



NORGES HØYESTERETT

Den 25. januar 2019 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Bull og Falch og kst. dommer Sæbø i

HR-2019-125-U, (sak nr. 18-193725SIV-HRET), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Hilde Skare)

mot

B (advokat Børth-Eivind Austrheim Lid)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder videre anke over kjennelse om at begjæring om oppfriskning av fraværdsdom ikke tas til følge.
- (2) B tok 2. juni 2017 ut søksmål mot A ved Bergen tingrett. Saken gjaldt krav om at overdragelse av hjemmel til gnr. 000 bnr. 000 i Bergen kommune fra B til A var ugyldig, samt krav om erstatning. A innga tilsvær. Retten påla henne i brev 21. februar 2018 å bruke prosessfullmektig, jf. tvisteloven § 3-2. Hun etterkom ikke pålegget. B krevde fraværdsdom.
- (3) Bergen tingrett avsa 11. mai 2018 fraværdsdom med slik domsslutning:
 - "1. Overdragelsen av hjemmel til gnr. 000 bnr. 000 i Bergen kommune fra B til A av 04.01.2016 er ugyldig.
 2. A er erstatningsansvarlig for det økonomiske tap B lider som følge av den ugyldige hjemmeloverføringen.
 3. I sakskostnader betaler A til B 162 687,50 etthundreogsekstiotusensekshundreogåttisyv 50/100 – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av dommen."
- (4) A innga deretter et skriv som tingretten behandlet som en begjæring om oppfriskning.
- (5) Bergen tingrett avsa 4. juli 2018 kjennelse med slik slutning:

"Begjæring om oppfriskning tas ikke til følge."
- (6) A anket kjennelsen til lagmannsretten.

(7) Gulating lagmannsrett avsa 21. november 2018 kjennelse med slik slutning:

"1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A 8 500 – åttetusenfemhundre – kroner til B innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen."

(8) A har anket kjennelsen til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling og rettsanvendelse. Det er i korte trekk blant annet anført at fraværdommen er avsagt med urette. Det er uriktig at fraværdom ble brukt som sanksjon mot at A ikke etterkom pålegget om bruk av prosessfullmektig. Riktig sanksjon var fristforelegg.

(9) A har lagt ned slik påstand:

"Prinsipalt:

1. A gis oppfriskning for manglende bruk av prosessfullmektig i saksforberedelsen.

Subsidiært:

2. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.

3. Bergen tingretts fraværdom oppheves.

4. Bergen tingretts kjennelse oppheves.

I begge tilfeller:

A tilkjennes sakens omkostninger og rettsgebyrer for Høyesterett og lagmannsretten."

(10) B har i korte trekk anført at lagmannsrettens kjennelse er korrekt. Lagmannsretten har lagt til grunn korrekt rettsanvendelse, og det foreligger ikke saksbehandlingsfeil. Tingretten traff beslutning om fristforelegg i brev 21. februar 2018.

(11) B har lagt ned slik påstand:

"Prinsipalt:

1. Anken nektes fremmet.

Subsidiært

2. Anken forkastes.

I begge tilfeller:

3. B tilkjennes sakskostnader med kr 10 000."

(12) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:

(13) Anken er en videre anke over kjennelse. Ankeutvalgets kompetanse er i utgangspunktet begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c. For så vidt gjelder forholdet til Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), kan utvalget også prøve lagmannsrettens konkrete subsumsjon, men ikke bevisbedømmelsen, jf. Rt-2007-404 avsnitt 40 og 59 og senere avgjørelser.

(14) Bergen tingrett sendte 1. februar 2018 et brev til A der retten ga uttrykk for at den "vurderer å pålegge saksøkte A å bruke prosessfullmektig i saken, jf. tvisteloven § 3-2". A fikk frist til 12. februar 2018 med å "uttale seg til dette spørsmålet".

- (15) A kom ikke med noen uttalelse. I tingrettens beslutning 21. februar 2018 ble hun pålagt å bruke prosessfullmektig, og hun fikk frist til 5. mars 2018 med å etterkomme beslutningen. Tingretten uttalte videre:
- "Dersom saksøkte ikke etterkommer pålegget om å bruke prosessfullmektig innen den fristen som er satt, regnes dette som fravær, jf. tvisteloven § 16-8 fjerde ledd, og retten kan avsi fraværdom, jf. tvisteloven § 16-10."**
- (16) Ettersom A ikke etterkom pålegget, avsa Bergen tingrett 11. mai 2018 fraværdom etter begjæring fra saksøker. Også i fraværdommen viste tingretten til tvisteloven § 16-10 om adgang til å avsi fraværdom dersom saksøkte har fravær i saken og retten ikke gir oppfriskning, og til § 16-8 fjerde ledd bokstav d om at det betyr fravær i saken hvis en part i strid med pålegg etter § 3-2 om å møte med prosessfullmektig, likevel ikke gjør det.
- (17) Lagmannsretten sluttet seg til tingrettens forståelse av tvisteloven § 16-10 og 16-8 og pekte på at det var adgang til å pålegge en part å bruke prosessfullmektig både under saksforberedelsen og under hovedforhandling.
- (18) Det siste er ankeutvalget enig i. Slik ankeutvalget ser det, kommer imidlertid § 16-8 bare til anvendelse ved fravær fra rettsmøter. Bestemmelsen har overskrift "[m]øtefravær", og første til tredje ledd gjelder klart nok bare fravær fra rettsmøter. Når det i fjerde ledd heter at "tilsvarende gjelder" blant annet når en part i strid med pålegg ikke "møter" med prosessfullmektig, må det også forstås slik at det knytter seg til rettsmøter.
- (19) Ved pålegg etter tvisteloven § 3-2 om å benytte prosessfullmektig under den skriftlige saksforberedelsen gjelder § 16-7 om fristoversitting og fristforelegg. Det er annet ledd om prosesshandlinger som er nødvendige for en forsvarlig behandling av saken, som her er aktuell. Retten kan da ved forelegg til parten bestemme at det vil bety fravær i saken om prosesshandlingen "ikke foretas innen en bestemt angitt siste frist".
- (20) Dette må forstås slik at det må settes en første frist for parten til å foreta prosesshandlingen, og først deretter – når den første fristen er oversittet – kan det utstedes et fristforelegg med en ny frist, jf. Schei mfl., Tvisteloven – kommentarutgave, 2. utgave side 551 og Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave side 730. Slikt fravær gir så grunnlag for fraværdom i medhold av § 16-10.
- (21) Tingretten og lagmannsretten har dermed basert sin avgjørelse på feil bestemmelse i tvisteloven.
- (22) Selv om Høyesteretts kompetanse – som her – er begrenset til å prøve den generelle tolkningen av en skreven rettsregel, kan Høyesterett treffe ny realitetsavgjørelse dersom det ut fra korrekt regelforståelse og det faktum underinstansen har lagt til grunn, bare finnes én mulig løsning, jf. Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgave side 1290.
- (23) Ankeutvalget kan ikke ser at det hersker noen tvil eller uenighet om de relevante deler av faktum i dette tilfellet. Det er klart at fraværdommen er avsagt uten at vilkårene for dette var oppfylt. A fikk først en frist til å "uttale" seg om spørsmålet om det skulle gis pålegg om å benytte prosessfullmektig. Dette er ikke et pålegg om å engasjere en prosessfullmektig. Første pålegg kom i brevet 21. februar 2018, som var utformet som et fristforelegg, og som var grunnlag for fraværdommen. Som det fremgår ovenfor, er det imidlertid i strid med tvisteloven § 16-7 tredje ledd å utforme første pålegg om å foreta en prosesshandling som et fristforelegg.

- (24) Når en fraværdom er avsagt med urette, *skal* det ifølge tvisteloven § 16-12 første ledd annet punktum gis oppfriskning. Ankeutvalget finner det mest praktisk for alle involverte at oppfriskningen gis nå.
- (25) Anken har etter dette ført frem. Den ankende part har fremsatt krav om å bli tilkjent sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett. Det er krevd 8 400 kroner for lagmannsretten og 14 400 kroner for Høyesterett. I tillegg kommer rettsgebyr for begge instanser, sammenlagt 13 560 kroner. Til sammen utgjør dette 36 360 kroner. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2 jf. § 20-8 annet ledd annet punktum.

SLUTNING :

1. Begjæringen om oppfriskning tas til følge.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler B til A 36 360 – trettisekstusentrehundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

Ingvald Falch
(sign.)

Henrik Bull
(sign.)

Rune Sæbø
(sign.)