



NORGES HØYESTERETT

Den 17. februar 2016 avsa Høyesterett dom i

HR-2016-00378-A, (sak nr. 2015/1444), sivil sak, anke over dom,

Repstad Anlegg AS

(advokat Are Hunskaar)

mot

Arendal kommune

(advokat Kristoffer Wibe Koch – til
prøve)

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

- (1) Dommer **Bårdsen**: Saken gjelder en prosessuell problemstilling i forbindelse med *fortsatt behandling* av en ankesak i lagmannsretten, etter at Høyesterett har opphevet lagmannsrettens dom. Spørsmålet er om det var riktig av lagmannsretten å avskjære en ny anførsel fra den ankende part, under henvisning til at denne anførselen ikke ble gjort gjeldende da lagmannsretten behandlet saken første gang, og heller ikke i ankesaken for Høyesterett.
- (2) Den underliggende tvisten gjelder krav om avbestillingserstatning under en enhetspriskontrakt av 7. oktober 2009 mellom Arendal kommune og Repstad Anlegg AS om sanering av vann- og avløpsanlegg, jf. NS 8406: 2009 Forenklet norsk bygge- og anleggskontrakt punkt 28. Kontraktssummen var like i underkant av 7 millioner kroner med tillegg av merverdiavgift og bestod av en rekke poster med regulerbare mengder som skulle gjøres opp etter avtalte enhetspriser. Kravet fra Repstad Anlegg AS – som var utførende entreprenør – bygger på at det gikk med mindre mengder enn det som var anslått i anbudsgrunnlaget, blant annet fordi grunnforholdene og tilstanden på det eksisterende anlegget var annerledes enn forventet. Avviket fordelte seg over en rekke poster og innebar en redusert fortjeneste på godt og vel 190 000 kroner.
- (3) Ved Aust-Agder tingretts dom 8. juni 2012 ble Arendal kommune frifunnet og tilkjent sakskostnader. Repstad Anlegg AS anket. Agder lagmannsrett påla i sin dom 25. oktober 2013 Arendal kommune å betale avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 til Repstad Anlegg AS med 193 200 kroner med tillegg av renter, og å erstatte sakskostnader for tingretten og lagmannsretten. Lagmannsretten la til grunn at retten til avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28 inntreffer når entreprenørens faktiske

vederlag blir 15 prosent lavere enn kontraktssummen, også når årsaken er en reduksjon i regulerbare mengder.

- (4) Arendal kommune anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt lovanvendelsen. Høyesteretts ankeutvalg ga 4. februar 2014 samtykke til ankebehandling "for så vidt gjelder den generelle rettslige forståelsen av NS 8406 punkt 28", og da under den forutsetning at dersom anken skulle føre frem, måtte Høyesteretts avgjørelse begrenses til å oppheve lagmannsrettens dom. Dette ble også resultatet da Høyesterett avsa sin dom 20. mai 2014, inntatt i Rt. 2014 side 520. Høyesterett tolket NS 8406 punkt 28 tredje ledd slik at mengdeavvik ikke kommer i betraktning. Høyesterett tok ikke stilling til om løsningen ville bli en annen ved mengdeavvik som er så store at de samlet sett utgjør en endring etter punkt 19.1, jf. avsnitt 38 i dommen.
- (5) I prosesskriv til Agder lagmannsrett 31. oktober 2014 gjorde Repstad Anlegg AS gjeldende – som en ny anførsel i saken – at det samlede mengdeavviket utgjorde en "endring" i henhold til NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd, fordi avviket "i vesentlig grad overstiger det entreprenøren burde ha tatt i betraktning". Dette måtte da – ble det hevdet – også medregnes under vurderingen etter punkt 28 om avbestillingserstatning. Arendal kommune protesterte mot den nye anførselen i prosesskriv 3. november 2014. Kommunen viste til at når denne ikke hadde vært fremsatt ved den forrige behandlingen i lagmannsretten, var det ikke anledning til å fremsette den ved den fortsatte behandlingen, jf. tvisteloven § 9-16, jf. §§ 29-4, 29-14 og 29-18. Ved brev 13. november 2014 varslet Agder lagmannsrett at spørsmålet om å avskjære den nye anførselen "utsettes til avgjørelse i ankeforhandlingene".
- (6) Lagmannsretten sendte 22. januar 2015 ut brev til partene, blant annet med varsel om at saksforberedelsen ville være avsluttet 27. februar 2015, og med en påminnelse om "de begrensningene som gjelder for endring i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis etter at saksforberedelsen er avsluttet, jf. tvisteloven § 9-16 jf. § 29-18".
- (7) I sin dom 5. mai 2015 konkluderte Agder lagmannsrett med at Repstad Anlegg AS "ikke har prosessuell adgang til å påberope seg NS 8406 punkt 19.1 fjerde ledd ved lagmannsrettens fortsatte behandling av saken". Lagmannsretten viste til den tidligere tvistemålslovens ordning, at anførselen "er tuftet på faktum og jus utenfor ankegrunnen til Høyesterett" og til hensynene til prosessøkonomi, ryddighet og forutsigbarhet for motparten. Lagmannsrettens dom har slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
 - 2. Repstad Anlegg A/S betaler innen 2 – to – uker saksomkostninger for lagmannsretten i sak 14-101298ASD-ALAG til Arendal kommune med 271624 – tohundreogsyttientusensekshundreogtjuefire – kroner.**
 - 3. Saksomkostninger for tingretten og for lagmannsrettens sak 12-131947ASD-ALAG tilkjennes ikke."**
- (8) Repstad Anlegg AS har anket dommen til Høyesterett. Partene har utarbeidet en felles fremstilling av de faktiske forhold til bruk for Høyesterett. Spørsmålet om å avskjære den nye anførselen står for øvrig i samme stilling som for lagmannsretten.
- (9) Ankende part – *Repstad Anlegg AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:

- (10) Det var feil av lagmannsretten å avskjære den nye anførselen.
- (11) Det er snakk om et nytt påstandsgrunnlag, ikke et nytt krav. Påstandsgrunnlag kan bare avskjæres dersom loven gir hjemmel for dette, jf. prinsippet i Rt. 2008 side 1263 avsnitt 17. Noen slik hjemmel foreligger ikke her. Det nye påstandsgrunnlaget er gjort gjeldende innenfor den fristen lagmannsretten satte for avsluttet saksforberedelse. Tvisteloven § 30-3 første ledd, jf. § 29-24 stenger ikke for at det gjøres gjeldende nye påstandsgrunnlag under fortsatt behandling etter opphevelse.
- (12) Det er heller ingen holdepunkter for en slik begrensning i tvistelovens forarbeider eller i Høyesteretts praksis knyttet til tvisteloven. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt. 2004 side 1143 tilsier at det også under tvistemålsloven var anledning til å fremsette nye påstandsgrunnlag ved fortsatt behandling etter opphevelse, jf. tvistemålsloven § 394 andre ledd andre punktum. En slik løsning støttes av systembetraktninger, hensynet til prosessøkonomi og konsentrasjon og målet om at prosessreglene skal legge til rette for et materielt riktig resultat, jf. tvisteloven § 1-1.
- (13) Repstad Anlegg AS har lagt ned slik påstand:
- "1. Lagmannsrettens dom oppheves.**
- 2. Repstad Anlegg AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**
- (14) Ankemotparten – *Arendal kommune* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (15) Det var riktig av lagmannsretten å avskjære den nye anførselen fra Repstad Anlegg AS. Repstad Anlegg AS har bevisst og uttrykkelig holdt NS 8406 punkt 19.1 utenfor saken gjennom tre instanser, helt frem til den fortsatte behandlingen for lagmannsretten. Avskjæring fremmer tvistelovens formål, er i tråd med disposisjonsprinsippet og ivaretar hensynet til prosessøkonomi.
- (16) Prinsipalt gjøres det gjeldende at den nye anførselen fra Repstad Anlegg AS i prosessuell forstand må betraktes som et *nytt krav*. Sammenlignet med det opprinnelige kravet om avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28, bygger dette nye kravet på et delvis annet rettsgrunnlag – nemlig NS 8406 punkt 19.1 – og et vesentlige bredere og mer sammensatt faktisk grunnlag. Det vil også kunne inntre kvalitativt sett andre rettsvirkninger, utover den virkningen som en vesentlig endring etter punkt 19.1 eventuelt kan få for retten til avbestillingserstatning etter punkt 28. Tvisteloven § 29-4 gir hjemmel for å avskjære nye krav for lagmannsretten.
- (17) Subsidiært må tvisteloven § 30-3 første ledd, jf. § 29-24 forstås på samme måte som tvistemålsloven § 394 andre ledd andre punktum, jf. § 383 første ledd: Det som gjøres gjeldende ved den fortsatte behandlingen må ligge innenfor ankegrunnene for den opphevede dommen, jf. Rt. 2004 side 992. Et påstandsgrunnlag som ikke var ankegrunn, kan ikke fremsettes under fortsatt behandling for lagmannsretten.
- (18) Atter subsidiært tar Arendal kommune til orde for at begrensningen i muligheten for å fremsette nye påstandsgrunnlag etter at saksforberedelsen i lagmannsretten er avsluttet, jf. tvisteloven § 29-18 første ledd sammenhold med § 9-16, får virkning for *hele* den fortsatte behandlingen. Ved slik fortsatt behandling skal det altså ikke settes noen ny frist etter § 29-14, jf. § 9-10. Påstandsgrunnlag som ikke var fremsatt før avsluttet

saksforberedelse ved den første behandlingen i lagmannsretten, kan dermed ikke fremsettes under den fortsatte behandlingen uten at vilkårene i § 9-16 er oppfylt.

(19) Arendal kommune har lagt ned slik påstand:

"1. Anken forkastes.

2. Arendal kommune tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

(20) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*

(21) Spørsmål om å avskjære anførsler bør så vidt mulig avgjøres under saksforberedelsen. Lagmannsrettens beslutning om å utsette avgjørelsen til etter at det var gjennomført en fullstendig ankebehandling over to dager, som nærmest utelukkende gjaldt realitetsbehandling av nettopp den anførselen som ble avskåret, var etter mitt syn lite heldig. Spørsmålet for Høyesterett nå er om det var riktig av lagmannsretten å avskjære den nye anførselen.

(22) Repstad Anlegg AS gjør i saken krav på avbestillingserstatning etter NS 8406 punkt 28. Kravet bygger på at de leverte mengder viste seg å bli lavere enn anslagene i anbudsgrunnlaget. Opprinnelig var kravet forankret utelukkende i NS 8406 punkt 28. Gjennom Høyesteretts dom i Rt. 2014 side 520 avsnitt 40 er det slått fast "at en reduksjon i vederlaget som følge av mengdeavvik – i hvert fall så langt vesentlighetskravet i punkt 19.1 fjerde ledd ikke er oppfylt – ikke kan tas i betraktning ved vurderingen under punkt 28 tredje ledd". Den nye anførselen for lagmannsretten gjelder nettopp punkt 19.1, idet Repstad Anlegg AS nå gjør gjeldende at vesentlighetskravet i den bestemmelsen *er* oppfylt, og at dette danner grunnlag for rett til avbestillingserstatning etter punkt 28. Endringen ligger utelukkende i den rettslige tilnærmingen til kravet om avbestillingserstatning etter punkt 28 for det samme mengdeavviket, og innebærer ikke at kravet skifter identitet. Vi står i prosessuell forstand ovenfor et nytt *påstandsgrunnlag* for det samme kravet, jf. tvisteloven § 11-2 første ledd andre punktum.

(23) Ved anke til lagmannsretten har partene regulært adgang til å fremsette nye påstandsgrunnlag helt frem til saksforberedelsen ved lagmannsretten er avsluttet, jf. tvisteloven § 29-18 første ledd, jf. § 9-16 og Rt. 2012 side 1483 avsnitt 18-19. Spørsmålet er om det gjelder noe annet ved fortsatt behandling etter opphevelse.

(24) Tvisteloven § 29-24 har overskriften "Videre behandling etter opphevelse". Første ledd i bestemmelsen slår fast at etter opphevelse "sendes saken til den domstol som skal behandle saken videre". I paragrafens andre ledd heter det så:

"Retten skal av eget tiltak sørge for fortsatt behandling av saken. Ved den fortsatte behandling skal tingretten følge den rettsoppfatning som lå til grunn for lagmannsrettens opphevelse."

(25) Gjennom § 30-3 første ledd er § 29-24 gitt tilsvarende anvendelse der det er Høyesterett som opphever lagmannsrettens avgjørelse. Slik bestemmelsen er utformet, gir den to direktiver til lagmannsretten: For det første har lagmannsretten plikt til å fortsette behandlingen av saken, frem til en ny avgjørelse i lagmannsretten. For det andre må lagmannsretten følge den rettsoppfatningen som Høyesteretts avgjørelse bygger på.

Ordlyden gir ingen holdepunkter for at det gjelder ytterligere særskilte rammer for den fortsatte behandling i lagmannsretten.

- (26) Jeg nevner her at tvisteloven § 29-24 skiller seg noe fra forløperen i tvistemålsloven § 394 andre ledd, som lød slik:
- "Under den nye behandling skal retten følge den retsopfatning, som ligger til grunn for ankeinstansens avgjørelse. I de tilfeller som er nevnt i § 392, annet ledd, begrenses saken overensstemmende med § 383 første ledd, og §§ 366 og 367."**
- (27) Andre punktum i § 394 andre ledd ga altså en nærmere begrensning for den fortsatte behandlingen, blant annet gjennom henvisningen til § 383 første ledd om at ankeinstansen bare kunne prøve "den paaankede avgjørelse i den utstrækning, hvori den er lovlig paaanket", sml. nå tvisteloven § 29-20. Dette ble forstått slik at den fortsatte behandlingen var begrenset av den opprinnelige ankeinstansen og av ankegrunnene for den opphevede avgjørelsen, jf. Rt. 1997 side 1741, Rt. 2004 side 992 avsnitt 32 og Schei, Tvistemålsloven med kommentarer (2. utgave 1998) bind II side 1049. Dersom det var anket over feil ved avgjørelsens innhold, var det innenfor denne rammen likevel anledning til å fremsette nye påstandsgrunnlag, jf. Rt. 2004 side 1143 avsnitt 21.
- (28) Spørsmålet om det skulle gjelde særskilte rammer for den fortsatte behandlingen etter opphevelse, er – så langt jeg har kunnet se – ikke drøftet i forarbeidene til tvisteloven. Innholdet i, eller behovet for eventuelt å videreføre § 394 andre ledd andre punktum, er heller ikke kommentert, hverken av Tvistemålsutvalget eller av departementet. Det kan, etter mitt syn, ikke legges til grunn at regelen som tidligere kom til uttrykk i § 394 andre ledd andre punktum, ble videreført stilltiende. Og selv om det hadde skjedd en slik videreføring, ville det altså – dersom det opprinnelig var anket over avgjørelsens innhold, slik situasjonen er i vår sak – ha vært anledning til å fremsette nye påstandsgrunnlag knyttet til denne ankegrunnen.
- (29) Det er ingenting i tvisteloven, i dens forarbeider eller forhistorien ellers som tilsier at det skulle gjelde særskilte begrensninger i adgangen til å påberope nye påstandsgrunnlag ved fortsatt behandling i lagmannsretten, etter opphevelse i Høyesterett.
- (30) Begge parter har, til støtte for sitt syn, vist til tvistelovenes formål, sammenhengen med disposisjonsprinsippet, hensynet til prosessøkonomi og systembetraktninger. Hva disse ulike hensynene tilsier, generelt og i dette konkrete tilfellet, er – slik jeg bedømmer dette – ikke entydig. Jeg finner det derfor vanskelig å legge vekt på dem, i den ene eller andre retningen.
- (31) Derimot legger jeg vekt på at regelen om preklusjon av påstandsgrunnlag bør gi forutsigbarhet for partene. Dette har to konsekvenser. For det første bør det ikke legges opp til at det skal foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle. For det andre bør regelen følge av det som med rimelighet vil kunne utledes av selve ordlyden i den aktuelle lovbestemmelsen, jf. til sammenligning Rt. 2008 side 1263 avsnitt 17.
- (32) Ordlyden i § 29-24 er klar. Den legger ikke opp til en annen regel enn at spørsmålet om preklusjon av nye påstandsgrunnlag beror på de alminnelige bestemmelsene, som gir partene anledning til å fremsette nye påstandsgrunnlag helt frem til avsluttet saksforberedelse, jf. § 29-18 første ledd og § 9-16. Det følger av det jeg har sagt at regelen bør være i tråd med det lovens ordlyd her gir anvisning på. Det ligger i dette at jeg

heller ikke kan slutte meg til Arendal kommunes atter subsidiære anførsel om at fristen for avsluttet saksforberedelse ved den *første* behandlingen i lagmannsretten også har virkning ved den fortsatte behandlingen etter opphevelse. En slik generell regel har ikke støtte i lovens ordlyd eller system, den ville være dårlig tilpasset behovet for ytterligere saksforberedelse etter opphevelse, og den ville gi liten forutberegnelighet for partene.

- (33) Repstad Anlegg AS fremsatte det nye påstandsgrunnlaget i god tid før utløpet av den fristen for avsluttet saksforberedelse som lagmannsretten selv hadde satt ved den fortsatte behandlingen. Etter mitt syn var det da feil av lagmannsretten å avskjære det nye påstandsgrunnlaget fra Repstad Anlegg AS. Lagmannsretten skulle, basert på den fullstendige ankeforhandlingen som allerede var gjennomført, ha tatt stilling til realiteten i dette påstandsgrunnlaget, slik Repstad Anlegg AS hadde bedt om. Lagmannsrettens dom må derfor oppheves, jf. tvisteloven § 29-23 tredje ledd.
- (34) Anken har ført frem. Jeg har ikke funnet saken tvilsom. Arendal kommune krevde – etter mitt syn uten rettslig grunnlag – det nye påstandsgrunnlaget avskåret, og har i forbindelse med anken til Høyesterett også argumentert for at lagmannsrettens avgjørelse er riktig. Jeg har da vanskelig for å se at ikke Repstad Anlegg AS må ha krav på å få sine sakskostnader for Høyesterett erstattet av Arendal kommune, etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Kravet er på 283 500 kroner, med tillegg av ankegebyr for Høyesterett på 20 640 kroner. Kostnadskravet er høyt, også tatt i betraktning at det samlede tvistebeløpet i den underliggende saken ikke er høyere enn godt og vel 190 000 kroner, og at partene allerede har brukt vesentlig større beløp i rettergangen, jf. § 20-5 første ledd andre punktum. Arendal kommune har ikke protestert mot kravet. Jeg finner likevel grunn til å fravike kostnadsoppgaven, slik at dekningen av salær settes til 200 000 kroner. Ankende parts prosessfullmektig har hatt anledning til å uttale seg, jf. tvisteloven § 20-5 femte ledd andre punktum.
- (35) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Arendal kommune til Repstad Anlegg AS 220 640 – tohundreogtyvetusensekshundreogførti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (36) Dommer **Øie:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (37) Dommer **Tønder:** Likeså.
- (38) Dommer **Falch:** Likeså.
- (39) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(40) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Arendal kommune til Repstad Anlegg AS 220 640 – tohundreogtyvetusensekshundreogførti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: