



NORGES HØYESTERETT

Den 23. november 2011 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Skoghøy, Tønder og Noer i

HR-2011-02175-U, (sak nr. 2011/1850), sivil sak, anke over kjennelse:

Frank Johansen (advokat Erling Moss)

mot

Helene Jakobsen (advokat Gislaug Øygarden)

avsagt slik

K J E N N E L S E:

- (1) Saken gjelder spørsmål om når et søksmål skal anses frafalt, jf. tvisteloven § 18-4.
- (2) Ved stevning 24. juni 2010 til Rana tingrett reiste Helene Jakobsen sak mot Frank Johansen (sak 10-104009) med påstand om fravikelse av en festekontrakt på en eiendom i Rana kommune, inngått med Jernbaneverket som bortfester. I søksmålet ble det også krevd at Frank Johansen skulle fjerne et naust han hadde bygd på eiendommen, og gjenopprette noen naust som hadde blitt revet. Helene Jakobsen hadde tidligere tatt ut søksmål mot Jernbaneverket (sak 10-083668) med krav om eiendomsrett til eiendommen. De to sakene ble forent til felles behandling, og hovedforhandling berammet over tre dager fra 13. oktober 2010.
- (3) Den 12. oktober 2010 sendte saksøkers advokat Gislaug Øygarden e-post til Frank Johansens advokat Erling Moss, hvor hun ga uttrykk for følgende:

”Vi kommer til å trekke oss. Ringer deg etterpå, må få avklart med jernbaneverket først.”
- (4) Advokat Øygarden sendte e-post til retten senere samme dag, med overskriften ”Forlik i sak 10-083668”, med beskjed om at denne saken begjæres hevet som forlikt, og at dette også får konsekvenser for den andre saken, ”som delvis faller bort”.
- (5) Etter det opplyste ble det i saken mellom Helene Jakobsen og Jernbaneverket innsendt felles prosesskriv 12. oktober 2010 der saken (sak 10-083668) ble begjært hevet som forlikt.

- (6) Verken Jakobsen eller Johansen møtte til hovedforhandling i sak 10-104009. Den 13. oktober 2010, den dagen da hovedforhandlingen skulle begynne, sendte saksøkers prosessfullmektig, advokat Øygarden, prosesskriv med anmodning om utsettelse av saken mot Frank Johansen. Samme dag sendte advokat Moss prosesskriv med begjæring om at saken ble hevet idet "Helene Jakobsen hadde trukket begge sakene". Han la samtidig ned påstand om å bli tilkjent sakskostnader.
- (7) Da partene ikke ble enige om hvorvidt saken var frafalt, besluttet Rana tingrett å ta særskilt stilling til dette spørsmålet, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd. Tingretten avsa 14. april 2011 kjennelse med slik slutning:
- "1. Sak nr. 10-104009TVI-RANA fremmes til behandling.**
- 2. Saksomkostningsspørsmålet utstår til saken realitetsbehandles."**
- (8) Frank Johansen anket til Hålogaland lagmannsrett, som 29. august 2011 avsa kjennelse med slik slutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. Frank Johansen betaler 24 750 – tjuefiretusensyhundreogfemti – kroner i saksomkostnader til Helene Jakobsen for tingrett og lagmannsrett innen to uker fra forkynnelsen av denne kjennelse."**
- (9) *Frank Johansen* har anket til Høyesterett. Han har i hovedsak anført:
- (10) E-posten fra advokat Øygarden til advokat Moss 12. oktober 2010 skulle ha vært tolket som et dispositivt utsagn, som er noe helt annet enn "konkludent adferd". Ved denne e-posten ble det helt klarlagt for Johansen og advokat Moss at det ikke ble noen hovedforhandling i saken, da søksmålet reservasjonsløst var frafalt. Dette var tidligere kommet fram i telefonkontakt mellom partene. Det som derimot er konkludent adferd, er at ingen av partene møtte til hovedforhandling 13. oktober 2010.
- (11) Lagmannsretten tar feil når den i en situasjon som dette legger til grunn at frafallet måtte vært formidlet til retten i prosesskriv.
- (12) Det er en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke har drøftet bevisene og anførselene for hva som foregikk 12. oktober 2010.
- (13) Ved avgjørelsen av saksomkostnadene skulle lagmannsretten ha fritatt den ankende part for saksomkostnadsansvar etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd, idet Frank Johansen ikke kan lastes for den uklarhet som oppsto 12. oktober 2010.
- (14) Frank Johansen har nedlagt slik påstand:
- "1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves og henvises til fortsatt behandling i lagmannsretten.**
- 2. Frank Johansen tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten med kr. 20.000,- + gebyr kr. 5.160,-, samt saksomkostninger for Høyesteretts ankeutvalg."**
- (15) *Helene Jakobsen* har anført at anken må nektes fremmet, idet det ikke er noen grunn til å ta den under behandling. Under enhver omstendighet må anken forkastes, da lagmannsrettens

kjennelse er korrekt. Det avgjørende er at det ikke på noe tidspunkt er framsatt noen erklæring overfor retten om at saken var frafalt.

- (16) Helene Jakobsen har nedlagt slik påstand:

”1. Anken forkastes

2. Helene Jakobsen får dekket sakens omkostninger for Høyesterett i henhold til vedlagte omkostningsoppgave”

- (17) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:

- (18) Anken er en videre anke over kjennelse hvor ankeutvalgets kompetanse er begrenset etter tvisteloven § 30-6 bokstav b og c. Anken gjelder lovtolkningen og saksbehandlingen, og disse ankegrunnene kan ankeutvalget prøve.

- (19) Spørsmålet i saken er om Helene Jakobsen må anses for å ha frafalt søksmålet mot Frank Johansen etter tvisteloven § 18-4. Bestemmelsens første ledd første punktum lyder slik:

”Når et krav i saken er forkynt for motparten eller satt fram i rettsmøte, blir kravet å regne som oppgitt dersom det trekkes tilbake fra behandling før rettens avgjørelse er truffet.”

- (20) Et vilkår for at et søksmål kan anses frafalt etter bestemmelsen er, som lagmannsretten påpeker, at ”kompetent eller legitimert person avgir erklæring om frafallet”. Det er videre en forutsetning at frafall av saken erklæres *overfor retten*. En erklæring fra den ene parten til den andre om at saken oppgis, kan ikke danne grunnlag for heving dersom den parten som har avgitt erklæringen, bestrider overfor retten at saken frafalles. En annen sak er at en slik erklæring etter omstendighetene kan bli tolket som en oppgivelse av kravet og således danne grunnlag for frifinnelsesdom, slik lagmannsretten korrekt har lagt til grunn.
- (21) Frafallelse av saken overfor retten kan skje *ved prosesskriv eller muntlig i rettsmøte* etter tvisteloven § 12-1, jf. Schei mfl., *Tvisteloven – kommentarutgave*, Bind I, 2007, side 746 og Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2010, side 473. Det er på det rene at erklæringen her ikke er satt fram i rettsmøte eller i prosesskriv, og disse alternativene får derfor ikke anvendelse, slik også lagmannsretten har lagt til grunn.
- (22) Det følger av forarbeidene til § 18-4 at et søksmål kan frafalles også *ved passivitet eller konkludent adferd*, jf. NOU 2001:32 B side 881. Det må imidlertid i så fall være utvist passivitet eller konkludent adferd *overfor retten*, og det stilles strenge krav for å anse en sak som frafalt hvor det ikke er gitt en uttrykkelig frafallserklæring, jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, side 474.
- (23) Som nevnt sendte saksøkers prosessfullmektig en e-post til retten den 12. oktober 2010, dagen før hovedforhandlingen da de to forente sakene skulle ha begynt. E-posten hadde som overskrift ”Forlik i sak 10-083668”, som var saken mellom Helene Jakobsen og Jernbaneverket. Det heter her:

”Det vil bli oversendt felles prosesskrift i saken som begjæres hevet som forlikt. Partene bærer egne omkostninger. Får også konsekvenser for sak 10-40009, som delvis faller bort, men da vi ennå ikke er i mål mht saksomkostninger kan det komme noe her. Avgjørende for deg er vel at du får vite at det ikke blir tre dagers sak, så kan du evt ringe meg for en avklaring av hva vi gjør med sak 10-40009?”

- (24) Dagen etter sendte hun prosesskriv til retten, hvor hun ba om utsettelse av saken mellom Helene Jakobsen og Frank Johansen, og hvor det blant annet heter:

”Da partene ennå ikke har oppnådd noen fullstendig løsning i sak 10-104009TVI-RANA, bes denne utsettes inntil partene får oversikt over hva som gjenstår av tvisten.”

- (25) Lagmannsretten fant at verken e-posten til retten eller det forhold at ingen av partene møtte til hovedforhandling dagen etter, kunne medføre at saken etter § 18-4 kunne anses frafalt fra saksøkerens side. Lagmannsretten uttaler om dette:

”Lagmannsretten kan ikke se at Øygarden med dette har erklært frafall av saken mot Johansen slik at det kun er spørsmålet om sakskostnader som gjenstår. Tvert imot fremgår at det på det aktuelle tidspunkt er uklart hva som gjenstår og hva som skal skje med sak 10-40009, jf. blant annet begrepet ”som delvis faller bort”. At advokat Øygarden ikke uttrykkelig ber om utsettelse av saken tilsier ikke en annen vurdering og innebærer etter lagmannsrettens syn heller ikke at saken som sådan må anses frafalt ved konkludent adferd. Det skal som nevnt svært mye til og retten må ha en veiledningsplikt og plikt til å klarlegge de faktiske forhold, dersom det er uklart om saken frafalles.

At ingen av partene møtte frem til hovedforhandlingen kan heller ikke anses som uttrykk for at kravet var frafalt ved konkludent adferd eller passivitet. E-posten fra advokat Øygarden gir klart uttrykk for at saken ikke skulle eller kunne gå som forutsatt, men at det var uklart om den ville få en fortsettelse eller ikke. At advokat Moss ikke fikk kopi av eposten og således ikke hadde noen foranledning til å protestere på ”utsettelsen” er uheldig. Dette tilsier imidlertid ikke en annen vurdering av spørsmålet om frafall er erklært overfor retten etter tvisteloven § 18-4 eller ikke. At sakene var forent til felles behandling og den prinsipale påstand bortfaller, endrer ikke lagmannsrettens vurdering.”

- (26) Ankeutvalget bemerker at det lagmannsretten her uttaler, bygger på en riktig forståelse av tvisteloven § 18-4, jf. § 12-1. Begrunnelsen er tilstrekkelig. Bevisbedømmelsen og den konkrete subsumsjon kan utvalget ikke prøve. Anken må etter dette forkastes.
- (27) Den ankende part har også angrepet lagmannsrettens *sakskostnadsavgjørelse*. Han har anført at ankemotparten ved sin opptreden har skapt uklarhet ved om kravet var frafalt, og at unntaksbestemmelsen i tvisteloven § 20-2 tredje ledd bokstav b får anvendelse. Ankeutvalget er ikke enig i dette. Selv om ankemotpartens advokat kan ha skapt en noe uklar situasjon ved sin opptreden overfor advokat Moss 12. oktober 2010, gjorde hun det helt klart dagen etter at søksmålet ikke var frafalt, og at den ankende parts oppfatning om at saken var frafalt, ikke var riktig. Ankeutvalget er på denne bakgrunn enig med lagmannsretten i at det ikke er grunnlag for å frita Frank Johansen for sakskostnadsansvar for lagmannsretten eller tingretten.
- (28) Anken har ikke ført fram, og i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 må ankemotparten også tilkjennes sakskostnader for Høyesteretts ankeutvalg. Ankemotparten har krevd sakskostnader med kr 6 125 inklusive merverdiavgift. Oppgaven legges til grunn.
- (29) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Anken forkastes.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Frank Johansen til Helene Jakobsen 6 125 - sekstusenett hundreogtjuefem - kroner innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Bård Tønder
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Ragnhild Noer
(sign.)

Riktig utskrift: