

Money for nothing ... (I)

– Verdifastsettelse etter tomtefeste i HR-2016-1240-A

Av førsteamanuensis Markus Jerkø

Artikkelen er den første i en serie av tre metodiske domskritikker. Gjennom en kritisk vurdering av HR-2016-1240-A *Zachariasbryggen I*, om fastsettelse av vederlag for bygninger ved avvikling av tomtefeste, tematiseres betydningen av refleksjon over ulike virkelighetsforståelser i rettslig argumentasjon.

NØKKEORD: bruksverdi, juridisk metode, rettskildelære, tomtefeste, vederlag, verdi, verdivurdering, virkelighetsforståelse

Markus Jerkø er førsteamanuensis ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

1 Innledning

Ved avviklingen av et tomtefeste har begge avtaleparter en begrenset rett til å kreve at bortfester overtar bygninger og installasjoner på tomten, jf. tomtefesteloven § 40 første ledd. Betingelsen er at verdier unødige vil gå tapt dersom bygningsmassen fjernes, i tråd med lovens utgangspunkt (§ 39 første ledd). Om bortfester fremsetter et slikt krav, skal vederlaget settes lik bygningenes tekniske verdi, jf. § 41 første ledd. Kommer kravet fra fester, skal vederlaget settes lik bygningenes bruksverdi for bortfester, jf. § 41 andre ledd.

I HR-2016-1240-A *Zachariasbryggen I* var spørsmålet hvordan vederlaget skal fastsettes når *begge* parter krever at en bygning skal overtas av bortfester, og den antatte bruksverdien er høyere enn teknisk verdi. Et flertall på tre dommere konkluderte med at verdsettelse etter bruksverdien var lovens hovedregel, og at bortfester ikke kunne komme unna festers krav ved selv å kreve overtakelse. Mindretallet mente at verdsettelse etter teknisk verdi var lovens hovedregel, og at denne verdien utgjorde et tak for hva fester kan kreve.

Etter mitt skjønn har dette spørsmålet, til tross for sakens skarpe dissens, en relativt enkel løsning, som mindretallet var nærmest å se. Jeg presenterer først sakens rettslige problemstilling (punkt 2) og hovedlinjene i de to votaene (punkt 3), deretter mitt syn på hvordan problemstillingen burde vært løst (punkt 4). Videre problematiserer jeg denne forståelsen. Først svarer jeg på enkelte generelle, tilsynelatende moteksempler (punkt 5), deretter gir jeg, på bakgrunn av en redegjørelse for sakens etterspill med HR-2017-2359-A *Zachariasbryggen II* (punkt 6), en konkret vurdering av saksforholdet og av kritikkens betydning for fastsettelsen av gjeldende rett i dag (punkt 7).

Saksforholdet jeg tar utgangspunkt i, dreier seg altså om verdifastsettelse etter tomtefeste, men temaet for denne artikkelen er i vel så stor grad juridisk metode. Jeg ser på artikkelen som en *metodisk kritikk*. For det første fordi jeg selv ikke bringer noen spesiell innsikt om tomtefeste eller verdifastsettelse til bordet. Jeg bygger ikke på et annet rettslig kildemateriale enn det Høyesterett hadde tilgjengelig; de rettslige premissene bestrider jeg ikke, det er argumentasjonen jeg er opptatt av her.

For det andre, og viktigere, fordi min uoverensstemmelse med Høyesteretts vota – flertallets, men også i en viss grad mindretallets – vanskelig lar seg beskrive med Eckhoffianske termer. Ifølge klassisk norsk

rettskildelære går juridisk tolkning ut på å trekke slutninger fra rettslige kilder, som så føres sammen som argumenter i en avveining. En rettslig uoverensstemmelse på bakgrunn av et gitt kildemateriale må således skyldes en uenighet om hvilke slutninger som bør trekkes fra kildene, og/eller hvordan disse skal avveies mot hverandre. Min kritikk lar seg ikke uanstrengt karakterisere som en uenighet om slike slutninger eller avveininger; slikt står ikke sentralt i min argumentasjon.

Man kan kanskje si det så enkelt som at det jeg presenterer, er et annet perspektiv, eller en annen måte å se på sakens rettslige problemstillinger: – *Er det bedre å se på loven på denne måten?* Jeg fremfører betraktninger som jeg vil tro har en intuitiv appell, og som jeg mener illustrerer at det er mer ved juridisk metode enn det rettskildelæren forteller oss. Et mål med artikkelen er, gjennom et refleksivt blikk, å sette ord på noen av de metodiske lærdommer som kan trekkes av en slik kritisk øvelse.

Sammen med to oppfølgere utgjør denne artikkelen en trio av metodiske kritikker. Dommene jeg tar utgangspunkt i, er hentet fra det siste tiåret, fra ulike privatrettslige disipliner. De er valgt ut fordi de, foruten å være interessante i seg selv, på en komplementerende måte vil kunne belyse ulike fasetter av praktisk rettslig argumentasjon.

2 Problemstillingen

Tomtefestelovens utgangspunkt er at fester – som har leid grunn av bortfester – ved avviklingen av et tomtefeste har «rett og plikt» til å fjerne bygninger og andre faste innretninger (heretter bare omtalt som «bygningen») som han har på tomten, jf. § 39 første ledd. Vil dette føre til «at verdier går til spille i utrensmål», kan imidlertid begge parter kreve at bygningen overtas av bortfester mot et vederlag, jf. § 40 første ledd første punktum. Fastsettelsen av vederlaget er regulert i § 41. Første ledd og andre ledd første punktum, som i denne sammenheng er de relevante deler, har følgende ordlyd:

«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 verdminnk på grunn av alder og bruk i festetida.

Når festaren krev overtaking, skal vederlaget setjast til det verdet husa og tilskipingane har for bortfestaren.»

Bestemmelsen angir to ulike tilnærminger til fastsettelsen av vederlaget, avhengig av hvilken av partene som krever at bortfester skal overta bygningen. Kommer kravet fra bortfester, skal vederlaget settes lik kostnadene ved å oppføre en tilsvarende bygning, med fradrag for verditap som følge av alder og slitasje. Dette er gjerne omtalt som «teknisk verdi». Kommer kravet fra fester, skal vederlaget settes lik den verdi bygningen har for bortfester. Dette er gjerne kalt «bruksverdien». Uttrykkene «teknisk verdi» og «bruksverdi» vil, slik også Høyesterett gjør, bli brukt i det følgende som praktiske kortformer, men det er grunn til å merke seg at disse ikke er lovens egne uttrykk.

Twisten i HR-2016-1240-A stod mellom fester, Zachariasbryggen AS, og bortfester, Bergen Sentrum Tomteselskap AS, og gjaldt en næringseiendom ved Bryggen i Bergen, som i hovedsak var utleid til restaurantvirksomhet. Det er to spesielle trekk ved saken som var avgjørende for at den kom for Høyesterett.

Det første er at *begge* parter krevde at bygningen skulle overtas av bortfester. Loven inneholder ingen særregel som avgjør hvilken av de to tilnærmingene etter første og annet ledd som skal legges til grunn ved fastsettelsen av vederlaget i et slikt tilfelle. Da er man nødt til å foreta en avstemming av de to tilnærmingene som gir en praktisk løsning for de tilfeller hvor begge parter krever at bortfester overtar bygningen.

Det andre særtrekket ved saken er at bruksverdien var ansett å være høyere enn teknisk verdi. Hvis de to var ansett å være identiske, hadde det ikke spilt noen rolle hvilken tilnærming man la til grunn. Og dersom bruksverdien for bortfester var lavere enn teknisk verdi, ville det normalt ikke være i hans

interesse å kreve å overta bygningen mot å betale teknisk verdi. Han burde da – selv når han ønsket å overta den – avventet et tilsvarende krav fra fester, i overbevisning om at fester vil se seg bedre tjent med å motta bortfesteres bruksverdi for bygningen enn med å ta tapet som følger av å måtte rive eller flytte bygningen.¹ For at dette skal bli en praktisk problemstilling, må det altså være slik at begge parter krever at bortfester overtar, og at bruksverdien er ansett å være høyere enn teknisk verdi.

Både tingretten og lagmannsretten anså regelen om teknisk verdi som lovens hovedregel. Ved skjønn ble vederlaget fastsatt til henholdsvis ca. 132 og 137 millioner kroner. Spørsmålet for Høyesterett var om lagmannsrettens overskjønn måtte oppheves på grunn av uriktig rettsanvendelse.

3 HR-2016-1240-A Zachariasbryggen I

Etter å ha konstatert at tomtefesteloven § 41 ikke inneholder noen særskilt regel for det tilfelle at begge parter krever at bortfester overtar, utla førstvoterende sin forståelse av sakens rettslige problemstilling:

«Fordi de to reglene i § 41 første og annet ledd er *uforenelige* – det skal utmåles bare ett vederlag – er man henvist til å gjøre et valg som lovteksten selv ikke direkte gjør. Valget må da særlig bero på overveielser knyttet til lovens system og forarbeider, herunder de reelle hensyn loven bygger på» (avsnitt 23; min utheving).

Valget det vises til, kan formuleres som et spørsmål om hva som er lovens *hovedregel*: Regelen om teknisk verdi etter første ledd, eller regelen om bruksverdi etter annet ledd?

Normalt vil det være en presumsjon for at hovedregelen i en bestemmelse er den som er oppstilt først – i dette tilfellet regelen om teknisk verdi. Slik ser mindretallet ut til å ha tenkt, og det fant støtte for en slik forståelse i forarbeidene:

Ifølge annenvoterende «følger det direkte av lovens system at teknisk verdi utgjør det maksimale vederlaget som skal ytes, uavhengig av om det er fester eller bortfester som krever at bortfesteren skal overta» (avsnitt 39). «Lovgiver har forutsatt at dette er en rettferdig og tilstrekkelig godtgjørelse i en situasjon der innløsning skjer i bortfesteres interesse» (avsnitt 41).

Av forarbeidene fremgikk det riktignok at lovgiver nok har forutsatt at teknisk verdi alltid vil være høyere enn bruksverdien,² men dette kunne ikke ha «betydning for hvordan reglene må forstås: Det går som en rød tråd gjennom forarbeidene at den som tvinges til å overta – altså bortfester – ikke skal betale mer enn det som følger av *lovens hovedregel, altså første ledd*» (avsnitt 42; min utheving).

Regelen i annet ledd var, slik annenvoterende så det, «satt inn som en begrensning» for tilfeller der bortfester ble pålagt å overta (avsnitt 47). Poenget «var at bruksverdien for bortfester skulle være et særlig

¹ Alternativt kan fester initiere en variant av det klassiske spillteoretiske scenarioet kjent som *chicken*: To biler kjører rett mot hverandre i høy hastighet. Utfallet ved kollisjon er gjensidig selvutslettelse. «Taperen» i spillet er den som først svinger unna. Overført til tomtefeste: Fester fremmer ikke et krav om at bortfester skal overta, men tar i stedet innledende skritt for å rive bygningen, i den hensikt å fremtvinge et krav om overtakelse fra bortfester. «Taperen» er den som først «roper *chicken*», og fremmer sitt krav. En forutsetning for at en slik strategi skal lykkes, er at bortfester, som har signalisert at hans bruksverdi er lavere enn teknisk verdi, i realiteten vil være villig til å betale teknisk verdi, fremfor å se bygget tilintetgjøres. Det at tapene i en slik situasjon gjerne vil være asymmetriske, er ett, blant flere, argumenter som taler mot å anvende en slik strategi.

² «Det følger av forarbeidene at lovgiver nok har forutsatt at [bruksverdien] alltid vil være lavere enn teknisk verdi.» Mer presist er det kanskje å si at forutsetningen i forarbeidene er at bruksverdien normalt vil være lavere enn teknisk verdi i de tilfeller hvor fester alene fremmer krav om at bortfester skal overta. Hvis bortfester krever overtakelse, er det normalt en indikasjon på at bruksverdien for ham er like høy som teknisk verdi, som er det han vil måtte betale om kravet innfris.

vern for ham i situasjoner der han ble tvunget til å overta». Regelen om teknisk verdi der bortfester krever overtakelse, måtte derfor «forstås som et tak på verdifastsettelsen» (avsnitt 48).

Flertallet så det motsatt. Det fant en viss, men ikke avgjørende, støtte i lovkapitlets oppbygning: Utgangspunktet etter § 39 om at fester har «rett og plikt» til å fjerne bygningen, ble oppfattet slik at festeren, med en metafor hentet fra kortspill, «har *utspillet* i første omgang». Og videre:

«Bare dersom festeren vil fjerne bygningen, blir det aktuelt for bortfesteren å fremsette krav om å få overta den. Dette kan tilsi at festerens krav om at bortfester skal overta bygningen, har prioritet» (avsnitt 25; min utheving over).

Flertallet fant også støtte for sin forståelse i forarbeidene og lovshistorien. I tomtefesteloven fra 1975, som gjeldende lov avløste, fantes det ingen klar verdsettingsregel, men i de tilsvarende regler om avvikling fremgikk det av § 21 femte ledd at når fester gjorde kravet gjeldende, skulle det «særleg takast omsyn til kva bruksverde det overtatte vil ha for bortfestaren». I forarbeidene til gjeldende lov ble det til dette uttalt:

«Etter § 21 femte stykket skal det ved verdsetjinga ‘særleg takast omsyn til kva bruksverde det overtatte vil ha for bortfestaren’. Det går fram at dette ikkje er det einaste momentet og at det skal skje ei totalvurdering. Hovudregelen er likevel klårt at det er bruksverdien for bortfestaren som skal leggjast til grunn.»³

Siste setning er ikke entydig. Uttalelsen kan leses slik at hovedregelen *når fester krever at bortfester skal overta*, jf. § 21 femte ledd, er at bortfesteres bruksverdi legges til grunn. Men flertallet viste, riktignok på bakgrunn av et mer omfattende sitat, til at

«Under lovforberedelsen ble det derfor 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. 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» (avsnitt 27; førstvoterendes uthevninger).

Førstvoterende viste til at gjeldende tomtefestelov i stor grad viderefører de tidligere reglene, og anførte at den underliggende tanke var i behold: «vederlaget kan settes høyere – ikke lavere – når bortfesteren krever overtaking» (avsnitt 28).⁴ Når fester krever at bortfester overtar bygningen, må han derfor ha «krav på et vederlag som tilsvarer den økonomiske verdien bygningen vil ha for bortfesteren, jf. § 41 annet ledd» (avsnitt 31).

Denne konklusjonen virker rimelig om man, som flertallet ser ut til å ha gjort, tenker at bruksverdien er det beste målet på bygningens «egentlige» verdi. Hvis bortfester i et tilfelle hvor teknisk verdi er lavere, skulle kunne «nøytralisere festers krav om overtaking til bruksverdi», ved selv å fremsette krav om å overta, ville bortfester «slippe billigere [unna]». Og det, mente flertallet, «kan ikke ha vært lovgivers

³ Avsnitt 26: NOU 1993: 29 s. 18.

⁴ Det synes mer presist å si at vederlaget *vil kunne bli høyere* i tilfeller hvor bortfester krever overtakelse, sammenlignet med tilfeller hvor bortfester ikke krever overtakelse: Når bortfester krever overtakelse, og således er villig til å betale teknisk verdi, er det en indikasjon på at bruksverdien for ham er like høy som teknisk verdi; når bortfester ikke krever overtakelse, vil det ofte være en indikasjon på at bruksverdien for ham er lavere. Det er altså ikke slik at vederlaget kan settes høyere *når* (eller «*fordi*») bortfester krever overtakelse; når han krever det, skyldes det presumptivt at bruksverdien for ham er like høy som teknisk verdi, og vederlaget skal altså bli like høyt helt uavhengig av om han krever det eller ikke.

mening» (avsnitt 31). Gitt en slik virkelighetsforståelse harmonerer løsningen også godt med de reelle hensyn som gjør seg gjeldende: «Resultatet blir at bortfesteren gir fra seg like mye som han mottar, hvilket – sett fra hans ståsted – sikrer god balanse mellom ytelsene» (avsnitt 32).

Mindretallet ser ut til å ha hatt en nokså annerledes virkelighetsforståelse. Det var ikke enig i at det vil skje en formuesoverføring fra fester til bortfester om regelen om teknisk verdi oppfattes som et tak for hva fester kan kreve:

«Ved avvikling av festeforhold er utgangspunktet at eiendomsretten til grunnen og til bygningen befinner seg på to forskjellige hender. Eiendommens – altså grunnens – beliggenhet og beskaffenhet, vil være viktige faktorer ved fastsettelsen av bygningens bruksverdi uttrykt gjennom den avkastningen bygningen kan gi. I festeforholdets løpetid kan festeren kapitalisere slike faktorer i kraft av å ha disposisjonsretten til grunnen. Ved avvikling er situasjonen en annen. Avkastningsfaktorer som kan tilbakeføres til egenskaper ved selve eiendommen, faller da tilbake til bortfesteren som eier av grunnen. De verdier dette utgjør for ham når bygningen tas i bruk, representerer derfor *ingen formuesoverføring* fra festeren til bortfesteren. Følgelig vil teknisk verdi som et tak for vederlaget gi uttrykk for *et balansert økonomisk oppgjør mellom partene* ved avvikling av festeforholdet» (avsnitt 51; mine uthevinger).

4 Virkeligheten som rettesnor

På bakgrunn av de to votaene fremstår spørsmålet i *Zachariasbryggen I* som et klassisk eksempel på det man i rettsfilosofien vil kalle en *hard case*. Loven angir selv ingen løsning, og ut fra lovens system, forarbeider og reelle hensyn er det mulig å oppstille argumenter som trekker i stikk motsatte retninger. Den «rette» tolkning av regelen kan se ut til å være ubestemmelig på bakgrunn av kildene.

Det kan imidlertid spørres om ikke denne tilsynelatende ubestemmeligheten kun skyldes tilnærmingen til spørsmålet, og om det ikke finnes en tolkning som klart fremstår som den rette, bare man endrer perspektivet. Nøkkelen til løsningen, vil jeg hevde, er ikke å finne i rettskildene (stirrer man for lenge på visse deler av jussen, risikerer man å bli blind). Den ligger snarere i anvendelsen av en mer praktisk form for kunnskap – i en forståelse av virkeligheten – her i form av *common sense*-betraktninger om bygningers verdi.

En første betraktning angår det vi kan kalle *verdien til en bygning i seg selv*. Det er mulig å tenke på denne størrelsen som en form for markedsverdi, men med det forbehold at vi her er ute etter verdien til en bygning uten tomt, og slike omsettes ikke så ofte. Unntaket er ved oppføring av nye bygninger: For slike kan vi anta at verdien til bygningen i seg selv er det det koster å få den oppført. Om vi legger til grunn at verdien av en tomt med bygning tilsvarer verdien av tomten pluss verdien til bygningen, som virker rimelig, bør vi også kunne anta at verdien til en brukt bygning i seg selv oppfører seg likt som verdien til andre brukte eiendommer: Når en bygning eldes og utsettes for slitasje, vil verdien til bygningen, relativt til prisutviklingen i samfunnet, over tid reduseres; en ny bygning er mer verdt enn en for øvrig identisk eldre bygning. Bygninger skiller seg på denne måten fra visse andre gjenstander, slik som kunstverk og årgangsviner, som med tiden vil kunne stige i verdi.

Den andre betraktningen angår det vi kan kalle *den subjektive verdien* av en bygning i seg selv. Denne kan vi omtrentlig forstå som den (maksimale) pris en person er villig til å betale (for en gitt bygning) i markedet på et konkret tidspunkt. Hvordan henger denne verdien sammen med verdien til bygningen i seg selv? Hvis vi forutsetter et noenlunde velfungerende marked, kan det være nærliggende å tenke omtrent som følger: Hvis en person ikke er villig til å betale markedspris, er den subjektive verdien (for denne personen) lavere. Hvis han er villig til å betale det det koster å oppføre en ny bygning, eller å kjøpe en brukt bygning i markedet, er den subjektive verdien identisk med verdien til bygningen i seg selv. Den subjektive verdien kan altså være både lavere enn og identisk med verdien til bygningen i seg selv. Men, og her kommer vi til det avgjørende: *Den subjektive verdien vil aldri være høyere enn verdien til*

bygningen i seg selv. Heller enn å kjøpe en bygning til overpris, vil man i et velfungerende marked velge å kjøpe en annen, eller å få oppført en ny.

Jeg har bevisst unngått å bruke lovens formuleringer og uttrykkene «teknisk verdi» og «bruksverdi» over. Forståelsen av disse beror på en rettslig tolkning, og det ville vært prematurt å legge til grunn på dette stadiet at disse *common sense*-betraktningene har overføringsverdi til tolkningen av tomtefesteloven § 41. Min påstand er imidlertid at dette vil være den beste tolkningen av bestemmelsen: «Teknisk verdi» bør (omtrentlig) forstås som *verdien til en bygning i seg selv*. «Bruksverdien» bør (omtrentlig) forstås som *den subjektive verdien*. Implikasjonen? *Bruksverdien vil aldri være høyere enn teknisk verdi*. Eller, nærmere opp til lovens formulering: Verdien av en bygning for bortfester vil aldri være høyere enn bygningens oppføringskostnad med fradrag for alder og slitasje.

Resultatet av en slik forståelse blir det samme som mindretallet argumenterte for: Teknisk verdi blir et tak for hva fester kan kreve. Forskjellen er at der mindretallet aksepterte (det tilsynelatende faktiske) premisset om at bruksverdien i dette tilfellet var høyere enn teknisk verdi, vil jeg forkaste premisset. Innvendingen er: *Dette er ikke slik virkeligheten er. En bygning blir ikke mer verdt for en person enn den er verdt i seg selv; verdier oppstår ikke av ingenting*.

Premisset om at bruksverdien her var høyere enn teknisk verdi, ser ut til å ha blitt lagt uforbeholdent til grunn av begge fraksjoner, så vel som av partene selv, på bakgrunn av fremlagte takster (som dommen ikke sier noe om). Jeg ser det som et tegn på at noe allerede har gått galt. Fastleggingen av bygningens bruksverdi er ikke et rent faktisk anliggende; det beror på en tolkning av lovens formulering. Tar man utgangspunkt i en forståelse av hvor høy bruksverdien i det konkrete tilfellet er, har man forskuttert et svar på det man gjennom tolkningen skal finne ut av.

Hvis en slik forståelse gir samme resultat som mindretallet argumenterte for, er det nærliggende å spørre om den har noe å tilføre. Kan man ikke bare gjøre som mindretallet? Det kan man selvsagt, men slik saken illustrerer, vil man da risikere å bli nedstemt av et flertall som trekker andre slutninger fra rettskildene. En forståelse av virkeligheten gir en viktig bakgrunn for å vurdere hvilket av de to utfallene som gir uttrykk for den beste tolkningen av regelen. Slik sett er det en nær sammenheng mellom det å forstå en regel og det å forstå den flik av virkeligheten som regelen får anvendelse på.

Og det synes klart at regelen gir best mening på bakgrunn av den intuitive forståelse av virkeligheten at bruksverdien aldri vil være høyere enn teknisk verdi.

Forutsatt en slik forståelse: Når bortfester krever å overta festers bygning, og derfor fremstår som «ekspropriant», slik annenvoterende uttrykte det (avsnitt 47), er det rimelig at han betaler den fulle verdien av bygningen i seg selv (teknisk verdi). Når kun fester krever at bortfester skal overta, og dermed påtvinger bortfester en bygning han ikke frivillig vil betale den fulle verdien av, er det rimelig at han slipper billigere, med den verdi bygningen har for ham (bruksverdien). Og når begge krever at bortfester skal overta, er det et tegn på at den subjektive verdien for bortfester er identisk med verdien til bygningen i seg selv. Da blir vederlaget det samme enten man fastsetter det etter første eller annet ledd. De to reglene er derfor ikke uforenelige, slik Høyesterett la til grunn. Det er heller ikke slik at den ene eller den andre er lovens hovedregel (annet enn i en rent praktisk forstand). Det er snarere slik at det er to ulike regler som regulerer to ulike situasjoner, og som i den tredje situasjon hvor begge krever at bortfester skal overta, går opp i en høyere enhet.

5 Problematisering: Verdier av ingenting?

Over har jeg argumentert for at den subjektive verdien av en bygning aldri vil være høyere enn verdien av en bygning i seg selv, og at regelen i tomtefesteloven § 41 på denne bakgrunn bør forstås slik at verdien av en bygning for bortfester (bruksverdien) aldri vil være høyere enn bygningens oppføringskostnad med fradrag for alder og slitasje (teknisk verdi). Argumentasjonen tar utgangspunkt i en grunnleggende intuisjon om virkeligheten, som jeg mener taler for samme resultat som mindretallet kom frem til. Regelen i tomtefesteloven § 41 gir best mening på bakgrunn av den forståelse av virkeligheten at bruksverdien aldri vil være høyere enn teknisk verdi.

Våre oppfatninger om virkeligheten vil opplagt kunne påvirke hvilke slutninger vi trekker fra rettskildene. Flertallet og mindretallet i *Zachariasbryggen I* hadde også ulike virkelighetsoppfatninger, som trolig medvirket til at dommerne trakk motstridende slutninger fra lovens system, forarbeider og reelle hensyn. Mens flertallet mente at bygningen var verdt mer enn teknisk verdi, og at en verdifastsettelse ut fra teknisk verdi ville gi bortfester en uberettiget økonomisk fordel, mente mindretallet, som meg, at et vederlag i samsvar med teknisk verdi ville gi uttrykk for et balansert økonomisk oppgjør, og at et høyere vederlag ville gi fester en uberettiget økonomisk fordel.

Det er klart at en bygnings (bruks)verdi ikke kan være både identisk med og høyere enn teknisk verdi. Dommernes virkelighetsforståelser ser ut til å være uforenelige, og i så fall må minst en av dem være uholdbar. Et overordnet metodisk poeng i denne artikkelen, som min kritikk (over og i det følgende) er ment å illustrere, er at vi i et slikt tilfelle, hvor ulike virkelighetsforståelser spiller en avgjørende rolle i en rettslig uoverensstemmelse, ikke kan finne løsningen i rettskildene. I stedet må vi reflektere dypere over disse virkelighetsforståelsene.⁵ Hvilke stilltiende faktiske og normative premisser er det som ligger til grunn for disse? Er de underliggende premisene sanne eller fornuftige? Og hvilken virkelighetsforståelse lar seg mest naturlig forsvare, om vi ønsker å gi best mulig mening til regelen eller å komme frem til det mest rimelige resultatet?⁶

En slik refleksjon må selvsagt også rettes mot den intuitive virkelighetsforståelsen jeg har presentert over, så la oss vende tilbake til denne. Er den holdbar? Eller kan vi forestille oss scenarioer hvor det er nærliggende å si at verdien av en bygning for bortfester vil være høyere enn bygningens tekniske verdi?

Det finnes én naturlig forståelse av et slikt subjektivt verdimål som har som konsekvens at dette ikke vil være unntaket, men kanskje snarere *det normale*: Skiløperen som kjøper en skolebolle på Kikutstua til 35 kroner, gjør det fordi bollen for henne er verdt mer enn pengene hun gir fra seg. Tilsvarende kan en forutsetning for enhver transaksjon hevdes å være at begge parter verdsetter det de mottar, høyere enn det de blir av med. En bortfester som krever å overta til teknisk verdi, vil i et slikt lys kun ha signalisert hva han *minst* er villig til å betale, ikke hva han *maksimalt* ville vært villig til å betale (i det som er et imperfekt marked). Jeg legger til grunn at fester ikke med loven i hånd kan presse bortfester til å overby seg selv i slike tilfeller hvor bortfester krever å overta en bygning, men bringer det opp som en illustrasjon på de utilsiktede konsekvenser det kan få om man leser lovens formulering, «verdet ... for bortfestaren», helt uten forbehold.

Selv på bakgrunn av en mer kvalifisert forståelse av lovens formulering er det imidlertid mulig å forestille seg scenarioer hvor den subjektive verdsettelsen av en bygning tilsynelatende er høyest.

Dette kan for det første tenkes å bero på en *iboende kvalitet* ved bygningen. Jeg anførte over at en bygning er en annen type gjenstand enn for eksempel et kunstverk, som vil kunne stige i verdi over tid. Dette vil klart være det normale. Men det kan tenkes unntak til dette. Et bygg av en berømt arkitekt kan hevdes å være kunst, og et bygg kan dessuten ha kunstneriske elementer integrert i bygget, slik som vegg- og takmalerier eller andre utsmykninger. I begge tilfeller vil bygget kunne være verdt mer (riktignok for en videre krets) enn hva det ville kostet å oppføre en kopi.

For det andre kan det tenkes å bero på *kontekstuelle kvaliteter*. Et bygg kan for eksempel ha vært åsted for viktige historiske begivenheter, eller ha huset en berømt person, slik at det har fått en (kulturminne)verdi (igjen for en videre krets) som går utover den tekniske verdien. Arne Næss' Tvergastein kan være et eksempel.

Og det kan, for det tredje, tenkes å bero på rent *subjektive faktorer*. Den falleferdige tømmerkoien som tidligere var i familiens eie, kan ha en affeksjonsverdi som overstiger dens tekniske verdi.

⁵ En forståelse av virkeligheten vil, selvsagt, også ha betydning for mange andre tolknings spørsmål. Se nærmere i Markus Jerkø, «Det faktuelles rolle i rettsanvendelsen», *Lov og Rett*, 2014 s. 445–464.

⁶ Jeg mener altså ikke å forsvare en form for verdirealisme, hvor den rette normative tolkningen på en opplagt måte følger av en forståelse av en faktisk virkelighet. Tvert imot ønsker jeg, i kontrast til hva Høyesterett gjorde, å reflektere kritisk rundt de ulike virkelighetsforståelser som er involvert i tolkningsprosessen. Takk til Giuditta Cordero-Moss og en anonym fagfelle for kritiske innspill som presset meg til å formulere disse idéene tydeligere.

Det er altså mulig å forestille seg tilfeller som ser ut til å avvike fra det normale, hvor verdien for bortfester er høyere enn teknisk verdi. Spørsmålet er hvordan vi bør håndtere disse tilfellene. Én mulighet er å legge til grunn at dette simpelthen er slik det er, og at vi må gå tilbake til å vurdere hva som er lovens hovedregel. Men som rettsanvendere har vi også et par andre mulige strategier.

Den første er å forsvare den intuitive forestillingen, og benekte at tilfeller som disse er *reelle* moteksempler. Uttrykk som «bruksverdi» og «verdet ... for bortfestaren» kan forstås på mange ulike måter – *hva slags verdi er det snakk om, mer presist?* og *verdien av hva, mer konkret?* – og de har dessuten et så porøst meningsinnhold at det kan være lett å mistenke at man i et slikt tilfelle må ha regnet med noe som ikke med rimelighet hører hjemme i regnskapet. Tanken er at hvis vi bare, etter å ha reflektert grundigere over eksempelet, presiserer hvordan disse uttrykkene bør forstås i denne sammenhengen – og dermed hvilke verdier som med rimelighet bør telle med – vil vi se at moteksemplene kun var tilsynelatende.

Slik kan man for eksempel argumentere for at den merverdi som følger av at en bygning har huset en berømt person, ikke er en del av bygningens verdi for bortfester. Dette er en verdi som må tilskrives kontekstuelle kvaliteter; det er verdien av at personen har bodd på stedet, ikke verdien av bygningen i seg selv. Tilsvarende kan det innvendes at tømmerkoiens affeksjonsverdi ikke gjør koiene mer verdt for bortfester; det er kanskje de tilknyttede minnene affeksjonsverdien gir uttrykk for, snarere enn koiens verdi *som bygning*. En mer restriktiv, men likevel naturlig, tolkning av lovens ordlyd kan altså tas til inntekt for at moteksemplene kun var tilsynelatende.

En slik tilnærming fungerer mindre naturlig for iboende kvaliteter ved en bygning, men også for slike tilfeller kan det argumenteres for at den grunnleggende intuisjonen er i behold: Verdien av bygningen for bortfester er ikke høyere enn bygningens verdi i seg selv i disse tilfellene; «problemet» her er at regelen om teknisk verdi gir et resultat som ikke er forenelig med bygningens iboende verdi.

Den andre strategien – som vil kunne utfylle førstnevnte, men som er særlig aktuell for tilfeller man er tilbøyelig til å anse som reelle unntak fra det normale – er å insistere på at tilfellet er så spesielt at løsningen må bero på særskilte overveielser. En regel vil være best tilpasset de standardtilfellene som den er ment anvendt på – og som påpekt er det en nær sammenheng mellom forståelsen av disse og forståelsen av regelen. Når det oppstår tilfeller som ligger meget fjernt fra lovgivers forutsetninger, kan ikke løsningen finnes gjennom ren ekstrapolasjon. Man bør ikke på bakgrunn av en forståelse av hva som er (den praktiske) hovedregelen i normale tilfeller, slutte at dette også bør være regelen som styrer tilfeller på lovens marginer. Her vil det være riktigere å foreta en mer åpen vurdering av hvilken regel som vil være den beste for det konkrete tilfellet.

Man kan således være av den oppfatning at tømmerkoiene har en høyere verdi for bortfester enn dens tekniske verdi, men at det vil være en uheldig regel som lar fester tvinge bortfester til å betale ekstra for sine affeksjoner, og mer enn bygningen er verdt for fester selv. Samtidig kan man mene at teknisk verdi gir et akseptabelt kompromiss i tilfeller hvor bygningen har kontekstuelle kvaliteter som ikke naturlig kan tilbakeføres til fester selv. Og på samme tid kan man tenke at det vil tilføre bortfester en tilfeldig fordel som ikke lar seg forsvare, om han skulle få overta festers originale kunstverk mot å betale prisen til en slitt kopi.

6 HR-2017-2359-A Zachariasbryggen II

Av *Zachariasbryggen I* fremgår det ikke *hvorfor* bortfesters bruksverdi var antatt å være høyere enn teknisk verdi. Det gjør det vanskelig å forstå rasjonalet bak flertallets konklusjon, når man leser avgjørelsen alene. Alt som fremgår, er at dette er forankret i takster, hvilket indikerer et objektivt verdimål, og dermed en tilsynelatende inkonsistens: Bygningen er mer verdt enn den er verdt.

Forklaringen fremkommer i HR-2017-2359-A *Zachariasbryggen II*, hvor Høyesterett tok stilling til om også lagmannsrettens nye overskjønn måtte oppheves på grunn av uriktig rettsanvendelse.

Ved fastsettelsen av vederlaget, som i tråd med *Zachariasbryggen I* skulle tilsvare bygningens verdi for bortfester (bruksverdien), hadde lagmannsretten tatt utgangspunkt i en beregning av hele eiendommens

verdi. Denne fant retten ved å gjøre et anslag over påregnelig årlig netto leieinntekt fra overtakelsestidspunktet. Etter fradrag for eierkostnader ga dette en årlig leieinntekt på i overkant av 22 millioner kroner. Denne ble så kapitalisert med en *yield* på 6 prosent, hvilket innebærer at man beregner nåverdien av de fremtidige leieinntektene, gitt et årlig avkastningskrav på 6 prosent. Dette ga en totalverdi på 374 millioner kroner. Basert på en antatt «strøksverdi» ble verdien av tomten uten bebyggelse anslått til 40 millioner kroner. Ved å trekke fra tomteverdien ble bruksverdien til bygningen alene anslått til 334 millioner kroner.⁷

I det første overskjønnet hadde lagmannsretten vurdert oppføringskostnaden for et tilsvarende nytt bygg til 171 millioner kroner. Etter fradrag for alder og slitasje ble teknisk verdi satt til ca. 137 millioner kroner. Bygningens verdi for bortfester ble altså i det andre overskjønnet anslått å være mer enn 140 % høyere enn teknisk verdi, og nær det dobbelte av oppføringskostnaden til et tilsvarende nytt bygg.

Grunnen til at denne eldre bygningen ble ansett å være nær dobbelt så verdifull som en tilsvarende ny bygning, var at lagmannsretten hadde funnet det sannsynliggjort at man ikke ville få *offentlige tillatelser* til å oppføre et tilsvarende bygg i dag. Det ville tatt flere år før en utbygger hadde fått godkjent en plan for utbygging, og fordi det blant annet på grunn av muligheten for at havet vil stige, ville blitt stilt krav om å heve bygget så vidt mye at man ville miste en etasje, ville utleiearealet blitt merkbart mindre.⁸ Derfor var bygningens bruksverdi angivelig såpass mye høyere for bortfester enn teknisk verdi.

To dommere kunne ikke se noe galt med lagmannsrettens fremgangsmåte, og mente denne gav uttrykk for «bygningens reelle verdi» (avsnitt 116). De øvrige dommerne hadde, også i denne avgjørelsen, en annerledes virkelighetsforståelse. For flertallet var blant annet resultatet en indikasjon på «at rettsanvendelsen ikke kan være riktig» (avsnitt 72).

Feilen flertallet mente å ha identifisert i lagmannsrettens vurdering, var at den etter å ha vurdert avkastningspotensialet til eiendommen som helhet, hadde vurdert tomtens verdi alene uten å ta hensyn til tomtens avkastningspotensial. Etter førstvoterendes skjønn var det «åpenbart at med Zachariasbryggens beliggenhet, må en vesentlig del av inntjeningspotensialet skrive seg fra tomten» (avsnitt 68).

«Slik lagmannsretten her har gått frem, blir resultatet etter mitt skjønn langt på vei at festeren godskrives nesten hele eiendommens fremtidige inntjeningspotensial. [...] 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» (avsnitt 70).

Førstvoterende anså *ikke* at han hadde «grunnlag for å anwise en eller flere konkrete fremgangsmåter som vil føre til et vederlag som er innenfor rammen av § 41 andre ledd» (avsnitt 76). Men han nevnte noen muligheter, herunder:

«Kanskje kan det være hensiktsmessig å gjøre et skjønnsmessig anslag over hvor stor del av inntektspotensialet 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» (avsnitt 77).

Med denne begrensede veiledningen ble også lagmannsrettens nye overskjønn opphevet.

I sakens tredje overskjønn foretok lagmannsretten en «skjønnsmessig» vurdering der 40 % av eiendommens inntjeningspotensial ble vurdert å ha sitt opphav i eiendommens beliggenhet, mens 60 % ble vurdert å ha sitt opphav i bygningen.⁹ Etter en ny konkret verdivurdering ble eiendommens totalverdi anslått til ca. 324 millioner kroner, som ga en bruksverdi for bygningen på ca. 195 millioner kroner –

⁷ LG-2016-150715; HR-2017-2359-A avsnitt 9 og avsnitt 63, 66 og 74.

⁸ LG-2016-150715; HR-2017-2358-A avsnitt 112.

⁹ LG-2018-2300.

drøyt 40 % høyere enn teknisk verdi. Anken over det tredje overskjønnet ble ikke tillatt fremmet for Høyesterett.¹⁰

Rettstilstanden etter denne rekken av avgjørelser kan se ut til å være at regelen om bruksverdi i tomtefesteloven § 41 annet ledd skal forstås som lovens hovedregel. I tilfeller hvor begge parter krever at bortfester overtar, og antatt bruksverdi er høyere enn teknisk verdi, for eksempel på grunn av offentlige restriksjoner, må det foretas en «skjønnsmessig» fastsettelse av hvor stor del av bruksverdien som ligger til henholdsvis tomten og bygningen, og som er rimelig for begge.

7 Avslutning: Penger for ingenting?

Sakskomplekset har blitt gjenstand for en del diskusjon i juridisk teori.¹¹ Argumentasjonen i de to avgjørelsene har blitt dissekert,¹² Høyesteretts tolkning har blitt utsatt for rettspolitiske vurderinger,¹³ ulike verdsettelsesmåter har blitt veiet mot hverandre,¹⁴ og tanker om lovendringer har blitt luftet.¹⁵ Premisset om at bruksverdien i *Zachariasbryggen* på grunn av offentlige restriksjoner var høyere enn teknisk verdi, har imidlertid ikke blitt utfordret.¹⁶ Spørsmålet er om dette er et holdbart premiss. Hvis det ikke er holdbart, kan det stilles spørsmålsteget ikke bare ved *Zachariasbryggen I*, men også ved hele etterspillet til denne første avgjørelsen.

La oss først se om vi kan forsvare den intuitive forestillingen mot det tilsynelatende moteksempelet fra saken. *Innebærer premisset i Zachariasbryggen at man regner med noe som ikke med rimelighet hører hjemme i regnskapet?*

Lagmannsretten gjør opplagt ikke noe galt når den tar utgangspunkt i de fremtidige leieinntektene ved beregningen av eiendommens totale verdi; dette er en helt alminnelig økonomisk tilnærming. Men det grunnleggende spørsmålet er hvordan vi kan utskille verdien av en bygning alene fra verdien av eiendommen som helhet.¹⁷ Dette rettslige spørsmålet er i vel så stor grad av filosofisk, som av økonomisk, art.

Tenkemåten som ligger til grunn for premisset, er i enkle trekk denne: Hvis det innføres offentlige restriksjoner på utnyttelsen av en eiendom som er bebygd, så vil ikke det nødvendigvis påvirke hele eiendommens verdi. Men tomtens verdi blir redusert, som en konsekvens av at det ikke lenger ville vært mulig å bebygge den på samme måte. Og hvis tomtens verdi blir lavere, mens eiendommen som helhet er like mye verdt, må bygningens verdi ha gått opp.¹⁸

Dette fremstår som simpel aritmetikk. Men det er et argument vi opplagt ikke er tvunget til å akseptere. En første innvending som kan reises, er at man her vurderer tomtens verdi i en tenkt situasjon hvor den

¹⁰ HR-2019-204-U.

¹¹ Miriam Skag, «Avvikling av tomtefeste», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2017 s. 202–281, se særlig s. 248–274, DOI: <http://dx.doi.org/10.18261/issn.0809-9510-2017-03-04-03>; Tobias Solli Arnøy, «Noen tanker om tomtefesteloven § 41 og sakskomplekset om Zachariasbryggen», *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2019 s. 33–49, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.0809-9529-2019-01-03>; Sølve Bærug, «Fra rettspraksis. Zachariasbryggen – hvilket vederlag skal bortfester betale ved overtakelse av bygningsmassen?», *Kart og Plan*, 2019 s. 160–162, DOI: <https://doi.org/10.18261/issn.2535-6003-2019-02-05>.

¹² Se særlig Skag 2017, s. 256–258, 261–263, 269–272; Arnøy 2019, s. 35–45.

¹³ Se blant annet Skag 2017, s. 257–258, 271–272; Arnøy 2019, s. 41, 44–45; Bærug 2019.

¹⁴ Se særlig Skag 2017, s. 248 flg. *passim*.

¹⁵ Se blant annet Arnøy 2019, s. 41; Bærug 2019, s. 162.

¹⁶ Premisset er lagt til grunn i Skag 2017, s. 254–255, 268 flg.; Arnøy 2019, s. 44 forutsetningsvis; Bærug 2019, s. 161.

¹⁷ Slik også HR-2017-2359-A avsnitt 65.

¹⁸ Eller, mer generelt: Verdien av tomten alene faller mer enn verdien av eiendommen som helhet; ergo må verdien av bygningen ha blitt høyere.

ikke er bebygd.¹⁹ Det har ingen klar rettslig forankring. Bør ikke tomtens verdi i dag vurderes slik tomten faktisk er, altså med de bygninger som er på tomten?

Det er, for å ta et parallelt eksempel,²⁰ lett å gå med på at en ubebygd eiendom i strandsonen som på grunn av en ny regulering ikke lenger kan utvikles, kan ha falt i verdi på grunn av reguleringen. Men vil, eller bør, vi si at tomten til naboeiendommen, som ble bebygd rett før reguleringen, og det på en måte som får maksimalt ut av tomten, på samme måte har falt i verdi (for dens eier)? Reguleringen vil kunne få betydning for denne eiendommen i det lange løp, men utover det vil jeg intuitivt hevde at tomtens verdi vil være upåvirket. Den er upåvirket fordi reguleringen er lite relevant for eiendommen. Intuitivt kan en regulerings innflytelse på en tomts verdi (for dens eier) hevdes å bero på i hvilken grad den påvirker den faktiske utnyttelsen av tomten.

Enda tydeligere blir dette kanskje om man vurderer betydningen av et tidsbegrenset byggeforbud. La oss anta at det innføres et 10-årig byggeforbud på en bebygd tomt, som det uansett ikke var aktuelt å oppføre ytterligere bebyggelse på i den aktuelle tidsperioden. Intuitivt vil jeg hevde at denne tomtens verdi (for dens eier) bør anses upåvirket av reguleringen. Den vil ikke bli redusert ved innføringen av forbudet – med den begrunnelse at man ikke kunne ha bebygd eiendommen i løpet av disse 10 årene, om man ønsket det – for så igjen å stige ved byggeforbudets opphør.

For meg er det også noe kunstig ved den konklusjon tenkemåten leder til, nemlig at bygningen blir mer verdt som følge av reguleringen. Fordi det kan være vanskelig å tenke klart når svimlende summer er involvert, kan vi ta et enklere, tenkt eksempel: På sin eiendom som grenser mot den populære badestranden i Andeby, oppfører Donald et plankeskur av noen materialer han har liggende. Materialkostnadene anslås til 10 000 kroner. Under sommermånedene selger Ole, Dole og Doffen forfriskninger til badegjestene fra skuret. Etter å ha dekket alle kostnader og betalt nevøene en rimelig timelønn for arbeidet, sitter Donald etter sommeren igjen med en netto fortjeneste fra driften på 50 000 kroner. Hvor mye er plankeskuret verdt for Donald?

På bakgrunn av samme tenkemåte og la oss, for enkelhets skyld, si en *yield* på 5 prosent, kan det anføres at skuret og den flik av tomten det står på, er verdt 1 million kroner. I utgangspunktet vil skuret alene kun være verdt ca. 10 000 kroner, men om det innføres et byggeforbud, vil verdien formodentlig stige til noen hundretusen, for så igjen å falle tilbake om byggeforbudet løftes. Etter mitt skjønn bør imidlertid skurets verdi anses upåvirket av byggeforbudet. Riktignok kan det hevdes at skuret under et byggeforbud blir en nødvendig betingelse for en fremtidig avkastning. Men det er ikke skuret i seg selv (skuret som bygning) som muliggjør dette – et tilsvarende skur til 10 000 kroner kunne i prinsippet gjort samme nytten; det som muliggjør de høye inntektene, er skurets plassering på tomten, altså dets beliggenhet.²¹

På samme måte kan det hevdes at bruksverdien til bygningen i *Zachariasbryggen* bør anses upåvirket av sakens offentlige restriksjoner. Bygget i seg selv kan ikke ha steget i verdi; det kunne i prinsippet blitt erstattet av et tilsvarende bygg, verdsatt til teknisk verdi. Og det er klart at fester ikke ville fått en høyere pris for bygget enn teknisk verdi om han skulle solgt det for plassering på en annen tomt. Det som muliggjør bygningens høye forventede inntekter, er bygningens beliggenhet. Og fester har etter det avsluttede festeforholdet ikke lenger noen rett til grunnen, og dermed heller ikke noen rett til beliggenheten; tvert imot er lovens utgangspunkt at han har plikt til å fjerne bygningen. En konsekvens av tenkemåten kan hevdes å være at bortfester – som om rollene var snudd – blir tvunget til å betale fester for byggets beliggenhet, på bortfesters egen grunn.

Uavhengig av hvor overbevist man er av disse betraktningene: Tilfeller som dette ligger så fjernt fra lovgivers forutsetninger at deres rettslige løsning kan hevdes å måtte bero på særskilte overveielser. *Hvilken regelforståelse vil gi den mest rimelige løsningen her?*

¹⁹ Slik ble tilnærmingen også forstått i HR-2017-2359-A, se avsnitt 66.

²⁰ Byggeforbud i strandsonen er angitt som et parallelt eksempel i Skag 2017, s. 255; Bærug 2019, s. 161.

²¹ Til støtte for en slik forståelse kan det også påberopes et argument om komposisjonalitet: En bygning er sammensatt av ulike bestanddeler. Hvis bygningen som helhet blir mer verdt, burde man også forvente at verdien av dens ulike bestanddeler har gått opp. Det er opplagt ikke tilfellet.

Det er klart at dersom de offentlige restriksjonene ikke var blitt innført i løpet av festetiden, ville bygningens bruksverdi vært ansett å være lavere enn hva rettene la til grunn i *Zachariasbryggen*. Det er nærliggende å anta at estimatet ikke ville ha oversteget teknisk verdi. Den utmålte merverdien har altså en årsakssammenheng med sakens offentlige restriksjoner. Men merverdien er ikke en *nødvendig* konsekvens av reguleringene alene; den er betinget av Høyesteretts tenkemåte.

Videre synes det klart at eiendommen som helhet ikke har steget i verdi som følge av reguleringene; for partene er verdien i beste fall uforandret.²² Den økonomiske fordel på festers hånd som blir en konsekvens av de offentlige restriksjonene, i kombinasjon med tenkemåten, reflekteres altså ikke i en reell verdistigning. I stedet speiles den, så fremt eiendommens verdi er uforandret, i en tilsvarende økonomisk bakdel for bortfester. Det skjer altså en formuesoverføring fra bortfester til fester, som en konsekvens av tenkemåten, sammenlignet med en situasjon hvor reguleringene tenkes borte.

Med mindre fester har spilt en aktiv rolle i etableringen av de offentlige restriksjonene, har han ikke gjort noe for å fortjene en slik økonomisk fordel; uansett har han ikke gjort noe fortjenstfullt. For ham er fordelene en tilfeldig fordel. Tilsvarende er den økonomiske bakdelen for bortfester helt tilfeldig; han har ikke gjort noe som skulle rettferdiggjøre at hans økonomiske posisjon svekkes.

Fordi lovens formulering helt klart er forenelig med ulike verdsettelsesmetoder, og dermed med ulike verdifastsettelse, bør fester heller ikke kunne påberope seg en berettiget forventning om at han skulle få en økonomisk fordel om det ble innført offentlige restriksjoner i løpet av festetiden.

Det vil også være uheldig om regelen gir fester et insentiv til å lobbe for offentlige restriksjoner til skade for bortfester, for (indirekte) å få ta del også i eiendommens fremtidige avkastning, samtidig som den demotiverer bortfester fra å leie ut grunnen i frykt for at det vil bli innført offentlige restriksjoner under festeforholdet.

Både rimelighetshensyn og hensynet til forutberegnelighet kan således tas til inntekt for at formuleringen «verdet husa og tilskippingane har for bortfestaren» bør forstås slik at verdien ikke kan overstige teknisk verdi alene på grunn av offentlige restriksjoner som har blitt innført under festeforholdet. En slik regelforståelse vil dessuten være relativt enkel å praktisere, og den vil etter mitt syn også føre til rimelige og balanserte resultater. Begge parter vil sitte igjen med like mye som de ellers ville gjort.

Til tross for disse vurderingene er det klart at Høyesteretts avgjørelser vil være det naturlige utgangspunkt ved fastsettelsen av gjeldende rett i dag. Så spørsmålet blir om argumentasjonen – i den grad den anses overbevisende – er egnet til å rokke ved rettsoppfatningen som avgjørelsene i *Zachariasbryggen* tilsynelatende har etablert. *Hvordan bør vi forstå gjeldende rett i dag?*

Rettsoppfatningen kan utfordres langs ulike linjer. En forsonende linje vil være å argumentere for at det ikke er noen egentlig konflikt mellom Høyesteretts avgjørelser og min forståelse her. Vurderingstemaet i *Zachariasbryggen I* var om regelen om teknisk verdi eller regelen om bruksverdi skulle anses som lovens hovedregel. Etter mitt syn er ikke dette en reell problemstilling, fordi bruksverdien ikke bør anses å være høyere enn teknisk verdi (i saker som denne). Uenigheten angår et premiss som retten la til grunn uprøvd, og uten begrunnelse. Det kan derfor hevdes at avgjørelsen ikke bør stå i veien for at man i fremtidige saker vurderer bruksverdien på en annen måte.

Mer utfordrende kan det tilsynelatende være å forsone denne forståelsen med *Zachariasbryggen II*, men heller ikke med denne avgjørelsen er det noen eksplisitt uttalt konflikt. Det eneste Høyesterett her konkluderte med, er at det andre overskjønnet gav et uriktig resultat. Førstvoterende, som innrømmet at han «ikke [hadde] grunnlag for å anvisse en eller flere konkrete fremgangsmåter som vil føre til et

²² Det er mulig å tenke seg tilfeller som avviker fra dette, hvor en eiendom som helhet stiger i verdi som følge av en regulering. Hvis reguleringen sperrer for utnyttelsen av tilstøtende arealer, kan de boliger og hytter som allerede er oppført i området, fremstå desto mer frittstående og luksuriøse, mens oppførte næringsbygg vil kunne få en større andel av området potensielle avkastning. Spørsmålet i slike tilfeller blir om vi bør se det slik at bygningene da stiger enda mer i verdi som følge av reguleringene, mens tomtene på samme måte faller i verdi, eller om det heller er tomtene som blir mer verdifulle fordi deres potensial ble utnyttet før reguleringene trådte i kraft.

vederlag som er innenfor rammen av § 41 andre ledd» (avsnitt 76), nøyde seg så med å angi noen «muligheter» (avsnitt 77). At anken over det tredje overskjønnet, som fulgte opp en av disse mulighetene, ikke ble tillatt fremmet, bør heller ikke kunne sperre for at «verdet ... for bortfestar» vurderes annerledes i fremtidige saker.

En mer kontradiktorisk linje vil være å så tvil om riktigheten av Høyesteretts avgjørelser, slik jeg har gjort her. Argumentasjonens overbevisningsevne vil da bli avgjørende, men det er klart at det normalt skal mye til for å felle det som ellers fremstår som et bindende prejudikat.

Så fremt man mener at avgjørelsene er et utslag av en uriktig virkelighetsforståelse, kan det imidlertid argumenteres for at kritikken bør tilkjennes større vekt enn ved påpekning av svakheter i vurderingen av rene tolkningsspørsmål, på lik linje med påpekning av andre faktiske feil.²³ Bygninger blir ikke mer verdt bare fordi Høyesterett i én sak har lagt til grunn en uriktig verddivurdering. Men dette er intrikat, for rettens forståelse av hvor høy bruksverdien er, må antas å bero på en forståelse av hva den legger i «bruksverdi» – et tema som Høyesteretts dommere rett nok har vært tause om.

Et mulig springende punkt i en slik tilnærming kan bli vernet om eiendomsretten. For Høyesterett var det i den andre saken anført at lagmannsrettens nye overskjønn innebar en uforholdsmessig formuesforskyvning fra bortfester til fester, i strid med EMK P1-1 (avsnitt 21). Mindretallet, som mente at overskjønnet var basert på prinsipper som gav uttrykk for bygningens reelle verdi, så ingen slik konflikt (avsnitt 116). For flertallet, som opphevet overskjønnet, var det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet, men førstvoterende bemerket allikevel at resultatet, etter hans oppfatning, «står i et problematisk forhold til proporsjonalitetskravet» (avsnitt 75). Etter at Høyesterett nektet å fremme anken over det tredje overskjønnet – hvor bruksverdien ble estimert å være ca. 40 % høyere enn teknisk verdi – kan det være rimelig å anta at ankeutvalget anså det siste resultatet proporsjonalt.

Det er imidlertid ikke gitt at problemstillingen bør forstås som et spørsmål om proporsjonalitet. Etter artikkelens første ledd andre punktum skal ingen «bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentlige interesse ...». En regelforståelse som medfører at det skjer en formuesoverføring fra bortfester til fester som en konsekvens av offentlige restriksjoner, tjener ingen offentlige interesser. Men alle vil kanskje ikke se saken på denne måten. Vurderingen av forholdet til EMK P1-1 bringer oss tilbake til et spørsmål om virkelighetsforståelse: Innebærer løsningen i *Zachariasbryggen* at fester ikke mottar mer enn han gir fra seg, eller innebærer den at han får penger for ingenting?

²³ Dette bør heller ikke leses som tilslutning til en form for verdirealisme. En verddivurdering vil bero på en rekke underliggende faktiske og normative premisser. Poenget er bare at så fremt verddivurderingen er uriktig, fordi den er basert på sviktende faktiske premisser, bør kritikken tilkjennes større vekt.