

LB-2006-175658

INSTANS:	Borgarting lagmannsrett - Kjennelse.
DATO:	2007-03-06
DOKNR/PUBLISERT:	LB-2006-175658
STIKKORD:	Sivilprosess. Forvaltningsrett. Klage som vilkår for søksmål.
SAMMENDRAG:	Et selskap D klaget på et kommunalt vedtak, der det var truffet bestemmelse etter tvistemålsloven § 437 om utnyttelse av klageadgang før søksmål. Deretter overdro D til et annet selskap C sitt mulige krav på erstatning i anledning vedtaket. D gikk konkurs. Boet fortsatte ikke virksomheten, og klagebehandlingen ble innstilt. C gikk to år senere til sak mot kommunen med krav om erstatning. Lagmannsretten fant at tingretten med rette hadde avvist saken. Både boet og det gjenværende styret i D måtte anses som klagere i forhold til § 437. Det gjenværende styret hadde forsømt seg ved å ikke å varsle kommunen om at erstatningskrav var aktuelt og at klagen ble opprettholdt.
SAKSGANG:	Oslo tingrett TOSLO-2005-182006 - Borgarting lagmannsrett LB-2006-175658. Kjæremål til Høyesterett forkastet, HR-2007-1089-U .
PARTER:	Caterline AS (Advokat Per Danielsen) mot Oslo kommune (Advokat Hilde Foyen Bruun).
FORFATTER:	Lagdommer Lars Jorkjend. Lagdommer Brit Seim Jahre. Lagdommer Hedda Remen.

Saken gjelder avvisning av søksmål om en kommunes erstatningsplikt i anledning et forvaltningsvedtak.

Oslo byråd avsto 17. desember 2002 søknader om alminnelig skjenkebevilling for øl, vin og brennevin for restaurantene Jimmys Bar og Restaurant, Mamma Rosa, Costa og Brasserie Tino i Oslo. Alle restaurantene var eid av Dagaliveien 40 AS, og dette selskap sto også som søker for de to sistnevnte restaurantene. For de to først nevnte var det driftsselskapene Jimmys AS og Mamma Rosa AS, som var datterselskaper av Dagaliveien 40 AS, som sto som søkere.

Næringsetaten i Oslo kommune underrettet 20. desember s.å. alle søkerne om vedtakene. I underretningene ble det gitt opplysning om klageadgang, klagefrist og rett til dokumentinnsyn. I tillegg het det:

Søksmål om lovligheten av vedtaket eller om erstatning som følge av vedtaket kan ikke reises uten at retten til å klage er benyttet og ikke før klagen er avgjort av den høyeste klageinstans som står åpen. Et eventuelt søksmål må reises innen seks måneder fra når denne underretningen kom frem.

13. januar 2003 ble vedtakene påklaget til fylkesmannen i Oslo og Akershus under ett av alle søkerne.

Ved avtale datert 1. april 2003 overdro Dagaliveien 40 AS til selskapet Caterline AS bl.a. krav på erstatning fra Oslo kommune som følge av vedtakene om å nekte skjenkebevilling.

Dagaliveien 40 AS ble slått konkurs ved Oslo skifteretts kjennelse 23. april 2003. Jimmys AS var tatt under konkursbehandling allerede 3. februar og Mamma Rosa AS var tatt under konkursbehandling 21. mars samme år.

Bostyreren, advokat Torgeir Myrstad, skrev 13. mai 2003 bl.a. følgende til Oslo kommune:

... til Deres orientering [vedlegges] kopi av innberetning fremlagt i skiftesamling den 06.05.d.å. Som det fremgår av innberetningen er det ikke aktuelt for boet å drive virksomheten videre. Av

samme grunn kan jeg ikke se at det er nødvendig at de omhandlede klagenes behandles videre.

Etter dette innstilte kommunen klagebehandlingen.

Ved stevning datert 16. desember 2005 til Oslo tingrett reiste Caterline AS søksmål mot Oslo kommune med krav om fastsettelsesdom for at kommunen var erstatningsansvarlig for tap som det hevdes var oppstått som følge av vedtakene om ikke å gi skjenkebevilling til de fire restaurantene.

Oslo kommune tok til motmæle og påsto prinsipielt saken avvist og subsidært kommunen frifunnet.

Etter hovedforhandling avsa tingretten 25. september 2006 kjennelse med slik slutning:

1. Saken avvises.
2. Caterline AS v/ styrets leder dømmes innen 2 - to - uker fra kjennelsens forkynnelse å betale Oslo kommune v/ ordføreren saksomkostninger med 68.000 - sekstiåttetusen - kroner med tillegg av renter etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.

Om partenes anførsler for tingretten vises det til kjennelsen. Om det nærmere saksforhold vises det til kjennelsen og lagmannsrettens merknader nedenfor.

Tingretten kom til at søksmålet måtte avvises selv om det var påklaget og seksmånedersfristen i tvistemålsloven § 437 første ledd siste punktum utløpt uten at klageinstansens avgjørelse forelå, idet dette måtte anses å skyldes klagerens forsømmelse. Tingretten fant at verken Caterline AS eller det gamle styret i Dagaliveien 40 AS hadde opptrådt forsvarlig da de unnlot å underrette kommunen om at erstatningskravet var overdratt.

Caterline AS har i rett tid påkjært kjennelsen til Borgarting lagmannsrett. Kjæremålet gjelder tingrettens saksbehandling, bevisbedømmelse og rettsanvendelse. Sammenfatningsvis er det anført:

Det følger av tvistemålsloven § 437 første ledd siste punktum at når det er gått seks måneder uten at klagen er avgjort, kan klageren når som helst gå til søksmål. Spørsmålet om klagerens forsømmelse er bare relevant for seksmånedersperioden. I dette tilfelle løp denne fristen ut 13. juli 2003. Tingretten har irrelevant klandret saksøkeren og det tidligere styret i Dagaliveien 40 AS for å ha forholdt seg passive i nesten tre år.

Det er bare forsømmelser som er årsak til at det blir brukt mer enn seks måneder på klagebehandlingen, som er relevant i forhold til fristen. Det må kreves sterk bebreidelse. Tingretten har feilaktig stilt et krav om at klagerens opptreden må « kunne karakteriseres som forsvarlig ».

Tingretten har ikke behandlet noen av saksøkerens sentrale anførsler i den konkrete rettsanvendelse. Kjennelsen fremstår som en avskrift av kommunens anførsler.

Det er sentralt at saksøkeren ikke visste noe om bostyrerens brev 13. mai 2003 til kommunen, som førte til at det ikke ble noen klagebehandling. Det var heller ikke noe annet som forutsatte aktivitetsplikt fra saksøker. Overdragelsen av erstatningskravene innebar ingen forpliktelse til å varsle kommunen om at det var en ny kreditor for kravet.

Dersom kommunen var blitt varslet og klagebehandlingen fullført, ville erstatningsspørsmålet likevel blitt aktuelt. Hadde klagen ikke blitt tatt til følge, ville søksmålet blitt reist. Hadde den blitt tatt til følge, ville kommunen bli holdt erstatningsansvarlig. Det er en rent tilfeldig gevinst for kommunen dersom søksmålet nå avvises.

Tingretten har tatt feil når den har lagt til grunn at bobestyrer Myrstad ikke ble kjent med avtalen mellom Dagaliveien 40 AS og Caterline AS i forbindelse med at konkurs ble åpnet. Styreformann i Dagaliveien 40 AS, Hans Riedi, hadde møte med advokat Myrstad og overleverte dokumenter som viste avtalen. Hvis det er oppstått noen misforståelse, kan verken Dagaliveien 40 AS, Riedi eller Caterline AS bebreides for det.

Selskaper som er slått konkurs, mister ikke sin rettslige handleevne. Bobestyrerens kompetanse etter konkursloven § 85 omfatter ikke å kunne sette sluttstrek for klagebehandlingen. Kravet var overdratt før konkursåpningen og tilhørte objektivt et annet rettssubjekt da Myrstad sendte sitt brev.

Uansett om kommunen eller Myrstad kan bebreides i denne sammenheng, kan i hvert fall ikke Caterline AS bebreides.

Det gjenværende styret i Dagaliveien 40 AS hadde selvstendig rettslig klageinteresse i skjenkesaken. De var beskyldt for å være stråmenn/kvinner for personer kommunen mente ikke oppfylte vandelskrav og drev økonomisk kriminalitet. Kommunen, som visste at styret bestred fremstillingen i skjenkesaken, hadde iallfall plikt til å informere dem om klagesakens utvikling.

Caterline AS har nedlagt slik påstand:

1. Oslo Tingretts kjennelse datert 25.09.2006 oppheves.
2. Oslo Kommune dømmes til å betale Caterline AS sine saksomkostninger forbundet med kjæremålet med tillegg for lovens morarente fra forkynnelsen av lagmannsrettens kjennelse og til betaling skjer.

Oslo kommune har i tilsvar i hovedsak gjort gjeldende:

Tingrettens kjennelse er riktig i resultat og for det vesentlige i begrunnelse.

Tingretten har korrekt lagt vekt på at Dagaliveien 40 AS/Caterline AS forholdt seg passiv i nesten tre år. Også passivitet etter seks månedersperioden har relevans. Subsidiært hevdes det at klager viste forsømmelse også i seks månedersperioden ved ikke å sikre sin klageinteresse ved å underrette kommunen om overdragelsen til Caterline AS.

Motstykket til lovens kriterium, klagers « forsømmelse », vil være at klager har opptrådt forsvarlig.

Det er riktig av tingretten å legge til grunn at Hans Riedi ikke informerte bostyrer Myrstad om at erstatningskravet var overdratt til Caterline AS.

Bobestyrer var legitimert til å disponere over selskapets klageposisjon. Det bestrides at det gjenværende styre i Dagaliveien 40 AS hadde en selvstendig rettslig klageinteresse. Deres personlige interesse i klagebehandling kan ikke begrunne rettslig klageinteresse for selskapet, som er klagesubjektet. Kommunen bestrider derfor at den hadde noen form for informasjonsplikt overfor styret i Dagaliveien 40 AS.

Den kjærende parts anførsel om hva som ville skjedd dersom klagebehandlingen var blitt fullført, er i realiteten en argumentasjon om at tvistemålsloven § 437 ikke bør få anvendelse overhodet. Den er imidlertid påberopt av kommunen og må anvendes når vilkårene er oppfylt.

Oslo kommune har nedlagt slik påstand:

1. Tingrettens kjennelse stadfestes.
2. Oslo kommune tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Lagmannsrettens syn på saken:

Lagmannsretten har ikke funnet grunn til å fravike lovens hovedregel om at kjæremål avgjøres uten muntlig forhandling, jf. tvistemålsloven § 403. Heller ikke har lagmannsretten funnet grunn til å holde bevisopptak, jf. tvistemålsloven § 402.

Det følger av tvistemålsloven § 437 første ledd første punktum at et forvaltningsorgan kan bestemme at søksmål om erstatning som følge av et forvaltningsvedtak truffet av organet, ikke kan reises uten at vedkommende part har benyttet klageadgangen og at klagen er avgjort av den høyeste klageinstansen som står åpen. Etter annet punktum må meddelelse om at dette er bestemt, gis samtidig med underretningen om vedtaket.

Det er uomtvistet at Oslo kommune i skjenkesakene traff slik bestemmelse og meddelte det til søkerne samtidig med vedtakene.

Etter § 437 første ledd tredje punktum kan søksmål likevel reises når det er gått seks måneder fra

det tidspunkt erklæringen om klage første gang ble fremsatt. Forutsetningen er at det ikke skyldes forsømmelse fra klagerens side at klageinstansens avgjørelse ikke foreligger.

I vår sak ble klage inngitt 13. januar 2003 av advokat Johan Orlin på vegne av de aktuelle søkerne, Dagaliveien 40 AS, Mama Rosa AS og Jimmys AS.

I avtalen av 1. april 2003 om overdragelse til Caterline AS av erstatningskravene mot Oslo kommune er Dagaliveien 40 AS angitt som selger. Avtalens punkt 2 lyder:

Denne avtale omfatter erstatningskrav som relaterer seg til Oslo byråds vedtak av 17. desember 2002, hvorefter søknader fra Selger om skjenkebevilling til restaurantene Brasserie Tino og Costa ble nektet innvilget. Erstatningskravet omfatter videre krav som følge av de tilsvarende vedtak av samme dato i forhold til de heleide driftsselskapene Jimmys AS (Jimmys Bar og Restaurant) og Mamma Rosa AS (Mamma Rosa). Denne avtale omfatter således erstatningskrav mot Oslo kommune som følge av samtlige nevnte forvaltningsvedtak.

Av avtalens punkt 11 fremgår det at som vederlag skulle Dagaliveien 40 AS få en andel av oppnådde erstatninger.

Partene har i forbindelse med kjæremålet ikke berørt spørsmålet om Dagaliveien 40 AS ved avtaleinngåelsen kunne disponere over de mulige erstatningskrav Jimmys AS og Mamma Rosa AS hadde mot Oslo kommune. Også lagmannsretten finner det unødvendig å gå inn på dette. Omfanget av Caterline AS' krav er et materielt spørsmål. For å forenkle fremstillingen, tar imidlertid de følgende drøftelser utgangspunkt i de vedtak som ble påklaget av Dagaliveien 40 AS.

Lagmannsretten finner det nødvendig å gå nærmere inn på spørsmålet om hvem som i forhold til tvistemålsloven § 437 første ledd tredje punktum var « klager » på forskjellige stadier av saken.

Det kan ikke være tvil om at « klager » etter bestemmelsen er den som til enhver tid har posisjonen som klager etter forvaltningsloven. I utgangspunktet vil det være den som har inngitt klage og har rettslig klageinteresse. Dersom den som med rettslig klageinteresse har påklaget et vedtak, trekker klagen tilbake før den er avgjort, har vedkommende ikke utnyttet klagemuligheten.

Det er lagmannsrettens oppfatning at en overdragelse av erstatningskrav ikke innebærer at posisjonen som klager følger med. Ved overdragelsen av kravene mot Oslo kommune til Caterline AS, fikk ikke dette selskap stilling som klager i klagesaken. Dagaliveien 40 AS hadde klaget. Den rettslige klageinteresse, som ikke primært var knyttet til et mulig erstatningskrav, men til interessen i skjenkebevilling, var i behold på selskapets hånd.

Det kan også pekes på at selskapet fortsatt hadde interesse i erstatningsspørsmålet, idet vederlaget for overdragelsen skulle være en andel av oppnådde erstatninger.

Lagmannsretten tar ikke stilling til om Caterline AS fikk en selvstendig rettslig klageinteresse ved overdragelsen av erstatningskravene. En slik interesse kunne i tilfelle gitt grunnlag for en klage fra Caterline AS i eget navn, men i dette tilfelle skjedde overdragelsen etter at fristen for å klage var løpt ut. Et alternativ til at Caterline AS hadde selvstendig klageinteresse, er at alle forvaltningsrettslige posisjoner også etter overdragelsen utelukkende lå hos Dagaliveien 40 AS. Caterline AS' krav var uansett nært knyttet til dette selskap og dets interesse i forvaltningsvedtaket. Det er da ikke urimelig om kravet mot kommunen, som var betinget av flere andre vilkår, også var betinget av at Dagaliveien 40 AS ikke tapte sin klagerposisjon.

Da Dagaliveien 40 AS ble slått konkurs, fikk konkursboet rettigheter i klagesaken, iallfall med tanke på eventuell videre drift i selskapet. Slik lagmannsretten ser det, fikk boet stilling som klager. Lagmannsretten finner det ikke tvilsomt at bostyrer Myrstad's brev av 13. mai 2003 må forstås slik at boet for sin del trekker klagen tilbake.

Slik lagmannsretten ser det, blir sakens hovedspørsmål om konkursdebitor, Dagaliveien 40 AS, etter konkursen hadde en selvstendig posisjon som klager ved siden av boet som medførte at klagebehandlingen skulle fortsatt og om det i tilfelle skyldes denne klagers forsømmelse at så ikke skjedde.

Lagmannsretten finner at selskapet som konkursdebitor hadde en selvstendig rettslig klageinteresse ved siden av konkursboet. Erstatningskravet medfører at selskapet hadde en slik

interesse, og denne var som nevnt i behold også etter overdragelsen av erstatningskravet. Den falt ikke bort ved konkursen, selv om også boet fikk rettslig interesse i klagen. Så lenge selskapet ikke var formelt avviklet og slettet, ville det styret som selskapet hadde på konkurstidspunktet, kunne utøve de rettigheter som var igjen på selskapets hånd.

Lagmannsretten har ikke funnet regler, teori eller rettspraksis som gir svar på hvilken forvaltningsprosessuell stilling en konkursskyldner har i en klagesak som er oppstått før konkursen. I denne situasjon tar lagmannsretten utgangspunkt i de reglene som gjelder for søksmål når en saksøker går konkurs. Tvistemålsloven § 437 knytter søksmålsadgangen til klageadgangen. Dette taler for at den som er part i en forvaltningssak bør ha adgang til å få sin klage behandlet om han går konkurs under klageprosessen i tilnærmet samme grad som han ville hatt adgang til å fortsette sitt søksmål om forvaltningsvedtaket dersom konkursen hadde inntrådt etter at sak var reist.

Tvistemålsloven § 103 første ledd, jf. § 102 gir regler om stansning og igangsetting når saksøker går konkurs. I forvaltningsprosessen er det ingen direkte paralleller til stansning. Men lagmannsretten legger vekt på at disse særreglene i tvistemålsloven bare gjelder krav som hører til konkursboets masse. Søksmål om krav som ikke inngår i boets masse, påvirkes ikke av konkursen.

Hvis man tenker seg et det ikke var truffet bestemmelse etter tvistemålsloven § 437, antar lagmannsretten at etter konkursen ville boet prosessuelt hatt adgang til å fortsette eller reise et søksmål mot kommunen om vedtakene. Også konkursdebitor - ved det tidligere styret - ville etter lagmannsrettens syn hatt en slik adgang, iallfall hva angår erstatningskravet.

Legger man dette til grunn, gir det best sammenheng i regelverket om konkursskyldneren også kunne opptre som klager, iallfall når søksmålsadgang og klageadgang er koblet sammen ved at tvistemålsloven § 437 er anvendt.

Slik lagmannsretten ser det, innebærer dette at det etter konkursen ble to klagere i klagesaken - konkursboet, representert ved boets organer, og selskapet som konkursdebitor, representert ved det tidligere styret.

Det kan ikke legges til grunn at boets organer kunne disponere over konkursdebitors prosessuelle rettigheter i klagesaken. Bostyrers brev til kommunen medførte ikke i seg selv at selskapets rettigheter som konkursskyldner falt bort.

Et eget spørsmål er om det kan kreves at konkursskyldneren varsler forvaltningsorganet eller klageorganet om at det vil opptre som klager ved siden av konkursboet. Lagmannsretten finner ikke holdepunkter for å oppstille et slikt krav som alminnelig regel. At klageren kan tape sin søksmålsadgang gjennom forsømmelse, slik § 437 første ledd siste setning gir anvisning på, tilsier i seg selv at dette bør være eneste kriterium. Det vil bero på en konkret vurdering om passivitet fra konkursskyldnerens side utgjør en slik forsømmelse.

Lagmannsretten minner om at § 437 første ledd siste punktum går ut på at søksmål kan reises når det er gått 6 måneder fra klage ble fremsatt, uten at klageinstansens vedtak foreligger, men at dette ikke må skyldes forsømmelse fra klagerens side. Det er således selve tidsforløpet som må være forårsaket av klagerens forhold. Inn under dette faller at klageren forårsaker at klagebehandlingen blir innstilt. « Forsømmelse » er ikke begrenset til de rene unnlatelser, også aktivitet som unødig forsinker klagebehandlingen må etter omstendighetene kunne omfattes.

Ordlyden tilsier at dersom 6-månedersfristen er løpt ut uten at dette skyldes klagerens forsømmelse, er det uten betydning for søksmålsadgangen om klagerens forhold deretter forsinker klagebehandlingen eller forårsaker at den blir innstilt uten at klagen trekkes tilbake. Lagmannsretten finner at ordlyden bør være avgjørende. Regelen i § 437 er en regel som innskrenker den rett borgerne ellers som hovedregel har til å få forvaltningsvedtak prøvet ved domstolene. Dette tilsier at bestemmelsen ikke tolkes utvidende eller innskrenkende i klagerens disfavør.

Lagmannsretten finner ikke at det var en forsømmelse at kommunen ikke ble orientert om overdragelsen av de angivelige erstatningskrav. Det kan ikke ses at dette kreditorskiftet isolert sett skulle ha betydning for forberedelse av klagesaken. Hvorvidt bostyreren var orientert om overdragelsen av erstatningskravet, er også av mindre interesse.

Det fremgår at kommunen ble gjort kjent med konkursen i selskapene, og at det var kontakt

mellom kommunen og boet som ledet til at klagesaksbehandlingen ble stanset. Boet besluttet at virksomheten ikke skulle drives videre, hvilket ble meddelt kommunen. Den ene klageberettigede, nemlig konkursboet/konkursboene tilkjennega deretter overfor kommunen at det ikke var aktuelt å følge opp klageadgangen. Lagmannsretten er enig med tingretten i at det ikke er grunnlag for å rette bebreidelser mot kommunens behandling av saken, slik som redegjort for i tingrettens avgjørelse.

Spørsmålet blir da om det gjenværende styret i Dagaliveien 40 AS før utløpet av seks månedersfristen burde ha varslet kommunen eller klageinstansen om at selskapet som konkursskyldner hadde selvstendig interesse i klagen også etter konkursen og at man ønsket klagen behandlet. Det er etter lagmannsrettens syn klart at en eventuell forsømmelse fra selskapet side som tillegges virkning etter § 437, må få virkning også for Caterline AS.

Lagmannsretten legger til grunn at alle involverte parter i saken har vært klar over at en skjenkebevilling ikke kan overdras. Det gjenværende styret visste at klagen gjaldt skjenkebevillingen. Selskapet hadde fått underretning om at det var truffet bestemmelse etter § 437. I skiftesamling den 6. mai 2003 ble det gjort klart at boet ikke ville drive virksomheten videre og derfor ikke hadde behov for noen skjenkebevilling. Etter det var det kun erstatningskravet som kunne tilsa at klagebehandlingen fortsatte. Erstatningskravet var imidlertid ikke fremsatt overfor kommunen. Slik lagmannsretten ser det, hadde det gjenværende styret i denne situasjon all oppfordring til å varsle om at det var aktuelt å fremme et erstatningskrav og at selskapet opprettholdt klagen. At slik varsel ikke ble gitt, var etter lagmannsrettens oppfatning en forsømmelse, og den hadde som resultat at klagebehandlingen ble innstilt og klagen derfor ikke ferdigbehandlet.

At klagebehandlingen ikke var uttømt, skyldes således en forsømmelse fra klagerens side. Søksmål er derfor ikke anlagt innenfor fristen i tvistemålsloven § 437, og tingretten har med rette avvist saken.

Kjæremålet har vært forgjeves. Omkostningsspørsmålet blir å avgjøre i medhold av tvistemålsloven § 180 første ledd. Det foreligger ikke slike særlige omstendigheter at unntaksregelen kommer til anvendelse. Oslo kommune har krevet saksomkostninger i anledning kjæremålet med kr 5.000. Caterline AS pålegges å erstatte kommunens omkostninger for lagmannsretten. Oppgaven legges til grunn.

Lagmannsretten finner ikke grunn til å gjøre endring i tingrettens omkostningsavgjørelse.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

- 1. Tingrettens kjennelse stadfestes.*
- 2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Caterline AS til Oslo kommune 5.000 -femtusen- kroner. Oppfyllelsesfristen er 2 -to- uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.*