



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 26. september 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg  
dommer Knut H. Kallerud  
dommer Arne Ringnes  
dommer Cecilie Østensen Berglund  
dommer Kine Steinsvik

**HR-2019-1784-A, (sak nr. 19-035999SIV-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts overskjønn 16. januar 2019

I.

Foretakseiendom AS

(advokat Ole Edvard Tokvam)

mot

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo  
v/advokat Atle Torvund)

II.

Oslo kommune

(Kommuneadvokaten i Oslo  
v/advokat Atle Torvund)

mot

Foretakseiendom AS

(advokat Ole Edvard Tokvam)

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

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder krav om at bortfesteren plikter å overta bygningsmassen på en festetomt ved festetidens utløp. Det er også spørsmål om verdsettelsen av bygningen og hvilken regel som gjelder for fastsettelse av sakskostnadene.
- (2) Oslo kommune eier Verkseier Furulunds vei 9 B, gnr. 116 bnr. 124 i Oslo. Eiendommen er en del av «Stubberudfeltet» om lag 9 kilometer nord for Oslo sentrum. Feltet ligger i nærheten av Alnasenteret og Alnabruterminalen og er et attraktivt næringsområde.
- (3) Frem til 1963 var det søppelfylling på Stubberud. Deretter ble det fylt på rene masser, og tomtene ble festet bort til næringsdrivende. Av den kommunale saksbehandlingen fra den gang fremgår at man mente at området kunne være brukbart som byggegrunn til industriformål etter at setningene hadde gitt seg. I påvente av dette ble det anbefalt å inngå festeforhold med 30 års varighet. Anbefalingen ble fulgt opp ved at kommunen opprettet festekontrakter med 30 års løpetid med 19 bedrifter som skulle drive egen virksomhet fra eiendommene. Festerne ble gjort oppmerksom på at det foregikk prosesser i grunnen som medførte setninger og utvikling av gasser som kunne være eksplosjonsfarlige.
- (4) Tvisten gjelder en tomt på 7 595 kvadratmeter, som ble festet bort ved avtale datert 26. april 1982. Festetiden løp etter kontrakten ut 1. juli 2012. Det fremgikk av kontrakten at tomten skal brukes til «oppførelse av lagerbygg» og at den bare kunne brukes i overensstemmelse med dette formålet. Bygningen på tomten er et kombinert lager og kontorbygg i to etasjer. Foretakseiendom AS overtok festekontrakten i 2001 og kjøpte samtidig bygningen. På dette tidspunktet gjenstod det altså 11 år av festetiden. Foretakseiendom var klar over at det var usikkerhet knyttet til en eventuell forlengelse.
- (5) I 2007 orienterte kommunen festerne på Stubberudfeltet om at den fremtidige bruken av området ville bli vurdert. Arbeid med regulering og fremtidig utvikling av området ble satt i gang. Denne prosessen har som forutsetning at festeforholdene avvikles. Kommunen varslet derfor i 2010 festerne om at festeavtalene ikke ville bli forlenget.
- (6) Stubberudfeltet er på om lag 320 dekar. Av dette eier Oslo kommune omtrent 200 dekar. Kommunen er i ferd med å avvikle alle festeforholdene og har fått fristilt og ryddiggjort stadig større deler av området. Om planene for Stubberudfeltet uttaler lagmannsretten:

**«Stubberudfeltet dekker et stort areal sentralt i Groruddalen. Området er viktig for den fremtidige utviklingen, og det pågår et planarbeid for videreutvikling og transformasjon av området til såkalt 'grønn logistikk'. Eksisterende bygg vil i og for seg være innenfor dette formålet. Det legges imidlertid opp til moderne logistikkvirksomhet med ny arealeffektiv og samlet utnyttelse av området. Eksisterende lagerbygg fra 1980-årene vil etter lagmannsrettens syn ikke ha noen plass i en slik fremtidig utnyttelse, og det påregnelige vil uansett være at bygget rives for å gjøre plass til den fremtidige transformasjonen av området.»**
- (7) Lagmannsretten uttaler videre at det er «påregnelig at det vil gå 10 år før ny utnyttelse er aktuelt».
- (8) Det oppsto flere tvister mellom Foretakseiendom og kommunen. Av interesse for saken her nevner jeg at det er rettskraftig avgjort at Foretakseiendom ikke lenger har festerett til tomten.

- (9) Foretakseiendom begjærte i november 2017 skjønn med påstand om at kommunen pliktet å overta huset på tomten mot vederlag fastsatt av retten.
- (10) Ved Oslo tingretts avgjørelse 9. august 2018 ble kommunen frifunnet for kravet om å overta bygningen. Foretakseiendom ble idømt sakskostnader.
- (11) Tingretten la til grunn at verdier ville gå «til spille» om kommunen ikke ble pålagt å overta, jf. tomtefesteloven § 40 første ledd første punktum. Men retten kom til at dette ikke ville skje «i utrengsmål». Retten la ved denne vurderingen vekt på at kommunen hadde viktigere interesser å ivareta enn de rent økonomiske. Blant annet pekte retten på planene om tomteutvikling som «skal skje på en måte som tjener hele befolkningen i byen». Foretakseiendom hadde på sin side overtatt en festekontrakt med kort gjenværende løpetid og hadde «hele tiden vært kjent med at kommunen har ønsket å ta [tomten] tilbake for å utvikle området».
- (12) Foretakseiendom begjærte overskjønn. Borgarting lagmannsretts avgjørelse er datert 16. januar 2019 og har slik slutning:
- «1. Skjønnnet fremmes.
  2. Oslo kommune plikter å overta hus og faste tilstelninger på gnr. 116 bnr. 124 i Oslo kommune mot et vederlag på 12 000 000 – tolv millioner – kroner.
  3. Hver part dekker egne sakskostnader, herunder andel av kostnadene til skjønnsmedlemmene.»
- (13) Lagmannsretten kom til at bygningens bruksverdi for bortfesteren utgjør 12 millioner kroner. Etter rettens oppfatning ville verdier gå «til spille i utrengsmål» dersom kommunen ikke ble pålagt å overta bygningen. At kommunen ble pålagt å overta hadde etter lagmannsrettens syn ikke slike likhetstrekk med tvangsavståelse at sakskostnadene skulle fastsettes etter særregelen i skjønnsprosessloven § 42. Avgjørelsen hadde imidlertid på flere punkter budt på tvil. Lagmannsretten tilkjente derfor ikke sakskostnader for noen instanser.
- (14) Oslo kommune har anket over rettsanvendelsen når det gjelder pålegget om å overta bygningen, jf. tomtefesteloven § 40. Videre har kommunen anket over rettsanvendelsen og saksbehandlingen knyttet til fastsettelsen av vederlaget for overtakelse av bygningsmassen, jf. tomtefesteloven § 41. Endelig har kommunen anket over rettsanvendelsen når det gjelder lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse.
- (15) Foretakseiendom har anket over rettsanvendelsen knyttet til fastsettelsen av vederlaget.
- (16) Høyesteretts ankeutvalg fremmet 4. april 2019 ankene over rettsanvendelsen. Kommunens anke over saksbehandlingen ble ikke fremmet.
- (17) *Oslo kommune* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (18) Lagmannsrettens rettsanvendelse knyttet til vilkåret «i utrengsmål» i tomtefesteloven § 40 er feil. Vurderingen er ikke tilstrekkelig individualisert. I stedet for å vurdere kommunens konkrete, overordnede, interesser har lagmannsretten tatt utgangspunkt i

hvordan «bortfestere flest» ville innrettet seg ut fra rene økonomiske betraktninger. Relevante momenter i interesseavveiningen er dermed ikke vurdert. Blant annet skulle kommunens planer for området, bakgrunnen for festeforholdet og de umiddelbare kostnadene kommunen påføres om den pålegges å overta huset, vært trukket inn i interesseavveiningen.

- (19) Rettsanvendelsen er også feil når det gjelder verdsettelsen etter tomtefesteloven § 41 andre ledd. Den delen av bygningsmassens verdi som skyldes den attraktive beliggenheten på Stubberudfeltet er ikke på en dekkende måte trukket inn i vurderingen. Vederlaget er dermed satt vesentlig for høyt.
- (20) Lagmannsretten har feilaktig anvendt skjønnsprosessloven § 43 – som henviser til tvistelovens alminnelige regler om erstatning for sakskostnader – ved fastsettelse av sakskostnadene. Det riktige er å anvende skjønnsprosessloven § 42. Denne bestemmelsen pålegger den som har interesse av inngrepet – her Foretakseiendom – å erstatte motpartens sakskostnader uavhengig av utfallet av saken.
- (21) Anken fra Foretakseiendom kan ikke føre frem. Det er ikke riktig at kommunens subjektive forhold på uriktig måte er trukket inn ved lagmannsrettens verdifastsettelse. Det er heller ikke korrekt at lagmannsrettens avgjørelse fører til at verdier overføres fra festeren til kommunen. Forholdet er tvert imot at kommunen må betale for en bygning som den av gode grunner uansett vil rive.
- (22) Oslo kommune har lagt ned slike påstander:

**«I Foretakseiendom AS mot Oslo kommune:**

1. **Anken forkastes.**
2. **Foretakseiendom AS skal betale Oslo kommunes sakskostnader.**

**II Oslo kommune mot Foretakseiendom AS**

1. **Overskjønnet, med unntak av slutningens punkt 1, oppheves.**
2. **Foretakseiendom AS skal betale Oslo kommunes sakskostnader for alle rettsinstanser.»**

- (23) *Foretakseiendom AS* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (24) Vederlaget for bygningen er satt vesentlig for lavt. Det skyldes særlig at lagmannsretten ved overskjønnet feilaktig har tatt utgangspunkt i kommunens subjektive interesser og forhold. Det rette er å finne frem til mer objektive prinsipper for verdifastsettelsen, jf. HR-2017-2359-A avsnitt 41 (*Zachariasbryggen II*). Lagmannsrettens avgjørelse innebærer en betydelig verdioverføring fra festeren til bortfesteren. Dette er i strid med den grunnleggende forutsetningen om at resultatet skal være rimelig for begge parter.
- (25) Oslo kommunes anke knyttet til tomtefesteloven § 40 må forkastes. Lagmannsretten har gjort en konkret og helhetlig avveining av partenes interesser. Avgjørelsen kan ikke forstås slik at lagmannsretten ved interesseavveiningen legger avgjørende vekt på hvordan «bortfestere flest» ville opptrådt og bare tar i betraktning rent økonomiske forhold.

Henvisningen til «bortfestere flest» må forstås som et utgangspunkt ved vurderingen av om det oppstår et spill av verdier. Lest i sammenheng fremgår det at lagmannsretten nettopp tar i betraktning mulige gode «kommunale» grunner, men at disse ikke veier opp de tunge motstående interessene. Lagmannsretten har gjort en selvstendig vurdering av det kommunale behovet for å bruke tomten annerledes enn å fortsette å leie ut bygningsmassen. At lagmannsretten veier interessene annerledes enn kommunen, er ingen rettsanvendelsesfeil.

- (26) Lagmannsretten har også tatt hensyn til den særlig gode beliggenheten ved fastsettelsen av vederlaget. Anken fra kommunen når det gjelder verdifastsettelsen kan derfor ikke føre frem.
- (27) Sakskostnadene skal fastsettes etter skjønnsprosessloven § 43, altså slik at tvistelovens alminnelige regler kommer til anvendelse. En festers krav om at bortfesteren skal overta bygninger på tomten ligger fjernt fra de tvangssituasjoner som faller inn under skjønnsprosessloven § 42.
- (28) Foretakseiendom har lagt ned slike påstander:
- (29) For anke inngitt av Foretakseiendom AS:
- «1. **Overskjønnet pkt. 2 oppheves så langt det gjelder fastsettelsen av vederlaget.**
  - 2. Overskjønnet pkt. 3 oppheves.**
  - 3. Foretakseiendom AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»**
- (30) For anke inngitt av Oslo kommune:
- «1. **Anken forkastes.**
  - 2. Foretakseiendom AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»**
- (31) *Mitt syn på saken*
- (32) *Sakens omfang for Høyesterett*
- (33) Høyesteretts kompetanse er begrenset etter skjønnsprosessloven § 38. Etter denne bestemmelsen kan et overskjønn bare ankes på grunn av feil i rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Henvisningsbeslutningen er som nevnt begrenset til rettsanvendelsen. Under saksforberedelsen er det avklart at Høyesterett ikke skal foreta en ny interesseavveining etter tomtefesteloven § 40.
- (34) *Rettslig utgangspunkt – tomtefesteloven § 39*
- (35) Tomtefeste er en form for leie av grunn til hus, jf. tomtefesteloven § 1 første ledd. Ved tidsbestemte festekontrakter 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 første ledd. Lovens utgangspunkt er altså at eieren skal ha tomten tilbake slik den var før leieforholdet ble innledet.

- (36) Tomtefesteloven § 40 inneholder et unntak fra dette utgangspunktet, som innebærer at bortfesteren i visse tilfeller har en «[r]ett og plikt til overtaking av hus og faste tilskipingar». Som nevnt i HR-2017-2359-A avsnitt 34 (Zachariasbryggen II) er det i praksis, i alle fall når det gjelder bebygde tomter i sentrum av byene, vanligvis dette unntaket som kommer til anvendelse. Ved en tidsbegrenset festeavtale i et næringsforhold som her, er det imidlertid særlig grunn til å understreke det rettslige utgangspunktet: Bortfesteren – grunneieren – skal ha tilbake sin eiendom uten bygninger eller andre innretninger som festeren har plassert der.
- (37) *Tomtefesteloven § 40 første ledd første punktum*
- (38) Ordlyden i bestemmelsen er denne:
- «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.»**
- (39) Forutsetningen for at en av partene kan kreve at «hus og faste tilskipingar» tas over av bortfesteren, er altså at «verdier går til spille». Men denne retten kan bare gjøres gjeldende dersom verdispillet er «i utrengsmål».
- (40) For Høyesterett er det ikke omtvistet at vilkåret om at verdier vil gå til spille er oppfylt. Den nærmere forståelsen av vilkåret «i utrengsmål» er dermed det sentrale spørsmålet i saken.
- (41) *Lovhistorikk og lovforarbeider*
- (42) I den tidligere tomtefesteloven av 1975 var ordlyden i § 21 andre ledd denne:
- «Vil ryddiggjeringa føre til at verdier 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.»**
- (43) Av særlig interesse er at i den tidligere lovteksten er det gjort en tilføyelse til at verdier ikke må spilles «i utrengsmål». Krav om ryddiggjøring må heller ikke «på annen måte verke urimeleg mot festaren» mens bortfesteren kan være «vel tent» med å overta hus mv. mot å betale vederlag.
- (44) I forarbeidene – NUT 1971: 3 Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet – er det forklart nærmere hva som ligger i dette. På side 38 nevner utvalget at dersom det ikke kommer til avtale «vert ryddiggjering av tomta det prinsipale». Men det er gjort unntak som skal sikre at ingen av partene «vert vanhjelpne og at verdier ikkje spillest i utrengsmål». Det heter så:
- «Grunneigaren er difor pålagd innløysingsplikt når ryddiggjering ville verke urimeleg mot festaren, medan grunneigaren på si side vil vere vel tent med å overta etter takst. Her er det tale om ein freistnad på å skifte sol og vind likt til bae sider. Avgjerda må byggje på eit konkret skjønn.»**
- (45) I Ot.prp. nr. 2 (1974–1975) side 79 gjengis de to siste setningene i det jeg har sitert fra Sivillovbokutvalet. Departementet fremholder så at det dreier seg om en «interesseavveging og rimelighetsvurdering».

- (46) I NOU 1993: 29 Rådsegn 15 fra Sivillovbokutvalet – forarbeidene til den någjeldende tomtfesteloven – tas det igjen utgangspunkt i at tomten skal ryddes når festeforholdet avvikles, se side 52. Utvalget fremhever samtidig at det er et viktig rettspolitisk hensyn bak reglene å sikre at investeringer som er gjort på tomten ikke går tapt når festeavtalen faller bort. Om dette uttaler utvalget:

**«Både omsynet til partane og meir allmenne samfunnsomsyn talar for reglar som hindrar at utøving av festaren sin rett til utskiljing av det han eig, eller rett for bortfestare til å krevja ryddiggjering, fører til verditap.»**

- (47) Sivillovbokutvalet viderefører også ellers de grunnleggende synspunktene fra den forrige utredningen. Det gjelder både at det skal skje en konkret rimelighetsvurdering – «skifte sol og vind likt til både sider» – og at grunneieren må være «vel tent» med å overta hus mv. mot betaling. På side 52 flg. understrekes det således at selv om reglene er omformulert, er det ikke meningen å endre de allmenne vilkårene:

**«Det skal framleis skje ei interesseavvegning der omsynet til å unngå verdispille og partane sine interesser skal vegast mot einannan.»**

- (48) I spesialmotivene på side 76–77 gjennomgår utvalget først hva som ligger i at «verdiar går til spille». Det presiseres så at det også er et vilkår «at verdispillet skjer i utrensmål».

- (49) Det heter deretter:

**«I dette ligg at verdispillet skjer utan at det er tilstrekkeleg grunn til det. Verdispille som skjer for at partane skal kunne vareta interesser som er viktigare enn det eventuelle verdispillet, kan ikkje seiast å skje i utrensmål.»**

- (50) De to hensynene som uttrykkelig var nevnt i den tidligere lovteksten – ville «verke urimeleg mot festaren» og at bortfesteren måtte være «vel tent» med å overta – ble ikke foreslått videreført i lovteksten. Grunnen var at utvalget mente at disse hensynene er omfattet av at det ikke må skje verdispill «i utrensmål». Noen realitetsendring er det altså ikke tale om. Tvert om fremgår det av lovforarbeidene at disse to momentene er sentrale ved den endelige avveiningen av partenes interesser.

- (51) I Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) ble utvalgets forslag fulgt opp uten realitetsmerknader, se side 70. Loven ble vedtatt med den teksten jeg siterte innledningsvis.

- (52) *Rettspraksis*

- (53) Utover den generelle gjennomgangen i HR-2017-2359-A avsnitt 33 flg. (Zachariasbryggen II) finnes det ikke praksis fra Høyesterett som kaster lys over forståelsen av uttrykket «i utrensmål». Foranlediget av prosedyren for Høyesterett skyter jeg her inn at bemerkningen i avsnitt 41 om å «søke mot mer objektive prinsipper» gjelder vederlagsfastsettelsen der bortfesteren skal overta bygningsmassen. Uttalelsen gir ikke veiledning for interesseavveiningen knyttet til rett og plikt til å overta hus mv. etter tomtfesteloven § 40.

- (54) *Oppsummering – noen rettslige hovedpunkter*

- (55) Vilåret at verdier ikke må spilles «i utrensmål» må forstås på bakgrunn av et overordnet ønske om å unngå verditap, både av hensyn til partene og ut fra mer allmenne

samfunnshensyn. Hva som er «i utrengsmål» vil kunne variere. Men utgangspunkt må tas i de individuelle partenes konkrete interesser. Vurderingen er ikke begrenset til økonomiske forhold. Både for festeren og bortfesteren kan andre hensyn veie tyngre enn de økonomiske. For en fester kan det eksempelvis være tale om en bygning med affeksjonsverdi, for en bortfester som stat eller kommune kan overordnede samfunnsmessige interesser veie tungt.

- (56) Lovens hovedregel – rydding av tomten, jf. § 39 – må danne utgangspunkt ved vurderingen. Alle saklige interesser på begge sider må tas i betraktning. De påberopte forholdene må på vanlig måte etterprøves ut fra de bevis som er lagt frem. Momentene må veies mot hverandre. Dernest må det – slik forarbeidene gir anvisning på – vurderes om resultatet er «urimeleg» for festeren og om bortfesteren er «vel tent» med å overta hus og innretninger.
- (57) *Lagmannsrettens rettsanvendelse*
- (58) Lagmannsretten skiller ikke tydelig mellom spørsmålet om verdier går til spille, om dette i så fall er «i utrengsmål» og det vederlag bortfesteren eventuelt skal betale for bygningen. Som nevnt er det for Høyesterett ikke omtvistet at vilkåret om at verdier vil gå til spille er oppfylt.
- (59) Samlet sett oppfatter jeg premissene slik at lagmannsretten ved vurderingen av om det vil skje verdispill «i utrengsmål» har lagt avgjørende vekt på hva «bortfesterne flest» ville gjort med bebyggelsen, basert på hva som ville vært «det økonomisk fornuftige». Lagmannsretten nevner at det kan være gode, ikke økonomiske, «'kommunale' grunner» som må inngå i interesseavveiningen. Men i den konkrete vurderingen er dette nærmest fraværende. Det avgjørende for retten synes å ha vært at disse interessene «objektivt sett» ikke innebærer en økonomisk «fornuftig utnyttelse i den kommende 10 års perioden».
- (60) En slik interesseavveining er for snever ut fra den rettslige forståelsen jeg har gjort rede for. Det som særlig mangler er en vurdering av partenes individuelle, konkrete, interesser basert på de rettslige utgangspunktene jeg har pekt på.
- (61) Rimelighetsvurderingen knyttet til *Foretakseiendoms situasjon* kan ikke begrenses til rent økonomiske forhold knyttet til utnyttelse av bygningsmassen. I lagmannsrettens interesseavveining savner jeg her en vurdering, og avveining, av slike omstendigheter som festetidens lengde, bakgrunnen for avtaleforholdet og kommunens forutsetning om annen bruk ved festetidens utløp. Det kan også være grunn til å vurdere betydningen av kommunens varsler i 2007 og 2010 om mulig annen bruk av området og om at festekontrakten ikke ville bli forlenget.
- (62) *Kommunens interesser* må belyses i et videre perspektiv enn mulighetene for økonomisk fortjeneste. Også kommunens ønske om å bruke tomten på en annen måte enn til bygningsutleie, selv om det ikke gir høyest økonomisk fortjeneste, må trekkes inn i vurderingen. Her må også kommunens kostnader og risiko ved å overta bygningen vurderes.
- (63) Etter at disse – og andre saklige hensyn som partene måtte påberope seg – er belyst og vurdert, må retten foreta en samlet vurdering ut fra de retningslinjene jeg har gitt anvisning på.



- (64) Jeg er etter dette kommet til at det er slike mangler ved lagmannsrettens rettsanvendelse at overskjønnet må oppheves for så vidt gjelder punkt 2 i slutningen i samsvar med kommunens påstand.
- (65) Ut fra min konklusjon har jeg ikke foranledning til å gå inn på hvordan et eventuelt vederlag skal fastsettes.
- (66) *Sakskostnader*
- (67) Partene er uenige om hvilke bestemmelser som gjelder for fastsettelse av sakskostnadene. Jeg ser nå nærmere på dette.
- (68) Skjønnsprosessloven har særregler for fastsettelse av sakskostnadene ved skjønn. Etter § 42 skal «den som har interesse av inngrepet» i nærmere angitte sakstyper erstatte motpartens sakskostnader. I andre skjønnsaker enn dem som er nevnt i § 42 avgjøres spørsmålet etter de alminnelige reglene i tvisteloven kapittel 20, jf. skjønnsprosessloven § 43.
- (69) Skjønnsprosessloven § 42 første ledd har denne ordlyden:
- «Ved skjønn i forbindelse med at det gjøres gjeldende rett til forkjøp, innløsning, avløsning eller lignende inngrep, skal den som har interesse av inngrepet erstatte motparten hans nødvendige utgifter i anledning saken. Det samme gjelder saker om erstatning for innskrenkninger i rådigheten over fast eiendom og saker om grunneierens krav på å få slik eiendom innløst.»**
- (70) Foretakseiendoms krav om at kommunen skal overta bygningen på tomten faller ikke inn under de positivt angitte sakstypene i § 42. Spørsmålet er dermed om selskapets krav om at bortfesteren skal overta bygningen etter tomtefesteloven § 40 er et «lignende inngrep».
- (71) Rt-2006-623 gjaldt spørsmålet om sakskostnadene i en skjønns sak om verdsettelse av bygninger mv. bortfesteren hadde overtatt, skulle avgjøres etter skjønnsprosessloven § 42 eller § 43. Her finnes en instruktiv oversikt over lovforarbeidene og det er gitt generelle retningslinjer for valget mellom de to bestemmelsene. Jeg tar derfor utgangspunkt i denne kjennelsen ved min gjennomgang av rettskildene.
- (72) I avsnitt 21 i kjæremålsutvalgets kjennelse fremgår det at Sivillovbokutvalet i rådsegn 15, NOU 1993: 29, på side 82 la til grunn at det «truleg [er] skjønnsprosesslova § 43 som gjeld» blant annet ved tvist om rett og plikt til å ta over bygninger mv. på festet tomt. Kjæremålsutvalget nevner videre at Sivillovbokutvalets forslag om å la skjønnsprosessloven § 42 gjelde for alle skjønn etter tomtefesteloven ikke ble fulgt opp. Jeg føyer her til at departementet i Ot.prp. nr. 28 (1995–1996) side 72 ser ut til å slutte seg til Sivillovbokutvalets standpunkt om gjeldende rett. Skjønnsprosessutvalget inntok det motsatte syn, se avsnitt 22 i kjennelsen. Ingen av standpunktene er nærmere begrunnet.
- (73) I avsnitt 23 i kjennelsen heter det så:
- «Etter kjæremålsutvalgets syn må valget mellom skjønnsloven § 42 og § 43 bero på om det er tale om fastsettelse av vederlaget for et inngrep som har karakter av eller sterke likhetstrekk med en tvangsavståelse av en rettighet, eller om vederlagsfastsettelsen mer har karakter av en sivil rettstvist.»**

- (74) I den konkrete saken var det imidlertid tale om et skjønn til fastsettelse av vederlaget for en avtalefestet rett og plikt for grunneieren til å overta bygninger og tekniske anlegg ved avviklingen av et festeforhold, ikke krav etter tomtefesteloven § 40. Et slikt skjønn kunne etter utvalgets syn ikke sammenlignes med et skjønn til fastsettelse av vederlag ved et tvangsinngrep, men hadde mer karakter av en sivil rettstvist. Én dommer – Skoghøy – uttalte at det samme måtte ha gjeldt om grunneierens rett og plikt til overtakelse ikke var basert på avtale, men på tomtefesteloven § 40. De to andre dommerne – Gussgard og Øie – ønsket ikke å ta stilling til dette, se avsnitt 24.
- (75) I Rt-2014-914 gjentok ankeutvalget uttalelsen jeg har sitert fra avsnitt 23 i Rt-2006-623 om valget mellom skjønnsprosessloven § 42 og § 43. I denne saken kom imidlertid ankeutvalget til at skjønnsprosessloven § 42 måtte komme til anvendelse. Selv om det var festeren som hadde krevd at bortfesteren skulle overta bygningene, hadde saken «karakter av tvangsavståelse fra fester til bortfester» fordi «det er bortfester som har fremtvunget situasjonen ved å si opp festekontrakten», se avsnitt 7.
- (76) HR-2016-1240-A (Zachariasbryggen I) gjaldt hvordan en bygning på festet tomt skulle verdsettes når den ble overtatt av bortfesteren ved opphør av festeforholdet. Her sluttet førstvoterende seg til partenes enighet om at det var skjønnsprosessloven § 43 som kom til anvendelse, se avsnitt 35.
- (77) Spørsmålet ble likevel tatt opp på ny i HR-2017-2359-A (Zachariasbryggen II). Festerens anførsel om at sakskostnadene skulle fastsettes etter skjønnsprosessloven § 42 ble ikke tatt til følge, se avsnitt 78 og avsnitt 117. I tillegg til å minne om at Høyesterett allerede hadde tatt stilling til spørsmålet i den forrige saken, ble det føyd til at situasjonen her var helt annerledes enn de tilfeller skjønnsprosessloven § 42 tar sikte på, se avsnitt 78.
- (78) Jeg konkluderer etter dette som i de to utvalgsavgjørelsene jeg har gjennomgått:
- (79) Hvorvidt det er tale om et «lignende inngrep» etter skjønnsprosessloven § 42 må bero på om inngrepet har karakter av, eller sterke likhetstrekk med, en tvangsavståelse av en rettighet.
- (80) Jeg finner det klart at situasjonen i saken her ikke har likhetstrekk med en tvangsavståelse.
- (81) Oslo kommune har krav på å få dekket sine sakskostnader for Høyesterett etter den ordinære hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Advokat Torvund har på vegne av sin klient krevd sakskostnader med 409 081 kroner med tillegg av rettsgebyr på 31 050 kroner, totalt 440 131 kroner. Kostnadene anses som rimelige og nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5. Påstanden tas derfor til følge.
- (82) Kostnadsavgjørelsen for øvrig avhenger av utfallet av deler av saken som ikke avgjøres av Høyesterett. Sakskostnader for de tidligere instanser fastsettes av den grunn ikke, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd. Lagmannsrettens sakskostnadsavgjørelse i slutningens punkt 3 må derfor oppheves.

(83) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Overskjønnets punkt 2 og 3 oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Foretakseiendom AS til Oslo kommune 440 131 – firehundreogførtitusenethundreogtrettien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
3. Avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten utstår til lagmannsrettens nye avgjørelse.

(84) Dommer **Ringnes:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(85) Dommer **Steinsvik:** Likeså.

(86) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.

(87) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(88) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Overskjønnets punkt 2 og 3 oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Foretakseiendom AS til Oslo kommune 440 131 – firehundreogførtitusenethundreogtrettien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.
3. Avgjørelsen av sakskostnadene for tingretten og lagmannsretten utstår til lagmannsrettens nye avgjørelse.