



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 27.10.2011 i Borgarting lagmannsrett,

Saksnr.: 11-162656ASD-BORG/02

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Lagdommer

Ranar Eldøy
Inger Wiig
Carl August Heilmann

Ankende part Villmarksleiren ANS

Advokat Thom-Kåre Granli

Ankematpart Rein Dammann

Advokat Morten Broch Poulsson
Advokatfullmektig
Svein Steinfeld Jervell

1. Sakens faktiske bakgrunn

1.1 Prosesshistorikk – stevning/tilsvar

I stevning av 3. mai 2011 fremmet Rein Dammann krav mot Villmarksleiren ANS; et selskap han var deltaker i sammen med sin tidligere ektefelle Turid Heidi Damman. Kravene gikk ut på at retten skulle fastsette hvilken utløsningssum han hadde krav på, samt størrelsen på Villmarksleieren ANS sin gjeld til saksøker.

Oslo tingrett satte først tilsvarsfrist til 30. mai 2011. Denne frist ble utsatt til 10. juni 2011 etter anmodning fra advokat Heidi Bache-Wiig som den gang var prosessfullmektig for saksøkte.

Tilsvaret i saken er datert 10. juni 2011, og frankeringsstempelet på konvolutten har samme dato. Som vedlegg til tilsvaret fulgte imidlertid en legeerklæring datert 14. juni samt et hjelpedokument med utskriftsdato 15. juni 2011. Det er videre på det rene tilsvaret er stemplet inn den 17. juni både i tingretten og hos saksøkers prosessfullmektig. Samtidig med tilsvaret ble det for øvrig også fremmet motsøksmål med Villmarksleiren ANS og Turid Heidi Dammann som saksøker 1 og saksøker 2.

I prosesskriv av 20. juni 2011 fra advokatfirma Dalan v/advokatfullmektig Svein Steinfeld Jervell ble det med henvisning til blant annet uoverensstemmelsen mellom datering/frankering på tilsvaret og dato på vedleggene anført at tilsvaret var inngitt for sent, og det ble satt fram krav om fraværdom.

Den 23. juni 2011 fremmet advokat Bache-Wiig begjæring om oppfriskning, jf tvisteloven §§ 16-10 (1) og 16-12. Av samme prosesskriv fremgår at fristoversittelsen erkjennes. Om bakgrunnen for dette heter det at ”omfanget av saken og det faktum at det stadig kom nye opplysninger førte til at jeg ikke maktet å sende tilsvaret som forventet. Dette er ene og alene fullmektigens ansvar”.

1.2 Tingrettens kjennelse og dom

Tingretten avgjorde i kjennelse og dom av 8. juli 2011 at det ikke ble gitt oppfriskning mot fristoversittelsen. Videre ble begjæringen om fraværdom tatt til følge. Slutningen i kjennelsen om oppfriskningsspørsmålet lyder slik:

1. Begjæring om oppfriskning forkastes.

Domslutning (fraværdommen) har slik slutning:

1. Utløsningssummen fastsettes til kr 662.104 – kroner sekshundreogsekstiotusen-
etthundreogfire.
2. Villmarksleiren ANS' gjeld til Rein Dammann fastsettes til kr 215.019 – kroner
tohundreogfemtentusenogfemten.
3. Villmarksleiren ANS dømmes til å betale sakens kostnader med kr 70.000 – kroner
syttitusen – inkl. mva. med tillegg av rettens gebyr innen to uker fra dommens
forkynnelse.

1.3 Tingrettens videre behandling av krav reist i motsøksmålet

I brev av 11. juli 2011 til advokat Bache-Wiig varslet Oslo tingrett at behandlingen av motsøksmålet ville ligge i bero inntil det ble gitt tilbakemelding på hvordan dette ønskes behandlet videre. I brevet ble det vist til at fraværdommen ikke avgjør motkravet, og at Rein Dammann som bosatt i Lørenskog kommune har verneing i Nedre Romerike tingrett.

Tilbakemelding ble gitt av advokat Thom Kåre Granli som ny prosessfullmektig i prosess-skriv av 16. september 2011 til Oslo tingrett. Her ble det bedt om behandlingen av mot-søksmålet stanses i påvente av lagmannsrettens avgjørelse av anken over oppfrisknings-kjennelsen og fraværdommen.

1.4 Anke og anketilsvar

Advokat Thom-Kåre Granli har anket tingrettens kjennelse og fraværdom inn for Borgarting lagmannsrett i ankeerklæring datert 15. september 2011.

Advokat Granli har anført at korrekt rettsmiddel er anke med påstand om oppfriskning, jf tvisteloven § 16-12 annet ledd. Dette er en feilskrift for § 16-11 annet ledd, hvor det frem-går at når retten avsier en fraværdom og samtidig forkaster en begjæring om oppfriskning, så kan avgjørelsen ankes med påstand om oppfriskning etter § 16-12. En slik anke behand-les etter reglene om anke over kjennelser.

Det er anført at det skulle vært gitt oppfriskning i medhold av tvisteloven § 16-12, dels fordi fraværdommen er avsagt med urette (jf § 16-12 første ledd annet punktum) og dels med henvisning til at det vil være urimelig å nekte videre behandling av saken etter § 16-12 tredje ledd.

I anketilsvar av 30. september 2011 har advokatfullmektig Svein Steinfeld Jervell tatt til motmæle og lagt ned påstand om at anken forkastes.

2. Ankende parts påstandsgrunnlag

Ankende part har for det første anført at fraværdommen er avsagt med urette, jf tvisteloven § 16-12 første ledd, annet punktum. Dette alternativ anføres å omfatte også tilfeller hvor fraværdommen lider av saksbehandlingsfeil og feil ved avgjørelsens innhold.

Ankende part anfører at det er en saksbehandlingsfeil at tingretten ikke har klarlagt de relevante faktiske og rettslige forholdene som skal tillegges betydning i vurderingene. Det er særskilt vist til at tingretten ikke har foretatt en tilstrekkelig vurdering av om saksøkte hadde en prosedabel sak basert på både stevning og tilsvar.

Ankende part har påberopt saksbehandlingsfeil i form av mangelfulle domsgrunner i flere henseende: For det første er det vist til at det ikke fremgår hvilke forhold retten har lagt til grunn når den har vurdert om påstandsgrunnlaget fremstår som åpenbart uriktig. Videre er det anført at domsgrunnene ikke gir noe grunnlag for å se hvilket faktisk forhold retten har lagt til grunn. Domsgrunnene gir ifølge ankende part heller ikke grunnlag for å se hvilken rettsanvendelse tingretten har lagt til grunn ved fastsettelsen av løsningssummen. Det er her særskilt vist til at slik fastsettelse er en komplisert øvelse som omfatter både et stort antall faktiske forhold og mange rettslige vurderinger. Når dette ikke er omtalt, er det en mangel ved domsgrunnene. Hvis retten ikke har gjort noen slik vurdering i det hele tatt, er dette en saksbehandlingsfeil i seg selv.

Tvisteloven § 11-3 pålegger retten et selvstendig ansvar for at rettsanvendelsen er korrekt. Dette gjelder også ved fraværdommer, jf NOU 2001-32B side 919.

Ankende part anfører videre at det også foreligger feil ved avgjørelsens innhold. Tingretten har feilaktig lagt til grunn at det er et vilkår for å avsi fraværdom at saksøkers påstandsgrunnlag ikke er "åpenbart uriktig", mens det korrekte er at retten – når den skal fastsette avgjørelsens innhold – skal ta utgangspunkt i saksøkers faktiske påstandsgrunnlag og "sensurere" dette i den utstrekning og bare i den utstrekning det er åpenbart uriktig.

Ankende part anfører også at fastsettelsen av utløsningssummen er basert på feil rettsanvendelse når man har lagt til grunn saksøkers tall over overskuddet i bedriften, herunder fastsettelsen av såkalt "superprofitt". Slik superprofitt er en del av goodwill-begrepet, og fremkommer etter en komplisert øvelse, jf RG 1996 side 211, særlig side 224. Retten skulle foretatt en skjønnsmessig fastsettelse av hva normal lønn for partene ville utgjøre som en del av fastsettelsen av normal inntjening. Det ville da ikke vært grunnlag for noen superprofitt i dette selskapet. Endelig var det meste av goodwillen knyttet til Heidi Dammann som person, noe det også skulle gjøres fradrag for. Tingretten har ikke vurdert dette.

Når det gjelder fastsettelsen av selskapets gjeld til Rein Dammann, foreligger det ikke grunnlag for å vurdere om retten har lagt til grunn korrekt faktum eller korrekt juss. Påstanden om at Heidi Dammann tok ut ureglementerte beløp må undergis en rettslig vurdering, noe som ikke er gjort. Det er også reist spørsmål om Innovasjon Norge har satt vilkår som begrenser deltakeres rett til slik utløsning som Rein Dammann har krevd.

For det andre er det anført at oppfriskning også skulle vært gitt i medhold av den rimelighetsbaserte regelen i tvisteloven § 16-12 tredje ledd. Herunder er det vist til at det må vurderes om den saksøkte hadde et prosedabelt krav, noe som må vurderes ut fra de faktiske opplysningene i tilsvaret og ikke bare i stevningen. Det er vist til Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 20.6.3.4 side 251.

Videre er det anført at saken i realiteten er en del av et oppgjør mellom to tidligere ektefeller som også har to barn sammen. Det er ikke hensiktsmessig at dette avgjøres ved fraværdom. Det er heller ikke rettskildemessig dekning for at muligheten for å kreve erstatning fra tidligere prosessfullmektig skal tillegges vekt ved vurderingen av oppfriskningsspørsmålet.

Ankende part krever sakskostnader med kr 27.000 + mva kr 6.750 = kr 33.750.
Rettsgebyret kommer i tillegg.

Ankende part har lagt ned slik påstand:

1. Villmarksleiren ANS gis oppfriskning for fristoversittelse i saken.
2. Oslo tingretts fraværdom i saken oppheves.
3. Villmarksleiren ANS tilkjennes sakens omkostninger og rettsgebyr.

3. Ankemotpartens påstandsgrunnlag

Ankemotparten har fastholdt at tingrettens fraværdom er riktig og at lagmannsretten ikke skal gi oppfriskning etter tvisteloven §16-12 første eller tredje ledd. Det bestrides videre at det foreligger saksbehandlingsfeil ved tingrettens avgjørelse, herunder mangelfulle domsgrunner. Eventuelle feil er uansett ikke av en slik art at det er nærliggende å anta at de kan ha hatt betydning for domsresultatet, jf tvisteloven § 29-21 første ledd.

Ankemotparten har vist til de samme anførsler som for tingretten, jf prosesskriv av 20. juni og 30. juni 2011, samt tingrettens kjennelse og dom. Foranlediget av anken, er det særskilt vist til følgende forhold:

I forhold til tvisteloven § 16-12 tredje ledd anføres at det ikke dreier seg om ”ordinære og dagligdagse feil”, jf ankende parts henvisning til Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 20.6.3.4. Det er heller ikke en sak mellom to ektefeller, men en sak relatert til drift av næringsvirksomhet. Ankemotparten har videre innrettet seg etter fraværdommen, som ble forkynt for ham den 12. juli 2011. Det bestrides at kjennelsen lider av saksbehandlingsfeil. Ankende parts forsømmelser i saken kan ikke betraktes som ordinære og dagligdagse, og kravet fremstår heller ikke som klart prosedabelt. Endelig er det vist til at ankende parts økonomiske tap kan avbøtes gjennom erstatningskrav mot prosessfullmektigen.

Når det gjelder spørsmålet om fraværdommen er avsagt med urette, må det også i ankeomgangen skilles mellom hva som er faktumbedømmelse og hva som er rettsanvendelse. Etter ankemotpartens oppfatning refererer anførselene i anken seg hovedsakelig til uenighet om faktum. Ved fraværdom skal saksøkers faktumbeskrivelse legges til grunn så lenge den ikke fremstår som åpenbart uriktig, jf tvisteloven § 16-10 annet ledd. Dette gjelder både den faktumbeskrivelsen som leder fram til beregningen av utløsningssummen og til hvilken gjeld selskapet har til Rein Dammann.

For rettsanvendelsen er vurderingstemaet om Rein Dammann på bakgrunn av påstandsgrunnlaget ”helt ut eller for det vesentlige” kan gis medhold, jf tvisteloven § 16-10 annet ledds første punktum. Selskapsloven § 2-33 fastslår at utløsningssummen skal beregnes på grunnlag av verdien av selskapets virksomhet uten at det henvises til konkrete verdsettelsesmodeller. Når det er redegjort for hvordan påstandsbeløpet er fremkommet i faktaredegjørelsen, er dette vilkåret oppfylt. Tilsvarende er det redegjort for hva som danner grunnlaget for gjeldsposten.

Ankemotparten har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes.

Til sakskostnadsspørsmålet:

2. Prinsipalt: Ankemotparten tilkjennes sakens kostnader og rettsgebyr.
3. Subsidiært: Sakskostnadsspørsmålet utstår til hovedforhandling.

4. Lagmannsrettens vurdering

Oppfriskning etter tvisteloven § 16-12 første ledd annet punktum fordi en fraværdom er avsagt ”med urette” sikter til avgjørelser som er truffet uten at de alminnelige eller spesielle vilkår for fraværdom etter § 16-10 var tilstede. I Schei med flere: Tvisteloven, kommentarutgave, note 1 til § 16-12 heter det at ”aktuelle eksempler kan være at ankefristen likevel ikke var oversittet, at parten ikke er gjort kjent med følgene av fravær..., at vilkår-

ene for fristforelegg ikke var oppfylt, eller at utvisning av fra et rettsmøte var uriktig". Slike forhold foreligger ikke i denne saken: Det var fremmet krav om fraværdom i stevningen, rettens brev med pålegg om tilsvar gjorde oppmerksom på muligheten for fraværdom, og det er uomtvistet at (den utsatte) tilsvarsfristen ble overskredet.

I Skoghøy: Tvisteløsning (Universitetsforlaget 2010) side 648 er det tatt opp at "med urette" også kan omfatte innholdsmessige feil ved dommen. Det heter her følgende:

Uttrykket "med urette" omfatter også innholdsmessige feil ved dommen. I odels-tingsproposisjonen er det således uttalt at til tilfeller hvor uteblivelsesavgjørelsen er avsagt med urette, "må også medregnes at rettsanvendelsen er feil, eller at bevisvurderingen er uriktig". Det må imidlertid være en forutsetning for at en innholdsmessig feil skal medføre at fraværdommen blir ansett avsagt med urette, at feilen gjelder et spørsmål som retten ved avsigelsen av fraværavgjørelsen hadde kompetanse til å prøve. Som nevnt i punkt 12.10.3 bokstav c foran, skal fraværdommen bygge på saksøkers påstandsgrunnlag såfremt dette ikke fremtrer som "åpenbart uriktig". For at feil ved bevisbedømmelsen skal medføre at fraværavgjørelsen anses avsagt med urette, må retten ha misforstått saksøkerens påstandsgrunnlag eller avsagt fraværdom til tross for at påstandsgrunnlaget var åpenbart uriktig.

Det er i denne saken intet som tilsier at tingretten har misforstått saksøkers påstandsgrunnlag.

Tvisteloven § 16-10 annet ledd annet punktum fastsetter at dommen skal bygge saksøkers påstandsgrunnlag når dette er meddelt saksøkte og ikke fremstår som åpenbart uriktig. I kommentarutgaven til tvisteloven av Schei m.fl. heter det om begrepet åpenbart uriktig at "bestemmelsen skal være en snever unntaksregel. Den tar sikte på situasjoner hvor det nærmest ville være i strid med rettens verdighet å tvinge den til å avsi en dom den vet er uriktig" (side 705, note 2 til § 16-10).

Selv om partene på tidspunktet for fraværdommen hadde tilkjennegitt ulike oppfatninger om hendelsesforløp, delingsgrunnlag og beregningsmodeller, var det ikke klare og utvetydige holdepunkter for at en dom basert på saksøkers påstandsgrunnlag ville være åpenbart uriktig. Tingretten hadde med andre ord ikke grunnlag for å anvende den snevre unntaksregelen som "åpenbart uriktig" etter § 16-10 annet ledd annet punktum er ment å være. Det er da heller ikke grunnlag for å konstatere i ettertid at dommen er avsagt med urette.

Tingretten har etter lagmannsrettens oppfatning gitt tilstrekkelige domsgrunner, og det foreligger heller ikke saksbehandlingsfeil som kan ha hatt betydning for resultatet. Lagmannsretten tilføyer at argumentasjonen i anken knyttet til disse forhold har preg av etterfølgende prosedyre som ikke får betydning for vurdering av fraværdommen, idet denne er forutsatt å skulle baseres på saksøkers påstandsgrunnlag slik dette forelå forut for fraværet.

Lagmannsretten kan etter dette ikke se at fraværdommen er avsagt med urette.

Oppfriskning kan likevel gis hvis det ville være urimelig å nekte ankende part videre behandling på grunn av forsømmelsen, jf tvisteloven § 16-12 tredje ledd. Som påpekt av tingretten, legger bestemmelsen opp til en konkret helhetsvurdering, hvor det særlig skal legges vekt på forsømmelsens karakter, partens interesse i å foreta prosesshandlingen og hensynet til motparten.

Tingretten har foretatt en grundig drøftelse av disse forholdene, og konkludert med at det i dette tilfelle ikke er urimelig å nekte Villmarksleiren ANS videre behandling av saken etter oversittelsen av tilsvarsfristen. Lagmannsretten er enig i tingrettens konklusjon, og kan også slutte seg til tingrettens premisser.

Ankende part har vist til uttalelser i forarbeidene om at "reglene ikke må utformes slik at parter med klart prosedable krav blir avskåret fra ordinær domstolsbehandling på grunn av ordinære og dagligdagse feil", jf Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 251. Til dette bemerkes at det etter lagmannsrettens oppfatning ikke er åpenbart hvem som ville vunnet fram i tvisten dersom den hadde fortsatt. Det dreier seg heller ikke om "ordinære eller dagligdagse feil", jf tingrettens merknader om forsømmelsens karakter.

Lagmannsretten er videre uenig i at det ikke er rettskildemessig dekning for at muligheten for å kreve erstatning fra tidligere prosessfullmektig er et relevant moment. For det første ligger et slikt hensyn innenfor den totalvurdering som § 16-12 tredje ledd etter sin ordlyd legger opp til. For det andre er muligheten av å kreve erstatning for prosessfullmektigens forsømmelse uttrykkelig nevnt i juridisk teori, se Schei m.fl.: Tvistelovkommentaren, note 3 til § 16-12. Her heter det i merknadene til "forsømmelsens karakter":

I "forsømmelsens karakter" inngår hva forsømmelsen konkret går ut på, årsaken, graden av skyld og også hvem som har begått den. Selv om parten identifiseres med prosessfullmektigen etter § 3-5, kan det i enkelte tilfeller fremstå som mer urimelig å la parten bære følgene av prosessfullmektigens forsømmelse enn om han selv hadde begått den. Det gjelder særlig i spørsmål av stor personlig betydning for parten, hvor et eventuelt erstatningskrav mot advokaten ikke ville kunne gi kompensasjon. (Lagmannsrettens understreking).

Endelig bemerkes at fraværdommen ikke omfatter de motkrav som er reist fra så vel Villmarksleiren ANS som Turid Heidi Dammann personlig.

Anken blir etter dette å forkaste.

Ankemotparten har vunnet saken fullstendig, og har etter tvisteloven § 20-2 første ledd krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten.

Advokatfullmektig Svein Steinfeldt Jervell har fremmet krav om dekning av sakskostnader på til sammen kr. 29.062,50 inkludert merverdiavgift og med tillegg av rettsgebyr.

Ankemotparten er en privatperson, slik at merverdiavgift skal medregnes. Noe rettsgebyr er derimot ikke aktuelt for ankemotparten. Til kravet bemerkes at det er relativt høyt for inngivelse av et 5 siders anketilsvar i en skriftlig sak. Tidsbruken må imidlertid sees på bakgrunn av de mange og omfattende anførsler som er gjort gjeldende i ankeerklæringen. Lagmannsretten finner derfor at kostnadene har vært nødvendige.

Dommen er enstemmig

D o m s s l u t n i n g :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Villmarksleiren ANS til Rein Dammann kr. 29.062,50 - tjuenitusenogsekstito 50/00 – innen to uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Ragnar Eldøy

Inger Wiig

Carl August Heilmann

Bekreftes for
førstelagmannen:

A handwritten signature in blue ink is written over a circular official seal. The seal is light blue and contains the text "LORING RING LAGMANNSRETTE" around the perimeter. The signature is a stylized, cursive script.