



NORGES HØYESTERETT

Den 13. mars 2007 avsa Høyesterett dom i

HR-2007-00493-A, (sak nr. 2006/1686), sivil sak, anke,

Torbjørn Abusdal

(advokat Helge Tofte)

mot

Johan Bernt Michelsen

(advokat Helge Wigemyr – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder spørsmålet om et vederlag som er betalt i forbindelse med erverv av en festerett, er i strid med forbudet mot å kreve innfestingsavgift i tomtfesteloven § 6.
- (2) Johan Bernt Michelsen overtok i 1989 boligeiendommen gnr. 40 bnr. 502 på Gimlekollen i Kristiansand. Tomten, som var på 2,4 mål, hadde i 1969 blitt fradelte som festetomt av den daværende eieren av Gimle gård. Av festekontrakten fulgte det at tomten ikke kunne deles uten bortfesterens samtykke (§ 3), og at det kun kunne bygges ett bolighus på tomten (§ 8).
- (3) Gimle gård med festetomter er senere overdratt til Stiftelsen Gimle Gård (i det følgende ofte omtalt som stiftelsen). Kristiansand kommune utpeker stiftelsens styre, og kommunens administrasjon er forretningsfører.
- (4) Styret for stiftelsen vedtok 6. juni 1997 Retningslinjer ved deling av festetomter tilhørende Stiftelsen Gimle Gård. Etter endringer 30. mars 1998 lød de åtte første punktene i retningslinjene slik:

**”RETNINGSLINJER VED DELING AV FESTETOMTER TILHØRENDE
STIFTELSEN GIMLE GÅRD.**

Vedtatt av styret for Stiftelsen Gimle Gård 6. juni 1997 med endringer 30. mars 1998.

1. **Søknad om deling av festetomter tilhørende Stiftelsen Gimle Gård sendes stiftelsens styre v/sekretariatet, c/o Kristiansand kommune, Kulturdirektørens kontor, 4604 Kristiansand.**
2. **Søker gis melding om at søknaden er mottatt, samtidig som vedtatte retningslinjer for tomtedeling oversendes. Søker må bekrefte at han/hun aksepterer retningslinjene før saksbehandlingen starter.**
3. **Delingssøknaden behandles reguleringsmessig av plan- og bygningsetaten, mens eiendoms- og utbyggingsetaten forestår den videre saksbehandling.**
4. **Den nye parsell takseres som byggetomt. Taksten skal angi tomtens salgsverdi/markedsverdi og skal omfatte verdien av vei, vann og avløp. Takseringen foretas av en av byens eiendomsmeglere.**
5. **Festeavgiften for den nye parsellen/tomten beregnes på grunnlag av 50 % av den takserte tomteverdien. Årlig festeavgift settes til 6 % av dette grunnlaget, som skjønnes å utgjøre bortfesteres andel av tomteverdien. Avkastningsprosenten skal justeres i takt med rentenivået på det tidspunkt ny festekontrakt blir opprettet (jfr. tomtefesteloven).**
6. **Fester av hovedtomten frafaller sin festerett til den nye parsellen/tomten. Det gis ikke reduksjon i festeavgiften på den gjenværende del av hovedtomten.**
7. **Eiendoms- og utbyggingsetaten legger saken frem for Stiftelsen Gimle Gårds styre som fastsetter endelige betingelser for å godkjenne fradeling av ny parsell.**

Styrets vedtak meddeles søker som gis en 3 – tre – ukers frist til skriftlig å godkjenne betingelsene. Når slik bekreftelse er mottatt, underrettes eiendoms- og utbyggingsetaten.
8. **Eiendoms- og utbyggingsetaten utarbeider ny festekontrakt og besørger tinglysning m.v. samt sørger for innkreving/dekning av samtlige omkostninger til taksering og tinglysning av festekontrakt for den nye tomten. Disse utgifter belastes søker.**

Behandlingsgebyr for delingssøknaden innkreves av plan- og bygningsetaten, gebyr for oppmåling og tinglysning av målebrev innkreves av oppmålingsvesenet.”

- (5) Retningslinjene hadde ikke bestemmelser om hvordan en fester kunne ta ut sin del av verdien på en fradelt tomt.
- (6) Johan Bernt Michelsen startet i 1998 en prosess som med stiftelsens samtykke blant annet resulterte i fradeling av to tomter fra gnr. 40 bnr. 502. Han inngikk i 2000 avtale med Skagerrakhus AS i samarbeid med eiendomsmeklerfirmaet Hodne Eiendom om bygging og salg av eneboliger på tomtene.
- (7) Den 26. november 2002 inngikk Torbjørn Abusdal avtale med Skagerrakhus om oppføring av bolig på den ene tomten – gnr. 40 bnr. 671. Vederlaget var fastsatt til 3 140 000 kroner.
- (8) Et par dager senere overdro Michelsen festeretten til gnr. 40, bnr. 671 til Abusdal for 770 000 kroner. Dette vederlaget kom til fradrag i det vederlaget Abusdal skulle betale til

Skagerrakhus. Det går frem av kontrakten at Abusdal var gjort kjent med festeetingelsene, herunder festeavgiftens størrelse.

- (9) Den 4. februar 2003 ble det inngått en stetsevarig festekontrakt mellom Stiftelsen Gimle Gård og Torbjørn Abusdal. Kontrakten var medunderskrevet av Johan Bernt Michelsen etter fullmakt fra Inger og Nils Udjus, som i mellomtiden hadde overtatt gnr. 40 bnr. 502. I kontraktens punkt 7 Supplerende tekst heter det blant annet:

”1. Festekontrakt tinglyst 05.11.1969 dagboknr. 8656 slettes for så vidt angår gnr. 40 bnr. 671. Ny festekontrakt trer i stedet for den gamle, hvorfra følgende bestemmelser videreføres:

...”

- (10) Fraskillelsen og overdragelsen av gnr. 40 bnr. 671 førte ikke til reduksjon i festeavgiften for gnr. 40 bnr. 502.
- (11) Torbjørn Abusdal tok i begynnelsen av 2004 opp med Johan Bernt Michelsen spørsmålet om vederlaget på 770 000 kroner var i strid med forbudet i tomtefesteloven § 6 mot å kreve innfestingsavgift. Partene kom ikke til enighet. Etter forgjeves forliksmekling tok Abusdal ut stevning mot Michelsen ved Kristiansand tingrett. Tingretten avsa 14. desember 2005 dom med slik domsslutning:

”1 Johan Bernt Michelsen dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynning å betale til Torbjørn Abusdal kr. 600.000,- – kronersekshundretusen – med tillegg av 4 % rente fra 06.12.2002 til 18.05.2004, og fra dette tidspunkt lovens forsinkelsesrente inntil betaling av hovedstolen finner sted.

2 Saksomkostninger tilkjennes ikke.”

- (12) Tingretten mente at Abusdal hadde betalt en ulovlig innfestingsavgift. Michelsen hadde krav på fradrag for investeringer, jf. tomtefesteloven § 6 andre ledd andre og tredje punktum, og tingretten fastsatte dette til 170 000 kroner. De resterende 600 000 kroner hadde Abusdal etter tingrettens syn krav på å få tilbakebetalt.
- (13) Johan Bernt Michelsen anket over dommen til Agder lagmannsrett. Torbjørn Abusdal erklærte aksessorisk motanke over størrelsen på fradraget for investeringer. Agder lagmannsrett avsa 6. september 2006 dom med slik domsslutning:

”1. Johan Bernt Michelsen frifinnes.

2. I saksomkostninger for tingretten og i hoved- og motanken for lagmannsretten betaler Torbjørn Abusdal til Johan Bernt Michelsen innen 2 – to – uker fra forkynningen av dommen 116.365 – etthundreogsekstusentrehundreogsekstifem – kroner.”

- (14) Lagmannsretten fant at ingen del av vederlaget på 770 000 kroner var en ulovlig innfestingsavgift.
- (15) Torbjørn Abusdal har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Saken står i det vesentlige i den samme stilling for Høyesterett som for de tidligere instanser.

- (16) Den ankende part, *Torbjørn Abusdal*, har i korte trekk anført:
- (17) Tomtefesteloven § 6 setter forbud mot å kreve ”tilskott (innfestingssum) som vilkår for festeretten”. Store deler av beløpet som Abusdal har betalt Michelsen, må betraktes som vederlag for festerett, og dermed som en ulovlig innfestingssum. Betalingen var nødvendig for at Abusdal skulle kunne komme i posisjon til å få festerett.
- (18) Lagmannsretten gjorde en konstruksjon da den kom til at Michelsens festerett i realiteten var transportert til Abusdal. Det ble opprettet en ny kontrakt mellom Abusdal og stiftelsen, og Michelsens kontrakt ble slettet. Den nye kontrakten gjelder rundt en femdel av den tomt Michelsens kontrakt gjaldt, og er inngått på endrede vilkår. Blant annet er festeavgiften en annen. Standardvilkårene står derimot uendret.
- (19) Det kan i denne sammenheng ikke spille noen rolle at det gikk nesten to år fra den aktuelle tomten ble fradelt til Abusdal inngikk kontrakt om festerett.
- (20) Selv om det skulle være riktig å se det slik at Michelsen har overdratt sin festerett til Abusdal, må overdragelsen rammes av forbudet i tomtefesteloven § 6. Bestemmelsen skal beskytte festere mot å måtte betale full pris for tomten i tillegg til løpende festeavgift. Det er nettopp dette Abusdal har gjort.
- (21) Tomtefesteloven § 6 kan ikke forstås slik at den bare gjelder når en grunneier etablerer en ny festerett. Det ville åpne for omgåelser. Det er ikke nødvendig å ta stilling til om innfestingsforbudet også gjelder når en fester overdrar festerett til en bebygd tomt. Tomten Abusdal fikk festerett til, var ubebygd. For å unngå innfestingsforbudet må det som et minimum kreves at festerett overdras fra en som har planer om å bebygge tomten. Michelsen selv hadde aldri slike planer.
- (22) Den ulovlige innfestingssummen må fastsettes til 685 000 kroner. Det er da gjort fradrag for de dokumenterte utgifter Michelsen har hatt til opparbeidelse av tomten. Det er ikke grunnlag for å gjøre fradrag for verdien av utbyggingsrettigheter.
- (23) Torbjørn Abusdal har lagt ned slik påstand:
- ”1. **Johan Bernt Michelsen dømmes til – innen 2 uker fra forkynnelse av dommen – til å betale Torbjørn Abusdal kr 685.000,- med tillegg av 4 % rente fra 6/12-02 til 18/5-04 og deretter lovens forsinkelsesrente inntil betaling finner sted.**
2. **Torbjørn Abusdal tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”**
- (24) Ankemotparten, *Johan Bernt Michelsen*, har i korte trekk anført:
- (25) Michelsen har ikke mottatt vederlag i strid med tomtefesteloven § 6. Bestemmelsen gjelder bare vederlag til bortfester ved etablering av et nytt festeforhold.
- (26) Ordlyden trekker i denne retning, og tolkningen har støtte i forarbeidene, jf. NOU 1993: 29 side 6 og Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) side 62. Bestemmelsens formål er å motvirke at bortfestere får betalt ”i pose og sekk”, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) side 44. Dette skjer ikke ved overdragelse av festerett. Det er vanlig at festere krever vederlag for festeretten når bolig eller fritidshus på festet grunn overdras, og det vil gi urimelige utslag hvis denne

praksis rammes av § 6. Det er ingen holdepunkter for å skille mellom bebygde og ubebygde tomter, slik Abusdal anfører. Lovgiverne har vært i tvil om behovet for et forbud mot at en bortfester mottar innfestingssum. Man bør da ikke utvide bestemmelsens anvendelsesområde til også å gjelde overdragelse av festerett.

- (27) I denne saken er det i realiteten tale om overdragelse av festerett – ikke etablering av nytt festeforhold. Bakgrunnen for den fremgangsmåte som ble valgt, er at stiftelsen ikke ønsket fremfeste. Alternativet var da å gjøre vilkårsendringer i avtalen mellom Michelsen og stiftelsen med påfølgende direkte overdragelse mellom Michelsen og Abusdal. Dette fremsto som tungvint.
- (28) Michelsen opptrådte bare som fester. Vederlaget tilfalt ham, ikke stiftelsen. Derfor hefter det ingen omgåelsesproblemer til disposisjonen. Det ville være svært urimelig dersom Michelsen ikke skulle kunne motta vederlag for festeretten, særlig når festeavgiften på den gjenværende tomten ikke ble redusert.
- (29) Dersom det antas at det er betalt en ulovlig innfestingssum, må det i tillegg til fradraget for grunnarbeider gjøres et skjønnsmessig fradrag for et vederlag for salg av utbyggingsretten til Skagerrakhus.
- (30) Johan Bernt Michelsen har lagt ned slik påstand:

- ”1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Johan Bernt Michelsen tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett.”

(31) *Jeg er kommet til at anken ikke fører frem.*

(32) Tomtefesteloven § 6 lyder slik:

”§ 6. Avtale om lån og tilskott

Avtale om lån som vilkår for festeretten er ikkje bindande for festaren. Er lånet heilt eller delvis ytt, kan festaren krevje det attende.

Det same gjeld om tilskott (innfestingssum) som vilkår for festeretten. Det kan likevel avtalast at festaren skal yte tilskott svarande til påkostnaden, dersom bortfestaren etter avtala skal opparbeide veg, leggje vatn- eller kloakkleidning eller gjere andre tiltak til nytte for festetomta, eller bortfestaren skal koste slike tiltak som er eller vert gjort av kommunen eller andre. Dette gjeld òg for tiltak som bortfestaren har gjort eller kosta i tida før avtala. Skal bortfestaren sjølv utføre arbeidet eller delar av dette, eller bortfestaren sjølv har utført det i tida før avtala, kan bortfestaren rekne inn eit rimeleg vederlag for arbeidet i tilskottet. Kongen kan i forskrift gje føresegner om fordelinga av påkostnaden der opparbeidinga eller gjennomføringa av tiltaket skjer under eitt for eit større område med fleire festetomter.

Paragrafen her gjeld berre avtaler inngått etter 1975.”

(33) Et hovedspørsmål i saken er om forbudet mot innfestingssum i § 6 andre ledd første punktum bare gjelder når en bortfester etablerer et nytt festeforhold, eller om forbudet også gjelder ved overdragelse av festerett fra en fester til en annen.

(34) Ordlyden gir ikke noe klart svar på dette spørsmålet, men gir etter mitt syn visse holdepunkter for at kun den førstnevnte situasjon omfattes. Formuleringene ”vilkår for festeretten” og ”innfestingssum” tyder på at det er tale om etablering av festerett. Videre peker jeg på at bestemmelsen etter sin ordlyd bare omtaler forholdet mellom fester og bortfester, ikke forholdet mellom fester og ny fester.

(35) Første ledd og andre ledd første og andre punktum tilsvarer tomtefesteloven av 1975 § 5 første ledd og andre ledd første og andre punktum. Lovgrunnen er i Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) side 44 omtalt slik:

”Bakgrunnen for at denne paragrafen kom inn i tomtefestelova, var at det i praksis hende at bortfestaren sette som vilkår for festet at festaren ytte eit lån som kunne vere så stort at det svarte til salsprisen på tomta, sjå rådsegn 9 ”Om tomtefeste” frå Sivillovbokutvalet s 29-30 og Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) s 25. I slike tilfelle kunne grunneigaren få både i pose og sekk. På den eine sida fekk han – som ein seljar – føremon av straks å kunne rå over ein kjøpesum. På den andre sida fekk han – som eigar – føremon av å vere sikra verdauken av tomta i framtida. Både Sivillovbokutvalet og Justisdepartementet kom den gongen til at det burde vere eit forbod mot å setje lån som vilkår for festeretten.”

(36) I motsetning til Sivillovbokutvalet mente Justisdepartementet at også tilskudd burde omfattes av forbudet med mindre tilskuddet skulle dekke kostnader til opparbeidelse av tomten. Om begrunnelsen heter det i Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) side 29:

”Derimot synes det ikkje å vere trong til å kunne avgjere også den del av festevederlaget som svarer til verdet av råtomta, med ein eingongssum.”

(37) Sivillovbokutvalet foreslo i NOU 1993: 29 Ny lov om tomtefeste ingen bestemmelse tilsvarende § 5 i 1975-loven. Departementet gikk derimot inn for å videreføre bestemmelsen med følgende begrunnelse, se Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) side 45:

”Sivillovbokutvalet er inne på at partane bør stå fritt å avtale det samla vederlaget for tomta dels som ein eingongsvederlag og dels som ei årleg avgift – når berre det samla vederlaget er nokolunde rimeleg ... Departementet er prinsipielt samd i at partane i utgangspunktet burde stå fritt her (jf òg det som er sagt i avsnitt 4.4 ovanfor om fastsetjing av festeavgifta), og ser i og for seg ikkje nokon fare i at partane avtaler tilskott så fram tilskottet og den årlege avgifta som skal betalast, samla utgjør eit rimeleg vederlag for festeretten. Med den sterke posisjonen bortfestaren har i samband med inngåinga av festeavtaler, er det likevel grunn til å frykte at nokre vil utnytte denne slik at bortfestaren i røynda får betalt for tomta to gonger både i form av tilskott (innløysingssum) og i form av festeavgift.”

(38) Formålet med forbudet i § 6 er altså å motvirke at bortfesteren får betalt ”i pose og sekk”. Dette hensynet gjør seg i liten grad gjeldende ved overdragelse av festerett. Den som overdrar festerett, får ikke dobbel betaling selv om den nye festeren både må betale et vederlag for festeretten og festeavgift til bortfesteren. Siden kontantvederlaget ikke skal gå til grunneieren, vil heller ikke argumentet om grunneierens vanligvis sterkere forhandlingsposisjon gi seg det samme utslag som når kontantvederlaget skal gå til ham.

(39) Forarbeidene behandler ikke spørsmålet om forbudet mot innfestingsavgift skal gjelde ved overdragelse av festerett, og det er ingen klare holdepunkter der for at lovgiverne har ment at dette skal være tilfelle. Det er vanlig at det betales vederlag når festerett overdras – uavhengig av om tomten er bebygd eller ikke. Dette må ha vært kjent for lovgiverne. Generelt vil det være urimelig om en fester ikke skal kunne kreve vederlag når han

overdrar festerett. Dersom det hadde vært meningen at forbudet i § 6 skulle gjelde ved slike overdragelser, er det derfor etter min mening all grunn til å vente at spørsmålet hadde vært drøftet i forarbeidene.

- (40) Den ankende part har anført at innfestingsforbudet må gjelde også ved overdragelse av festerett for å unngå at bortfesteren via omveier får dobbelt betalt og har vist til tre lagmannsrettsdommer hvor spørsmålet om omgåelse av forbudet sto sentralt (RG 1996 side 1663, dom 31. mai 2001 (LA-2001-43) og dom 14. februar 2005 (LA 2004-11588)). Ingen av disse saker gjaldt imidlertid overdragelse av festerett fra en fester til en annen. Så vidt jeg kan se, er det ingen stor fare for at vederlaget ved slike overdragelser via omveier likevel skal tilfalle bortfesteren. Hensynet til å unngå omgåelser tilsier derfor ikke at bestemmelsen må gis anvendelse også ved overdragelse av festerett. En annen sak er at rene omgåelser – her som ellers – vil rammes av forbudet mot innfestingsavgift.
- (41) Min konklusjon er at forbudet i § 6 ikke gjelder ved overdragelse av festerett.
- (42) Etter mitt syn faller også vederlag som en fester betaler for å oppgi sin festerett, utenfor tomtefestelovens forbud mot innfestingsavgift. Heller ikke i denne situasjonen gjør formålet med forbudet seg gjeldende på samme måte som hvor både kontantvederlag og festeavgift går til grunneieren. Riktignok kan festeren også her risikere å måtte betale en del av tomteverdien to ganger. Det er imidlertid et klart praktisk behov for å akseptere slike ordninger. Beskyttelsen mot at festeren må betale for tomteverdien to ganger, må i tilfeller hvor kontantvederlaget skal betales til en tredjeperson som vederlag for oppgivelse av en rett, overlates til markedet.
- (43) Dette bringer meg over på spørsmålet om arten av avtalen mellom Michelsen og Abusdal. Michelsen var fester av eiendommen i kraft av festeavtalen fra 1969 helt frem til Abusdal overtok festeretten samtidig med at Michelsen frafalt sin rett. Han bestemte – i forhold til bortfesteren – hvem som skulle bli fester av de fraskilte tomtene og fastsatte tidspunktet for overdragelse.
- (44) Festekontrakten fra 1969 for gnr. 40 bnr. 502 ble inngått for 99 år, og var knyttet til denne eiendommen. Etter festekontrakten punkt 8 kunne tomten bare bebygges med ett bolighus. I 2001 ble det fra eiendommen fraskilt to tomter med sikte på bebyggelse – bnr. 670 og 671. De festekontrakter som i 2003 ble inngått for de fraskilte tomtene, er ikke tidsbegrensede, og de kan heller ikke sies opp fra bortfesters side. Når de kunne bebygges, var det ikke på grunnlag av den opprinnelige festekontrakten, men på grunnlag av de kontrakter som ble inngått i 2003. Samtidig har den omstendighet at det fra det opprinnelige bnr. 502 er blitt fraskilt to tomter, ikke hatt noen innvirkning på den festeavgift som skal betales i henhold til den opprinnelige festekontrakten.
- (45) Slik jeg ser det, kan det være en smakssak om de festerettigheter som ble etablert i 2003, reelt må anses som nye festeforhold eller som partielle overdragelser av den festerett som ble etablert i 1969, men jeg finner den førstnevnte løsningen mest naturlig. Det vederlag som Abusdal har betalt til Michelsen, må imidlertid anses som et vederlag for at Michelsen skulle oppgi sin festerett i den nyetablerte tomten, som altså etter mitt syn ikke omfattes av forbudet mot innfestingsavgift i tomtefesteloven § 6.

- (46) Min konklusjon er etter dette at ingen del av det vederlaget Abusdal betalte til Michelsen, er i strid med tomtefesteloven § 6. Lagmannsrettens dom må da stadfestes, idet jeg også er enig i lagmannsrettens omkostningsavgjørelse.
- (47) Anken har ikke ført frem og jeg finner at Torbjørn Abusdal må pålegges å erstatte Johan Bernt Michelsens saksomkostninger også for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 første ledd. Omkostningskravet utgjør 75 270 kroner, hvorav 68 750 kroner, inklusive merverdiavgift, utgjør salær for Høyesterett. Kravet tas til følge.
- (48) Jeg stemmer for denne

D O M:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Torbjørn Abusdal til Johan Bernt Michelsen 75 270 – søttifemtusentohundreogstøtti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.

- (49) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (50) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (51) Kst. dommer **Sverdrup:** Likeså.
- (52) Dommer **Tjomsland:** Likeså.
- (53) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Torbjørn Abusdal til Johan Bernt Michelsen 75 270 – søttifemtusentohundreogstøtti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: