



Norges miljø- og  
biovitenskapelige  
universitet

**Masteroppgave 2021 30 stp**  
Fakultetet for Landskap og samfunn

# Avvikling av næringsfesteforhold i utviklingsområder

Johanne Tokvam  
Master i Eiendomsutvikling

## Innhold

1.	INNLEDNING .....	7
1.1	Problemstilling .....	7
1.2	Metode og kilder.....	8
1.3	Oppgavens oppbygning og avgrensning .....	8
2.	INTRODUKSJON, HISTORIKK OG EMK.....	9
2.1	Tomtefeste .....	9
2.2	Opphør av tomtefesteforhold.....	10
2.3	Kort historikk .....	10
2.4	Omfang .....	13
2.5	Internasjonale menneskerettsforpliktelser - EMK P1-1.....	13
3.	BORTFESTERS OVERTAKELSE AV BEBYGGELSEN .....	15
3.1	Utgangspunkt – festers rett og plikt til rydding av tomt.....	15
3.2	Unntak for festers plikt og rett til rydding .....	16
3.3	Verdispillevilkåret .....	17
3.3.1	Hva er verdispille? .....	17
3.3.2	Er det av betydning hvem som rammes av tapet?.....	17
3.3.3	Hvilke tapsposter er relevante? .....	19
3.3.4	Beregningen av verdispille.....	19
3.4	Verdispille «i utrensmål» - en interesseavveining .....	22
3.4.1	<i>Innledning</i> .....	22
3.4.2	<i>Fra 1975-loven til dagens lov - forarbeider</i> .....	22
3.4.3	Høyesterett – anvisning av hovedpunktene i interesseavveiningen.....	26
3.4.4	Saklige interesser og momenter i interesseavveiningen .....	33
3.5	Oppsummering.....	40
4.	FASTSETTELSE AV VEDERLAG .....	41
4.1	Utgangspunkt og oversikt.....	41
4.1.1	<i>Innledning</i> .....	41

4.1.2	Tomtefestelovens § 41 .....	41
4.1.3	«Teknisk verdi» og «bruksverdi» .....	42
4.1.4	Ikke adgang til å avtale annen vederlagsfastsettelse i festekontrakten	42
4.2	Valg mellom fastsettelse etter «teknisk verdi» og «bruksverdi» .....	43
4.3	Fastsettelse av vederlag som «teknisk verdi» - § 41 første ledd.....	45
4.3.1	Rettslig utgangspunkt .....	45
4.3.2	Metode ved fastsettelse av vederlag etter «teknisk verdi» .....	46
4.4	Fastsettelse av vederlag etter «bruksverdi» .....	47
4.4.1	Rettslig utgangspunkt .....	47
4.4.2	Faktisk fastsettelse av «bruksverdi» .....	50
4.5	Oppsummering.....	52
5.	NOEN VURDERINGER.....	53
6.	KILDER.....	55

## **Forord**

Denne masteroppgaven markerer avslutningen av min mastergrad i Eiendomsutvikling ved Norges miljø- og biovitenskaplige universitet. Jeg har i løpet av studiet fått dypere og mer inngående kunnskap og innsikt i de forskjellige prosessene tilknyttet eiendomsutvikling og har også fått muligheten til å samarbeide på tvers av fagfelt med studenter fra blant annet by- og regionplanlegging og landskapsarkitektur. Dette har vært svært lærerikt og er noe jeg vil ta med meg videre i arbeidslivet.

Temaet for oppgaven har jeg valgt fordi det gjennom flere år har vært noe jeg har interessert meg for. I tillegg er det en tematikk som i de siste år har blitt belyst av flere avgjørelser fra Høyesterett.

Jeg vil takke min veileder Fredrik Holth som har hjulpet meg gjennom oppgaven med gode innspill, diskusjoner og raske tilbakemeldinger. Til sist vil jeg takke min samboer og ikke minst familie som har vært gode motivatorer.

## **Sammendrag**

Denne oppgaven har som formål å belyse særlig to forhold som er sentrale i forbindelse med avvikling av næringsfesteforhold i utviklingsområder. Dette reguleres av tomtefesteloven.

Oppgaven vil se på når fester kan kreve at bortfester overtar bebyggelse og øvrige tiltak mot vederlag. Videre vil oppgaven se på hvordan vederlaget skal fastsettes i slike tilfeller.

Oppgaven bruker vanlig juridisk metode hvor forarbeidene, kommentarutgave til loven og særlig tidligere avsagte høyesterettsdommer brukes aktivt og blir analysert.

Oppgaven kom frem til at flytting av bebyggelse sjelden vil være regningssvarende og derfor at rivning eller borttaking i forbindelse med avvikling av næringsfesteforhold som regel vil innebære et verdispille. Videre ser oppgaven på når verdispille skjer «i utrensmål», noe som er basert på en bred interesseavveining av alle relevante interesser. Oppgaven kom frem til at dersom bortfester har konkrete planer om å utvikle tomten så vil dette normalt veie tungt i interesseavveiningen til bortfesters favør.

I situasjoner hvor bortfester plikter å overta bebyggelse og øvrige tiltak vil det være behov for å foreta en vurdering for å fastsette vederlaget. Oppgaven kom frem til at bruksverdi som hovedregel skal legges til grunn i de situasjoner hvor fester krever at bortfester overtar. For bebyggelse som er kurante og som kan generere leieinntekter er det naturlig å fastsette verdi basert på avkastningsmodell. For bebyggelse og anlegg som ikke kan synes å ha slik innteksstrøm må bruksverdien fastsettes ut fra en berikelsesmetode.

## **Abstract**

The purpose of this master thesis is to analyze two legal issues that are central according to Norwegian law when a ground lease contract used for commercial space that are under transformation and development shall be terminated. The issues are regulated by the ground lease act of 1996.

Firstly the thesis will look at when the lessee can demand that the lessor have to take over buildings and pay the lessee a compensation. Secondly, the thesis will look at how the compensation shall be determined in such cases.

The thesis uses the usual legal method where the legislative history, case law and legal theory are actively used and analyzed.

The thesis came to the conclusion that relocation of buildings will seldom be worth the expense and therefore demolition or removal in connection with the termination of the ground lease will usually involve a waste of value. Furthermore, the thesis looks at when waste of value takes place "unnecessary" the lessor may have to take over the buildings and pay compensation. This assessment shall be based on a broad balancing of both of all relevant interests of the parties and the society. The thesis came to the conclusion that if the lessor has concrete plans to develop the site, this will normally weigh heavily in the balancing of interests in favor of the lessor.

In situations where the lessor is obliged to take over buildings, there will be a need to determine the consideration. The thesis came to the conclusion that for buildings that can generate normal rental income, it is natural to determine value based on a return model. For buildings and facilities that may not appear to have such a steady income stream, the value must be determined on the basis of an enrichment method.

## 1. INNLEDNING

### 1.1 Problemstilling

I Norge foreligger det i dag et betydelig antall tomtefesteforhold for næringsbygg. Svært mange av disse ble inngått i tiden fra 1950 og frem til 1990-tallet. For flere av disse festeforholdene er festetiden i ferd med å løpe ut. Av ulike årsaker er det nå særlig aktuelt at fester fremmer krav om at bortfester overtar bygningsmassen mot vederlag ved utløpet av festetiden, jf tomtefestelovens §§ 40 og 41.

For det første gjør utvikling og transformasjon av tidligere kontor-, lager- og lettindustriområder at bortfester ikke ønsker å forlenge festeforholdet. De vil heller å ta del i transformasjonsprosessen. Eksempler på slike områder i Oslo som de siste 10-15 år har vært eller er i en slik transformasjonsfase er Ensjø, Løren, Økern og Alna/Stubberud.

For det andre vil de betydelige økningene i eiendomspriser gjennom de siste 20-25 årene tale for at mange av disse festeforholdene ikke vil bli forlenget av bortfester. Dette fordi det heller vil være ønskelig å realisere tomteverdiene ved salg.

For det tredje vil de økte tomteprisene innebære at festeavgiften ved en eventuell forlengelse vil bli fastsatt høyt. Den lave renten, og dermed festerente, vi har sett de siste årene har ikke tilstrekkelig kompensert for de økte priser i pressområdene. Det vil da være økonomisk umulig for festeren med fortsatt festeforhold for arealkrevende virksomhet som lager og lettindustri.

I disse tilfeller, hvor byutvikling tilsier at bortfester enten selv ønsker å utvikle eiendommen eller selge tomten som utviklingstomt oppstår to særlige problemstillinger som har stor økonomisk betydning både for fester og bortfester:

Problemstillinger:

- Problemstilling nr 1: Når har fester i næringsforhold rett til å kreve at bortfester overtar bebyggelsen mot vederlag ved avvikling av festeforholdet, med særlig henblikk på at bortfester ser for seg annen bruk for tomten, jf tomtefestelovens § 40?
- Problemstilling nr 2: Hvilket vederlag skal bortfester i slike tilfeller betale for bebyggelsen og øvrige tiltak, jf tomtefestelovens § 41?

## 1.2 Metode og kilder

I denne masteroppgaven benyttes vanlig juridisk metode. Oppgaven vil besvares ved drøftelse og analyse med utgangspunkt i lovtekst, forarbeider, rettspraksis og faglitteratur.

Hovedrettskilden for oppgaven vil være *Lov om tomtefeste av 20. desember 1996 nr. 106*, tomtefesteloven, forarbeidene til tidligere og gjeldende lov, nyere rettspraksis fra Høyesterett og lagmannsrett samt juridisk teori.

## 1.3 Oppgavens oppbygning og avgrensning

Masteroppgaven vil i hovedsak fokusere på avvikling av festeforhold ved festekontrakt for næringsbygg beliggende i utviklingsområder.

Det trenger ikke i utgangspunktet å foreligge en offentlig regulering for utvikling av området til ny eller endret bruk, men det kan også være tilfelle at bortfester tar initiativ til å omregulere tomten.

Oppgaven vil ta utgangspunkt i festeforhold hvor det ikke følger av festeavtalen noe særskilt som gir bortfester større forpliktelser enn det som følger av tomtefesteloven.

Oppgaven vil ikke ta for seg avvikling av festeforhold tilknyttet bolig- og fritidshus, og den vil heller ikke redegjøre for den lovbestemte retten til forlengelse eller innløsning i forbindelse med utløp av festekontrakt for denne type festeforhold.



## 2. INTRODUKSJON, HISTORIKK OG EMK

### 2.1 Tomtefeste

I Norge har vi flere ulike former for leie av fast eiendom. De ulike leieforholdene reguleres av ulike lover. Tomtefeste er en egen form for leie av fast eiendom som er regulert av *Lov om tomtefeste av 20. desember 1996 nr. 106, tomtefesteloven, som ihht § 1 gjelder: «Lova her gjeld feste (leige) av grunn til hus som festaren (leigaren) har eller får på tomta.»*.

Som man ser av lovteksten er det et viktig vilkår at hovedformålet med feste er at man har rett til å oppføre hus jf. tfl. § 1 fjerde ledd. Tomtefesteloven vil gjelde for avtaleforholdet selv om festeren ikke benytter seg av retten til å bygge.<sup>1</sup> Definisjonen av ordet «hus» i lovteksten må forstås som permanente innretninger av ulike slag og utstrekning, som blant annet bolighus, forretningsbygg, skur, naust og fabrikk.<sup>2</sup> Leie av grunn til å oppføre midlertidige bygg som brakkerigger, plastlagerhaller mv. faller dermed ikke inn under loven.

I tomtefesteforhold vil bortfester stå som juridisk eier av grunnen, mens fester vil stå som juridisk eier av hus på eiendommen. Dette vil også fremgå av eiendommens grunnbok. Fester betaler bortfester en årlig leie, kalt festeavgift. Betaling av festeavgift sikrer festeren rådighet til eiendommen.

Tomtefesteloven skiller mellom tre ulike festeformål hvor det er noen ulike regler som gjelder avhengig av hvilket festeformål som foreligger. Dette er feste til tomt til bolig, feste til tomt for fritidshus og feste til tomt for annet formål. Denne oppgaven tar kun for seg næringsfesteforhold, det vil si feste av tomt til annet formål enn bolig og fritidshus.

Da de fleste festeavtaler er inngått før denne loven ble vedtatt og også før tomtefestelov1975 ble vedtatt, er det viktig å bemerke seg at tomtefesteloven vedtatt 1996 også gjelder for festeavtaler inngått før loven ble gjeldene dersom det ikke fremkommer noe annet i lovteksten jf. tomtefesteloven § 2 første ledd.

Festeavtaler er som regel langsiktige, og vesentlig lengre enn eksempel husleieavtaler. Langsiktigheten i avtalen forsvarer at man foretar en større investering ved å sette opp en

---

<sup>1</sup> Rt. 2013 s.72, avsnitt 46

<sup>2</sup> NUT 1971:3 s.32

bebyggelse på tomten, men det er likevel en underliggende forutsetning om at bortfester er pliktig til å overta bebyggelsen mot vederlag slik at ikke festeren mister sin investering.<sup>3</sup>

Næringsfesteavtaler er dog i større grad mer kortsiktige enn festeavtaler for hus og fritidsboliger. Ved dagens gjeldende lov har eiere av bolig og fritidsboliger på festet tomt dessuten fått rett til forlengelse i «evig tid».

Siden en festeavtale er en langsiktig avtale så vil varigheten medføre at det ofte er utskiftninger i hvem partene er i løpet av festetiden. En bortfester kan f.eks selge tomten til en annen og da blir den nye eieren fortsatt forpliktet etter den eksisterende avtalen. Det samme gjelder dersom det er festeren som selger, ny eier vil da også overta de samme rettigheter og plikter etter festeavtalen.

## **2.2 Opphør av tomtfesteforhold**

Festeforholdet kan opphøre av ulike grunner, når avtalt festetid utløper, ved oppsigelse av festekontrakten, ved heving etter mislighold av festeforholdet eller dersom bebyggelsen går til grunne. Det mest vanlige er at opphør skjer ved utløp av den avtalte festetiden.

Uansett årsak til at festeforholdet opphører må man se på hvordan avviklingen av festeforholdet skal gjennomføres.

Det spesielle med festeforhold er at det er festeren som har eierskap til bebyggelsen, mens bortfesteren har eierskap til tomten. I avviklingssituasjonen reises derfor spørsmål om festeren skal fjerne bygningen på tomten eller om bortfester skal overta bygningen.

## **2.3 Kort historikk**

Tomtefeste i ulike former har vært praktisert i Norge i flere hundre år.

På 1700 og 1800 tallet var det vanlig med såkalt arvefeste, hvor festeretten gikk i arv og hvor det kunne være regulert at dette skulle gjelde i et bestemt antall generasjoner<sup>4</sup>. En avart av arvefeste er husmannskontraktene, hvor husmenn som jobbet på bondegårder

---

<sup>3</sup> Falkanger (2016) s.26

<sup>4</sup> Kjøllesdal (2016) s. 14

leide et småbruk/husmannsplass som de drev og bodde på med sin familie, med arbeidsplikt i større eller mindre grad<sup>5</sup>.

Praktisering og utbredelsen av tomtefeste har vært påvirket av ulike andre lover og forordninger, og har også fått impulser fra andre land. Forordningen om skylddeling ved fradeling av tomteparseller av 18. desember 1764 medførte en økning i utbredelsen av tomtefeste. Bakgrunnen for dette var at forordningen ble tolket slik at eieren ikke ble pliktig å betale skylddelingsavgift til staten ved tomtefeste slik om ved fradeling. Det ble dermed billigere og enklere med tomtefeste enn med fradeling av tomter<sup>6</sup>.

Industrialiseringen mot slutten av 1800-tallet med utbygging av industri og annen næring kombinert med stor tilflytting til byene, medførte økt utnyttelse av tomter. I noen bykommuner ble det praktisert at kommunen ikke solgte sin grunn, men heller festet bort grunnen. Næringsdrivende som skulle etablere produksjonslokaler eller annen næringsbebyggelse foretrakk ofte festekontrakter fremfor å kjøpe grunnen siden de da trengte tilgang til mindre kapital.

Fra gammelt av kan vi se at utbredelsen av festeavtaler var forskjellige rundt om i Norge ofte basert på geografiske forutsetninger. Blant annet var det i Østfold mer normalt med bortfeste enn det var å selge tomter. Den samme tendensen kunne man blant annet se i områdene rundt Mjøsa<sup>7</sup>.

Den betydelige utbygging av fritidsboliger både ved sjø og på fjell fra 1950-tallet og til i dag har medført en betydelig økning i festeforhold. Dette skyldes dels begrensninger i adgangen til å skille ut tomter fra gårdsbruk og dels at bønder så seg mer tjent med å etablere langvarig inntektsstrøm fra festeforhold enn å selge ut deler av gårdsbruket, som gjerne skal videreføres til de senere generasjoner.

Til tross for at tomtefeste har vært utbredt i vårt land i lang tid var det ikke før i 1975 at det ble vedtatt den første lov som regulerte ren tomtefeste. Før dette var det i hovedsak de

---

<sup>5</sup> Præstesæter (1998) s. 29

<sup>6</sup> Kjøllesdal (2016) s. 14

<sup>7</sup> NUT 1971: 3 s. 8

enkelte avtalene som regulerte partenes rettigheter og plikter<sup>8</sup>, samt dels i annen lovgivning slik som husmannsloven<sup>9</sup>.

Sivillovbokutvalet ble i 1967 anmodet om å igangsette arbeid med en lov om tomtefeste.<sup>10</sup> Dette resulterte i NUT 1971:3, Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet: Om tomtefeste. Dette utkastet var i utgangspunktet utformet med tanke på nye festeavtaler og i det var i stor utstrekning med preseptorisk regulering.<sup>11</sup> Ved avvikling av tomtefeste så skrives det at *«ingen av partane vert vanhjelpne og at verdiar ikkje går til spille i utrengsmål»*<sup>12</sup>.

I dette utkastet til lov det ikke belyst hva som skulle skje og hvordan det store antall av eksisterende festeavtaler som ville løpe i flere år fremover skulle reguleres.

Sivillovbokutvalet fikk i 1988 igjen i oppdrag å gjennomgå tomtefesteloven av 1975 for revisjon og for å se på om det var mulig å lovregulere ytterligere spørsmål knyttet til tomtefeste. Bakgrunnen for dette forklares i odelstingsproposisjonen hvor det sies at selv om loven av 1975 avklarte mange spørsmål så «har det også i tida etter at lova vart vedteken vore spørsmål som det har vore uvisse og uro omkring – ikkje minst om regulering av festeavgift og innløyising av festetomt»<sup>13</sup> Dette arbeidet førte til NOU 1993: 29 Ny lov om tomtefeste.

Gjeldende tomtefesteloven ble vedtatt i 1996, men ikrafttredelsen skjedde ikke før 2002, i hovedsak fordi man så at man måtte gjøre endringer i loven for at ikke ikrafttredelsen skulle gi bortfestere anledning til en for betydelig økning i festeavgift for de eksisterende festeforhold<sup>14</sup>. Loven har senere blitt endret flere ganger, men disse endringene har ikke berørt reglene i loven om avvikling av festeforhold.

---

<sup>8</sup> Falkanger (2016) s.29

<sup>9</sup> Lov angående husmandsvæsenet av 24. september 1851

<sup>10</sup> Falkanger (2016). s.29

<sup>11</sup> Falkanger (2016). s.29

<sup>12</sup> NUT 1971: 3 s. 38

<sup>13</sup> Ot. prp nr. 28 (1995-1996), s. 5

<sup>14</sup> Ot. prp. nr. 29 (1999-2000), s. 1.

## 2.4 Omfang

Det anslås at det i Norge er omkring 350.000 festeforhold. Den største gruppen av festeforhold er knyttet til fritidsboliger og boliger. Det er også et betydelig antall festeforhold for næringbruk, særlig knyttet til de større byene.

Det inngås i dag vesentlig færre festeforhold enn i tiden frem mot slutten av 90-tallet.

## 2.5 Internasjonale menneskerettsforpliktelser - EMK P1-1<sup>15</sup>

Grunnloven § 92 pålegger staten å respektere menneskerettighetene. Det følger av menneskerettsloven § 2 at EMK P1-1 gjelder som norsk lov. Ved motstrid skal konvensjonen gå foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven § 3.

EMK P1-1 lyder i norsk oversettelse:

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

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

Bestemmelsen oppstiller et vern om eiendomsinteresser<sup>16</sup>. Eiendomsvernet i EMK P1-1 gjelder for enhver fysisk og juridisk person, men rettigheter etter konvensjonen kan ikke påberopes av offentlige myndigheter, heller ikke av kommuner.

Behovet for vern mot inngrep i eiendomsinteressen varierer med karakteren av inngrepet. P1-1 inneholder derfor ulike regler som differensierer styrken i eiendomsvernet.

I første ledd fremholdes for det første det generelle prinsipp om at alle har rett til å nyte sin eiendom i fred. I første ledd anerkjennes videre at tvungen eiendomsavståelse kan skje på bestemte vilkår. Statens rett til å iverksette samfunnsregulerende tiltak for å ivareta allmennhetens interesser fremgår av den såkalte kontrollregelen i annet ledd.

---

<sup>15</sup> Den Europeiske Menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll 1 artikkel 1.

<sup>16</sup> Solheim (2010) s. 58

I tråd med praksis fra Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) følger det av EMK P1-1 at inngrep i eiendomsinteresser forutsetter:

- i) at det har tilstrekkelig hjemmel i nasjonal rett,
- ii) at inngrepet er begrunnet i et legitimit formål, og
- iii) at inngrepet er forholdsmessig.

For at et inngrep i en beskyttet eiendomsinteresse skal være forholdsmessig, må inngrepet være egnet og nødvendig for å oppnå formålet. I tillegg kreves en rimelig balanse mellom interessene som begrunner inngrepet, og de interessene det gripes inn i. Proporsjonalitetsvurderingen vil bero på en konkret vurdering av om den det gjelder etter en helhetsvurdering må bære en individuell og urimelig byrde.

I Lindheimdommen ble Norge dømt av EMD for at de innførte regler for begrensninger i økning i festeavgift uten at man hadde foretatt en tilstrekkelig vurdering av om reglene ville gi en tilstrekkelig balanse mellom partenes interesser<sup>17</sup>.

Ved avvikling av festeforhold vil det som jeg vil gå nærmere inn på nedenfor skje en interesseavveining mellom festers og bortfesters interesser når det skal tas stilling til om bortfester skal pålegges å overta bebyggelsen mot vederlag. I denne interesseavveiningen må det sees hen til EMK P1-1, særlig når det gjelder forholdsmessighetsvurderingen. Dette vil gjelde både når det er privat bortfester og om bortfester er stat eller kommune.

Dersom bortfester pålegges å overta bebyggelsen må det ved fastsettelsen av vederlaget på samme måte gjøres en avveining mot disse bestemmelser, slik at vederlaget fremstår som rimelig og forholdsmessig<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> EMD-2008-13221 Lindheim mfl mot Norge, Premiss 134-136

<sup>18</sup> Solheim (2010) s. 103 flg.

### 3. BORTFESTERS OVERTAKELSE AV BEBYGGELSEN

#### 3.1 Utgangspunkt – festers rett og plikt til rydding av tomt

Hovedregelen er at tomten skal ryddes ved avvikling av tomtefeste. Festeren har rett og plikt til å ta bort bygninger og andre faste innretninger som festeren har på tomten. Hovedregelen følger av tomtefesteloven § 39 første ledd første punktum.

Festeren har en rett til å ta bort hus og andre innretninger siden festeren har eiendomsrett til byggverkene, mens det er bortfesteren som eier grunnen. Plikten til å rydde tomten svarer til at en leietaker vanligvis skal levere tilbake det leide objektet i den stand leieobjektet var ved kontraktsinngåelse.<sup>19</sup> Likevel kan ikke bortfester påregne å få tilbake tomten i nøyaktig samme stand, da det i forarbeidene sies at kravet til opprydding innebærer «*eit krav om at tomta blir førd attende til ein tilstand der den kan utnyttast på vanleg måte av grunneigaren*»<sup>20</sup> Med faste innretninger menes ofte utstyr som er fastmontert eller noe som er særskilt tilpasset bygningen som skal fjernes.<sup>21</sup> Eksempler på slike er installasjoner for oppvarming og faste antenner. Videre sier forarbeidene at man trolig ikke kan forvente eller kreve at festeren fjerner kjellere, graver opp vann- og kloakkledninger eller fyller inn underjordiske rom.<sup>22</sup> Dette kan igjen ha uheldig innvirkning da det blant annet kan være vanskelig for neste bruker av tomten å bygge kjeller dersom den tidligere festeren ikke har fjernet kjelleren. Skag mener at den overordnede plikten om at tomten skal ryddes på en slik måte at den klargjøres for ny bruk må kunne slå igjennom slik at festeren kan ha en plikt til å fjerne det som befinner seg under bakken.<sup>23</sup> I det minste må det kunne kreves at festeren må fjerne nedgravde oljetanker, oljefat og annet avfall som kan falle inn under festerens sikringsplikt.<sup>24</sup>

Intensjonen er altså at når man har leid en tomt og dette leieforholdet opphører så skal man ta med seg sine eiendeler og tilbakelevere tomten. Intensjonen er jo rimelig med tanke på at dette er godt kjent for festeren ved inngåelse av festeavtalen, nettopp at man en dag trolig vil måtte fjerne de bygg og faste innretninger man har oppført. Det er

---

<sup>19</sup> Skag (2017) s. 217-218

<sup>20</sup> NOU 1993: 29 s. 75

<sup>21</sup> Kjøllesdal (2016) s. 170

<sup>22</sup> NOU 1993: 29 s.75.

<sup>23</sup> Skag (2017) s. 221-222

<sup>24</sup> Skag (2017) s. 222

derfor rimelig å forvente at festeren innretter seg etter dette. Et annet moment er om det er gjennomførbart å flytte store næringsbygg eller lignende. De færreste av slike konstruksjoner er mulige å flytte og plassere på ny tomt. Det resulterer derfor ofte i at fjerning vil bety rivning hvor materialene borttransporteres og at det i få tilfeller vil være mulighet for å gjenbruke noe.<sup>25</sup> Restene går til avfall eller fyllmasser. Det må også legges til at i tillegg til at festeren da mister verdien av bygget som blir revet også må stå for kostnadene i forbindelse med arbeidet med rivningen og fjerning av materialer. Dette vil igjen føre til at det i mange tilfeller vil oppleves som en ulempe for festeren å måtte foreta fjerning.

Det er blant annet på grunn av tilfeller som nevnt over at det reglene har unntak for festers plikt og rett til rydding.

### 3.2 Unntak for festers plikt og rett til rydding

Tomtefesteloven § 40 første ledd har slik ordlyd:

*«Dersom borttaking etter § 39 vil føre til at verdier går til spille i utrengsmål, kan både festaren og bortfestaren få rett til å krevje at bortfestaren tek over hus og faste tilskipingar mot vederlag. Bortfestaren kan likevel ikkje påleggjast slik overtaking dersom festaren kan krevje tomta innløyst, eller dersom bortfestaren tilbyr festaren å løyse inn tomta mot vederlag fastsatt etter føresegnene i § 37- Føresetnaden er at korkje rettsgrunnlaget til bortfestaren, avtala eller andre tilhøve er til hinder for innløyasing.»<sup>26</sup>*

Loven sier at dersom borttaking etter tlf. § 39 fører til et verdispille «i utrengsmål» så kan det kreves at grunneieren tar over byggverkene. Videre kommer det frem at både festeren og bortfester kan kreve slik overtakelse. Det vil si at bortfester kan pålegges å overta hus og faste innretninger, men også at bortfester kan kreve å overta hus og faste innretninger som fester i utgangspunktet ønsker å ta med seg.

Festeren kan likevel ikke kreve at bortfester overtar byggverkene dersom festeren kan kreve tomten innløst eller dersom den har fått tilbud om å løse inn tomten. Denne

---

<sup>25</sup> Falkanger (2016) s. 365

<sup>26</sup> Tomtefestelova § 40



oppgaven vil ikke videre gå inn på begrunnelsen for dette da det ikke er videre relevant for oppgaven da oppgaven tar for seg avvikling av næringsfesteforhold i utviklingsområder og det er da gitt at det ikke er aktuelt at fester overtar tomten.

Videre vil oppgaven se nærmere på hva som menes med verdispille og hva som avgjør om verdispille skjer «i utrengsmål».

### **3.3 Verdispillevilkåret**

#### **3.3.1 Hva er verdispille?**

For å videre vurdere når fester kan kreve at bortfester overtar bebyggelsen må det avklares hva som menes med at «*verdier går til spille*» og i hvilken grad dette fører til at fester ikke plikter eller har rett til å fjerne byggverk på festetomten.

Med formuleringen om at verdier «går til spille» menes det at verdier på en eller annen måte forringes eller går tapt.<sup>27</sup> Denne «verdien» er vanligvis av økonomisk art, blant annet når kostnader til å flytte byggverket er større enn det det vil koste å bygge tilsvarende nytt bygg på annen tomt. «Verdien» kan også være at byggverket er fredet og at verdien av å ha byggverket for senere generasjoner veier tyngre.<sup>28</sup> Tapet må være knyttet til borttakingen etter tomtefesteloven § 39.

Videre i oppgaven vil det ses nærmere på om det i noen tilfeller kan være av betydning hvem som påføres tapet og om alle tapsposter kan regnes som relevante.

#### **3.3.2 Er det av betydning hvem som rammes av tapet?**

I de fleste tilfeller er det bortfester som ønsker borttaking, mens fester vil at bortfester skal overta bygningen. Dette kan forklares enkelt ved at det i de fleste situasjoner er praktisk umulig for fester å utvinne noen verdi ved borttaking av bygget. Tvert imot vil det oftest være kostnader for festeren i forbindelse med borttaking/rivning. Likevel er det noen situasjoner hvor bortfester ønsker å overta bygget hvor fester samtidig ønsker å bortta bygningen. Dette kan eksempelvis være når byggverket som er satt opp er enkelt å demontere og fester er dermed tjent med å kunne flytte bygget og den eventuelle virksomheten til en annen tomt. Dette vil for festeren være gunstigere enn å blant annet

---

<sup>27</sup> Skag (2017) s. 228

<sup>28</sup> Drøftelse i LF-2014-118339

kjøre tilsvarende materialer for ny oppføring da bygningen allerede er avskrevet og nye materialer kan koste mer enn det tidligere gjorde. *Skag* mener da at det vil reises spørsmål til om det skal avgrenses mot tap som i det vesentlige kun rammer den som ønsker å skille ut sin ting, som i dette tilfellet er festeren.<sup>29</sup> Dette vil i så fall føre til at det er vanskeligere for bortfester å vinne frem med at utskillelse skal nektes og at bortfester kan overta bygget.

Videre ser *Skag* på den tradisjonelle ulovfestede læren hvor det var slik at det tapet utskilleren eventuelt opplevde var av mindre betydning.<sup>30</sup> Det vil si at dersom festeren sto for utgiftene i forbindelse med borttakingen samtidig som at bortfesteren ikke ble påført noen skade så kunne ikke borttaking nektes med mindre den var å anse som sjikanøs. *Skag* kom frem til at ordlyden i § 40 likevel tilsier at den ulovfestede læren ikke kan opprettholdes fordi det nettopp kun legges vekt på at verdier går til spille. Dette vil si at det foreligger verdispille uavhengig av hvilke av partene som rammes av tapet så lenge tapet står i sammenheng med borttakingen.<sup>31</sup> Dette kommer også frem av lovens forarbeider hvor det kun sies at det skal foretas en vurdering med utgangspunkt i den verdien bygningen har slik det står.<sup>32</sup> Det nevnes ikke noe om at det er avgjørende hvem som lider tapet.

Det må også legges til at i de tilfellene der det er bortfester som ønsker å overta et bygg så er det ofte begrunnet med økonomiske interesser som igjen ofte vil gjøre at å fjerne bygget vil være å anse som skade for bortfesteren. Dette kan være situasjoner hvor bortfester mest trolig ikke vil få lov til å etablere tilsvarende bygg på tomten i ettertid. Det kan være for eksempel være tilfelle når det er en ny regulering av området, hensyn til strandsone eller støyregulering. Dette taler igjen for at den ulovfestede læren ikke kan anvendes her.

Oppsummerende så er det ikke relevant hvem av partene som rammes av tapet i forbindelse med å konstatere om det foreligger et verdispille. Dette kan heller være

---

<sup>29</sup> Skag (2017) s. 229

<sup>30</sup> Skag (2017) s. 229

<sup>31</sup> Skag (2017) s. 229

<sup>32</sup> NOU 1993: 29 s. 76

avgjørende i forbindelse med vurderingen som senere skal tas med tanke på om verdispillet skjer «i utreningsmål».

### 3.3.3 Hvilke tapsposter er relevante?

Som det fremgår av § 40 er det spill av verdier som kan knyttes til borttakingen beskrevet i tfl. §39 som er relevante. Denne ordlyden er vag og er åpen for tolkning.

Det kan tolkes til at det kun er utgiftene til den fysiske borttakingen og de eventuelle skadene byggverket blir påført i forbindelse med borttakingen som er relevante. I forarbeidene sies det likevel at en eventuell verdireduksjon av tomten i forbindelse med borttaking av bygget er relevant.<sup>33</sup> Forarbeidene legger derfor til grunn en bredere forståelse av ordlyden som vil si at alt som kan knyttes til at byggverket blir fjernet kan være relevant. Dette for å ivareta hensynet om å unngå unødig verdispille i størst mulig grad.

Her kan man blant annet se på at en tomt med byggverk normalt har større verdi enn en tomt uten byggverk. Dette er med mindre byggverket er av en slik dårlig stand at det kun er å anse som en ulempe eller dersom det er i forbindelse med at festetomten ønskes omregulert til annet formål, slik som fra næringsbygg til boliger. For bortfester kan da tomten synes å ha større verdi etter at bygninger er fjernet siden man slipper kostnader til rivning og gjennomføring av de nødvendige prosesser etter plan- og bygningsloven for å få tillatelser til å rive og gjennomføringen av rivningsarbeidet. Et annet moment kan være at det kan være enklere å få omregulert en tomt uten byggverk enn en tomt med byggverk. Ikke minst må man legge vekt på kostnaden en eventuell rivning av byggverket vil medføre dersom man ønsker å oppføre andre byggverk.

Konklusjonen er derfor at alle tap som kan knyttes til borttakingen er relevante, også verdiforringelser av tomten.

### 3.3.4 Beregningen av verdispille

I vurderingen om når borttaking fører til at verdier går til spille så er utgangspunktet ifølge forarbeidene at man må foreta en vurdering av de reelle verdiene som står på spill.<sup>34</sup> Det vil si at man må ta utgangspunkt i verdien bygningen har slik den står ved utløpet av

---

<sup>33</sup> NOU 1993: 29 s. 76

<sup>34</sup> NOU 1993: 29 s.76

festetiden og ikke hensynta verken at bygningen er regnskapsmessig avskrevet eller at festeren har fått igjen for sin investering.

Slik som vi tidligere har vært inne på kan det også foreligge et verdispille dersom tomten får en verdireduksjon ved borttakingen. Det er derfor naturlig å se på hvilken verdi tomt og bygg har samlet ved avviklingstidspunktet. Skag mener det er naturlig at man sammenligner verdien bygg og tomt har samlet med verdien av huset og tomten hver for seg for å avgjøre om borttaking til være til verdispille.<sup>35</sup> Dersom bygget skal rives må man sammenligne med verdien av bygningsmaterialene og tomten mot dagens situasjon og uansett må utgifter som påløper ved borttakingen slik tidligere nevnt bli tatt med i beregningen.

Når man har foretatt en slik beregning vil man se om man sitter igjen med mindre verdier før borttakingen eller ikke. Dersom borttakingen fører til at man sitter igjen med mindre verdier vil dette bety at borttakingen fører til at verdier går til spille.<sup>36</sup>

Som tidligere nevnt kan borttaking ofte føre til at tomtens verdi øker. Dette vil igjen ofte føre til at dersom man gjør en slik vurdering som nevnt ovenfor, vil komme til det resultat at borttaking ikke vil føre til verdispille.

Dette skjer når en bygning har en såkalt «negativ» verdi. Dette er spesielt utbredt i tidligere industri og lager områder som de seneste årene har utviklet seg til et attraktivt boligområde. Eksempler på slike områder i Oslo er blant annet Ensjø, Løren og Økern. Verdien på en tomt i et slik område kan være høyere dersom byggene på disse blir revet enn den verdien de har med f.eks lagerlokaler eller bilbutikk.

I slike situasjoner vil ikke borttaking føre til verdispille og ingen av partene kan derfor kreve at fester overtar bygget og festeren har derfor plikt til rydding jf. § 39.

En annen situasjon er tilfeller hvor tomteverdien forblir upåvirket etter borttaking. Det fremkommer her av forarbeidene to scenarioer hvor vilkåret for verdispille er klart oppfylt. Det er enten når rivekostnadene er større en verdien på materialene man vil kunne få fra

---

<sup>35</sup> Skag (2017) s. 232

<sup>36</sup> Kjøllesdal (2016) s.174

rivningen eller når kostnadene til å flytte bygget er større en kostnadene som vil foreligge ved å oppføre tilsvarende bygning med nye materialer. <sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> NOU 1993:29 s. 76

### 3.4 Verdispille «i utrensmål» - en interesseavveining

#### 3.4.1 Innledning

Når det er fastslått at en borttaking eller rivning av bebyggelsen vil føre til verdispille vil det neste være å klarlegge om et slikt verdispille kan anses for å skje «i utrensmål», jf tomtefestelovens § 40:

*«Dersom borttaking etter § 39 vil føre til at verdier går til spille i utrensmål, kan både festaren og bortfestaren få rett til å krevje at bortfestaren tek over hus og faste tilskipingar mot vederlag»*

For å forstå hvilken vurdering som skal legges til grunn er det nødvendig å avklare hva som menes med lovens ordlyd «i utrensmål».

Skag mener at formuleringen «i utrensmål» gir assosiasjoner til et ugrunnet eller unødvendig verdispille<sup>38</sup>, mens lovens forarbeider synes å gi anvisning om at meningen som ligger bak denne formuleringen er at verdispillet skjer uten at det er tilstrekkelig grunn til det.<sup>39</sup> Høyesterett har gitt anvisninger om at formuleringen tilsier en bred interesseavveining hvor alle de ulike relevante interesser i det konkrete tilfelle må veies opp mot hverandre, ikke bare økonomiske hensyn, men også øvrige relevante hensyn.<sup>40</sup>

#### 3.4.2 Fra 1975-loven til dagens lov - forarbeider

Ordlyden i dagens § 40 er noe ulik ordlyden i tilsvarende bestemmelse i tidligere tomtefestelov1975 § 21:

*«Vil ryddiggjeringa føre til at verdier spillast i utrensmål eller på annan måte verke urimeleg mot festaren, medan bortfestaren kan vere vel tent med å overta hus og faste tilskipingar mot vederlag, kan festaren få rett til å krevja at bortfestaren gjer det»*

Som vi ser er det i denne lovteksten inntatt noen ytterligere vurderingsanvisninger til «i utrensmål» ved at det er angitt at ryddingen av tomten ikke skal «på annen måte verke

---

<sup>38</sup> Skag (2017) s. 234

<sup>39</sup> NOU 1993:29 s.76

<sup>40</sup> HR-2019-1784-A

*urimeleg mot festaren»* mens det videre er stilt som et vilkår at bortfesteren kan være «*vel tent*» med å overta festerens bebyggelse mot vederlag fremfor å rive.

I forarbeidene til 1975-loven følger det nærmere hva som ligger i dette. Utvalget som utredet loven angir først at dersom det ikke kommer til avtale mellom partene «*vert ryddiggjering av tomta det prinsipale*». Den foreslåtte bestemmelsen er tatt med som et unntak som skal sikre at ingen av partene «*vert vanhjelpne og at verdier ikkje spillest i utrengsmål*». Utvalget uttaler så videre:

*«Grunneigaren er difor pålagd innløysingsplikt når ryddiggjering ville verke urimeleg mot festaren, medan grunneigaren på si side vil vere vel tent med å overta etter takst. Her er det tale om ein freistnad på å skifte sol og vind likt til baa sider. Avgjerda må byggje på eit konkret skjønn»<sup>41</sup>*

I departementets proposisjon med lovforslaget er disse to siterte setninger gjengitt. Det fremholdes videre av departementet at dette tilsier at det dreier seg om en «*interesseavveining og rimelighetsvurdering*»<sup>42</sup>, uten at det angis noe nærmere om hva som ligger i vurderingen og hvilke forhold og hensyn som skal inngå i en slik vurdering.

Vurderingsanvisningene og tilleggsvilkårene om at resultatet ikke skal «*verke urimeleg mot festaren*» og at bortfesteren skal være «*vel tent*» med å overta er ikke videreført i dagens lov. Det kan da spørres om det etter dagens lov da skal mindre til for at rydding eller rivning skjer «*i utrengsmål*»?

Forut for at dagens lov ble vedtatt var det nedsatt et utvalg som avla utredningen NOU 1993:29 «*Ny lov om Tomtefeste*».<sup>43</sup> Her ble det i tilknytning til avvikling og ryddeplikten opp mot bortfesters overtakelse uttalt følgende:

*«Det rettslege utgangspunktet er at festaren har rett til å ta bort bygningar og andre faste innretningar som han eig på tomta og bortfestaren har rett til å få tomta attende i ryddiggjort stand. Det er likevel eit viktig rettspolitisk omsyn bak reglane å sikra at dei verdiane som er skapt gjennom investeringar festaren har gjort på*

---

<sup>41</sup> NUT 1971:3 Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet, side 38

<sup>42</sup> Ot.prp.nr.2 (1974–1975) side 79

<sup>43</sup> NOU 1993:29 «*Ny lov om Tomtefeste*». Utvalget besto av Professor dr jur Mons S. Nygard, Lagmann Ola Rygg, Professor dr jur Torgeir Austenå og advokat Ingebjørg Roll-Mathiesen.

*tomta, ikkje går tapt på grunn av at festehavet fell bort. Både omsynet til partane og meir allmenne samfunnsomsyn talar for reglar som hindrar at utøving av festaren sin rett til utskiljing av det han eig, eller rett for bortfestare til å krevja ryddiggjering, fører til verditap»<sup>44</sup>*

Som det følger tok utvalget utgangspunkt i hovedregelen som tilsier rydding av tomte og fjerning av bebyggelsen for festerens kostnad. Utvalget peker imidlertid på at det rettspolitisk er et viktig hensyn at utgangspunktet også må være at de investeringer som festeren har gjort ikke må gå tapt. Utvalget peker videre på at både hensynet til partene og mer allmenne samfunnshensyn må vektlegges i en interesseavveining mellom bortfesterens ønske om ryddig mot festerens ønske om overtakelse, og i den motsatte situasjonen hvor det er festeren som ønsker å fjerne bebyggelsen, mens bortfester ønsker at bebyggelsen skal stå. Det er få eksempler fra rettspraksis hvor det er festeren som har ønske om å fjerne bebyggelsen.

Utvalget redegjør videre for at de har omformulert reglene noe, men at det ikke har vært utvalgets intensjon at dette skal innebære reelle endringer i den interesseavveiningen som skal finne sted:

*«Utvalet har lagt vekt på å gjera reglane så enkle og klåre som råd er, og ein har gjeve sams reglar for alle tilfelle av bortfall av festeretten. Dette har ført til at reglane er omformulerte. Det har likevel ikkje vore meininga å endra dei allmenne vilkåra for å gje bortfestaren rett eller påleggja han plikt til å overta bygningar og faste tilstellingar. Det skal framleis skje ei interesseavveiging der omsynet til å unngå verdispille og partane sine interesser skal vegast mot einannan»<sup>45</sup>*

Utvalget søker å utdype noe om hva som ligger i interesseavveiningen og hva som skal anses som at verdispillet skjer «i utrengsmål» under sine kommentarer til de enkelte foreslåtte bestemmelser i utredningens kapittel 4. Her uttaler utvalget om «i utrengsmål» at:

*«Det er og eit vilkår at verdispillet skjer i utrengsmål. I dette ligg at verdispillet skjer utan at det er tilstrekkeleg grunn til det. Verdispille som skjer for at partane skal*

---

<sup>44</sup> NOU 1993:29 s. 52.

<sup>45</sup> NOU 1993:29 s. 52



*kunne vareta interesser som er viktigare enn det eventuelle verdispillet, kan ikkje seiast å skje i utrengsmål.*

*For festaren kan det til dømes vera viktig å få ta med seg ei tømmerhytte som familien har hatt på tomta i generasjonar. Det må då vurderast om dette er tilstrekkeleg grunn til å godta at han kan flytta huset, trass i det verdispillet dette vil føra til. På bortfestaren si side kan det vera ei sterk interesse i å kunne ryddiggjera tomta, sjølv om den eksisterande bygningen også kunne ha ein verdi for han. Ein må vurdere kva som totalt sett er mest lønsamt dersom ein også dreg inn alternative måtar å utnytte tomta på. Dersom fjerning vil kunne gje rom for ei meir verdfull utnytting av tomta, er det ikkje tale om verdispille i utrengsmål. Ein må foreta ei vurdering av det tapet festaren får ved at bygningen må rivast, opp mot bortfestaren si interesse i å få ryddiggjort tomta»<sup>46</sup> (Min understrekning)*

Som det følger av dette må utvalgets uttalelser forstås slik at selv om vurderingsanvisningene og tilleggsvilkårene om at resultatet ikke skal «*verke urimeleg mot festaren*» og at bortfesteren skal være «*vel tent*» med å overta ikke er særskilt nevnt i den någjeldende lovteksten så anses disse forhold som omfattet i den interesseavveiningen som uansett skal finne sted. Noen realitetsendring var det dermed ikke ment at det skulle være. Høyesterett har fastslått dette slik: «*Tvert om fremgår det av lovforarbeidene at disse to momentene er sentrale ved den endelige avveiningen av partenes interesser*»<sup>47</sup>.

Uttalelsen i utredningen understreket av meg ovenfor om at man skal se hen til «*kva som totalt sett er mest lønsamt*» kan tas til inntekt for at de økonomiske hensyn skal ha stor vekt, og utgjøre det mest vesentlige i vurderingen. Dette er nok likevel tvilsomt, da det er en helhetsvurdering det gis anvisning om, og hvor de ulike momenter og hensyn vil kunne veie ulikt i ulike situasjoner.

---

<sup>46</sup> NOU 1993:29 s. 77

<sup>47</sup> HR-2019-1784-A, premiss 50.

### 3.4.3 Høyesterett – anvisning av hovedpunktene i interesseavveiningen

#### 3.4.3.1 *Innledning - Stubberuddommen*

Det finnes kun en høyesterettsavgjørelse som omhandler interesseavveiningen som skal finne sted når det er tvist mellom bortfester og fester om hvorvidt bortfester må overta bebyggelsen mot vederlag.

Denne avgjørelsen er imidlertid ganske ny, og er avsagt høsten 2019. Den er i tillegg av særlig interesse for oppgavens problemstilling, da et av bortfesters – Oslo kommune – sitt hovedargument mot overtakelse av bebyggelsen var at man ønsket å foreta en utvikling av området hvor den festede tomt lå, det vil si på Stubberud i Oslo.

*Stubberuddommen. HR-2019-1784-A. Oslo kommune eier tomten Verkseier Furulunds vei 9 B, gnr. 116 bnr. 124 i Oslo. Eiendommen er en del av «Stubberudfeltet» på Alna, noen kilometer nord for Oslo sentrum. Feltet ligger i nærheten av Alnasenteret og Alnabruterminalen og er et attraktivt næringsområde. Området ligger over en tidligere hovedavfallsfylling for Oslo, som var i bruk frem til 1963. Den ble deretter overfylt med masser, og på slutten av 70-tallet ble tomtene festet bort for næringsformål. Det var for den aktuelle tomten, og de fleste øvrige tomter på fyllingsområdet, inngått festekontrakt for 30 år. Fester hadde oppført et kombinert lager og kontorbygg på ca 6.000 kvm som ble benyttet til utleie. Festeforholdet utløp i 2012. Det var først rettstvist mellom kommunen og fester om hvorvidt fester hadde rett på forlengelse av festeforholdet. Når det ble rettslig avklart at slik forlengelsesrett ikke forelå, ble det i 2017 reist skjønn for å fastslå om kommunen var forpliktet til å overta bebyggelsen. Kommunen ønsket ikke slik overtakelse da de hadde planer om en fremtidig regulering og utvikling av området. Det var imidlertid ikke ved utløp av festekontrakten igangsatt noe reguleringsarbeid. Dette arbeidet kom ikke i gang før i 2018. Lagmannsretten kom til at Oslo kommune var forpliktet til å overta bebyggelsen mot vederlag. Høyesterett fant at lagmannsrettens rettsanvendelse var mangelfull, idet lagmannsrettens etter høyesteretts vurdering hadde hatt en for snever interesseavveining i og med at det var lagt avgjørende vekt på hva «bortfestere flest» ville gjort ut fra hva som ville være økonomisk mest fornuftig. Høyesterett opphevet derfor lagmannsrettens overskjønn. Borgarting lagmannsrett kom i nytt overskjønn 31. mai 2021 at Oslo kommune ikke hadde plikt til å overta*

*bebyggelsen<sup>48</sup>. Retten uttalte i den forbindelse «Lagmannsretten må foreta en samlet vurdering og avveining av momentene. Etter lagmannsrettens syn er det sentrale momentet til fordel for Foretakseiendom det tap selskapet lider ved ikke å få vederlag for bygningene. Det sentrale momentet til fordel for kommunen er dens behov for arealer i tiden fremover. Momentene er av forskjellig karakter, de kan ikke tallfestes, og avveiningen er ikke enkel. Lagmannsretten bemerker at uttalelsen i Rådsegn 9 9 (NUT 1971:3) om å 'skifte sol og vind likt til b e sider' er treffende. Lagmannsretten har ogs a merket seg uttalelsen der om at grunneier m a v ere 'vel tent' med å overta hus mv. mot betaling».*

I avgjørelsen oppstiller Høyesterett noen rettslige utgangspunkter for den interesseavveiningen som skal finne sted, med utgangspunkt i de faktiske forhold som forelå i den konkrete saken.

#### 3.4.3.2 *Bortfester og festers individuelle konkrete interesser*

Høyesterett fastslår innledningsvis at i motsetning til det som ble uttalt i Zachariasbryggen II<sup>49</sup> knyttet til vederlagsutm lingen, så vil ikke interesseavveiningen være basert på «objektive prinsipper». Høyesterett uttaler videre:

*«Vilkåret at verdier ikke må spilles «i utrengsmål» må forstås på bakgrunn av et overordnet ønske om å unngå verditap, både av hensyn til partene og ut fra mer allmenne samfunnshensyn. Hva som er «i utrengsmål» vil kunne variere. Men utgangspunkt må tas i de individuelle partenes konkrete interesser. Vurderingen er ikke begrenset til økonomiske forhold. Både for festeren og bortfesteren kan andre hensyn veie tyngre enn de økonomiske. For en fester kan det eksempelvis være tale om en bygning med affeksjonsverdi, for en bortfester som stat eller kommune kan overordnede samfunnsmessige interesser veie tungt.»<sup>50</sup>*

Høyesterett gir her, etter å ha gjennomgått rettskildene og gjort sine vurderinger, en anvisning på at vurderingen av hva som er «i utrengsmål» må tas på bakgrunn av henholdsvis bortfester og festers individuelle konkrete interesser i det s rlige tilfelle.

---

<sup>48</sup> LB-2019-143923, avsagt 31. mai 2021

<sup>49</sup> HR-2017-2359-A, premiss 41

<sup>50</sup> HR-2019-1784-A, premiss 55

Høyesterett gir her en klar anvisning om at interesseavveiningen vil være ulik ut fra ulike festere og ulike bortfestere. For tomter med bebyggelse som kan være sammenlignbar, i samme område og med samme utviklingspotensiale, kan vurderingen av om verdispillet er «i utrensmål» likevel altså være ulik avhengig av hvem som er fester og bortfester.

For festere hvor festetiden er utløpt, og hvor det ikke vil være mulig å flytte bebyggelsen eller få tilstrekkelige verdier ut fra materialene vil man nok som regel kunne fastslå at deres konkrete individuelle interesser ikke er så avvikende, og hvor økonomiske interesser vil være fremtredende.

Det kan i på den annen side i mange tilfeller være en betydelig større forskjell i de konkrete individuelle interesser på bortfesters side. Dette kan gjerne følge direkte av hvem bortfester er.

Her vil det være stor forskjell på om bortfester er en privatperson, et mindre eiendomseiende selskap, en stor virksomhet eller en kommune eller staten.

For det tilfelle bortfester er en privatperson eller et mindre selskap kan det være at de ikke har økonomiske muligheter, eller i alle fall større begrensninger, til å gjøre de nødvendige låneopptak for å overta en bebyggelse. Da vil denne konkrete interesse tale mot overtakelse.

Et større selskap kan ha økonomi til å overta bebyggelsen, men andre individuelle konkrete interesser kan veie imot. Eksempelvis kan selskapet ha behov for tomten for å utvide egen virksomhet som ikke er forenlig med den bebyggelsen som festeren har på eiendommen. Dette kan særlig være tilfelle om bortfesteren har hatt virksomhet på naboeiendommen, men har festet bort tomten ut fra at man hittil ikke har hatt bruk for den i egen virksomhet. Dette behov kan ha endret seg ut fra vekst, teknologisk utvikling, utvikling av produktportefølje eller andre forhold knyttet til virksomheten.

Kommuner og stat kan ha behov for tomten til andre formål ut fra å ivareta kommunale eller statlige behov. En kommune kan eksempelvis ha behov for en tidligere næringstomt for å bygge en barnehage, skole, sykehjem, eller for å benytte den mer i produksjon av kommunale tjenester slik som renovasjonstjenester eller kollektivtransport eller bruke tomten til parkering for slik bruk, ladestasjon eller liknende. Dette vil være en konkret individuell interesse for både kommuner og statlig virksomhet som avviker fra private interesser.

### 3.4.3.3 Tidspunktet for vurdering av de konkrete interesser

Når høyesterett har gitt anvisning om at det er bortfester og festers konkrete individuelle interesser som skal tillegges vekt, har ikke retten sagt noe om i hvilken grad det skal ha betydning om det har vært personskifte på enten bortfester eller festerens side.

Som et utgangspunkt må det legges til grunn at interesseavveiningen må skje på bakgrunn av situasjonen ved utløpet av festekontrakten, enten ved utløp av avtalt festetid eller ved heving av festekontrakten. Høyesterett sin uttalelse må da ta utgangspunkt i situasjonen på dette tidspunkt. Dette synes å tilsi at dersom en kommune kjøper opp en festetomt og overtar som bortfester kort tid før utløpet av festetiden, så kan dette innebære at hensynene og interessene som det skal tas utgangspunkt i skifter raskt til festers disfavør. En fester som har innrettet seg på at alt ligger til rette for at bortfester må overta bebyggelsen ved utløpet av festekontrakten og dermed har foretatt jevnlig og godt vedlikehold av sin bygningsmasse, og gjort nødvendige påkostninger i tillegg, kan uventet bli stilt ovenfor en kommunal konkret interesse som kan føre til at kommunen som bortfester ikke skal bli pålagt å overta bebyggelsen.

Her må det dog antas at det i interesseavveiningen må søkes å legge stor vekt på hensynet som var nedfelt i tidligere lov om at resultatet ikke skulle «*verke urimeleg mot festaren*».

Dette kommer også særlig til uttrykk i Høyesterett sin videre oppsummering av hovedpunktene, hvor det angis følgende:

*«Lovens hovedregel – rydding av tomten, jf. § 39 – må danne utgangspunkt ved vurderingen. Alle saklige interesser på begge sider må tas i betraktning. De påberopte forholdene må på vanlig måte etterprøves ut fra de bevis som er lagt frem. Momentene må veies mot hverandre. Dernest må det – slik forarbeidene gir anvisning på – vurderes om resultatet er «urimeleg» for festeren og om bortfesteren er «vel tent» med å overta hus og innretninger»<sup>51</sup>*

Høyesterett tar her, som forarbeidene, utgangspunkt i at vurderingen må ha som et utgangspunkt at den utgjør et unntak fra hovedregelen om at tomten skal ryddes. Dette angitte utgangspunkt kan tale for at det en viss terskel for når unntaket skal komme til

---

<sup>51</sup> HR-2019-1784-A, premiss 56

anvendelse. Skag tar til orde for en slik interessetterskel, hvor hun uttaler at «*det ikke er tale om en 'ren' interesseavveining i den forstand at partene stiller med likt utgangspunkt*» riktignok i sin artikkel skrevet før den angitte dom fra Høyesterett.<sup>52</sup>

Min vurdering er at dommen ikke kan tas til inntekt for at det skal være noe mer enn en alminnelig interesseovervekt for at bortfester til tross for hovedregelen skal bli pålagt å overta bebyggelsen mot vederlag. Høyesterett gir ingen anvisning om noen særlig terskel, men angir tvert imot at det skal være en konkret helhetsvurdering og at man skal se hen til begge parters forhold. Dette tilsier at det legges opp til en «ren» interesseavveining hvor alminnelig interesseovervekt vil være tilstrekkelig.

#### 3.4.3.4 Konkrete interesser ut fra de førte bevis

Videre understreker Høyesterett det forhold at de påberopte interesser må kunne underbygges av de førte bevis for retten. I dette ligger at det ikke er tilstrekkelig med løse planer eller påståtte forhold.

For det tilfelle at bortfester anfører at det foreligger konkrete interesser som tilsier at bortfester ikke kan pålegges å overta må disse kunne understøttes av bevis. En kommunal eller statlig aktør som motsetter seg overtakelse av bebyggelse og anfører at dette er fordi man ikke kan nyttiggjøre seg bebyggelsen, eller har et behov for å benytte tomten til annen bruk, må kunne vise til at dette er konkret. Dette illustreres av en avgjørelse fra Hålogaland lagmannsrett fra 2006.

*Narvik-skjønnen.<sup>53</sup> NSB hadde bortfestet en tomt liggende i tilknytning til Fagernesterminalen, som er en del av Jernbaneverkets anlegg for lossing og lasting av gods i Narvik. Festekontrakten ble inngått for 30 år. Fester oppførte et lagerbygg på i overkant av 1.000 kvm over to plan på eiendommen. Ved avslutning av festeforholdet i 2004 krevde fester at bortfester overtok bebyggelsen. Ved utløpet var bortfesterne dels Jernbaneverket og dels et kommunalt eiet eiendomsselskap. Bortfesterne motsatte seg overtakelse. Bortfesterne ville bruke tomten til jernbaneformål, konkret til etablering av et lengre jernbanespor, ny lastegate og vei tilpasset lange godsvognsett. Det ble lagt til grunn at det ville være*

---

<sup>52</sup> Skag (2017) s. 247

<sup>53</sup> LH-2006-67308 (RG-2007-626)

*av betydelig samfunnsøkonomisk verdi å utvikle terminalen til et velfungerende knutepunkt for godstrafikk. Kapasiteten på terminalen var for liten, og det var behov for utvidet kapasitet, slik reguleringsplanen av 1995 for området la opp til. Retten uttalte i den sammenheng: «Lagmannsretten legger til grunn at både Jernbaneverket og Narvikgården AS er av den oppfatning at det omtvistede bygget må rives, og at det vil bli revet, også om bortfesterne skulle bli pålagt å overta det. Bygningen er til hinder for en bruk av tomtegrunnen som begge bortfesterne finner er nødvendig, og som begge har interesse av. Det foreligger ikke grunnlag for en forventning hos festeren, verken ved inngåelsen av festeforholdet eller senere, om annet enn at ansvaret for rivning av bygningen skal påhvile festeren». Bortfester ble dermed ikke pålagt overtakelse av bygget.*

Lagmannsretten gikk konkret til verks og vurderte bevisførselen i form av foreliggende reguleringsplan utarbeidet og vedtatt 10 år før utløpet av festekontrakten, omfattende bevisførsel for at godstrafikken var sterkt økende og at det var behov for utvidelser. Retten la også en del vekt på at det aktuelle lagerbygg sin konstruksjon også gjorde det lite egnet for den type lagring som uansett ville være aktuelt nå, slik godstrafikken hadde utviklet seg.

Denne konkrete vurderingen av bevisene opp mot de anførte interesser samsvarer med Høyesteretts anvisning i deres dom.

Når interessene er vurdert som sterke eller svake ut fra bevisførselen må de ulike momentene som høyesterett anviser veies opp mot hverandre. Vektlegging av de ulike momentene vil som jeg har vært inne på kunne avvike fra den ene bortfesteren til den andre, og fra den ene fester til den andre. Det vises til drøftelse av mulige hensyn/momentene nedenfor.

#### 3.4.3.5 Avsluttende rimelighetsvurdering

Når de ulike momenter er veid opp mot hverandre skal det i henhold til høyesterett foretas en endelig avveining av om resultatet er rimelig for begge parter «*Dernest må det – slik forarbeidene gir anvisning på – vurderes om resultatet er «urimeleg» for festeren og om bortfesteren er «vel tent» med å overta hus og innretninger*»<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> HR-2019-1784-A, premiss 56

En slik vurdering, hvor de ulike momenter veies opp mot hverandre og avsluttes med en rimelighetsvurdering ble gjort i et overskjønn av Hålogaland Lagmannsrett fra 2003, hvor det var lagt ned påstand om at Avinor AS som bortfester skulle overta en helikopterhangar som var oppført på Andenes lufthavn sitt område ved avslutning av festeforholdet.

*Andøyaskjønnets.<sup>55</sup> Helikoptervirksomheten for betjening av Tromsøflaket ble ved Stortingets vedtak sommeren 1982 besluttet lagt til Andenes, i stedet for Tromsø som hittil. Dette skjedde i forbindelse med at leteboringen etter olje og gass på Tromsøflaket, som hadde vart fra sommeren 1980, skulle utvides fra sesong- til helårsboring og med flere borerigger fra 1983. Andenes Helikopterbase AS ble stiftet våren 1983. Aksjonærer i selskapet var Statoil AS, Hydro Produksjon AS, Andøy kommune og Nordland fylkeskommune. Virksomheten i selskapet var bestemt til oppføring og drift av helikopterhangar, ved utleie til foretak som skulle forestå helikopterdrift for leteboring på Tromsøflaket. Festekontrakt ble inngått med Avinor AS for 20 år. Etter at helikoptertrafikken ble avvirket ble også festekontrakten avvirket. Fester krevde da at Avinor overtok bygget mot vederlag. Det ble gjort en grundig vurdering, hvor et sentralt poeng var at det ikke lengre var helikoptertrafikk til flyplassen, og det var dermed ikke lett å se for seg noen inntekter fra spesialbygget hangar. Avinor ble ikke pålagt å overta bygget.*

Foruten at retten gikk konkret til verks og vurderte de førte bevis opp mot de anførte interesser, foretok retten også en vurdering av interessene og en avsluttende rimelighetsvurdering:

*«Interesseavveiningen og rimelighetsvurderingen innebærer at Avinor AS som bortfester, ikke kan pålegges å overta bygningen. Tvungen overtakelse av eiendomsretten til hangarbygningen ville innebære at den økonomiske risiko for bruken av bygningen – til noe annet enn det opprinnelige formål, som den spesielt var bygget for – samtidig ble overført til Avinor AS. Det kan etter omstendighetene som foreligger, ikke legges til grunn at Avinor AS ville være vel tjent med å overta bygningen. Det ville videre være urimelig om Andenes Helikopterbase AS nå skulle*

---

<sup>55</sup> LH-2002-807



*kunne overføre risiko og kostnader på Avinor AS, etter selv med overskudd å ha brukt bygningen mens den ga økonomisk gevinst»(min understrekning)*

Retten kom etter en konkret vurdering til at de førte bevis tilsa at det ville være vanskelig å få en akseptabel økonomi ved overtakelse, og fant det dermed urimelig at den økonomiske risiko skulle overføres til bortfester, som da vanskelig kunne se seg «*vel tent*» med å overta.

#### 3.4.4 Saklige interesser og momenter i interesseavveiningen

##### 3.4.4.1 *Innledning*

I det følgende skal det foretas en drøftelse og gjennomgang av noen saklige interesser og momenter som kan tas med i interesseavveiningen mellom bortfester og festers synspunkter. Gjennomgangen gjøres under hensyn til problemstillingen for oppgaven, at det er fester som et utgangspunkt er den som krever at bortfester overtar bebyggelsen. Denne gjennomgangen er ikke ment å være uttømmende, da de konkrete individuelle interesser i det enkelte tilfelle må være avgjørende, og det kan være svært sterke særlige interesser i noen tilfelle selv om de interessene kan anses som lite aktuelle i andre tilfeller.

##### 3.4.4.2 *Festetidens lengde*

Ved bortfeste til næringsformål har ikke fester noen rett til forlengelse, i motsetning til ved bortfeste til bolig og fritidsbolig, og festetidens lengde vil dermed være absolutt om det ikke inngås avtale om forlengelse. Ved festekontrakter for næring ser man store variasjoner, men det synes at en god del festekontrakter inngått i perioden etter vedtakelse av tomtefesteloven i 1976 har relativt korte festetider, i intervallet fra 25 til 40 år<sup>56</sup>.

I hvilken grad skal festetidens lengde spille inn ved interesseavveiningen, og skal kort festetid tale for overtakelse av bebyggelsen eller motsatt?

*Skag* argumenterer for at kort festetid i næringsleieforhold trekker i retning av at festeren i større grad må akseptere å påføres tap ved festetidens utløp ved at tomten skal ryddes, hvor hun uttaler at «*I kommersielle forhold må det på sin side i større grad aksepteres at festeren påføres tap ved at tomten ryddes. Festeren må her forventes å tilpasse seg*

---

<sup>56</sup> Eksempelvis HR-2016-1240-A Zachariasbryggen I og HR-2017-2359 A Zachariasbryggen II (25 år), HR-2019-1784-A (30 år), LH-2006-67308 (30 år), LA-2006-133137 (30 år), LH-2002-877 (20 år), LB-2015-169177(30 år)

*kontraktens varighet.»*<sup>57</sup>. Hun finner støtte for dette synspunkt i *Narvikskjønnen*<sup>58</sup> og *Andøyaskjønnen*<sup>59</sup> som det er referert til ovenfor. Etter min vurdering kan det ikke av disse avgjørelser utledes noe generelt om at kort festetid tilsier at det er en interesse som trekker til festers disfavør. Det er i avgjørelsene uttalelser knyttet til at man var kjent med regulering og de konkrete planer, og at dette måtte spille inn i interesseavveiningen, men siden det i disse to avgjørelser var så vidt klare føringer med hensyn til planlagt og mulig bruk kan jeg ikke se at festetiden ble tillagt slik vekt.

Det kan etter mitt syn argumenteres for at en kort festetid i stedet skulle ha betydning i motsatt retning, det vil si at kort festetid taler for at bortfester bør pålegges å overta. Ved oppføring av næringsbygg i de siste 20-30 år i henhold til de dagjeldende tekniske forskrifter vil normal levetid på et bygg vesentlig overstige kort festetid på 20 til 30 år. Når bortfester har festet bort en eiendom for en så kort periode som 20 eller 30 år, og tillatt at det skal oppføres næringsbygg på eiendommen, bør det dermed være mer nærliggende for bortfester at han kan måtte overta bebyggelsen enn det motsatte.

Min vurdering er derfor at festetidens lengde er et forhold som må vektlegges, men hvor kort eller lang festetiden er ikke på generelt grunnlag skal kunne sies å trekke i verken festers eller bortfesters sin retning.

#### 3.4.4.3 *Festeavtalens innhold*

Festeavtalens innhold, ut over eventuelle særlige reguleringer av overtakelse og verdsettelsesprinsipper, vil kunne vektlegges i interesseavveiningen. I *Stubberuddommen*<sup>60</sup> angir ikke Høyesterett konkret avtalens innhold som et moment, men det vises særlig til at «*bakgrunnen for avtaleforholdet*» burde vurderes.

Man kan i en del festeavtaler se at det er inntatt bestemmelser om at fester skal holde det bygg som oppføres godt vedlike og i god stand. Dette var tilfelle i festekontrakten som lå til grunn for *Stubberuddommen*, hvor det også var regulert at ved brann eller ødeleggelse skulle fester innen kort tid la oppføre ny bebyggelse. Slike reguleringer tilsier at fester er forpliktet til å sørge for at bygget har en lang levetid, og at bygget ved utløpet av festetiden

---

<sup>57</sup> Skag (2017) s. 241

<sup>58</sup> LH-2006-67308 (festetid 30 år)

<sup>59</sup> LH-2002-877 (festetid 20 år)

<sup>60</sup> HR-2019-1784-A

skal fremstå som i god stand og ikke at bygget har uttjent sitt formål. Min vurdering er at dersom det inntas denne type reguleringer vil det måtte være et moment som trekker i retning av at bortfester bør pålegges å overta bebyggelsen. Det vil virke urimelig mot festeren om han er pålagt å foreta ekstra godt vedlikehold, og endatil oppføre nytt bygg mot slutten av leieperioden om bygget blir ødelagt, om han da ikke skal få vederlag for bygget ved opphør av festekontrakten. Samtidig som bortfester er den som frivillig har valgt å legge slike betingelser og krav på festeren, og dermed lagt opp til situasjonen. Det kan anses som et utslag av lojalitet i kontraktsforhold at man legger vekt på slike reguleringer som legger særlige plikter på festeren. Hvilken vekt man skal legge på denne type reguleringer vil naturlig måtte være avhengig av det konkrete innhold i kontraktsreguleringene.

Man ser videre tidvis i festekontrakter at det er inntatt bestemmelser hvor det på ulike vis gis en betinget eller klar rett til forlengelse av festeforholdet. Dersom det er en ensidig rett for festeren til å forlenge, men festeren velger å ikke benytte denne retten og i stedet krever at bortfester skal overta, kan det argumenteres med at dette kan eller bør veies inn i interesseavveiningen til festerens ulempe. I et slikt tilfelle har bortfester gitt en rett til forlengelse, men festeren velger å ikke benytte seg av denne. Er det da rimelig at bortfester skal møtes med krav om overtakelse av bebyggelsen? Etter min vurdering kan det ikke på generell basis konkluderes med at interesseavveiningen i et slikt tilfelle skal trekke i festerens disfavør. Særlig i områder som over tid har fått et utviklingspotensiale, eller som ligger an til å få dette i løpet av kort tid, ser vi at tomteverdiene har økt vesentlig ut fra forventet eller mulig utvikling. Festeavgiften i næringsforhold reguleres normalt hvert 10 år, og i alle fall ved forlengelse. Siden festeavgiften som regel fastsettes avhengig av tomtens verdi, vil ofte festeavgiften settes vesentlig opp, noen ganger flerdobles, ut fra at tomten har fått en stor verdiøkning på bakgrunn av potensialet, ny regulering mv. Festeren vil i en del slike tilfeller ikke kunne benytte sin rett til forlengelse, siden den økte festeavgift gjør fortsatt feste mindre kommersielt interessant. Driver festeren utleie av de oppførte lokaler vil som regel ikke leieprisene stige proporsjonalt med den økte festeavgiften. Motsatt kan det argumenteres med at dersom en utleie for festeren ikke lengre er økonomisk forsvarlig, taler det mot at bortfesteren er «*vel tent*» med å overta.

#### 3.4.4.4 *Særlige forutsetninger ved avtalens inngåelse*

Ved inngåelsen av festeavtalen kan det ha vært en forutsetning fra bortfesterens side at tomtearealet etter en viss tid skal benyttes til andre formål. Dette kan være ut fra konkrete

planer om senere utvidelse av egen virksomhet, ut fra en forventet områdeutvikling eller andre løsere eller konkrete planer eller forventninger.

Som vi så av Narvikskjønnen<sup>61</sup> omtalt nærmere ovenfor ble det lagt stor vekt på at den festede eiendom lå inne på et terminalområde, og at det var påregnelig både for fester og bortfester ved inngåelsen av avtalen at jernbanebehov kunne medføre at man måtte avvikle festeforholdet.

Når festeren har fått så vidt klart opplysninger om mulig annet behov for tomten, har dette innvirkning på hans forventninger, og i interesseavveiningen bør dette derfor veie ned for festeren.

Det må dog være en forutsetning for at slike forutsetninger skal kunne tilleggs vekt at de har vært relativt konkrete og kommuniserte. Det vises her til Høyesterett sin uttalelse i Stubberuddommen om at «*de påberopte forholdene må på vanlig måte etterprøves ut fra de bevis som er lagt frem*»<sup>62</sup>.

#### 3.4.4.5 Miljømessige forhold

I de siste tiår har miljømessige interesser og hensyn kommet stadig høyere opp på dagsorden. Avfallshåndtering ved rivning og nybygg, klimafotavtrykk, energisparing og gjenbruk gjenspeiler seg i mye forskjellig regelverk knyttet til eiendoms- og byggebransjen.

Den generelle samfunnsmessige interesse som miljømessige forhold står for må være et hensyn som må tillegges vekt i interesseavveiningen.

Gjenbruk av eksisterende bygg fremfor ryddig og rivning kan tale for at bortfester må pålegges å overta bebyggelsen. Men det kan også tenkes at andre miljørelaterte hensyn taler i motsatt retning. Dersom det eksisterende bygget som et eksempel er svært lite energieffektivt eller på andre måter ikke møter eller enkelt kan møte eksisterende eller fremtidige krav som markedet eller myndighetene stiller, vil det kunne tale for at bortfester er bedre tjent med en ryddet tomt slik at man kan oppføre et nytt bygg.

---

<sup>61</sup> LH-2006-67308

<sup>62</sup> HR-2019-1784-A, premiss 56

En annen side ved dette er endrede forutsetninger med hensyn til bilbruk og trafikkavvikling, hvor de endringer som er kommet de siste årene kan tilsi at et bygg enten i større grad bør beholdes og overtas av bortfester og motsatt.

#### 3.4.4.6 *Reguleringsstatus*

Den aktuelle festetomtens reguleringsstatus ved utløpet av festekontrakten er et forhold som må tillegges vekt ved interesseavveiningen.

Dersom tomten er regulert til den samme bruk som den benyttes til, vil dette være et forhold som trekker i retning av at bortfester kan være «vel tent» med å overta bygget for å benytte de i samsvar med reguleringsformål.

Dersom det er vedtatt en ny regulering, hvor bruken av tomten er regulert til et annet formål enn det formål fester har benyttet tomten til, kan dette motsatt trekke i retning av at bortfester ikke skal pålegges en overtakelse. Problemstillingen kan illustreres med overskjønn avholdt av Borgarting Lagmannsrett knyttet til en eiendom i Ensjøveien 3 og 5 i Oslo knyttet til avviklingen av festekontrakten:

*Ensjøskjønnen<sup>63</sup>. Overskjønn avholdt av Borgarting Lagmannsrett i 2018 knyttet til en eiendom i Ensjøveien 3 og 5 knyttet til avviklingen av festekontrakten. På eiendommen var det oppført næringseiendom på omkring 8.400 kvm med kontorer og tilhørende arealer. Byggene var relativt gamle og utidsmessig. Ensjø-området var tidligere et område for småindustri og huset en stor mengde bilforretninger og bruktbilforretninger. Tomten var forutsatt og avsatt for utvikling av bolig. I festeavtalen var det fastsatt at bortfester skulle overta bebyggelsen, slik at interesseavveiningen etter tomtefestelovens § 40 ikke var aktuell. Det ble ved fastsettelsen av vederlaget argumentert med at vederlaget måtte settes til kr 0 siden man skulle rive og oppføre boliger. Dette vant man ikke frem med, og bortfester måtte betale et vederlag på kr. 101.000.000. Den 18. mai 2021 ble det offentliggjort at NRK skal etablere nytt hovedkontor på den aktuelle tomten, slik at det ikke likevel blir oppført boliger der, men heller fortsettelse av næringsvirksomhet.*

---

<sup>63</sup> LB-2017-3687, avsagt 12. januar 2018

Dersom det i festeavtalen ikke var fastsatt at bortfester skulle overta bebyggelsen, er min vurdering at bortfester sannsynligvis ville blitt pålagt å betale vederlag for bebyggelsen, siden den hadde så høy verdi, og at å pålegge fester rivning dermed ville føre til et vesentlig verdispille. Interesseavveiningen måtte derfor veie alle interesser opp mot hverandre, og avslutningsvis finne om et pålegg om rivning ville være urimelig for festeren.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om bortfester kan «regulere seg bort» fra å bli pålagt overtakelse av bebyggelsen på tomten. Min vurdering er at dette langt på vei må besvares bekræftende. Det er lite som tilsier at en bortfester vil regulere en tomt kun med den hensikt å ikke måtte overta bebyggelsen. Reguleringsplaner vedtas dessuten av politiske myndigheter<sup>64</sup>, og er slik sett sammenfallende med den politiske ønskede utvikling. Dette må vektlegges i interesseavveiningen, og veie til bortfesters fordel.

I de tilfeller hvor formålet ikke er endret, men det er andre endringer, eksempelvis en vesentlig økt utnyttelsesgrad, kan bildet være mer sammensatt. Skal bortfester høres med at han ikke ønsker bebyggelsen, fordi ny plan gir han anledning til å oppføre en vesentlig større bebyggelse. Da vil han ønske å heller bygge nytt på ryddet tomt, enn påbygg eller tilbygg. Forutsetningen her må være at en borttaking fører til et verdispille, sett opp mot den alternative utnyttelsen. *Skag*<sup>65</sup> og *Falkanger*<sup>66</sup> synes å akseptere at også i slike tilfeller vil den økonomisk motiverte utnyttelsen trekke i bortfesters retning i interesseavveiningen, under forutsetning om at disse planene er «*fornuftig bruk etter mer objektive kriterier*». Min vurdering er sammenfallende, og igjen vil dette være avhengig av at det er konkrete planer.

#### 3.4.4.7 Økonomiske forhold for fester

For fester vil rydding av tomten fremfor bortfesters overtakelse innebære et økonomisk tap.

Det vil oppstå et tap både ved at man ikke får vederlag for bebyggelsen og ved at man blir påført utgifter til å rive og fjerne bebyggelsen. Rivekostnader kan bli betydelige.

---

<sup>64</sup> Plan- og bygningslovens andre del.

<sup>65</sup> Skag (2017) s. 239

<sup>66</sup> Falkanger, (2016) s. 195

Det økonomiske tapets størrelse vil ha en vesentlig vekt inn i interesseavveiningen. Jo større tap, jo tyngre bør dette hensyn ha, og motsatt.

#### 3.4.4.8 *Økonomiske forhold for bortfester*

En overtakelse av bebyggelsen på den bortfestede tomter vil ha økonomisk betydning for bortfesteren.

Dersom bebyggelsen har stor verdi kan dette medføre at bortfesteren kan ha problemer med å reise det nødvendige beløp for å betale vederlaget. Selv om det normalt vil være mulig å ta opp lån for å betale vederlaget, kan krav om egenkapital og bortfesteres øvrige låneengasjement innebære at det ikke er enkelt for bortfester å reise den nødvendige kapital.

Videre vil bortfester ved overtakelse av bebyggelsen overta den fremtidige risiko ved driften av bebyggelsen, herunder eventuelt drive utleie av bebyggelsen. Dette kan være tyngende og risikofyllt. Risikoen man overtar innebærer også risikoen for fremtidige investeringer og vedlikehold.

Risikoen man overtar vil i en viss utstrekning tas høyde for ved fastsettelsen av vederlaget, særlig når det er fester som krever overtakelse, jf nedenfor om tomtefestelovens § 41.

Etter min vurdering vil vekten av den økonomiske betydning for bortfester variere fra bortfester til bortfester, avhengig av økonomi.

#### 3.4.4.9 *Kommunale og statlige behov*

Dersom bortfester er stat eller kommune, kan det være at stat eller kommune har behov for den bortfestede tomten til egne behov, det være seg for å bygge skole, sykehjem eller for bruk i produksjon av kommunale eller statlige tjenester.

Dersom et slikt behov er konkret må det være et tungtveiende interesse som taler mot overtakelse. Det vises her til *Narvik-skjønnen*<sup>67</sup>, omtalt ovenfor.

---

<sup>67</sup> LH-2006-67308

### 3.5 Oppsummering

Ved avvikling av næringsfesteforhold vil en rivning av bebyggelse og rydding av tomten som regel innebære et verdispille. Flytting av bebyggelsen vil sjelden være regningssvarende om det ikke er planlagt for dette ved oppføring av bebyggelsen.

Hvorvidt verdispillet vil være «*i utrengsmål*» vil være basert på en bred interesseavveining mellom de relevante konkrete interesser for den individuelle fester og den individuelle bortfester. Dersom bortfester har et konkret behov for å utvikle eiendommen på annen måte enn den måte festers bebyggelse gjør, vil dette normalt veie tungt i interesseavveiningen.

Etter at de individuelle interesser er veiet opp mot hverandre må det også foretas en vurdering av om resultatet vil være rimelig.



## 4. FASTSETTELSE AV VEDERLAG

### 4.1 Utgangspunkt og oversikt

#### 4.1.1 Innledning

Når bortfesteren skal overta festerens bebyggelse på festetomten i medhold av tomtefestelovens § 40, vil neste steg være å fastsette vederlaget som skal betales.

#### 4.1.2 Tomtefestelovens § 41

Fastsettelse av vederlag er regulert i tomtefestelovens § 41, som lyder slik:

*«Når bortfestaren krev overtaking, skal vederlaget setjast 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.*

*Når festaren krev overtaking, skal vederlaget setjast til det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren. Er årsaka til avviklinga mishald frå festaren eller ei oppseiing frå festaren som ikkje har samanheng med meir tyngjande festevilkår, kan vederlaget setjast lågare.*

*Festaren kan krevje 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.*

*Fastsetjing av vederlag etter denne paragrafen høyrer under skjønn, om partane ikkje har avtalt eller vert samde om ein annan avgjerds måte. 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»*

Som det følger av bestemmelsen er det ulike regler for fastsettelse av vederlaget avhengig av om det er bortfester eller fester som har krevet overtakelse av bebyggelsen.

Første ledd fastsetter hvordan vederlaget skal fastsettes i de tilfeller hvor det er bortfesteren som fremmer krav om at bebyggelsen skal overtas.

Annet ledd regulerer fastsettelsen når det er festeren som krever at bebyggelsen skal overtas ved avslutning av festeforholdet. Selv om problemstillingen for denne oppgaven

er at det er festeren som krever overtakelse, vil det likevel være behov for å se på utmåling av vederlag i henhold til bestemmelsens første ledd, da det følger av rettspraksis at fester i visse tilfeller også kan kreve vederlaget fastsatt etter første ledd.

I tredje ledd er det inntatt egne reguleringer knyttet til vederlag for opparbeidelse av tomten og øvrige tiltak som ikke er selve bebyggelsen. Slik opparbeidelse og tiltak kan være planering, støttemurer, drenering mv.

I fjerde ledd er det for det første angitt at fastsettelse av vederlag hører under skjønn etter skjønnsprosessloven, om ikke partene blir enige om annen fastsettelsesmåte, eksempelvis ved voldgift. Dette vil ikke bli nærmere behandlet i denne oppgaven. For det andre er det inntatt en «*angrerett*», hvor den part som har krevd overtakelse kan gå fra kravet etter at vederlaget er fastsatt. Denne vil ikke bli nærmere belyst her.

Den tidligere loven om tomtefeste fra 1975 hadde en mer begrenset regulering av vederlagsutmåling enn det vi har i gjeldende lov.

#### 4.1.3 «Teknisk verdi» og «bruksverdi»

Utgangspunktet når det er bortfesteren som krever overtakelse er at vederlaget skal settes til «*det det vil koste å føre opp tilsvarende hus og tilskipingar på tomta på overtakingstida, med frådrag for verdminnk på grunn av alder og bruk i festetida.*» jf. tomtefesteloven § 41 første ledd. Dette er i domspraksis normalt angitt som «teknisk verdi».<sup>68</sup>

Utgangspunktet når det er festeren som krever overtakelse er at vederlaget skal settes til «*det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren*», jf. tomtefesteloven § 41 annet ledd. Dette er i domspraksis omtalt som «bruksverdi».<sup>69</sup>

#### 4.1.4 Ikke adgang til å avtale annen vederlagsfastsettelse i festekontrakten

Reglene for fastsettelse av vederlag er preseptoriske, det vil si at det ikke er anledning til å avtale en annen metode for fastsettelse av vederlag i festekontrakten, jf. tomtefestelovens § 4.

Det er likevel lagt til grunn i juridisk teori at dette ikke er til hinder for at partene knyttet til en konkret avvikling enes om en fastsettelse av vederlaget uten at man nødvendigvis

---

<sup>68</sup> Falkanger, (2016) s. 383 jf. HR-2016-1240 (Zachariasbryggen I) premiss 31, jf. HR-2017-2359 (Zachariasbryggen II) premiss 36)

<sup>69</sup> Falkanger, (2016), s. 383, jf. HR-2016-1240 (Zachariasbryggen I) premiss 31, jf. HR-2017-2359 (Zachariasbryggen II) premiss 36)

følger de prinsipper som er fastsatt i loven. Skag uttaler at i slike tilfeller «*bør partene selv, innen grensene av avtl § 36, kunne fastsette det vederlaget festeren skal ha når grunneieren overtar bygningene*»<sup>70</sup>.

Min vurdering er at det bør være hensiktsmessig at partene i tilknytning til en konkret avslutning av festeforholdet forhandler seg frem til en løsning som er avvikende fra lovens ordning, men som partene ser seg tjent med. I de fleste tilfeller vil imidlertid bortfester kunne har en god forhandlingsposisjon, og det kan være at bortfester vil søke å presse frem avtale som gir festeren vesentlig dårligere løsning enn lovens ordning. I næringsfesteforhold må det dog antas at festeren også er tilstrekkelig profesjonell til å kunne ivareta sine interesser tilfredsstillende. Avtalelovens § 36 vil dermed etter min vurdering være en tilstrekkelig sikkerhetsventil for de tilfeller hvor en av partene, som regel bortfester, eventuelt skulle være i posisjon for å presse frem en avtale som slår urimelig ut.

#### **4.2 Valg mellom fastsettelse etter «teknisk verdi» og «bruksverdi»**

Som det følger av første og annet ledd skal det legges til grunn ulik metode for å fastsette vederlag avhengig av om det er fester eller bortfester som krever at bebyggelsen skal overtas. De to metodene kan føre til stor forskjell i størrelsen på vederlaget, noe som komme sterkt til uttrykk i Zachariasbrygge-sakene, som vi straks kommer nærmere inn på. Lovbestemmelsen har imidlertid ingen regulering av hvilken metode som skal legges til grunn dersom både bortfester og fester krever en overtakelse av bebyggelsen.

Dette ble behandlet av høyesterett i den første saken om eiendommen Zachariasbryggen i Bergen.

*Zachariasbryggen I<sup>71</sup>. Saken gjaldt tvist om fastsettelse av vederlag ved bortfesters overtakelse av bebyggelsen. Tomten ligger svært sentralt i Bergen sentrum. Festekonrakt var inngått i 1991 og fester hadde oppført et bygg på ca 4.250 kvm over tre etasjer, som i all hovedsak ble utleid til ulike aktører innen serverings- og restaurantvirksomhet. På bakgrunn av den sentrale beliggenheten ble det oppnådd svært høye leiepriser, med gjennomsnittlig leiepris på omkrigng kr 6.000 pr kvm.*

---

<sup>70</sup> Skag (2017), s. 279.

<sup>71</sup> HR-2016-1240-A Zachariasbryggen I

*Etter uenighet om fastsettelse av festeavgift for videre feste, ble festekontrakten hevet av begge parter i 2013. Både fester og bortfester krevde at bortfester skulle overta bebyggelsen. Det var uenighet både om vederlaget skulle fastsettes etter «teknisk verdi» og «bruksverdi», og hvordan bruksverdien i slik fall skulle fastsettes. Gulating lagmannsrett hadde i sitt overskjønn i november 2015 kommet til at det skulle betales et vederlag ut fra teknisk verdi, på samme måte som tingretten, og vederlaget ble satt til kr 138.256.000. Saken ble anket til Høyesterett med anførsel om at når bruksverdien var høyere enn teknisk verdi, måtte festeren kunne velge den høyeste. Høyesterett ga festeren medhold.*

Høyesterett gjorde en vurdering av fastsettelsen av vederlaget og valget mellom de to metodene og uttalte:

*«Jeg oppfatter derfor forarbeidene slik at festeren, når han krever at bortfesteren overtar bygningen, har krav på et vederlag som tilsvarer den økonomiske verdien bygningen vil ha for bortfesteren, jf. § 41 annet ledd. Dersom også bortfesteren krever overtaking, åpnes muligheten for at vederlaget i stedet settes til «teknisk verdi», jf. § 41 første ledd. Men forutsetningen må være at denne verdien er høyere. Hvis «teknisk verdi» skulle fastsettes også når den er lavere, ville bortfesteren, ved selv å fremsette krav om å overta, kunne nøytralisere festers krav om overtaking til bruksverdi, og derved slippe billigere. Det kan ikke ha vært lovgivers mening»<sup>72</sup>*

På bakgrunn av disse vurderingene kom Høyesterett til at reglene må forstås slik at festeren må kunne ta valg mellom den metode som gir han det høyeste vederlaget:

*«Jeg er etter dette kommet til at dersom både fester og bortfester har krevd at bortfester overtar bygningen, kan festeren velge om vederlaget skal fastsettes etter tomtefesteloven § 41 første eller annet ledd, avhengig av hva som gir ham best uttelling»<sup>73</sup>*

Når bruksverdien var høyere enn den tekniske verdien, kom altså Høyesterett til at hensynet til festeren tilsa at han skulle få «fullt vederlag» selv om byggets tekniske verdi

---

<sup>72</sup> HR-2016-1240-A Zachariasbryggen I, premiss 31

<sup>73</sup> HR-2016-1240-A Zachariasbryggen I, premiss 33

var lavere. Lagmannsrettens overskjønn ble dermed opphevet, og saken sendt tilbake for ny behandling hvor vederlaget skulle fastsettes etter bruksverdi.

### 4.3 Fastsettelse av vederlag som «teknisk verdi» - § 41 første ledd

#### 4.3.1 Rettslig utgangspunkt

Som angitt var det mindre detaljerte regler for fastsettelse av vederlag i tidligere tomtefestelov, men utgangspunktet var i loven at verdien skulle fastsettes ut fra «bruksverdi», jf tomtefestelov1975 § 21 femte ledd som anga at når vederlaget skulle fastsettes skulle det «*særleg takast omsyn til kva bruksverde det overtatte vil ha for bortfestaren*». Under lovforberedelsen ble det lagt til grunn at hovedregelen under 1975-loven var at bygninger skulle overtas til den bruksverdi de hadde for bortfesteren. Hovedregelen var den samme uavhengig av hvem som krevde overtaking, dog slik at man sto «noko friare» når bortfesteren krevde det<sup>74</sup>.

I forarbeidene til nåværende lov ble det imidlertid lagt til grunn at det måtte være en ulik fastsettelse av verdi når det var bortfester som ønsket å overta bebyggelsen. Dette ble begrunnet i at det er vanskelig å sette en verdi på bebyggelse som ikke har tomt:

*«Omsetnadsverdien av huset kan vanskeleg leggjast til grunn i dette tilfellet, fordi omsetnadsverdien av huset utan tomt vanskeleg let seg fastslå. Ofte vil den vera svært liten. Bakgrunnen for at bortfestaren får rett til å overta huset vil nettopp vera at det ikkje kan fjernast eller flyttast utan verdispille. Når bortfestaren ynskjer å overta er det fordi han disponerer tomta og at huset dermed har større verdi for han enn for festaren. Ein har kome til at ein verdi tilsvarande det det ville kosta å oppføra eit tilsvarande hus eller tilskipingar elles på overtakingstida, med fradrag for verdimink på grunn av alder og bruk i festetida, vil vera det mest dekkande. Alternativet for bortfestaren er nettopp å byggja på tomta, dersom han ynskjer å ha hus eller tilskipingar der i framtida»<sup>75</sup>*

Denne begrunnelsen er ikke nødvendigvis helt treffende. Kostnadene til å oppføre bebyggelsen, «teknisk verdi», kan i mange tilfelle være både vesentlig lavere og vesentlig høyere enn bruksverdien. Det kan også være at det ikke er et reelt alternativ for

---

<sup>74</sup> Ot. Prp. nr. 2 (1974-1975), s. 79

<sup>75</sup> NOU 1993: 29, s. 77

bortfesteren å oppføre tilsvarende bebyggelse ut fra at nyere restriksjoner kan legge begrensninger på adgangen til å bygge, eksempelvis knyttet til utnyttelsesgrad, avstand til vei/anlegg, støyproblematikk mv.

Det var for festekontrakter inngått før 1975-loven ikke uvanlig at man regulerte hva som skulle skje med bebyggelsen ved avvikling av festeforholdet, og i den grad man da enten ga bortfester bare rett eller både rett og plikt til å overta bebyggelsen så ble det i slike tilfeller noen ganger angitt at vederlaget skulle være til «takst» eller mer direkte til bebyggelsens tekniske verdi. Dette kan ha vært en underliggende beveggrunn for utvalgets valg om å legge teknisk verdi til grunn når det er bortfester som krever overtakelse.

#### 4.3.2 Metode ved fastsettelse av vederlag etter «teknisk verdi»

Vederlag etter teknisk verdi skal i henhold til bestemmelsen fastsettes *«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»*.

Dette gir anvisning om at man skal ta utgangspunkt i vurdering av byggekostnad for tilsvarende bebyggelse på overtakelsestidspunktet. Den historiske byggekostnad skal man dermed se bort fra. Likeledes hva bygget er ført med som verdi i regnskap mv. Enda viktigere er det at man ved denne metode også skal se bort fra hva markedsverdien er.

Det gjøres en vurdering av byggekostnad for oppføring av tilsvarende bygg, hvor det må tas utgangspunktet i det konkrete bygget og ikke eksempelvis oppføring av et bygg i dag hvor det ville være andre tekniske krav i henhold til dagens gjeldende lover og byggeforskrifter. Dernest skal det gjøres fradrag for alder og slitasje/«bruk». Dette fradraget blir nødvendigvis skjønnsmessig.

I *Ensjøskjønnen*<sup>76</sup> ble vederlag for bygningsmassen fastsatt i samsvar med tomtefestelovens § 41 første ledd til teknisk verdi. Rettens vurderinger gir et godt uttrykk for vederlagsfastsettelsesprinsippet.

*«Ved utmålingen har flertallet lagt til grunn en gjennomsnittlig nybyggpris på 17 000 kroner pr. m<sup>2</sup> for et bygningsareal på 8 510 m<sup>2</sup>. Det er deretter beregnet et fradrag*

---

<sup>76</sup> LB-2017-3687

*på gjennomsnittlig 30% for slit og elde. Det bemerkes at fradraget for slit og elde er satt høyere for arealer som benyttes til kontor og butikk (lyse arealer), og lavere for arealer som benyttes som lager, vaskehall, verksted, arkiv og tilfluktsrom (mørke arealer). Flertallet har vurdert behovet for oppgradering av lyse arealer til å være betydelig, mens behovet for oppgradering av mørke arealer anses begrenset. Det er flertallets oppfatning at fradrag for slit og elde bør gjenspeile det konkrete behovet for oppgradering av bygningene, slik at lokalene enkelt kan leies ut»*

På bakgrunn av dette ble vederlaget satt til kr 101.270.000.

#### **4.4 Fastsettelse av vederlag etter «bruksverdi»**

##### **4.4.1 Rettslig utgangspunkt**

I henhold til annet ledd skal vederlaget settes til *«det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren»*. Ordlyden gir ingen retningslinjer for å finne frem til *«verdet ... for bortfestaren»*. Uttrykket *«bruksverde»*, som ble brukt i tomtfeste1975 § 21, er ikke tatt inn i § 41 andre ledd. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til gjeldende lov at det fortsatt var bruksverdien lovgiveren hadde i tankene. Av forarbeidene fremgår det at den nye formuleringen *«langt på veg»* er i samsvar med det tidligere uttrykket. Forskjellen er særlig at mens *«bruksverde»* etter den tidligere loven var noe det særlig skulle *«takast omsyn til»*, er bruksverdien for bortfesteren nå blitt selve regelen<sup>77</sup>.

Ordlyden kan trekke i retning at det er en subjektiv verdi for bortfesteren man skal komme frem til. I *Zachariasbryggen II*, som vi skal komme nærmere tilbake til, uttaler Høyesterett i denne sammenheng:

*«Ordlyden kan oppfattes slik at det er den subjektive verdien for den bortfesteren som eier tomten på overtakelsestidspunktet, som er avgjørende. I alle fall i et tilfelle som her, finner jeg det likevel klart at man i utgangspunktet må søke mot mer objektive prinsipper for verdifastsettelse som grunnlag for det vederlag som skal betales»*<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> Ot.prp.nr.28 (1995–1996) s. 71

<sup>78</sup> HR-2017-2359-A *Zachariasbryggen II*, premiss 41

Høyesterett gir her anvisning om at vederlaget må fastsettes etter mer objektive prinsipper for verdsettelse, «*i alle fall i et tilfelle som her*». Denne reservasjonen må etter min vurdering forstås slik at det siktes til at når det gjelder kurante næringsbygg, hvor en verdsettelse kan skje ut fra et fungerende marked, så gjelder deres uttalelse om at det må «*søkes mot objektive prinsipper*». Motsatt kan man tenke seg næringsbygg som ikke så enkelt kan verdsettes på denne måte, eksempelvis en kirke, et produksjonsanlegg etc.

Poenget er dog at det er verdien for bortfesteren man skal komme frem til. Verdien for festeren er ikke relevant. Om et produksjonsanlegg har stor bruksverdi for festeren i hans virksomhet, er det ikke gitt at bruksverdien etter objektive kriterier er den samme. Kanskje ingen vil se for seg å kunne ha nytte av anlegget ut fra teknisk utvikling, eller ut fra at området er under utvikling til annen bruk, eksempelvis boliger.

Videre er det klart at det til sist er verdien av «*husa og tilskipingane*» – bygningen og andre tiltak – man skal frem til, ikke eiendommens totale verdi. I forarbeidene uttaler utvalget i denne sammenheng «*Den 'meirverdien' for bygningen som kjem av at bortfestaren har rett til å disponera tomta, ligg til bortfestaren*»<sup>79</sup>. Tomta eier bortfester, og verdien av tomten og dermed av beliggenheten tilhører bortfester.

Høyesterett har gjort sine vurderinger av fastsettelsen i *Zachariasbryggen II*.

*Zachariasbryggen II*<sup>80</sup>. Ved Gulating lagmannsrett fornyede overskjønn for fastsettelsen av vederlaget la retten som Høyesterett hadde gitt anvisning om til grunn at fester kunne kreve at vederlaget ble satt til bruksverdien. For å komme frem til bruksverdien tok Lagmannsretten i en beregning av hele eiendommens verdi. Denne verdien fant retten ved å gjøre et anslag over påregnelig årlig netto leieinntekt på det tidspunktet bortfesteren overtok bygningen. Leieinntekten ble så kapitalisert med en «yield» som «reflekterer den risiko en investering i et slikt bygg representerer». Lagmannsretten kom frem til et utleiebart leieareal på 3 862 kvadratmeter og en påregnelig årlig leieinntekt på 6 328 kroner per kvadratmeter. Etter fradrag for eierkostnader, ga dette en årlig leieinntekt på i overkant av 22 millioner kroner. Med en yield på seks prosent ble den avrundede verdien av

---

<sup>79</sup> NOU 1993: 29 s. 18

<sup>80</sup> HR-2017-2359-A *Zachariasbryggen II*.



eiendommen – bygning og tomt – 374 millioner kroner. Lagmannsretten skulle deretter trekke ut verdien av tomt. Her valgte retten å verdsatte «råtomten» – altså tomt uten bebyggelse – til 40 millioner kroner ut fra det partene gjennomgående har omtalt som «strøksverdi». Det ble da tatt hensyn til at man i dag neppe kunne oppføre tilsvarende bebyggelse ut fra bevaringsmessige grunner, mulig økt havnivå mv. Overskjønnet satte dermed vederlaget til kr 334 millioner, nær kr 200 millioner mer enn verdien satt ved «teknisk verdi». Høyesterett kom til at dette var feil rettsanvendelse og opphevet overskjønnet.

Førstevoterende gjorde en gjennomgang av rettskildene og summerte opp utgangspunktet på denne måten:

*«Det er særlig tre momenter fra forarbeidene som er av betydning for saken her.*

*For det første er det klart at det er bruksverdien av bygningen for bortfesteren man skal frem til etter § 41 andre ledd. Man kan derfor gjerne, som i 2016-dommen, bruke uttrykket «bruksverdi» som stikkord for vederlagsfastsettelse etter § 41 andre ledd første punktum. Men verken «bruksverde ... for bortfestaren» eller «bruksverdi» gir etter mitt syn anvisning på noen bestemt beregningsmetode.*

*Dernest er det klart at den merverdien av bygningen som må tilskrives tomt, ligger til bortfesteren.*

*For det tredje fremgår det av forarbeidene at det er en grunnforutsetning at vederlaget skal fastsettes med en interesseavveining som bakgrunn; resultatet skal ikke være urimelig for noen av partene. Blir vederlaget urimelig høyt, er ikke bortfesteren «vel tent» med å overta. Etter mitt syn danner dette en viktig bakgrunn for tolkingen av verdsettelsesregelen i § 41»<sup>81</sup> (min understrekning)*

Som dette sitatet viser kommer Høyesterett altså til at det som et utgangspunkt ikke kan utledes noen særskilt beregningsmåte av de foreliggende rettskilder. Men uansett hvilken metodikk man tar i bruk skal det uansett gjøres en rimelighetsvurdering av vederlaget, det skal ikke være urimelig for noen av partene. Her viser Høyesterett også til forholdet til

---

<sup>81</sup> HR-2017-2359-A Zachariasbryggen II, premiss 52-55

EMK P1-1, som et støtteargument, og uttaler at resultatet lagmannsretten hadde kommet til sto «*i et problematisk forhold til eiendomsretten*» etter konvensjonen<sup>82</sup>.

Høyesterett opphevet overskjønnet både fordi den benyttede metode måtte være å anse som en feil rettsanvendelse, og fordi rimelighetsvurderingen viste at resultatet ville være urimelig for bortfesteren. Å fastsette verdien på hele eiendommen, bygning med tomt, for å så trekke ut verdien av tomten var slik avgjørelsen er å forstå ikke feil, men lagmannsretten gjorde feil når den verdsatte hele eiendommen ut fra en avkastningsmodell, og tomten ut fra en annen modell, som en råtomt. Siden de høye leieinntektene man oppnådde for lokalene i bygget i stor grad knyttet seg til den særlig gode beliggenheten, ble verdsettelsen av tomten uforholdsmessig lav, og bygningen uforholdsmessig høy.

#### 4.4.2 Faktisk fastsettelse av «bruksverdi»

I Høyesteretts avgjørelse i Zachariasbryggen II ga ikke retten noen klar anvisning på hvilken metode som var den rette, men det ble gitt noen føringer om alternativer.

Ankende part hadde i saken lagt stor vekt på at bortfester ikke skulle betale vederlag ut over den berikelse han ble tilført, det vil si verdiene. Dette kan på mange måter være den omvendte tilnærming av avkastningsmodellen. Den berikelsesmodell som det ble tatt til orde for ser hen til at man skal få «merverdien» av bygget også ut over byggekostnaden, men da ment som en skjønnsmessig vurdering hvor elementer som opparbeidet goodwill, fordel med å ha et bygg tilgjengelig umiddelbart fremfor å oppføre bebyggelse ble anført å skulle tillegges vekt. Høyesterett avviste ikke at en slik metode kunne være en måte å komme frem til bruksverdien.

Men slik jeg forstår det synes Høyesterett, i alle fall for kurante eiendommer med relativt stabile leieinntekter, at man kunne bruke en avkastningsmodell slik som lagmannsretten hadde kommet til. I et slikt tilfelle måtte man imidlertid trekke ut tomteverdien ut fra en tilsvarende metode, og skjønnsmessig fastsette hvor stor del av inntekspotensialet som kan føres tilbake til henholdsvis bygget og tomten. Jo bedre beliggenhet jo høyere andel på tomten og motsatt. Retten mente å finne støtte for en slik tilnærming og uttalte «*det kan innvendes at et slikt anslag er vanskelig og usikkert. Til det vil jeg vise til forarbeidenes*

---

<sup>82</sup> HR-2017-2359-A Zachariasbryggen II, premiss 75

*gjentatte understrekning av at vederlaget må fastsettes skjønnsmessig og ut fra rimelighet, og at det knapt finnes noen modell som ikke nødvendiggjør nokså grove og til dels usikre anslag»<sup>83</sup>*

Gulating lagmannsrett avsa etter ny behandling den endelige avgjørelse for fastsettelse av verdien på bebyggelsen.

*Zachariasbryggen III<sup>84</sup>. Gulating lagmannsrett avsa i november 2018 ny avgjørelse for fastsettelse av vederlaget for bebyggelsen. Retten kom etter en gjennomgang av Høyesterett sine avgjørelser til at vederlaget skulle fastsettes med utgangspunkt i en avkastningsmodell, og hvor det totalverdien skjønnsmessig ble fordelt mellom tomt og bygning. Retten kom til at av totalverdien utgjorde tomten 40% av verdien, og vederlaget for bebyggelsen ble etter dette satt til kr 194.606.909.*

Lagmannsretten vurderte om det skulle tas utgangspunkt i en berikelsesmodell, men falt ned på en avkastningsmodell, hvor det ble en skjønnsmessige fastsettelsen av fordelingen mellom tomt og bygning. Retten uttalte i den sammenheng følgende:

*«Lagmannsretten gjør etter dette en skjønnsmessig vurdering der 40% av eiendommens inntjeningspotensial vurderes å ha sitt opphav i eiendommens beliggenhet, men 60% vurderes å ha opphav i selve bygningen og de tiltak som er utført av fester.*

*Lagmannsretten slutter seg fullt ut til Høyesteretts antakelse i avsnitt (77) om at slike anslag mellom avkastningsverdi av eiendommen som sådan fratrukket avkastningspotensialet for tomten er vanskelig og usikker, men at vederlaget må fastsettes skjønnsmessig og utfra rimelighet, og at det da ikke finnes noen modell som ikke nødvendiggjør nokså grove og til dels usikre anslag.*

*Når innløsningssummen fastsettes etter ovenstående vurderinger, mener lagmannsretten at skjønnen er foretatt i overensstemmelse med tomtefesteloven § 41 andre ledd og videre at den konkrete innløsningssummen er rimelig for begge parter samt at BST er «vel tent» med å overta»*

---

<sup>83</sup> HR-2017-2359-A Zachariasbryggen II, premiss 77

<sup>84</sup> LG-2018-2300

Vederlaget ble her fastsatt i henhold til det ene alternativ Høyesterett hadde tatt til orde for, og i tillegg «rettferdiggjort» ved en avsluttende rimelighetsvurdering. Fester anket på nytt saken til Høyesterett, men saken ble ikke tatt til behandling da ankeutvalget i februar 2019 kom til at verken avgjørelsens betydning utenfor den foreliggende sak eller andre forhold tilsa at saken skulle bli fremmet for Høyesterett, jf. tvisteloven § 30-4<sup>85</sup>.

Etter min vurdering tilsier det at fastsettelse av bruksverdi for næringseiendom, av en viss kurans, etter tomtefesteloven § 41 annet ledd normalt vil gjøres ved å ta utgangspunkt i avkastningsmodell og en skjønnsmessig fordeling mellom tomt og bygning. Denne skjønnsmessige fordelingen blir nødvendigvis avvikende fra en beliggenhet til en annen.

Avgjørelsen i *Zachariasbryggen II* innebærer imidlertid at man heller ikke kan gjøre det motsatte med hensyn til tomteverdi. I utviklingsområder vil tomteverdien som utviklingstomt for bolig eller næring kunne være vesentlig høyere enn den forholdsmessige andel av verdien etter en avkastningsmodell for påstående næringsbygg. Benyttes en avkastningsmodell, kan man imidlertid ikke hensynta en slik høyere verdi til alternativ bruk. Dette kan innebære et urimelig resultat, og at man i slike tilfeller kanskje må vurdere å bruke en berikelsesmodell i stedet.

#### **4.5 Oppsummering**

Fastsettelse av vederlaget ved bortfesters overtakelse av bebyggelsen og øvrige tiltak vil være basert på en konkret fastsettelse, både om den skal fastsettes ut fra teknisk verdi og bruksverdi.

Ved fastsettelse av bruksverdi, som vil være hovedregelen når festeren krever overtakelse, vil det i næringsforhold hvor bebyggelse er kurant og vil kunne generere leieinntekter være naturlig å fastsette verdien basert på en avkastningsmodell.

I andre tilfeller, for bebyggelse og anlegg som ikke har en slik klart inntektsstrøm, må alternativt bruksverdien fastsettes ut fra en berikelsesmetode, hva tilføres bortfesteren.

---

<sup>85</sup> HR-2019-204 U

## 5. NOEN VURDERINGER

Ved spørsmålet om bortfester kan pålegges å overta bebyggelsen skal det som vi har sett i henhold til forarbeider og rettspraksis gjøres en bred skjønnsmessig interesseavveining. Videre vil overdragelse av enten tomten eller bygget i festetiden slik at det blir andre partskonstellasjoner ha en stor betydning. Disse forhold skaper rom for stort skjønn, og dermed uforutsigbarhet for både fester og bortfester.

Det ville derfor være hensiktsmessig om reglene kunne være mer forutsigbare. I dag er reglene formulert generelt og omfatter alle tomtefesteforhold, både for fritidseiendom, bolig og små og store næringsbygg. Siden avvikling av festeforhold for hus og hytter i dag er lite praktisk ut over i innløsningstilfellene, kunne man tenke seg at det ble utarbeidet egne regler for næringsleieforhold.

Hensyntatt at festeforholdene likevel er så ulike i type, varighet og omfang er det nok likevel lite sannsynlig at man ville lykkes med en generell regulering for næringsfesteforhold som både omfattet de små og store næringsleieforhold. Det kan derfor synes hensiktsmessig med en regulering som legger opp til et bredt skjønn slik loven gjør i dag. Rettspraksis må da angi av hvilke kriterier som kan og skal tillegges vekt, og vektlegging av disse. Ulempen er at dette skaper tvister og pådrar partene kostnader. Men med de avklaringer som har hittil kommet med Stubberuddommen og dels Zachariasbryggedommene har Høyesterett trukket opp en del rammer. Min vurdering er derfor at det ikke vil være hensiktsmessig å endre reguleringen på dette punkt.

Prinsippene for fastsettelse av det vederlag bortfester skal betale for bebyggelsen har også skapt en del tvister, da prisfastsettelsen nødvendigvis må involvere en del skjønn og tvil. Ved Zachariasbryggedommene har det blitt en avklaring både av valg av modell for fastsettelse av verdier og hvordan modellene kan eller skal benyttes. Ut fra at bortfester og fester nødvendigvis her har helt forskjellige interesser for fastsettelse av vederlaget må det likevel bli en del tvister. Min vurdering er at det likevel ikke vil være enkelt å fastsette noen mer faste rammer for fastsettelsen, da det vil være en så stor forskjell fra festeforhold til festeforhold og beliggenhet til beliggenhet at en sjablongmessig fastsettelse av verdi vil være vanskelig i praksis. Da må man heller leve med de rettstvister som oppstår.

Arbeiderpartiet gikk den 8. mai 2021 ut med at de vil jobbe for at tomtefesteloven avvikles<sup>86</sup>. Hovedargumentene for en slik avvikling er i all hovedsak knyttet til forbrukerargumentasjon og festeforhold knyttet til hus og hytter. Ett av argumentene er at tomtefesteloven fører til mange rettsvister, og at dette skaper uforutsigbarhet.

Dersom tomtefesteinstituttet skulle avvikles kan jeg vanskelig se at dette kan skjer over en kort tidsperiode. Det er som angitt omkring 300.000-350.000 tomtefesteforhold, og min vurdering er at en avvikling for det første må skje ved at det ikke tillates å inngå nye tomtefesteforhold. Tomtefesteforhold for fritidsbolig og bolig kan i dag i praksis forlenges av festeren for «evig tid». Det må derfor finnes en egnet avviklingsmetode, eksempelvis ved bruk av innløsningsreglene. I slikt fall må man også innskrenke unntaket for landbrukseiendommer.

For næringsfesteforhold er det i dag ingen rett for fester eller bortfester til å forlenge festeforholdene, med mindre slik rett følger av festekontrakten. Næringsfesteforhold vil derfor i all hovedsak løpe ut. Det er ikke uvanlig med relativt kort festetid på, slik som 30 til 40 år. En god del næringsfestekontrakter løper dermed ut de neste 10 år. Et forbud mot å inngå nye kontrakter og et forbud mot å forlenge festeforhold vil dermed føre til en stor grad av avvikling av næringsfesteforhold. Det vil sannsynligvis føre til at det ville bli et økt antall tvister knyttet til om bortfester må overta bebyggelsen og fastsettelse av eventuelt vederlag. Men antallet saker vil dø ut i takt med at næringsfesteforholdene utløper.

---

<sup>86</sup> <https://www.arbeiderpartiet.no/politikken/tomtefesteloven/>

## 6. KILDER

### Litteraturliste:

Falkanger, Thor. *Tomtefesteloven Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016  
[Lest i Juridika.no, bekreftet à jour pr. 1. september 2020]

Kjøllesdal, Toril G, Thomas Andersen og Harald O. Sletner. *Tomtefesteloven med kommentarer*. Trondheim: Gyldendal juridisk, 2016.

Prestesæter, Pål. «Husmannskontrakter og lovregulering» *Retthistoriske studier nr. 3* (1998)

Skag, Miriam. «Avvikling av tomtefeste.» *Tidsskrift for forretningsjus* årg. 23, nr. 3-4 (2017)  
s. 202-281

Solheim, Stig H. Eiendomsbegrepet i Den europeiske menneskerettskonvensjon.  
Tromsø: Cappelen, 2010.

### Lov- og forarbeidsregister:

NUT 1971: 3	NUT 1971:3 Rådsegn 9 – om tomtefeste
NOU 1993: 29	<i>Ny lov om tomtefeste</i>
1975	Lov 30.mai 1975 nr. 20 om tomtefeste (tomtefestelova 1975)
1996	Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste (tomtefestelova)
2008	Lov 2008 27. juni nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
Ot.prp. nr. 2 (1974-1975)	Om lov om tomtefeste
Ot.prp. nr. 28 (1995-1996)	Om lov om tomtefeste

Ot. prp. nr. 29 (1999-2000)

Om lov om endring i lov 20. desember 1996 nr. 106 om  
tomtefeste

Den Europeiske Menneskerettskonvensjonens første tilleggsprotokoll

**Domsregister:**

LH-2002-807

LH-2002-877

LH-2006-67308 (RG-2007-626)

LA-2006-133137

HR-2013-144-A

LF-2014-118339

LB-2015-169177

HR-2016-1240-A (Zachariasbryggen I)

HR-2017-2359 A (Zachariasbryggen II)

LB-2017-3687

LG-2018-2300 (Zachariasbryggen III)

HR-2019-02-04 – Ankeutvalget

HR-2019-1784-A (Stubberuddommen)

LB-2019-143923





**Norges miljø- og biovitenskapelige universitet**  
Noregs miljø- og biovitenskapelige universitet  
Norwegian University of Life Sciences

Postboks 5003  
NO-1432 Ås  
Norway