



NORGES HØYESTERETT

Den 12. desember 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-2359-A, (sak nr. 2017/1050), sivil sak, anke over overskjønn,

Bergen Sentrum Tomteselskap AS (advokat Sam E. Harris)

mot

Zachariasbryggen AS (advokat Morten Steenstrup)

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

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder fastsettelse av vederlag for festerens bygning ved opphør av festeforholdet. Spørsmålet er om lagmannsrettens rettsanvendelse ved fastsettelsen av "det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren" er riktig, jf. tomtefesteloven § 41 andre ledd.
- (2) Bergen Sentrum Tomteselskap AS eier eiendommen Zachariasbryggen, som ligger på en utstikker ved Fisketorget i Bergen sentrum. Like i nærheten ligger verdensarvstedet Bryggen og bevertningssteder som i saken har vært omtalt som "Gullrekken".
- (3) Festekontrakt for eiendommen ble inngått 31. oktober 1991. Festetiden var 25 år, regnet fra 1. juli 1988, og løp dermed etter kontrakten ut 1. juli 2013. Det er opplyst at kontrakten ble forlenget til 1. juli 2015.
- (4) Zachariasbryggen AS er fester og eier bygningen på tomten. Bygget ble oppført på slutten av 1980-tallet. Etter hvert har anlegget fått preg av å være et restauranthus. Arealer som ligger inntil Bergen Sentrum Tomteselskap AS' eiendom, leies inn fra andre eiere til bruk for uteservering knyttet til restauranthuset.
- (5) Det ble åpnet konkurs hos Zachariasbryggen AS 11. september 2013. Boet trådte ikke inn i festekontrakten. Bygningen ble abandonert, slik at Zachariasbryggen AS igjen disponerte den.

- (6) Både festeren og bortfesteren hevet festeavtalen 10. oktober 2013. Partene var enige om at bortfesteren hadde rett og plikt til å overta bygningen etter tomtefesteloven § 40. Uenigheten gjelder hvilket vederlag bortfesteren skal betale til festeren for bygningen.
- (7) Zachariasbryggen AS begjærte skjønn til verdsettelse av bygningen ut fra bruksverdi, jf. tomtefesteloven § 41 andre ledd. Bergen tingrett fastsatte imidlertid vederlaget til noe over 132 millioner kroner ut fra "teknisk verdi" av bygningen, jf. tomtefesteloven § 41 første ledd. I overskjønnet kom Gulating lagmannsrett til at byggekostnadene ved oppføring av en ny bygning ville være 171 millioner kroner. Etter fradrag for slit og elde mv. ble vederlaget satt til 138 millioner kroner. Også lagmannsretten anvendte tomtefesteloven § 41 første ledd.
- (8) Lagmannsrettens overskjønn ble anket til Høyesterett. I HR-2016-1240-A ble lagmannsrettens avgjørelse opphevet. Høyesteretts flertall kom her til at når både festeren og bortfesteren krever at bortfesteren skal overta bygningen, kan festeren velge om han vil fremsette krav om vederlag etter første eller andre ledd i tomtefesteloven § 41. Festeren har altså valget mellom det som i dommen angis med stikkordene "teknisk verdi" og "bruksverdi".
- (9) På bakgrunn av Høyesteretts dom fastsatte lagmannsretten i nytt overskjønn vederlaget ut fra bruksverdi etter tomtefesteloven § 41 andre ledd. For å komme frem til vederlaget, tok lagmannsretten utgangspunkt i en kapitalisering av netto leieinntekter for hele eiendommen. På denne bakgrunn ble den totale verdien på overtakelsestidspunktet satt til 374 millioner kroner. Etter fradrag på 40 millioner kroner for tomteverdien fastsatte lagmannsretten vederlaget for bygningen til 334 millioner kroner.
- (10) Lagmannsrettens overskjønn 25. april 2017 har slik slutning:
- "1. Vederlaget for Bergen Sentrum Tomteselskap AS sin overtakelse av bygningsmassen på eiendommen gnr 166 bnr 1655 snr. 1 og snr. 2, settes til kroner 334 000 000 – trehundreogtrettifiremillioner.**
 - 2. Avsavsrenten settes til 6 – seks – prosent pro anno, regnet fra 10. oktober 2013.**
 - 3. Bergen Sentrum Tomteselskap AS tilpliktes innen 2 – to – uker etter at overskjønnet er forkynt å betale sakskostnader for lagmannsretten til Zachariasbryggen AS med kroner 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen.**
 - 4. Det gjøres ingen endring i sakskostnadsavgjørelsene for tingretten og lagmannsrettens forrige behandling.**
 - 5. Bergen Sentrum Tomteselskap AS dekker lagmannsrettens gebyr og utlegg til skjønnsmedlemmer etter særskilt oppgave fra lagmannsretten."**
- (11) Bergen Sentrum Tomteselskap AS anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse og over saksbehandlingen. Zachariasbryggen AS erklærte avledet anke over lagmannsrettens fastsettelse av vederlaget og anket også selvstendig over lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse.
- (12) Ved Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse 18. august 2017 ble anken fra Bergen Sentrum Tomteselskap AS fremmet "... for så vidt gjelder rettsanvendelsen knyttet til beregning

av vederlaget etter tomtefesteloven § 41 andre ledd". Anken over saksbehandlingen og den avledede anken ble ikke tillatt fremmet.

- (13) Så langt den er henvist, står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (14) Den ankende part – *Bergen Sentrum Tomteselskap AS* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (15) Prinsipalt anføres at festerens vederlag skal fastsettes ut fra et berikelsesprinsipp. Dette er i best samsvar med ordlyden i tomtefesteloven § 41 andre ledd – "det verdet husa ... har for bortfesteren". Det bortfesteren skal betale for, er den berikelsen det innebærer for ham å overta bygningen som står på hans tomt.
- (16) Det bestrides ikke at denne berikelsen i prinsippet kan være høyere enn teknisk verdi fastsatt etter § 41 første ledd. Men lagmannsrettens avkastningsmodell fører til at bygningen får en altfor høy verdi i forhold til tomten.
- (17) Det riktige må være å ta utgangspunkt i en tenkt situasjon hvor tomten er ryddet i samsvar med tomtefesteloven § 39. Vederlaget skal tilsvare den verdi som ligger i at bortfesteren, istedenfor å få en ryddet tomt, kan overta et eksisterende bygg. Bortfesterens berikelse er først og fremst at han slipper å bygge selv.
- (18) Den berikelsesmodellen § 41 andre ledd gir anvisning på, fører til et vederlag som i utgangspunktet ligger nær opp til teknisk verdi. Men vederlaget må justeres opp, blant annet ut fra at bortfesteren får avkastning av bygningen i den tiden det ellers ville tatt å få opp et nytt bygg. Også andre forhold, som goodwill festeren har opparbeidet, kan øke vederlaget. På den andre siden kan det være riktig å redusere vederlaget, fordi bortfesteren overtar en mindre funksjonell bygning enn det et nybygg ville være. Bortfesterens inntektsmuligheter etter den tiden det ville ta å få opp et nytt bygg, er ikke relevant for festerens vederlag.
- (19) Det kan ikke være riktig å la festeren – som bare har en tidsavgrenset rett til å bruke grunnen – få vederlag beregnet ut fra eiendommens inntekspotensial "inn i evigheten". Dette blir konsekvensen om lagmannsrettens fremgangsmåte følges.
- (20) Subsidiært anfører Bergen Sentrum Tomteselskap AS at dersom man godtar lagmannsrettens avkastningsmetode for å verdsette hele eiendommen, må det gjøres forholdsmessig fradrag for tomteverdien etter de samme prinsippene som for hele eiendommen. Bare på den måten kan det skje en fornuftig fordeling av avkastningen fra bygget og fra tomten. Når lagmannsretten bare gjør fradrag for råtomten ut fra en antatt strøksverdi, får bygget en helt uforholdsmessig verdi i forhold til tomten.
- (21) Det resultatet lagmannsretten har kommet til, innebærer en uforholdsmessig formuesforskyvning fra eieren til festeren i strid med protokoll 1 artikkel 1 til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK P1-1).
- (22) Bergen Sentrum Tomteselskap AS har lagt ned slik påstand:

"1. Lagmannsrettens overskjønn, med unntak av punkt 2 og 4, oppheves.

2. Bergen Sentrum Tomteselskap AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

- (23) Ankemotparten – *Zachariasbryggen AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (24) Lagmannsrettens valg av metode for å fastsette vederlaget er korrekt.
- (25) Som det fremgår av lagmannsrettens premisser, må vederlaget etter tomtefesteloven § 41 andre ledd fastsettes ut fra avkastningsverdien, basert på inntektspotensialet og en kapitaliseringsrente, eller "yield". Beregning av avkastning er den metoden som anvendes i praksis ved fastsettelse av bruksverdien av et slikt næringsbygg som *Zachariasbryggen*. Også *Bergen Sentrum Tomteselskap AS* har inntil lagmannsrettens siste avgjørelse vært enig i dette. Dette er også metoden som benyttes i regnskapspraksis og av kredittgivere.
- (26) Ved bruk av avkastningsmetoden kommer en frem til eiendommens samlede verdi. Verdien av tomten må derfor trekkes fra. Det er imidlertid i det alt vesentlige bygningen, og driften av den, som genererer inntekter. Tomteverdien skal derfor ikke beregnes ut fra avkastning, men fastsettes ut fra strøksverdien. Dette er den vanlige fremgangsmåten ved fastsettelse av tomteverdier. En sammenligning med andre eiendommer i området viser at lagmannsrettens vurdering av tomteverdien er korrekt.
- (27) Lagmannsrettens fastsettelse av verdien av bygningen er dermed basert på en korrekt metode. Som anført i den avledede anken, som ikke ble henvist, burde vederlaget etter en riktig bevisbedømmelse vært vesentlig høyere.
- (28) Fastsettelse av vederlaget ut fra et slikt berikelsesprinsipp som bortfesteren tar til orde for, er uten forankring i rettskildene og i strid med regnskapsmessige prinsipper. Fremgangsmåten er ikke beskrevet noe sted, og bortfesteren erkjenner selv at metoden er "hjemmesnekret". Domstolene vil ikke ha noe å holde seg til om dette skulle bli den metoden Høyesterett gir anvisning på.
- (29) Lagmannsrettens resultat er balansert og ikke i strid med EMK P1-1.
- (30) *Zachariasbryggen AS* var i en tvangssituasjon og måtte heve festekontrakten for å komme i posisjon til å kreve vederlag etter bestemmelsen om bruksverdi. Sakskostnadene skal derfor dekkes av bortfesteren i medhold av skjønnsprosessloven § 42. Det må bygge på en misforståelse når Høyesterett i forrige runde la til grunn at partene var enige om at skjønnsprosessloven § 43 kom til anvendelse.
- (31) *Zachariasbryggen AS* har lagt ned slik påstand:
- "1. **Anken forkastes.**
 2. ***Zachariasbryggen AS* tilkjennes saksomkostnader for tingrett, lagmannsretten og Høyesterett.**
 3. **Subsidiært i forhold til del av saksomkostnadsavgjørelsen for lagmannsretten:**
Gulathing lagmannsretts avgjørelse av saksomkostnader pkt. 3 i overskjønn av 25. april 2017 i sak nr. 16-150715SKJ-GULA/AVD2 oppheves."
- (32) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*

- (33) Feste er en form for leie av grunn til hus, jf. tomtefesteloven § 1 første ledd. Når festeforholdet er tidsbestemt – her var festetiden etter kontrakten 25 år – har festeren ved festetidens utløp "rett og plikt til å ta bort hus og andre faste tilskipingar som festaren har på tomta", jf. tomtefesteloven § 39. Lovens utgangspunkt er altså at eieren skal ha tomten tilbake slik den var før leieforholdet ble innledet.
- (34) I praksis, i alle fall når det gjelder bebygde tomter i sentrum av byene, er det imidlertid § 40 om "[r]ett og plikt til overtaking av hus og faste tilskipingar" som vanligvis kommer til anvendelse. Den relevante delen av § 40 første ledd har denne ordlyden:
- "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 fastsett etter føresegnene i § 37."**
- (35) Hvordan vederlaget til festeren skal fastsettes, fremgår av § 41 hvor første ledd og andre ledd første punktum lyder slik:
- "Når bortfestaren krev overtaking, skal vederlaget setjast til det det ville koste å føre opp tilsvarande 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."**
- (36) Ved flertallets votum i HR-2016-1240-A ble det avgjort at når både festeren og bortfesteren har krevd at bortfesteren overtar bygningen, kan festeren velge om vederlaget skal fastsettes etter tomtefesteloven § 41 første eller andre ledd, se konklusjonen i avsnitt 33. Stikkordsmessig ble verdsettelse etter første ledd angitt som "teknisk verdi", mens verdsettelse etter andre ledd ble benevnt "bruksverdi". Videre ble det slått fast at beregning ut fra bruksverdien kan være høyere enn den tekniske verdien, se avsnitt 31. I dommen tas det ikke stilling til *hvordan* vederlaget skal beregnes.
- (37) Selv om den praktiske hovedregelen nok er overtakelse av påstående bygninger, er lovens systematikk likevel viktig som bakgrunn ved fastsettelsen av vederlaget: Det enkle utgangspunktet er at det dreier seg om disponering av en annens grunn mot betaling så lenge festeavtalen løper. Ved festetidens utløp skal eieren ha tilbake sin eiendom slik den var før festet tok til, med mindre reglene om overtakelse får anvendelse. Som jeg straks kommer til, bygger også forarbeidene på denne betraktningmåten.
- (38) Situasjonen i saken her er at festetiden er over, og at festeren har krav på vederlag for bygningen etter § 41 andre ledd. Spørsmålet er om den fremgangsmåten lagmannsretten har benyttet for å finne frem til vederlaget, er i samsvar med § 41 andre ledd – "det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren".
- (39) Jeg viser til, og bygger på, gjennomgangen av rettskildene i 2016-dommen.
- (40) *Ordlyden* gir ikke anvisning på noen spesifikk metode for å finne frem til "verdet ... for bortfestaren". Jeg antar det kan være flere måter å gjøre dette på. Men uansett metode, må det hele kunne ut i verdien *for bortfesteren*. Verdien for festeren er i denne sammenheng

irrelevant. Videre er det klart at det til sist er verdien av "husa og tilskippingane" – her bygningen – man skal frem til, ikke eiendommens totale verdi.

- (41) 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.
- (42) Når jeg nå går over til *lovforarbeidene*, er det naturlig først å nevne reguleringen i den tidligere tomtefesteloven av 1975, slik den er beskrevet i HR-2016-1240-A avsnitt 26:

"Gjeldende tomtefestelov avløste tomtefesteloven fra 1975 som i § 20 og § 21 hadde tilsvarende regler om bortfesterens overtaking av festerens hus og faste innretninger. Den gang var det ikke gitt noen klar verdsettelsesregel, men det fremgikk av § 21 femte ledd at når festeren krevde at bortfester skulle overta, skulle det 'særleg takast omsyn til kva bruksverde det overtatte vil ha for bortfestaren'. Retningslinjen gjaldt ikke når bortfesteren krevde å få overta."

- (43) Etter et sitat fra forarbeidene til den tidligere loven heter det så i avsnitt 27 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. Av sammenhengen fremgår at denne friheten kunne nyttes til å fastsette et høyere vederlag. Det kunne bli dyrere – ikke billigere – for bortfester å kreve overtaking enn å bli påtvunget overtaking."

- (44) Uttrykket "bruksverde", som ble brukt i den tidligere loven, er ikke tatt inn i § 41 andre ledd. Det fremgår imidlertid av forarbeidene til 1996-loven at det fortsatt var bruksverdien lovgiveren hadde i tankene. Av Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) side 71 fremgår det således 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 verdien for bortfesteren nå blitt selve regelen, jf. også HR-2016-1240-A avsnitt 28.
- (45) Jeg nevner også at det i NOU 1993: 29 Ny lov om tomtefeste side 18 fremholdes følgende om ordningen etter den tidligere loven:

"Den 'meirverdien' for bygningen som kjem av at bortfestaren har rett til å disponera tomta, ligg til bortfestaren."

- (46) Det er ingenting som tyder på at dette, nokså selvsagte, standpunktet er forlatt i senere forarbeider.
- (47) Som jeg allerede har vært inne på, skal festeren i utgangspunktet rydde tomten ved festetidens utløp, mens det i praksis gjerne er slik at bortfesteren overtar bygningen. I dagens lov er inngangsvilkåret for overtakelse at rydding av tomten ville føre til at "verdiar går til spille i utrengsmål", jf. § 40 første ledd. Etter tomtefesteloven av 1975 var den tilsvarende regelen i § 21 andre ledd formulert noe annerledes og lød slik:

"Vil ryddiggjeringa føre til at verdiar spillest i utrengsmål 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."

- (48) Regelen er omtalt i NUT 1971: 3 Rådsegn 9 om tomtefeste på side 38–39. Det heter her at rydding av tomten er "det prinsipale", men at grunneieren bør pålegges innløsningsplikt når noe annet ville være urimelig mot festeren, og grunneieren selv vil være "vel tent med å overta etter takst". Det føyes så til at regelen er et forsøk på å "... skifte sol og vind likt til både sider".
- (49) Ordlyden ble som nevnt ikke videreført i 1996-loven, men heller ikke her ser det ut til å være ment å gjøre realitetsendringer. Det heter nemlig i NOU 1993: 29 side 77 at vilkåret om at bortfesteren må være "vel tent" med å overta bygningen, omfattes av at verdier ikke må spilles i "utrensmål". Det uttales så:
- "Dersom omsynet til ein av partane veg tyngre enn omsynet til det verdispillet som eventuelt vil skje, er det ikkje tale om verdispille i utrensmål. På same måten som etter gjeldande lov har ein meint å leggja til rette for ei interesseavveging og vurdering av kva som er ei rimeleg løysing ..."**
- (50) Departementet hadde ikke merknader til dette, se Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) side 70.
- (51) Forarbeidenes understrekning av at det må skje en interesseavveining, og at bortfesteren må være "vel tent" med å overta bygningen, knytter seg direkte til regelen om rett og plikt til å overta bebyggelsen, jf. dagens tomtefestelov § 40. Men den grunnleggende forutsetningen om å søke mot å "skifte sol og vind likt til både sider" må etter mitt syn også få betydning for forståelsen av regelen om vederlag i § 41.
- (52) Det er særlig tre momenter fra forarbeidene som er av betydning for saken her.
- (53) 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.
- (54) Dernest er det klart at den merverdien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren.
- (55) 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.
- (56) Utover Høyesteretts dom fra 2016 har jeg ikke funnet *rettspraksis* som gir særlig veiledning. Lagmannsretten nevner en avgjørelse fra Frostating lagmannsrett 29. april 2014 (LF-2013-159528), hvor det kan se ut til at det er fulgt en metode som har dannet mønster for saken her. På den annen side kom Borgarting lagmannsrett i en avgjørelse 27. oktober 2008 (LB-2008-8069) til at det ved vurderingen av fremtidige leieinntekter, måtte gjøres fradrag "... for den del av leieinntektene som kan tilskrives tomten og beliggenheten". I den saken ville dette dreie seg om en "betydelig andel av den

samlete leiesummen", men det er ikke angitt nærmere hvor stor denne delen var.

- (57) Jeg kan heller ikke se at verdsettelsesmetoder som benyttes på andre rettsområder, gir særlig veiledning for det nokså særegne oppgjøret som skal finne sted ved avvikling av festeforhold.
- (58) Jeg ser så nærmere på *beregningen av vederlaget i saken her*.
- (59) For en forretningseiendom som Zachariasbryggen, som i det vesentlige brukes til restaurantdrift, vil avkastningen fra næringsvirksomheten gjennomgående være et vesentlig element ved verdsettelsen av eiendommen. Avkastningen skriver seg naturligvis både fra utnyttelsen av tomten og fra bruken av bygningen. Hvordan bygget er utformet og drevet, er avgjørende for inntektsmulighetene. Men det er også tomtens beliggenhet. Betydningen av henholdsvis tomt og bygning for avkastningsmuligheten kan formentlig variere i høy grad. Men når det som her er tale om en eiendom helt sentralt i Bergen, er tomtens beliggenhet utvilsomt viktig.
- (60) Som partene, legger jeg til grunn at fortsatt næringsdrift vil være den aktuelle utnyttelsen av tomten i overskuelig fremtid. Da må det ved verdsettelsen av den bygningen som skal overtas – på en eller annen måte – også tas hensyn til bygningens fremtidige avkastningspotensial for bortfesteren. Overtakelsen av bygningens avkastningspotensial er gjerne en viktig del av bruksverdien for ham.
- (61) Den ankende part har prinsipielt anført at det er berikelsen for bortfesteren man skal frem til. Jeg er enig i at "verdet ... for bortfestaren" prinsipielt ikke kan være mer enn det som er bortfesterens berikelse ved å overta bygningen. Etter mitt syn er en slik berikelsesmodell vel forenlig med ordlyden og forarbeidene. Men ved beregningen av berikelsen må det, i et tilfelle som her, også tas hensyn til den overtatte bygningens potensielle avkastning.
- (62) Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på hvordan en berikelsesmodell eventuelt kunne utformes. Det som skal prøves i saken her, er lagmannsrettens rettsanvendelse. Den er etter min mening ikke forenlig med tomtefesteloven § 41 andre ledd. Som jeg nå skal vise, gir ikke lagmannsrettens fremgangsmåte et vederlag som er i samsvar med bygningens bruksverdi for bortfesteren.
- (63) Lagmannsretten tok utgangspunkt 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 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 eiendommen – bygning og tomt – 374 millioner kroner. Jeg minner for sammenhengens skyld om at bygningens verdi etter tomtefesteloven § 41 første ledd – "det det ville koste å føre opp tilsvarende hus ... på tomta" – ble satt til om lag 171 millioner kroner i det første overskjønnet.
- (64) Jeg har oppfattet partene slik – og jeg legger til grunn – at en slik avkastningsberegning som lagmannsretten foretok, er en vanlig metode for å finne frem til verdien av en

eiendom som denne i forbindelse med kjøp og salg. Om dette er det beste utgangspunktet for fastsettelse av bruksverdi for bortfesteren ved overtakelse av et næringsbygg i medhold av § 41 andre ledd, tar jeg ikke stilling til. Jeg kan imidlertid ikke se at loven er til hinder for – som et ledd i beregningen – å ta utgangspunkt i en vurdering av hele eiendommens verdi basert på avkastningspotensialet.

- (65) Spørsmålet er hvordan man med utgangspunkt i en totalverdi for eiendommen kommer frem til en *bruksverdi for bortfesteren*, ikke av eiendommen, men *av bygningen isolert sett*. Som jeg har fremholdt fra forarbeidene, skal festeren ikke ha noen del i den "merverdien" som skriver seg fra tomten. En mulig måte å gjøre dette på er – som lagmannsretten – å trekke verdien av tomten fra totalverdien, for slik å komme frem til et vederlag som bare omfatter bygningen.
- (66) Lagmannsretten valgte imidlertid ved verdsettelsen av tomten å forlate avkastningsmodellen. I stedet verdsatte retten "råtomten" – altså tomten uten bebyggelse – til 40 millioner kroner ut fra det partene gjennomgående har omtalt som "strøksverdi". Slik jeg forstår lagmannsretten, har den her først og fremst søkt støtte i hva en tilsvarende råtomt ville være verdt. I denne vurderingen tar lagmannsretten blant annet hensyn til den sentrale beliggenheten. Men – så vidt jeg kan forstå premissene – tenker retten seg her dagens bygning bort og trekker derfor inn mulige begrensninger for et tenkt nybygg ut fra bevaringsmessige grunner, mulig økt havnivå mv.
- (67) Lagmannsretten benytter altså en avkastningsmodell for å verdsette hele eiendommen, men forlater denne når tomtens verdi skal fastsettes. Etter min oppfatning fører dette galt av sted.
- (68) Som jeg allerede har vært inne på, er det etter mitt skjønn åpenbart at med Zachariasbryggens beliggenhet, må en vesentlig del av inntjeningspotensialet skrive seg fra tomten. Bortsett fra en bemerkning om at tomten ligger sentralt til, er likevel inntjeningspotensialet fraværende ved lagmannsrettens fastsettelse av fradrag for tomtens verdi.
- (69) Det er nok så at en strøksmessig vurdering av råtomtverdi også kan ta opp i seg elementer av avkastningspotensialet. Men dette er det altså knapt spor av i lagmannsrettens avgjørelse.
- (70) Slik lagmannsretten her har gått frem, blir resultatet etter mitt skjønn langt på vei at festeren godskrives nesten hele eiendommens fremtidige inntjeningspotensial. Festeren settes i en posisjon ikke ulik en eiers i en salgssituasjon. Dette til tross for at festeren ikke har annen rett til grunnen enn at han kunne benytte den i en begrenset tidsperiode, som nå er ute. Med lagmannsrettens metode ligger resultatet også tett opp til en erstatning til festeren for at han ikke lenger kan utnytte eiendommens fremtidige inntjeningspotensial. Men da ser man bort fra at festerens rett til å bruke grunnen opphører ved festetidens utløp.
- (71) I alle fall når det som her er tale om innløsning etter 25 års leie, fjerner lagmannsretten seg etter min oppfatning markert fra lovens utgangspunkt om at det er bygningens bruksverdi for bortfesteren – *eieren* – som er avgjørende.

- (72) Saken for Høyesterett gjelder ikke den konkrete verdsettelsen, og jeg går ikke inn på partenes helt ulike syn på denne. Men etter mitt syn illustrerer også lagmannsrettens resultat at rettsanvendelsen ikke kan være riktig. Jeg ser nå kort på dette.
- (73) Lagmannsretten fastsatte altså i det første overskjønnet vederlaget etter teknisk verdi – "det det ville koste å føre opp tilsvarende hus ... på tomte", etter fradrag for slit og elde mv. – til om lag 138 millioner kroner. Byggekostnadene for et nytt bygg ble vurdert til 171 millioner kroner.
- (74) Ved det andre overskjønnet tok lagmannsretten utgangspunkt i 374 millioner kroner for hele eiendommen og gjorde så fradrag for tomteverdien med 40 millioner kroner. Bygningsverdien blir altså 334 millioner kroner. Bortfesteren skal dermed, etter lagmannsrettens resultat, betale nær 200 millioner kroner mer for huset enn dets tekniske verdi og drøyt 160 millioner kroner mer enn det ville koste å bygge nytt. Selv om det ikke er teknisk verdi man skal frem til, viser denne enkle sammenligningen med tenkte byggekostnader for eieren at lagmannsrettens resultat vanskelig kan være riktig. Jeg minner om at grunnforutsetningen for vederlagsfastsettelsen er at resultatet skal være rimelig for begge parter. Det er vanskelig å se hvordan bortfesteren kan være "vel tent" med et slikt resultat som lagmannsretten kom frem til.
- (75) Fordi jeg er kommet til at lagmannsrettens vederlagsfastsettelse er i strid med loven, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på vernet for eiendomsretten etter EMK P1-1. Jeg vil likevel peke på at det resultatet som lagmannsretten kom frem til, etter min oppfatning står i et problematisk forhold til proporsjonalitetskravet. Som jeg har redegjort for, vil eieren måtte betale langt mer for bygningen enn det ville koste ham å bygge tilsvarende bygg selv og deretter utnytte dets inntekspotensial. Det finnes ingen indikasjoner i loven, eller dens forarbeider, på at lovgiveren har overveid et slikt resultat. Tvert om, har lovgiveren lagt stor vekt på at loven skal føre til rimelige og balanserte resultater.
- (76) Jeg har ikke grunnlag for å anwise en eller flere konkrete fremgangsmåter som vil føre til et vederlag som er innenfor rammen av § 41 andre ledd.
- (77) Men, som jeg allerede har antydnet, er en mulighet å ta utgangspunkt i en slik berikelsesvurdering som den ankende part har tatt til orde for. En annen mulighet er å fastholde en slik avkastningsmodell som lagmannsretten benyttet. Men da må i tilfelle også avkastningspotensialet for tomten trekkes inn i vurderingen. Kanskje kan det være hensiktsmessig å gjøre et skjønnsmessig anslag over hvor stor del av inntekspotensialet som skriver seg fra henholdsvis bygningen og tomten. Det kan innvendes at et slikt anslag er vanskelig og usikkert. Til det vil jeg vise til forarbeidenes 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.
- (78) Anførselen fra Zachariasbryggen AS om at sakskostnadene skal fastsettes i medhold av skjønnsporsessloven § 42, kan ikke føre frem. Høyesterett tok i 2016-saken selvstendig stilling til at skjønnsporsessloven § 43 kom til anvendelse. Det innebærer at sakskostnadene på vanlig måte skal avgjøres etter tvisteloven kapittel 20, se avsnitt 35. Jeg føyer til at når festeren som her selv har fremsatt krav om innløsning, og fått medhold i at vederlaget skal fastsettes etter bruksverdien, er situasjonen helt annerledes enn de tilfeller skjønnsporsessloven § 42 tar sikte på.

- (79) Bergen Sentrum Tomteselskap AS har for Høyesterett vunnet saken fullstendig og tilkjennes i medhold av tvisteloven § 20-2 første ledd sakskostnader i samsvar med inngitt oppgave på totalt 1 180 000 kroner. I tillegg kommer rettsgebyr med 28 323 kroner.
- (80) Jeg er etter dette kommet til anken må tas til følge, og at overskjønnet må oppheves for så vidt gjelder realitetsavgjørelsen. Også lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse knyttet til den tidligere behandlingen av saken, slutningens punkt 4, må oppheves, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd. I samsvar med Bergen Sentrum Tomteselskap AS' påstand blir punkt 2 i lagmannsrettens slutning stående.
- (81) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves, med unntak av slutningens punkt 2.
 2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Zachariasbryggen AS til Bergen Sentrum Tomteselskap AS 1 208 323 – enmilliontohundreogåttetusentrehundreogtjuetre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
- (82) Dommer **Normann**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende.
- (83) Uenigheten mellom meg og førstvoterende gjelder dels forståelsen av verdsettelsesregelen i tomtefesteloven § 41 andre ledd første punktum og dels synet på lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (84) Jeg er enig med førstvoterende i at lovens utgangspunkt er at tomten skal ryddes når festeforholdet opphører, jf. tomtefesteloven § 39. Men jeg kan ikke se at man kan trekke noen slutninger av dette for hvilke verdsettelsesprinsipper som skal legges til grunn når bortfester overtar bygningen etter § 41 andre ledd første punktum. Dette må bero på en tolking av bestemmelsens ordlyd og lovforarbeidene.
- (85) Når det gjelder forståelsen av § 41 andre ledd første punktum, uttaler førstvoterende at det er "særlig tre momenter fra forarbeidene som er av betydning for saken her". For to av momentene – "at det er bruksverdien av bygningen for bortfesteren man skal frem til" og "at den merverdien av bygningen som må tilskrives tomten, ligger til bortfesteren" – er jeg enig med førstvoterende.
- (86) Som det tredje momentet uttales så "at det er en grunnforutsetning at vederlaget skal fastsettes med en interesseavveining som bakgrunn; resultatet skal ikke være urimelig for noen av partene". Det er uklart for meg hva dette innebærer. Slik momentet anvendes av førstvoterende, kan det se ut som om han mener at en interesseavveining/rimelighetsvurdering skal komme inn som et selvstendig vurderingskriterium ved skjønnsutøvelsen.
- (87) Jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik forståelse. Den vil gjøre verdsettelsen svært skjønnsbasert, og må derfor antas å ville lede til tvister av uønsket omfang.

- (88) Som grunnlag for dette synet siteres en uttalelse i NOU 1993: 29 side 77 fra Sivillovbokutvalet der det heter: "På same måten som etter gjeldande lov har ein meint å leggja til rette for ei interesseavveging og vurdering av kva som er ei rimeleg løysing ..."
- (89) Denne uttalelsen er gitt i tilknytning til lovutkastet § 7-2 (rett og plikt til overtaking av hus og faste tilskipingar). Den svarer til § 40 i dagens tomtefestelov og angår hva som skal til for at bortfesteren skal kunne pålegges å overta hus og faste tilskipingar. Jeg kan ikke se at det i NOUen eller i andre forarbeider forutsettes at det samme kriteriet skal gis anvendelse ved fastsettelsen av vederlaget i henhold til § 41 andre ledd første punktum.
- (90) Vederlaget må etter min mening således fastsettes ut fra en bruksverdivurdering, men slik at den del av verdien som må tilskrives tomten, må holdes utenfor.
- (91) Gulating lagmannsrett har i overskjønnet tatt dette utgangspunktet, jf. overskjønnet side 9. Som førstvoterende har redegjort for, benytter lagmannsretten den metoden at den først beregner en netto utleieverdi av bygningen og tomten samlet for deretter å gjøre fradrag for tomtens verdi. Jeg oppfatter ikke førstvoterende slik at selve metoden som sådan er uanvendelig.
- (92) Når det gjelder fastsettingen av den delen av vederlaget som gjelder tomten, har lagmannsretten bygd på det som den mener er tomtens salgsverdi som råtomt. Jeg oppfatter førstvoterende slik at det er på dette punktet han mener overskjønnet blir feil.
- (93) Feilen består i at lagmannsretten har benyttet "en avkastningsmodell for å verdsette hele eiendommen, men forlater denne når tomtens verdi skal fastsettes". Jeg kan ikke se at det rettslig sett kan reises innvendinger mot denne fremgangsmåten.
- (94) Å benytte en avkastningsmodell for å verdsette bygning med tomt, er vanlig metode for å fastsette nåverdien i forbindelse med salg av næringseiendommer. At fradraget for tomt tar utgangspunkt i markedsverdien, må være i orden så sant alle relevante vurderingskomponenter er reflektert i salgsverdien – i vårt tilfelle: spesielt tomtens beliggenhet i et restaurantområde – noe jeg mener er tilfellet her.
- (95) Jeg oppfatter førstvoterende slik at han mener lagmannsretten ved denne fremgangsmåten ikke i tilstrekkelig grad tar hensyn til den verdimesige betydningen av tomtens meget sentrale beliggenhet i Bergen sentrum. Førstvoterende uttaler i denne forbindelse:
- "Bortsett fra en bemerkning om at tomten ligger sentralt til, er likevel inntjeningspotensialet fraværende ved lagmannsrettens fastsettelse av fradrag for tomtens verdi.**
- Det er nok så at en strøksmessig vurdering av råtomtverdi også kan ta opp i seg elementer av avkastningspotensialet. Men dette er det altså knapt spor av i lagmannsrettens avgjørelse."**
- (96) Jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik innvending. Det sier seg selv at en tomt i Bergen sentrum har en salgsverdi som reflekterer tomtens plassering i byen og de *avkastningsmuligheter* for blant annet restaurantvirksomhet på den aktuelle tomten som dette innebærer. Og det er etter mitt skjønn all grunn til å tro at denne påvirkningen på salgsverdien ut fra normale markedsmekanismer vil reflektere tomtens reelle verdi.

- (97) Lagmannsretten har for det første vektlagt tomteverdien i dette strøket av byen. Jeg viser til førstvoterendes innledende beskrivelse av tomten som beliggende på Fisketorget, i et område med "bevertningssteder som i saken har vært omtalt som 'Gullrekken'".
- (98) Slik jeg leser overskjønnet, har lagmannsretten videre sett hen til *denne konkrete tomten* ved at tomteverdien også har vært vurdert på bakgrunn av beregninger basert på tidligere salgspris for tomten, justert for tomteverdistigning for denne type eiendommer i Bergen.
- (99) Jeg kan på denne bakgrunn ikke se at det skulle være nødvendig å si noe mer om tomtens inntjeningspotensial.
- (100) I tomtefesteforhold har fester eiendomsrett til bygget, mens bortfester eier grunnen. Den ankende part sitter således igjen med et resultat tilsvarende det som ville blitt resultatet om selskapet hadde kjøpt bygningen. Dette er etter mitt syn i samsvar med Høyesteretts forståelse av tomtefesteloven § 41 andre ledd første punktum, jf. HR-2006-1240-A avsnitt 32. Dette henger videre godt sammen med at overskjønnet benytter samme metode for verdiberegningen som når et næringsbygg selges.
- (101) Lagmannsretten kunne imidlertid også ha basert verdifastsettelsen av tomten på en avkastningsmodell. Det måtte i så fall dreie seg om avkastning ved utleie/bortfeste av tomten til næringsformål i form av restaurantvirksomhet.
- (102) Men også i et slikt tilfelle vil tomtens salgsverdi være bestemmende for verdifastsettelsen, idet denne danner utgangspunkt for fastsettelsen av festeavgiften, det vil si prisen som råtomt, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) side 15. Kapitaliseringsrenten må nødvendigvis bli den samme som ved fastsettingen av verdien av bygning og tomt. Og at det er sammenlignbare priser det skal ses hen til, følger forutsetningsvis av proposisjonens merknad til tomtefesteloven § 11, jf. proposisjonen side 55.
- (103) Utgangspunktet for verdsettelsen vil altså være den samme som i overskjønnet. Jeg kan derfor ikke se at lagmannsrettens valg av metode for beregning av tomtens verdi i seg selv representerer feil rettsanvendelse.
- (104) Førstvoterende lanserer en alternativ metode for å fastsette tomtens verdi ved å gjøre et "skjønsmessig anslag" over hvor stor del av inntektspotensialet som skriver seg fra henholdsvis bygningen og tomten.
- (105) Lagmannsretten i vår sak vurderte om denne fremgangsmåten ville være en farbar vei for verdifastsettelsen. Den konkluderte imidlertid under henvisning til Frostating lagmannsretts overskjønn LF-2013-159528 med at metoden ikke kunne anvendes. I overskjønnet gjengis Frostating lagmannsretts begrunnelse for ikke å benytte metoden, der det blant annet heter:
- "Dersom tomteverdien skal baseres på en verdiandel av den bebygde eiendom, vil festerens egne investeringer få betydning for tomteverdien, noe som ikke er i samsvar med tomtefestelovens system."**
- (106) Etter mitt syn må dette være en riktig betraktning. Uansett vil det være svært problematisk å finne et praktikabelt kriterium for å skille tomtens andel av avkastningen fra bygningens, tatt i betraktning bygningens utforming og attraktivitet og måten

næringsdriften utøves på.

- (107) Jeg er enig med førstvoterende i at det ikke nødvendigvis er én metode som er riktig, og jeg utelukker ikke at det i mindre skjønn med et oversiktlig bilde av faktorene som påvirker verdien, kan være forsvarlig å fastsette en verdiandel for tomten ut fra et slags "skipperskjønn". Men dette vil etter min mening ikke være forsvarlig i et tilfelle som vårt, der det gjelder store verdier og hvor en rekke faktorer vil kunne påvirke verdifastsettelsen – både de som knytter seg til bygningen og de som knytter seg til tomten – med fare for et skjønnsresultat som lider av vilkårlighet. En slik metode gir dessuten liten forutberegnelighet og dermed økt belastning på rettsapparatet.
- (108) Etter min mening vil tomtens markedspris også i denne sammenheng danne et relevant utgangspunkt for verdifordelingen, slik lagmannsretten har vurdert det.
- (109) Førstvoterende viser også til "lagmannsrettens resultat" som "illustrerer ... at rettsanvendelsen ikke kan være riktig". Han foretar en sammenligning mellom bygningsverdien i overskjønnet med resultatet i det første overskjønnet, der verdien var basert på bygningens tekniske verdi.
- (110) Jeg forstår ham slik at forskjellen i verdifastsettelse i seg selv indikerer at skjønnet lider av feil rettsanvendelse. I denne forbindelse trekker førstvoterende frem det han nevner som det tredje momentet som har betydning for saken, nemlig at "grunnforutsetningen for vederlagsfastsettelsen er at resultatet skal være rimelig for begge parter".
- (111) Den konklusjonen førstvoterende trekker av sammenligningen, tyder på at resultatet ved anvendelsen av § 41 andre ledd første punktum – for at det "skal være rimelig for begge parter" – må ligge nærmere bygningens tekniske verdi enn en verdifastsettelse basert på tradisjonell bruksverdiutmåling vil innebære. Jeg kan ikke se at dette er i samsvar med Høyesteretts dom i HR-2016-1240-A, jf. avsnitt 33.
- (112) Når skjønnsresultatet skal vurderes, må det dessuten tas i betraktning at lagmannsretten trakk inn en rekke forhold i negativ retning for verdifastsettelsen. Det heter om dette på side 13 i overskjønnet:

"I negativ retning legges vekt på at det er sterke bevaringsmessige interesser knyttet til stedet, og at det i følge vitnet Maurseth ville gått 8 – 10 år før en utbygger hadde fått godkjent en plan for utbygging. Som følge av muligheten for at havet vil stige, ville det i følge Maurseth blitt stilt krav om å heve bygget så vidt mye at man ville miste en etasje. For å få anlagt adkomst måtte man da bygge en form for rampe, og dette ville antagelig berøre kommunens areal. Man måtte av hensyn til takvinklene beholdt øverste etasje, og således mistet en av de øvrige etasjene. Dette ville etter lagmannsrettens mening gitt en merkbar reduksjon av utleiearealet, og dermed redusert den prisen en kjøper ville vært villig til å betale.

Vitnet Jonatan Krzywinski, rådgiver hos byantikvaren i Bergen, forklarte at det kan tenkes at både Riksantikvaren og fylkesmannen ville hatt synspunkter på hvordan tomten kunne utnyttes hvis dagens bygg tenkes borte. Heller ikke ville dagens dispensasjoner knyttet til bygget blitt videreført."

- (113) Størrelsen på reduksjonen i tomteverdien som følge av de forhold som lagmannsretten har hensyntatt, er ikke nærmere angitt. Etter min mening kan imidlertid en vurdering av skjønnsresultatet – ut fra de siterte premisser – ikke gjøres uten å ta disse forholdene i

betraktning.

- (114) Det kan derimot være et spørsmål om det var riktig å trekke disse forholdene inn som et reduserende moment ved verdifastsettelsen. Konsekvensen er at bortfesteren alene belastes for risikoen for endring i utnyttelsesmuligheten i festeperioden. Alternativet kunne være å legge til grunn en tomteverdi for det tilfellet at oppføring av tilsvarende bygning hadde vært tillatt.
- (115) I mangel av andre holdepunkter i lov og forarbeider, kan jeg imidlertid ikke se at man kan bygge verdsettelsen på en slik betraktning. At Bergen Sentrum Tomteselskap AS får overta en bygning som det i dag ikke ville ha blitt gitt tillatelse til å oppføre, representerer i seg selv en verdi for selskapet. Det samsvarer da best med lovens ordlyd at slike endrete forutsetninger for tomtens utnyttelse kommer til fradrag i verdifastsettelsen for tomten.
- (116) Overskjønnet er basert på prinsipper som etter min mening gir som resultat bygningens reelle verdi for Bergen Sentrum Tomteselskap AS. Jeg kan da ikke se at et slikt resultat kan støte mot EMK første tilleggsprotokoll artikkel 1.
- (117) Jeg er enig med førstvoterende i at Zachariasbryggens anførsel om at sakskostnadene skal fastsettes i medhold av skjønnsprosessloven § 42, ikke kan føre fram.
- (118) Jeg stemmer etter dette for at anken forkastes.
- (119) Dommer **Bergh:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Kallerud.
- (120) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (121) Dommer **Tønder:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Normann.
- (122) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens overskjønn oppheves, med unntak av slutningens punkt 2.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Zachariasbryggen AS til Bergen Sentrum Tomteselskap AS 1 208 323 – enmilliontohundreogåttetusentrehundreogtjuetre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.

Riktig utskrift bekreftes: