konkret skjønnsvurdering da tfl. § 41 (2) annen setning fastslår at vederlaget «kan» settes lavere.¹⁵⁸

Skag fremhever at det er naturlig at verdireduksjon ikke er aktuelt dersom vederlaget skal fastsettes i samsvar med tfl. § 41 (2), fordi begge har krevd at bortfester skal overta bygget.¹⁵⁹ I et slikt tilfelle vil bortfester *ønske* å overta bygget, noe som tilsier at det ikke er grunn til å beskytte bortfesteren mot å måtte betale hele verdien som bygget har for ham.

156. Zachariasbryggen II avsnitt 54.

157. Se også NOU 1993: 29 s. 77, der det i relasjon til tfl. § 40 fremheves at «[b]ortfall av festeretten fordi festetida er ute vil stå i ei mellomstilling» sammenlignet med mislighold.

158. Se bl.a. RG-2006-1089 (Skottevig) der en påberopelse av tfl. § 41 (2) annen setning ikke førte frem ved uenighet om oppsigelse og unnlatt bruk av en forlengelsesopsjon.

159. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 267.

HENRIK HAMMERSLAND

3.3 Godtgjørelse for verdier festeren har tilført tomten

Når bortfesteren får tilbake sin tomt, kan den både være mer og mindre verdt som følge av festerens aktiviteter. Dersom tomten er mindre verdt grunnet festerens utnyttelse og bruk av eiendommen, og dette er i strid med avtalen, kan bortfester ha et erstatningskrav i medhold av tfl. § 29. Hvis tomten er i bedre stand enn da festeren overtok den, kan festeren ifølge tfl. § 41 (3) kreve

ei rimeleg godtgjersle for verdauke som festaren har tilført tomta med eigne tiltak eller med tilskott til tiltak som er gjort av bortfestaren eller andre.

Adgangen til å kreve godtgjørelse for verdiøkning gjelder i utgangspunktet uavhengig av hvem som krever overtakelse.¹⁶⁰ I tilfeller der utmåling skjer etter tfl. § 41 (2), vil imidlertid de påkostningene festeren har gjort, ofte være innbakt i utmålingen. Som Skag påpeker, vil en pent opparbeidet tomt der det er anlagt parkeringsplass, normalt gi utslag i høyere leieinntekter (bruksverdi).¹⁶¹ For å unngå dobbelt vederlag vil tfl. § 41 (3) følgelig være mest aktuell å anvende der det er den tekniske verdien etter tfl. § 41 (1) som skal ytes. Der festeren har gjort investeringer som forlenger eiendommens levetid, uten at investeringene gir utslag i vederlaget som leietaker vil være villig til å betale, bør det etter mitt skjønn likevel tilkjennes godtgjørelse.

Ordlyden verdiøkning som festeren har «tilført tomta», tyder på at kjernen i bestemmelsen vil være fysiske tiltak som rørlegging, rassikring, veibygging, installering av elektrisk anlegg, beplantning o.l.¹⁶² Verdiøkning som skyldes forhold utenfor tomten, kan imidlertid også omfattes, for eksempel ved at festeren har bidratt til opparbeidelse av vei i nærheten. Det samme gjelder tilfeller der festeren har slettet en påheftet servitutt, jf. § 19.¹⁶³ Skag fremhever at arbeid og utgifter med å få tomten omregulert også kan omfattes, med den forutsetning at arbeidene har økt tomtens verdi.¹⁶⁴

Vurderingen av om et arbeid har medført en «verdauke», må ses i lys av en objektiv bortfesteres fornuftige bruk av eiendommen. På lik linje med utgangspunktene i

160. Ot.prp. nr. 28 (1995–96) s. 71.

161. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 275.

162. Dersom tiltakene er utført av bortfesteren og betalt for av festeren gjennom «tilskott», jf. tfl. § 6, faller også verdistigningen disse tiltakene har medført, innenfor virkeområdet til tfl. § 41 (3), jf. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 203.

163. Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 203.

164. Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 276.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

punkt 3.2.1.3 om hvor individuelt bortfesteres bruksverdi skal fastsettes, vil det ikke være avgjørende om bortfesteren hater hagearbeid, dersom en opparbeidet hage for de fleste vil oppfattes som en verdiøkende omstendighet.¹⁶⁵ Dette kan bl.a. illustreres ved RG-1984-538, der det ble uttalt at det avgjørende var om arbeidene var verdifulle i relasjon til den «påregnelige og adekvate bruk av tomten», slik at «tiltak som er ekstreme i forhold til den relevante bruk [faller] utenfor». Bortfesteres anførsel om at fundamentering av kai var uten verdi fordi han ville bruke kaien til containerhavn med større belastningskrav, førte derfor ikke frem.¹⁶⁶

Selve utmålingen av vederlaget vil bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering av hva som utgjør en «rimeleg» godtgjørelse. Dette medfører at festeren ikke nødvendigvis får full kompensasjon for den verdistigning han har tilført tomten.¹⁶⁷ Til dette er det grunn til å fremheve at det bl.a. kan fremstå urimelig om festeren får fullt vederlag for å ha søkt om omstrukturering eller økt utnyttelse av eiendommen, særlig dersom bortfesteren enkelt kunne gjort det samme etter avviklingen.

4. Oppsummering

Når næringsbygg skal verdsettes ved avvikling av tomtefeste, reiser det seg to hovedspørsmål: Hvilket verdsettelsesprinsipp skal anvendes, og hvordan skal den konkrete utmålingen skje?

Ved løsningen av den første problemstillingen må det skilles mellom tilfeller der bebyggelsen skal bli stående i medhold av henholdsvis tfl. § 39 (4) og tfl. § 40. Når rydding av tomten vil medføre unødvendig verdispille etter tfl. § 40, kommer verdsettelsesprinsippene i tfl. § 41 (1) og (2) preseptorisk til anvendelse, forutsatt at minst en av partene krever overtakelse.¹⁶⁸ I slike tilfeller vil det etter mitt skjønn være uten betydning om den ene parten lar være å fremme overtakelseskrav av taktiske årsaker; det avgjørende er om et krav om overtakelse blir fremsatt eller ikke.¹⁶⁹ Dersom begge parter fremsetter krav om bortfesteres overtakelse, kan festeren velge hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes,¹⁷⁰ mens partene i utgangspunktet må falle tilbake på hovedregelen om festerens ryddeplikt i § 39 (1) dersom ingen av partene fremsetter et overtakelseskrav.¹⁷¹

165. Eksempelet er fremhevet i Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 204.

166. Siden belastningskravet på kaien uansett var langt under kravene til alminnelige kaier, fikk fester likevel ikke vederlag.

167. Jf. også Skag, «Avvikling av tomtefeste», s. 276, og Falkanger, *Tomtefesteloven, kommentarutgave*, s. 205.

168. Se punkt 2.1, 2.2.2 og 2.2.3.

169. Se punkt 2.2.6.

170. Se punkt 2.2.4.

171. Se punkt 2.2.5.1.

HENRIK HAMMERSLAND

I tilfeller der partene ved avtale eksplisitt har fraveket festerens ryddeplikt i medhold av tfl. § 39 (4), vil det ikke være mulig å falle tilbake på hovedregelen i tfl. § 39 (1). Isteden må det ses hen til partenes avtale, forutsatt at den ikke kan tilsidesettes i medhold av avtaleloven § 36.¹⁷² Dersom avtalen ikke regulerer hvilket verdsettelsesprinsipp som skal anvendes, bør tfl. § 41 anvendes analogisk. Det avgjørende vil i så fall være om bortfesteren i realiteten ønsker å overta bebyggelsen.¹⁷³ Dette vil vurderes ut fra hvordan bortfesterne flest ville benyttet eiendommen, med mindre bortfester sannsynliggjør en annen påregnelig og fornuftig bruk.¹⁷⁴

Når det skal tas stilling til den andre problemstillingen – hvordan verdsettelsen skal gjennomføres innenfor rammen av det aktuelle verdsettelsesprinsippet – knytter det seg størst utfordringer til utmåling etter bebyggelsens verdi for bortfester, jf. tfl. § 41 (2). Ved slik utmåling er det ikke mulig å fastsette én metode som uansett skal anvendes. Tvert imot bør det anvendes ulike modeller ut ifra om bebyggelsen fortsatt skal brukes eller ikke. I tillegg vil det ha betydning om det foreligger byggerestriksjoner på tomten.

Dersom driften av næringsbygget skal fortsette på noenlunde samme måte, bør vederlaget etter mitt skjønn utmåles ved bruk av en avkastningsmodell med fradrag for råtomtverdien.¹⁷⁵ Dette må ses i lys av at modellen både er retts teknisk enkel, etterprøvbar og godt i tråd med Høyesteretts forutsetninger i HR-2017-2359-A (Zachariasbryggen II). Anvendelse må imidlertid forutsette at skjønnsretten begrunner den skjønnsmessige fastsettelsen i større grad enn i Zachariasbryggen III.

Dersom driften skal fortsette der det foreligger (totale eller begrensede) byggerestriksjoner på tomten, bør det etter mitt skjønn isteden ses hen til en avkastningsmodell med et skjønnsmessig fradrag for de leieinntekter som er realisert fra tomten.¹⁷⁶ En klar forutsetning for bruk av modellen er at skjønnsretten grundig begrunner den skjønnsmessige fastsettelsen. Ideelt sett bør det også ses hen til utmåling etter avkastningsmodellen med fradrag for råtomtverdi og berikelsesmodellen for å sikre en rimelig utmåling som noenlunde er i samsvar med øvrige verdsettelsesprinsipper.

Dersom bortfesteren ikke har bruk for bebyggelsen fordi eiendommen skal utnyttes på en annen måte enn tidligere, bør det isteden tas utgangspunkt i en ren berikelsesmodell.¹⁷⁷ Berikelsen vil i denne sammenheng hovedsakelig knytte seg til mulige leieinntekter frem til byggestart, men det kan også ytes vederlag for andre fordeler.

172. Se punkt 2.2.5.2.

173. Se punkt 2.2.5.3.

174. Se punkt 3.2.1.3.

175. Se punkt 3.2.2.

176. Se punkt 3.2.3.

177. Se punkt 3.2.4.

VERDSETTELSE AV NÆRINGSBYGG VED AVVIKLING AV TOMTEFESTE

At tre forskjellige fremgangsmåter kan måtte benyttes i tre forskjellige typetilfeller, illustrerer de vanskelige vurderingene som må foretas ved verdsettelse av næringsbygg ved avvikling av tomtefeste. Det er derfor kanskje ikke så rart at Gulating lagmannsrett måtte utmåle vederlag for Zachariasbryggen hele tre ganger. Etter to fulle behandlinger i Høyesterett er imidlertid rettstilstanden mer oversiktlig enn tidligere. Som den skarpe dissensen i LB-2017-3687 (Ensjøveien) illustrerer, er det likevel fortsatt lett å trå feil både ved valg av verdsettelsesprinsipp og ved selve verdsettelsen. Forhåpentligvis vil et økt fokus på problemstillingen bidra til at fremtidige skjønnsretter har vesentlig bedre forutsetninger for å utmåle et korrekt og rimelig vederlag allerede ved første forsøk.