



MØTEINNKALLING

Utvalg: **Ekstra ordinært kommunestyre**
Møtested: Havøysund Hotell - møterommet
Møtedato: **04.03.2015** Tid: **kl. 16:00 (merk kl.slett)**

Representantene innkalles herved. Eventuelle forfall meldes snarest til tlf. 784 24000. Vararepresentantene skal bare møte etter særskilt innkalling.

SAKLISTE

Arkiv	Saksnummer	Journr.
X 40	15/1	14/702
	OPPFØLGING ETTER DOMSAVSIKELSE I SAK MELLOM MÅSØY KOMMUNE OG HERMANN EXPORT AS (unnt. off. OfI. § 23)	

(Saken behandles i lukket møte, og sakspapirene vil bli utlevert i møtet)

MÅSØY KOMMUNE, 9690 Havøysund, den 24. februar 2014


Gudleif Kristiansen
ordfører



HAMMERFEST TINGRETT

DOM

Avsagt: 10.02.2015 i Hammerfest tingrett, Hammerfest

Saksnr.: 14-051048TVI-HAFE

Dommer: Sorenskriver Anders Flock Bachmann

Saken gjelder: Krav om tilbakebetaling av penger

Hermann Export AS

Advokat Kenneth Mikkelsen

mot

Måsøy kommune

Advokat Espen Rønning

DOM

Saken gjelder krav om tilbakebetaling av for mye betalt leie.

Framstilling av saken

Måsøy kommune opprettet i 2006 det kommunale foretaket Måsøy Industriendom KF. Opprettelsen av foretaket var ledd i et tiltak for å legge til rette for flere arbeidsplasser i kommunen. Gjennom foretaket finansierte kommunen bygging av et industrianlegg som skulle eies av foretaket, men leies ut til selskapet Hermann Export AS for næringsvirksomhet i fiskeindustrien. På denne måten kunne finansieringen av industrianlegget gjennomføres med mer gunstige betingelser enn om Hermann Export AS selv hadde måttet finansiere byggingen, da kommunen var i stand til å få lån til en lavere kostnad enn eventuelle private aktører. Med dette som bakgrunn ble det inngått en avtale mellom Hermann Export AS og Måsøy Industriendom KF 19. mai 2006 om leie av anlegget som skulle bygges, heretter benevnt som "Tørkeriet."

Hermann Export AS driver kjøp av hvitfisk fra fiskeflåten for omarbeiding til saltfisk. Fisken tørkes deretter til klippfisk, og denne tørkingen skjer i "Tørkeriet." Leien som Hermann Export AS skulle betale, skulle etter avtalen reflektere driftskostnadene og de finansielle kostnadene Måsøy Industriendom KF hadde, som var knyttet til "Tørkeriet." På denne måten skulle Hermann Export AS i realiteten finansiere bygget.

Kommunestyret i Måsøy fastsatte i 2006 driftsrammer for Måsøy Industriendom KF for årene 2007 til 2010 med årlige overskudd på 32 000 kroner. Hermann Export AS ble informert om disse driftsrammene. I rådmannens innstilling til budsjett for Måsøy Industriendom KF for 2008, ble det innstilt på driftsrammer for årene 2008-2011 som innebar et overskudd på 59 425 kroner i 2008, 19 128 kroner i 2009, 5 336 kroner i 2010 og 41 554 kroner i 2011. For alle disse årene ble innstilt på avsetning til disposisjonsfond i selskapet på 100 000 kroner per år, i tillegg til overskuddet. I innstillingen til driftsrammen for 2008 ble også avdrag på selskapets lån forskjøvet slik at foretakets underskudd i 2006 og 2007 skulle dekkes opp i 2008. Rådmannens innstilling ble vedtatt av kommunestyret.

De reelle avsetningene til disposisjonsfondet ble imidlertid litt annerledes enn det driftsrammene la opp til. Det ble ikke avsatt penger i disposisjonsfond i 2007 og 2008. Det ble avsatt 100 000 kroner i 2009, 294 467 kroner i 2010, 740 952 kroner i 2011, og 225 688 kroner i 2012. Det ble ikke avsatt penger til disposisjonsfond i 2013. Det akkumulerte disposisjonsfondet i foretaket er på 1 361 107 kroner.

I desember 2011 ba en representant for Hermann Export AS om å få oversendt oppsettet som dannet grunnlaget for husleiefakturaene selskapet betalte. Kommunen svarte på denne henvendelse 9. januar 2012 hvor det ble gitt en kort redegjørelse for grunnlaget for faktureringen. Hermann Export AS sendte 18. februar 2012 en epost til kommunen hvor

det ble ytret at Måsøy Industrieiendom KFs opparbeidelse av disposisjonsfond og bankinnskudd var et brudd på leieavtalen mellom Måsøy Industrieiendom KF og Hermann Export AS, og at Hermann Export AS hadde betalt for mye i leie. I den etterfølgende perioden var det kontakt mellom partene gjennom 2012 og 2013 for å komme til en løsning på saken. Dette lyktes ikke, og Hermann Export AS tok ut stevning som Hammerfest tingrett mottok 20. mars 2014. Retten mottok tilsvaer fra Måsøy kommune 30. april 2014. Hovedforhandling ble først berammet til 2. og 3. oktober 2014, men ble utsatt til 16. og 17. desember 2014 etter begjæring fra Hermann Export AS.

Partene er enige om at det skal betales tilbake et beløp fra Måsøy Industrieiendom KF til Hermann Export AS, men partene er ikke enige om størrelsen på beløpet. Partene er uenige i tolkningen av punktet i leieavtalen mellom Hermann Export AS og Måsøy Industrieiendom KF som bestemmer grunnlaget for faktureringen, både om det kan avsettes midler i disposisjonsfond, om underskudd kan kreves dekket inn i senere års leie, og om Måsøy Industrieiendom KF kan regne kostnader til juridiske tjenester som en driftskostnad som skal dekkes inn gjennom leien som betales av Hermann Export AS. Partene er videre uenige om kravenes foreldelse, og om tilbakebetalingskravet er gått tapt på bakgrunn av reglene om *conditio indebiti*.

Hovedforhandling ble avviklet 16. og 17. desember 2014. Retten mottok forklaring fra partenes representanter og seks vitner, og for øvrig foretatt slik bevisførsel som fremkommer av rettsboken.

Saksøkerens påstandsgrunnlag

Spørsmålet om hvilke kostnader som kan dekkes inn av gjennom leiebetaling fra Hermann Export AS, herunder avsetning i disposisjonsfond.

I leieavtalen inngått mellom partene heter det i punkt 4 første og annet ledd:

Leiesummen per år skal settes lik utleiers dokumenterte årlige bruttokostnader tilknyttet Leieobjektet, herunder kapitalkostnader (renter og avdrag), utleiers normale og faktiske driftsutgifter i anledning leieobjektet, utgifter til regnskap, revisjon, daglig leder og styre etc.

Utleier forplikter seg til å holde utgiftene på et minimumsnivå. Dersom utleier også driver annen virksomhet, så skal utgiftene ved den enkelte virksomhet føres på separate kontoer, og Leietaker skal kun være ansvarlig for de av utgiftene som kan tilbakeføres til anskaffelse og driften av Leieobjektet.

Det er ut over dette avtalt at leieinntektene til Måsøy Industriereiendom KF skal gi foretaket et årlig overskudd på 32 000 kroner. Avtalen gir ikke grunnlag for et ubegrenset overskudd for Måsøy Industriereiendom KF, som foretaket mener å være berettiget til. Partene har ikke hatt en felles forståelse av kontrakten som fraviker fra kontraktens ordlyd. Avtalens ordlyd må derfor legges til grunn, jf. bl. a. Rt. 1998 s. 613, Rt. 1998 s. 1548, Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132.

I tilbudet som ble rettet til Hermann Export AS fra Måsøy kommunes side før avtalen ble inngått, er det klart at det er de framtidige årlige driftskostnader ved driften av "Tørkeriet" som skulle dekkes av leieinntekter betalt av Hermann Export AS. Dette skillet er også lagt til grunn av Måsøy kommune, som vises ved at kommunen i sine forberedende dokumenter har operert med et klart skille mellom investeringer og drift. Denne systematikken er også fulgt i ordlyden i kontrakten mellom partene, hvor det i punkt 1 "Sakens bakgrunn" heter:

Leieobjektet skal bygges og eies av Utleier [Måsøy Industriereiendom KF], som igjen skal bortleie Leieobjektet til Leietaker [Hermann Export AS] på de vilkår som følger av denne avtale.

Dette understrekes videre av kontraktens punkt 3, "Leieforholdets varighet," hvor det går frem at leieforholdet starter ved utferdigelse av ferdigattest, og i kontraktens punkt 7, "Overtakelse," hvor det går frem at leieobjektet overtas ved utstedelse av ferdigattest.

Det illustreres også gjennom dokumenter fra forberedelsesfasen til avtalen at leien skulle bestå av de reelle kostnadene ved driften av anlegget, og ellers være et "nullsumopplegg" med unntak av det årlige overskuddet på 32 000 kroner som ble akseptert. I diskusjonen mellom partene i forkant av avtaleinngåelsen ble det også i en epost fra rådmannen i Måsøy kommune av 7. mars 2006 uttalt at det var nødvendig med et lite overskudd ut over renter og avdrag, men det nevnes ikke noe om avsetning av større summer til disposisjonsfond. Tvert imot nevner rådmannen at kommunens økonomiske "buffer" dersom det, på tross av avtalen, skulle bli perioder uten leieinntekter for kommunen, skulle være at Hermann Export AS kjøpte kommunens aksjer i et annet selskap, Måsøy Næringsutvikling AS. Dette aksjekjøpet ble gjennomført, og det var derfor heller ikke noe behov for en ekstra buffer gjennom avsetning til disposisjonsfond.

Etter avtalen skal alle kostnadene være dokumenterte, og kommunen har i tillegg påtatt seg en forpliktelse om å holde kostnadene på et minimumsnivå. De fleste alminnelige driftskostnader som er knyttet til anlegget bæres allerede av Hermann Export AS gjennom andre punkter i kontrakten mellom partene. De kostnadene som skal inngå som en del av leien er driftskostnader ut over dette.

På denne bakgrunnen er det klart at Måsøy Industriereiendom KF ikke kan sette av midler i disposisjonsfond for selskapet. Avsetningene er ikke dekning av "brutto kostnader" men

anvendelse av årsoverskuddet. Kommunestyret budsjetterte heller ikke med avsetninger til fond med den forutsetning at dette skulle dekkes inn i leien. Intern budsjettering kan uansett ikke danne grunnlag for fakturering i strid med avtalen. Det kan derfor ikke avsettes midler i disposisjonsfond ut fra kontraktens ordlyd. Måsøy Industriereiendom KF kan heller ikke høres med at de midlene som har blitt avsatt i disposisjonsfond skal dekke opp for kostnader ved driften som er relatert til ledelse og regnskapsføring. Dersom dette skal regnes som en driftskostnad som skal falle inn under leien i kontrakten, må kostnaden synliggjøres. Å åpne for å regne inn leiekostnader på et slikt grunnlag vil gjøre Hermann Export AS pliktig til å betale det som kommunestyret i Måsøy kommune til en hver tid skulle bestemme. Dersom Måsøy Industriereiendom KF eller Måsøy kommune skulle mene at det er adgang til å opprette et disposisjonsfond er det også disse som har bevisbyrden for at denne adgangen er til stede. Det har aldri vært diskutert med Hermann Export AS å opprette et disposisjonsfond i foretaket.

Måsøy kommune kan ikke høres med at avsetningene til disposisjonsfond er akseptert av Hermann Export AS fordi man ikke har oppdaget avsetningene eller tatt til motmæle mot avsetningene, som har vært synlige i de offentlig tilgjengelige regnskapene til Måsøy Industriereiendom KF. Det er riktig at opplysningene har vært tilgjengelige for allmennheten, men de fondsavsetningene som har blitt utført er uansett ikke innenfor leieavtalen mellom partene. At opplysningene om avsetningene har vært offentlig tilgjengelig, bøter ikke på at de er gjort i strid med avtalen.

I forbindelse med tvisten mellom partene har Måsøy Industriereiendom KF kjøpt juridiske tjenester. Kostnaden for disse tjenestene har blitt lagt inn i driftskostnadene for foretaket, slik at Hermann Export AS, som er motparten i tvisten, blir sittende med den endelige kostnaden for disse tjenestene. Juridiske kostnader kan ikke dekkes under kontrakten. Kontrakten mellom partene tar høyde for at Hermann Export AS skal dekke alminnelige driftskostnader som foretaket pådrar seg i forbindelse med driften. Kostnader til juridiske tjenester faller utenfor det som er normalt å pådra seg for et foretak som leier ut bygningsmasse.

Byggeprosessen foregikk helt frem til anlegget ble leid ut 1. juni 2007. Både bygge- og kapitalkostnader under byggeprosessen skal balanseføres, mens kapitalkostnader i leieperioden er en driftskostnad som skal kostnadsføres. Leien skal beregnes fra overtakelsesdatoen, som var 1. juni 2007. Først da oppstår plikten til å betale leie. For 2007 skal det derfor bare betales leie for 7/12 av kapitalkostnadene, det er bare disse som kan regnes som driftskostnad etter kontrakten. Dette har også kommunen lagt til grunn ved å justere den siste fakturaen slik at det kun ble krevet betaling for de første 7 månedene av 2007, som korresponderer med overtakelsesdatoen, 1. juni 2007. Etter avtalens ordlyd er leiesummen per år utleiers dokumenterte årlige bruttokostnader. Dette betyr at leien periodiseres slik at den skal beregnes og faktureres hvert år. Å dekke inn byggekostnadene

fra 2006 og første halvår av 2007 i leien for 2008 er direkte i strid med ordlyden i avtalens punkt 4.

Spørsmålet om tilbakesøkningskravet er foreldet

Den alminnelige foreldelsesfristen er på tre år. Hermann Export AS' krav har oppstått ved mislighold fra kommunens side, misligholdet inntreer når man fakturerer for et høyere beløp enn det som er i tråd med avtalen, og dette blir starttidspunktet for foreldelsesfristen.

Etter foreldelsesloven § 10 kommer også tilleggsfristen inn: Etter § 10 nummer 1 inntreer foreldelse tidligst ett år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde fått kunnskap om fordringen. Hermann Export AS fikk ikke tilstrekkelig kunnskap til å gjøre fordringen gjeldende før 1. november 2012. Foreldelsen inntreer dermed tidligst 1. november 2013. I juridisk teori og praksis er det antatt at kunnskapskravet er innfridd dersom fordringshaveren har slik viten om de faktiske forhold at det vil være rimelig og forsvarlig å gå til søksmål. Det var ikke rimelig og forsvarlig å gå til søksmål før 1. november 2012. Partene hadde innledet forhandlinger, og Hermann Export AS prøvde også å løse to andre konflikter med Måsøy kommune, vedrørende en sjøvannsledning og størrelsen på leien for 2012. For Hermann Export AS forelå det ikke et forsvarlig grunnlag for å ta ut stevning på dette tidspunktet, fordi man ikke hadde mottatt noen bilag. Så sent som da det ble sendt utkast til stevning 19. november 2013 ble det provosert fremlagt bilag og dokumentasjon. Informasjonen fra Måsøy kommune kom litt etter litt. Det hele og fulle bildet har man først fått under saken, senere enn 1. november 2012. Siden det er enighet om at fristen i hvert fall ble avbrutt 1. november 2013, er ingen av kravene til Hermann Export AS foreldet.

Subsidiært anføres at foreldelsesfristen ble brutt i januar 2012 som følge av at Måsøy kommune erkjente kravets eksistens. Etter foreldelsesloven § 14 avbrytes foreldelse "*når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen så som ved løfte om betaling eller ved å betale rente.*"

Det er tilstrekkelig at skyldneren erkjenner kravets eksistens, jf. Kjørven m.fl., "Foreldelse av fordringer" kapittel 21.1.3. Det kreves ikke at skyldneren erkjenner kravets størrelse.

I desember 2011 og januar 2012 etterlyste Hermann Export AS grunnlaget for beregningen av husleien som selskapet betalte. Siden det ikke kom noe svar fra Måsøy kommune, sendte Hermann Export AS en epost til Måsøy kommune hvor de anslo at selskapet hadde betalt om lag 1,4 millioner kroner for mye i leie og det ble bedt om dokumentasjon fra kommunen. Kommunen svarte 23. mars 2012 og ba om et møte for å gå gjennom spørsmålet om for mye innbetalt husleie og andre forhold knyttet til leieavtalen. Gjennom 2012 og 2013 var det løpende kommunikasjon mellom partene hvor det ble utvekslet informasjon og avholdt møter. Siden Hermann Export AS krevde dokumentasjon av kostnader og avregning i forhold til forskuttet leie i 2011 og frem til Måsøy kommune fremmet sin foreldelsesinnsigelse 7. oktober 2013 har partenes diskusjoner omhandlet

hvilke kostnader Måsøy Industriendom KF var berettiget til å kreve dekket etter kontrakten, dels basert på kontraktens ordlyd og dels for at kontrakten ikke skulle støte mot statsstøtteforbudet, formålsbestemmelsene til Måsøy Industriendom KF og kommunale vedtak. Måsøy Industriendom KF har ikke avvist kravet. Tvert imot har foretaket i sin korrespondanse eksplisitt vist til uenigheten om kravets størrelse, og ved å gi tilgang til regnskap, fremme oversikt over låne- og skattekostnader etc., medvirket til å avklare kravets størrelse. Måsøy kommune har ved dette erkjent at det foreligger et krav. Uenigheten har gått på beregningen av kravets størrelse. Kravet må derfor anses erkjent allerede i desember 2011.

Atter subsidiært anføres at det i mai 2012 ble avtalt at Hermann Export AS skal kunne motregne sitt krav, hvoretter motregning også kan skje selv om kravet skulle være foreldet. Etter foreldelsesloven § 26 a) medfører ikke foreldelse at "... fordringshaveren taper motregningsrett, såfremt a) denne rett er avtalt, ...".

Hermann Export AS meddelte 18. februar 2012 at en foreløpig gjennomgang av årsregnskapene viste at det var betalt ca. 1,4 millioner kroner for mye i leie, og at faktura for husleie første kvartal 2012 ikke ville bli betalt i påvente av en avklaring av kravet. Måsøy kommune fremmet 15. mai 2012 sine synspunkter om den utestående terminen og videre fakturering av leie i 2012, hvor det blant annet ble påpekt at det var viktig å finne en løsning av hensyn til likviditeten til Måsøy Industriendom KF. Etter å ha fremmet forslag om budsjettstørrelsen på de enkelte kostnadspostene uttalte kommunen at:

"Vi ønsker å presisere at dette ikke betyr en innrømmelse fra KF'ets side som legger føringer for arbeidet med å finne en løsning på den uenigheten som er mellom partene vedr. leieavtalen. Men at dette gjøres for å unngå ytterligere utsettelse i faktureringen av husleie.

Vi ber samtidig om at det beløpet som det står strid om inntil videre ikke avregnes mot husleie for 2012, men at dette behandles som del av en løsning på saken. Vi viser her til at KF'et tidligere har ytt utsettelse på innbetaling av husleie."

Hermann Export AS aksepterte å avvende en avregning mot husleie for 2012. I en epost fra Hermann Export AS til kommunen 18. mai 2012 ble det uttalt at Hermann Export AS anså seg fullt ut berettiget til å motregne sitt krav mot fremtidig leie. Måsøy kommune reiste ikke innsigelser eller bestred at det skulle være adgang til å motregne mot fremtidig leie. Det må derfor ansees å være inngått avtale om motregning mellom partene. Hermann Export AS har rett til å motregne sitt krav på avregning fra og med 2007 mot fremtidig leie, selv om kravet ellers skulle ansees som foreldet.

Spørsmålet om tilbakesøkingmuligheten gått tapt etter reglene om conditio indebiti

Det er Måsøy kommune som har beregnet kravet, og som har fakturert feil. Hermann Export AS har vanskelig for å forstå at Måsøy kommune, ved slike store investeringer, ikke har skjønt at det har vært gjort feil ved beregningen av leien. Kommunen burde skjønt at leien var feilberegnet. Dette må det legges vekt på i retning av at det er tilbakesøkingmulighet.

Tidsforløpet tilsier heller ikke at tilbakesøkingmuligheten har gått tapt. Det er ikke riktig, som Måsøy kommune hevder, at Hermann Export AS har vært passive i en femårsperiode. Kontraktsbruddene fra Måsøy Industriereiendom KF startet 30. november 2008, og Hermann Export AS begynner å etterspørre informasjon fra november 2011, tre år etter. Denne perioden skyldes manglende kunnskap om kravet, og tidsmomentet kan derfor ikke tillegges vekt i Hermann Export AS' disfavør.

Den samlede vurderingen tilsier at tilbakesøkingmuligheten ikke har gått tapt, men fremdeles er i behold.

Saksøkerens påstand

1. Måsøy kommune betaler til Hermann Export AS for mye betalt husleie for perioden 2008 til og med 2012, fastsatt etter rettens skjønn, med tillegg av avsavnsrente fra henholdsvis 30.11.2008 for faktura 020000012, 01.10.2009 for faktura 020000015, 13.11.2009 for faktura 020000016, 08.07.2010 for faktura 020000019, 01.11.2010 for faktura 020000020 og 13.10.2011 for faktura 020000024, til 11. oktober 2013 og forsinkelsesrente fra 11. oktober 2013 til betaling finner sted.
2. Hermann Export AS kan motregne overfakturert husleie for perioden 2008 til og med 2013 i utestående og fremtidig krav på husleie.
3. Hermann Export AS tilkjennes sakens omkostninger.

Saksøktes påstandsgrunnlag

Spørsmålet om foreldelse

I den grad retten måtte komme til at Hermann Export AS har et krav på tilbakebetaling som følge av overfakturering er den del av kravet som er oppstått før 1. november 2010 foreldet jf. foreldelsesloven § 3. Fristen regnes fra den dag fordringshaveren tidligst har rett til å kreve oppfyllelse. Dette er etter rettspraksis straks den påstått feilaktige betalingen har funnet sted. Fakturaene for leiebeløpene ble utstedt i god tro, og det foreligger dermed ikke noe mislighold i disse tilfellene. Det er kun et spørsmål om alminnelig tilbakesøking. Utgangspunktet for foreldelsesfristen starter straks hver enkelt betaling er foretatt. Foreldelsesfristen ble avbrutt 1. november 2013. Dette betyr at alle betalinger som har

skjedt tidligere enn tre år før dette, 1. november 2010, er foreldet. Når det gjelder siste avdrag for 2010 vil det bare være den del av dette avdraget som er feil, som vil være gjenstand for tilbakebetaling, dvs. ¼ av den overfakturering som har skjedd totalt dette året.

Det er ikke grunnlag for tilleggsfrist jf. foreldelsesloven § 10 nr. 1. Etter denne bestemmelsen inntreffer foreldelse tidligst ett år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde fått kunnskap om fordringen, hvis det er mangel på slik kunnskap som har gjort at man ikke har gjort fordringen gjeldende. 18. februar 2012 sendte Alfred Stabell en epost til Måsøy kommune hvor det kommer frem at man har gjennomgått regnskapene til Måsøy Industriendom KF og funnet ut at man har et krav på 1,4 millioner kroner. På dette tidspunktet hadde Hermann Export AS alt det de trengte for å kunne fremme sitt tilbakebetalingskrav. De hadde også en grunn til å fremme kravet på dette tidspunktet, og Hermann Export AS hadde all mulighet til å avbryte fristen. Den omfattende dokumentasjonsprosessen som ble satt i gang er nærmest en vidløftiggjøring av saken. Gjennom bilagene har heller ikke Hermann Export AS fått noen ytterligere kunnskap som var nødvendig for å fremme kravet. Den nødvendige informasjonen kommer frem i regnskapet.

Tilleggsfristen ville under enhver omstendighet vært utløpt før 1. november 2013; den ville vært utløpt 18. februar 2013, ett år etter eposten fra Alfred Stabell til Måsøy kommune.

Etter foreldelsesloven § 14 avbrytes foreldelse når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen. Slik avbrudd av foreldelsesfristen har ikke skjedd, kravet er ikke erkjent fra Måsøy industriendom KF. I den aktuelle perioden hvor leieberegningen har vært diskutert mellom partene, har partene vært i en dokumentasjons- og avklaringsfase for å se om Hermann Export AS har noe krav mot Måsøy kommune. I følge Røed, "Foreldelse av fordringer" side 367 om erkjennelse, vil ikke heller ikke fremsettelse av forlikstilbud, forhandlinger eller mindre vidtgående drøftelser mellom partene føre til fristavbrudd, enten det er fordringshaveren eller skyldneren som tar initiativ til slike drøftelser. Partene hadde ikke engang kommet så langt i prosessen. At det aldri har blitt erkjent noe krav fra Måsøy kommunes side er også inntrykket fra korrespondansen mellom partene. Det skal, i følge Røed, "Foreldelse av fordringer", side 371, også foreligge klare holdepunkter for at en erkjennelse skal virke fristavbrytende ved konkludent adferd. Dette foreligger heller ikke i vår sak. I epost fra Måsøy kommune til Hermann Export AS sendt 2. mai 2012 hvor det ble tatt initiativ til et møte, uttrykker kommunen at siktemålet med møtet *"vil være å få avklart så langt som mulig hva det er enighet om og hva det er uenighet om."* Dette er ingen erkjennelse av krav.

Det er heller ikke avtalt motregning mellom partene, slik at dette får betydning for foreldelsesspørsmålet etter foreldelsesloven § 26. En løftemottaker blir ikke bundet ved å

forholde seg passiv. Verken Måsøy kommune eller Måsøy Industriendom KF har akseptert motregning, og partenes etterfølgende oppførsel viser at dette ikke var avtalt. Det har ikke blitt gjennomført noen motregning mellom partene, noe som ville vært naturlig dersom slik motregning var avtalt. Heller ikke prosesskrivene fra Hermann Export AS i under saksforberedelsen omtaler avtalt motregning – dette blir først tatt med i et prosesskriv tre uker før hovedforhandling.

Konklusjonen blir derfor at alle krav før 1. november 2010 er foreldet, det foreligger ingen tilleggsfrist, erkjennelse eller avtale om motregning.

Spørsmålet om tilbakesøkningsmuligheten gått tapt etter reglene om *condictio indebiti*

Hermann Export AS sitt krav er et klassisk tilbakesøkningskrav etter læren om *condictio indebiti*. De fleste momentene i læren om tilbakesøkning etter *condictio indebiti* tilsier at tilbakesøkning ikke kan skje i dette tilfellet. Måsøy Industriendom KF har fakturert i god tro, og det har blitt fakturert konsekvent. Det har ikke kommet frem opplysninger som rokker ved oppfatningen om kommunens gode tro; de involverte trodde man handlet i samsvar med avtalen. Partene er ikke uenige om at avtalen er en uvanlig leieavtale – hvor man ikke opererer med fast pris, men med en pris som hele tiden vil svinge fordi leien beregnes ut fra påløpte kostnader. Under slike vilkår har Hermann Export AS en særskilt interesse i å finne ut om leiestørrelsen er riktig. Det var nær kontakt mellom Hermann Export AS og Måsøy Industriendom KF/Måsøy kommune, og det kunne hele tiden stilles spørsmål om leiegrunnlaget. All informasjon om selskapet var offentlig tilgjengelig.

Hermann Export AS er også et selskap som har eksistert lenge og er profesjonelle aktører som driver en profitabel bedrift. Etter Rt. 2001 s. 1580 (på side 1587) kan et restitusjonskrav anses forspilt på grunn av tidsmomentet allerede før oppdagelsen av feilen når denne feilen burde vært oppdaget på et tidligere stadium. Hermann Export AS burde oppdaget feilen tidligere.

Måsøy kommune er også i en annen finansiell situasjon enn Hermann Export AS er i. Dersom kommunen blir idømt tilbakebetaling ut over det som er innestående i foretakets disposisjonsfond, vil dette få flere negative konsekvenser for en presset kommuneøkonomi. Hermann Export AS har også nytt fruktene av en usedvanlig god avtale.

En rimelighetsvurdering av tilbakebetalingskravet må også omfatte hvorfor Hermann Export AS tar opp tilbakebetalingskravet på det tidspunktet de faktisk gjør. Dette skjedde etter at det var et politisk skifte i kommunen. Hermann Export hadde nærere bånd til den gamle politiske ledelsen enn den nåværende, og må ha ment at den nye situasjonen gjorde ting mer usikkert for selskapet, derfor følte selskapet at det måtte sikre seg ytterligere.

En totalvurdering av forholdet tilsier at Hermann Export ikke har noen tilbakesøkningsrett i behold etter læren om *condictio indebiti*.

Om betalingene til Måsøy Industrieiendom KF er i tråd med avtalen

Atter subsidiært anføres det fra Måsøy kommunes side at betalingene som har blitt gjort av Hermann Export AS ikke er i strid med avtalen mellom partene. Hermann Export AS krevde i utgangspunktet at arrangementet mellom partene skulle være et "nullsum-opplegg." Svaret på dette er sentralt; i eposten fra Leif Vidar Olsen til Hermann Export AS sies det at det må beregnes et lite tillegg på 200 000 – 250 000 kroner hvert år som i hovedsak skal dekke driftskostnader og et lite overskudd utover renter og avdrag. Det var klart at selskapet skulle gå med et overskudd, og dette var klart formidlet til Hermann Export AS, og akseptert. Praktiseringen ble imidlertid ikke gjort slik som man først la opp til. Utgiftene ble øket slik at det var nok til å avsette i disposisjonsfond, og dette ble gjort i stedet for å kreve inn kostnader til ledelse og regnskap for foretaket. Økonomisk sett blir utfallet blir det samme. Kostnadene for ledelse og regnskap er på om lag 100 000 kroner per år, som tilsvarer fondsavsetningene. Punkt 4 i avtalen mellom partene må forstå i lys av dette.

Etterfølgende forhold gir også grunnlag for en utvidende tolkning av ordlyden. Det er to forhold som er viktig: Alle selskap har behov for reserver. Måsøy Industrieiendom KF, og dermed Måsøy kommune, har det finansielle ansvaret for kreditten relatert til anlegget. Risikoen ligger derfor på kommunen. Denne risikoen er delvis møtt gjennom avsetningene i disposisjonsfond. Det ville vært uforsvarlig av Måsøy kommune å ikke sikre seg på denne måten. Det andre forholdet er manglende innkreving av kostnader for daglig leder og regnskapsføring i selskapet. Måsøy kommune var helt klar på koblingen mellom avsetning til fond og manglende betaling for disse tjenestene. Det beregnede overskuddet på 32 000 kroner er et rent overskudd. Utgiftene til selskapet inneholder avsetningen til fond. Dette er det samme som ble kommunisert til Hermann Export AS i april 2007.

Det er ikke slik som Hermann Export AS påstår, at Måsøy kommune står fritt til hvordan man skal avsette midler til disposisjonsfond hvert år. Det fremgår av den forutgående korrespondansen mellom partene hvordan dette blir gjort, og det ble aldri stilt spørsmål om dette før 2012.

Videre så Hermann Export AS aldri noen grunn til å se nærmere på kostnadene. Hermann Export AS kunne ved enkle grep ha funnet ut om hvordan avsetningene ble gjort. Siden dette ikke har vært en å konto-ordning har Hermann Export AS hatt en spesiell interesse i å sette seg inn i dette. Slik Måsøy kommune ser det, er det oppsiktsvekkende at Hermann Export AS ikke har hatt ønske om å sette seg nærmere inn i kostnadsberegningene.

Om inndekkingen av kapitalkostnadene for 2006 og 2007

Spørsmålet vedrørende disse kostnadene, er om kostnadene skulle vært tatt inn i investeringsregnskapet eller driftsregnskapet. Det er korrekt at dette kunne tas inn i driftsregnskapet. Av regnskapene kan man lese at underskuddene har blitt dekket inn i de

påfølgende år. Hovedregelen er at dettes kal føres i driftsregnskapet, jf. kommuneloven § 48 fjerde ledd – *"Underskudd på årsregnskapet som ikke kan dekkes på budsjettet i det år regnskapet legges frem, skal føres opp til dekning i det påfølgende års budsjett."* Etter standarder utarbeidet av foreningen for god kommunal regnskapsskikk er hovedregelen i standarden KRS 3: Foreløpig standard – (F) – Opptak, avdrag og refinansiering, punkt 3.3, at *"1. Avdrag på lån knyttet til investeringer mv. skal som hovedregel føres i driftsregnskapet."* Det er også tatt inn et unntak i KRS2: Anskaffelseskost og opptakskost for balanseposter punkt 2.1 fjerde avsnitt; *"Ved lånefinansiering til investeringsprosjekter kan påløpte renter i byggeperioden tas med."* Måsøy kommune fulgte hovedregelen i dette tilfellet. Det er ikke ulovlig å ta inn kapitalkostnadene på denne måten, og det var også naturlig ut fra formålet med avtalen mellom partene.

Underskuddet skulle altså dekkes inn i det påfølgende års budsjett etter loven. Det har formodningen mot seg at Måsøy kommune skulle inngått en avtale som er lovstridig på dette området.

Om kostnader til juridisk bistand

Etter Måsøy kommunes syn er utgifter til juridisk bistand en normal driftsutgift etter avtalens punkt 4. Alle selskaper og foretak har utgifter til juridisk bistand med jevne mellomrom, og juridiske kostnader er også en ordinær driftskostnad i regnskapssammenheng. Det ville være merkelig om disse utgiftene skal ses bort fra som driftsutgifter fordi de gjelder uoverensstemmelser som involverer Hermann Export AS.

Hermann Export AS har vist til at det alminnelige i vanlige tvister er at partene bærer sine egne kostnader. Dette prinsippet kan ikke ha gjennomslag – i så fall ville Måsøy Industrieiendom vært avskåret fra å bruke juridisk assistanse dersom en annen part rettet krav mot foretaket.

Saksøktes påstand

1. Måsøy kommune frifinnes mot å betale et beløp til Hermann Export AS, fastsatt etter rettens skjønn.
2. Måsøy kommune frifinnes for krav om motregning i fremtidig husleie for den del av motkravet fra Hermann Export AS som er foreldet.
3. Måsøy kommune kan motregne mot tilbakebetalingskrav fra Hermann Export AS med de beløp som er for lite betalt av Hermann Export AS i perioden 2006-2012.
4. Måsøy kommune tilkjennes saksens omkostninger.

Rettenns vurdering

Spørsmålet om foreldelse

Retten behandler spørsmålet om foreldelse først, fordi dette er utslagsgivende for omfanget av kravene som senere skal realitetsdrøftes.

Etter foreldelsesloven er den alminnelige foreldelsesfrist tre år, jf. foreldelsesloven § 2. Etter § 3 nr. 1 begynner fristen å løpe den dagen da fordringshaveren tidligst har rett til å kreve å få oppfyllelse. Det bestemmes videre i § 3 nr. 2 at dersom et krav oppstår ved mislighold, regnes foreldelsesfristen fra den dag misligholdet inntreffer. Hermann Export AS har tatt til orde for at foreldelsesfristen begynner å løpe ved at mislighold inntreffer ved utstedelse av faktura som inneholdt et for høyt krav, jf. § 3 nr. 2. Etter rettens syn blir dette ikke et korrekt utgangspunkt for foreldelsesfristen, fordi utstedelsen av fakturaen ikke kan anses som stiftelse av et mislighold. Det klare utgangspunktet ved tilbakesøkningskrav, som det er snakk om i vår sak, er at foreldelsesfristens utgangspunkt settes til det tidspunktet da fordringshaveren tidligst kunne kreve tilbakebetaling. Dette vil normalt være straks den feilaktige betalingen har funnet sted. Dette legges til grunn i juridisk teori, Røed, *"Foreldelse av fordringer"* 3. utgave (2009) s. 161 og i rettspraksis i dommene tatt inn i Rt. 1996 s. 994 og Rt. 1997 s.1210.

Partene er enige om at foreldelsesfristen senest ble avbrutt 1. november 2013. Dersom dette er avbrytelsestidspunktet, medfører det at alle krav som har oppstått før 1. november 2010 er foreldet. Etter Hermann Export AS' syn er ingen av kravene foreldet fordi det løper en tilleggsfrist etter foreldelsesloven § 10 som utsetter foreldelse når fordringshaveren ikke har kunnskap om sitt krav. I tillegg er det Hermann Export AS' oppfatning at Måsøy kommune erkjente kravet fra Hermann Export AS, og en slik erkjennelse gjør også at foreldelsesfristen avbrytes. Retten må etter dette ta stilling til om foreldelse er avbrutt som følge av foreldelsesloven §§10 eller 14.

Etter foreldelsesloven § 10 nr. 1 er regelen at dersom fordringshaveren ikke har gjort fordringen gjeldende fordi han har manglet kunnskap om fordringen, inntreffer foreldelse tidligst ett år etter den dag da fordringshaveren fikk eller burde skaffet seg slik kunnskap. I vår sak får regelen den virkning at Hermann Export AS' krav om tilbakebetaling tidligst foreldes ett år etter at Hermann Export AS fikk eller burde fått kunnskap om kravet. Bakgrunnen for regelen er at et av formålene med prinsippet om foreldelse av fordringer er å legge press på fordringshaveren til å kreve inn sin fordring, som sikrer at fordringer blir avviklet innen rimelig tid. I de tilfellene hvor fordringshaveren ikke vet at han har et krav, er ikke foreldelsesreglene lenger noe pressmiddel for å kreve inn og avvikle fordringen. Det er først når fordringshaveren har, eller burde hatt, kunnskap om fordringen, at foreldelsesreglene har funksjon som middel til å påskynde avvikling av fordringen. Spørsmålet for retten i denne sammenhengen blir derfor om Hermann Export AS fikk eller burde ha fått kunnskap om fordringen på et så sent tidspunkt at foreldelsesfristen først

begynte å løpe senere. Om Hermann Export AS fikk eller burde fått kunnskapen om fordringene etter 1. november 2012, vil fordringene ikke være foreldet, ettersom partene legger til grunn at en fristavbrytelse i alle tilfelle skjedde 1. november 2013. Vurderingen av hva som ligger i uttrykket "nødvendig kunnskap" i § 10 vil variere veldig fra tilfelle til tilfelle, og kravet til "nødvendig kunnskap" må fastlegges konkret i det enkelte tilfelle, jf. Kjørven m.fl. *Foreldelse av fordringer* (Universitetsforlaget 2011) s. 188. Det er antatt at kunnskapskravet er oppfylt hvis fordringshaveren vet nok om de faktiske forholdene til at det er forsvarlig å gå til søksmål. Det er videre også klart at ikke alle sider av kravet må være fullstendig klarlagt før foreldelsesfristen begynner å løpe. Fordringshaveren har tross alt ett år på seg fra kunnskapen inntreffer til foreldelse skjer, en tidsramme som er tilstrekkelig til å bringe på det rene om det er forsvarlig å ta rettslige skritt for å inndrive fordringen.

Hermann Export AS har anført at det ikke var rimelig og forsvarlig for dem å gå til søksmål tidligere enn 1. november 2012. Partene hadde på dette stadiet innledet forhandlinger, og det forelå ikke et forsvarlig grunnlag for Hermann Export AS til å ta ut noen stevning på dette tidspunktet fordi man ikke hadde mottatt noen bilag fra Måsøy kommune. Måsøy kommune har på sin side fremholdt at Hermann Export AS allerede 18. februar 2012 sendte en epost til Måsøy kommune der det kommer frem at regnskapene til Måsøy Industriendom KF er gjennomgått, og det konkluderes med at man har et krav på 1,4 millioner kroner mot kommunen. Slik retten ser det, må det sies at kunnskapskravet var oppfylt for Hermann Export AS' del den 18. februar 2012. Regnskapene har blitt gjennomgått og man har spesifisert kravet på 1,4 millioner kroner. Dersom det gjenstod ytterligere momenter som måtte avklares etter dette, før stevning kunne sendes, har Hermann Export AS hatt ett år på seg til å innhente opplysninger og konkretisere kravet. Dette har ikke skjedd. Etter rettens syn kan Hermann Export heller ikke høres med at det var umulig for selskapet å ta rettslige skritt før stevningen ble tatt ut i november 2013 fordi Måsøy kommune holdt tilbake informasjon. Selv om momenter ved saken har blitt avklart etter denne datoen, betyr ikke dette at Hermann Export AS hadde så lite informasjon om saken til at det ikke kunne forventes at selskapet tok rettslige skritt i inndrivelsesprosessen. Retten konkluderer derfor med at foreldelsesfristens utgangspunkt ikke er forskjøvet med bakgrunn i mangel på kunnskap jf. foreldelsesloven § 10.

Hermann Export AS har videre hevdet at foreldelsesfristen har blitt avbrutt på et tidligere tidspunkt fordi Måsøy kommune har erkjent kravet mot dem. Etter foreldelsesloven § 14 avbrytes foreldelse når skyldneren overfor fordringshaveren uttrykkelig eller ved sin handlemåte erkjenner forpliktelsen. Det må derfor klarlegges hva som regnes som en erkjennelse etter denne bestemmelsen, og om Måsøy kommune har erkjent fordringen slik at foreldelsen har blitt brutt. Både uttrykkelig og stilltiende erkjennelse kan føre til fristavbrudd etter bestemmelsen. Konkludent adferd sidestilles med uttrykkelig erkjennelse. I rettspraksis har Høyesterett uttalt seg om innholdet i erkjennelsesbegrepet i Rt. 1997 s. 920, hvor det heter at "... til erkjennelse som skal ha virkning etter

foreldelsesloven er det ikke nok å bestride kravet; det skal positivt og noenlunde klart erkjennes, i ord eller handling." I Rt. 1995 s. 1755 viser Høyesterett til en uttalelse fra Kjønstad/Tjomsland (Asbjørn Kjønstad og Steinar Tjomsland, *Foreldelsesloven*, Oslo (1983)), hvor det heter at det "avgjørende må være hvordan skyldnerens opptreden med rimelighet kan oppfattes av fordringshaveren" og at "det må skje en samlet vurdering av alle relevante forhold."

Etter at Hermann Export AS hadde sendt sitt krav til kommunen 18. februar 2012, har Hermann Export AS argumentert med at kommunen 23. mars 2012 ba om et møte med selskapet for å gå gjennom spørsmålet om for mye betalt husleie og andre forhold knyttet til avtalen. Gjennom 2012 og 2013 var det kommunikasjon mellom partene, og det ble avholdt møter og utvekslet informasjon om saken mellom partene. Partene har diskutert hvilke kostnader Måsøy Industriendom KF var berettiget til å få dekket gjennom kontrakten. Kommunen har heller ikke avvist kravet, men har i korrespondansen vist til uenigheter om kravets størrelse, og ved å gi tilgang til regnskap og fremme oversikt over låne- og skattekostnader etc. har kommunen medvirket til å avklare kravets størrelse. I dette ligger det i følge Hermann Export AS en erkjennelse av kravets eksistens. Måsøy kommune har på sin side forfektet at kravet ikke er erkjent. Kommunen mener at partene har vært i en dokumentasjons- og avklaringsfase for å se om Hermann Export hadde et krav mot kommunen. Korrespondansen mellom partene tilsier også at kommunen ikke har erkjent noen krav, og i en epost sendt fra kommunen til Hermann Export AS 2. mai 2012 hvor det tas initiativ til et møte mellom partene, uttrykker kommunen at siktemålet med møtet er å få avklart så langt som mulig hva det er enighet og hva det er uenighet om. Dette er ikke en erkjennelse av krav i følge Måsøy kommune. .

Juridisk teori har flere utsagn om innholdet i uttrykket "erkjennelse" i denne sammenhengen. Det er ikke stilt noe krav om at erkjennelsen har form av et løfte om å betale. Det er tilstrekkelig at det erkjennes at fordringen eksisterer. Retten legger til grunn at det ikke har skjedd en *uttrykkelig* erkjennelse fra Måsøy kommunes side – det er ikke positivt uttrykt noen erkjennelse, og Måsøy kommunes adferd er etter rettens syn heller ikke konkludent nok til at det kan sidestilles med en uttrykkelig erkjennelse. Spørsmålet blir derfor om Måsøy kommune gjennom sin *handlemåte* har erkjent forpliktelsen. Unnlatte protester og passivitet fra en skyldners side innebærer ikke noen erkjennelse. Spørsmålet for retten blir om det er noen sider ved Måsøy kommunes handlinger i saken som gjør at fordringen må anses som erkjent. Det er avklart gjennom rettspraksis, bl. a. RG 1999 s. 1 (Hålogaland) og RG 1988 s. 393 (Eidsivating) at forhandlinger ikke virker fristavbrytende, fristen brytes heller ikke om man setter frem et forlikstilbud. Slik retten ser det, har ikke Måsøy kommunes aktiviteter vært av annen art enn forhandlinger. Partene har hatt en forholdsvis omfattende kontakt omkring temaet, uten at det har kommet til syne noen eksplisitt erkjennelse. Dersom kravet som sådan ble erkjent fra kommunens side, og man kun var uenig i størrelsen, ville det vært naturlig at dette kom tydeligere frem under kontakten mellom partene. Likeledes mener retten at kommunens henvisning til å få et

møte for å klarlegge hva man var uenig i og hva man var enig i, ikke innebærer noen erkjennelse – det er på dette stadiet ikke engang klart for kommunen om man er enig i noe, og det er dette som søkes avklart. Etter en konkret helhetsvurdering finner retten at det ikke kan sies at Måsøy kommune har erkjent kravet fra Hermann Export AS, det har følgelig heller ikke skjedd noe fristavbrudd etter foreldelsesloven § 14.

Hermann Export AS har videre hevdet at partene har avtalt motregning, og at dette fører til at det kan motregnes i foreldede fordringer, jf. foreldelsesloven § 26 a). Etter denne bestemmelsen medfører ikke foreldelse at man taper motregningsrett, såfremt denne rett er avtalt. Hermann Export AS erklærte 18. februar 2012 at husleien for første kvartal 2012 ikke ville bli betalt i påvente av avklaring av kravet på 1,4 millioner kroner som ble satt frem i samme henvendelse. Kommunen på sin side mente at det var viktig at husleien ble betalt for å sikre likviditeten til Måsøy Industrieiendom KF, og uttalte samtidig at ønsket om betaling ikke betød en innrømmelse fra foretakets side som var ment å legge føringer for arbeide med å finne en løsning i saken. Det ble videre bedt om at det ikke ble foretatt avregninger i eventuelt krav mot husleien for 2012. En stund senere, 18. mai 2012, uttalte Hermann Export AS i en epost til kommunen at selskapet anså seg fullt berettiget til å motregne sitt krav mot fremtidig leie. Dette ble ikke bestridt av kommunen, og Hermann Export AS mener at dette tilsier at motregning var avtalt. Retten er uenig i dette. Det er en grunnleggende regel i avtaleretten at passivitet ikke forplikter. Slik retten ser det, har heller kommunen avslått motregning som alternativ gjennom sin epost 15. mai 2012. At Hermann Export AS tre dager senere igjen hevder en motregningsrett overfor kommunen, og at denne forblir ubesvart, medfører ikke at partene har avtalt motregning. Siden motregning ikke er avtalt, kan det heller ikke motregnes etter foreldelsesloven § 26 a).

Etter dette konkluderer retten med at foreldelsesfristen ikke har blitt brutt gjennom erkjennelse av kravet jf. foreldelsesloven § 14, og at det ikke er åpning for å ilegge tilleggsfrist etter foreldelsesloven § 10. Retten har også kommet til at motregning ikke er avtalt mellom partene, dermed kan det heller ikke motregnes i foreldede fordringer jf. foreldelsesloven § 26 a).

Konsekvensen av dette blir at datoen for fristavbrudd etter foreldelsesloven er 1. november 2013, med den konsekvens at alle fordringer Hermann Export AS mener å ha mot Måsøy kommune som er eldre enn 1. november 2010, er foreldet. Kravet fra Hermann Export AS relatert til hvorvidt underskudd for 2006 og 2007 kunne dekkes opp med leieinnbetalinger i 2008, er følgelig også foreldet, og vil derfor ikke behandles av retten.

Retten går med dette over til å drøfte realiteten i de fordringene som er yngre enn 1. november 2010.

Avsetningene til disposisjonsfond

I siste terminbetaling for 2010, samt i 2011 og 2012, har Hermann Export AS betalt leie til Måsøy Industriendom KF etter avtalen inngått mellom partene. I disse årene har det også blitt avsatt penger til disposisjonsfond i foretaket. Retten må derfor ta stilling til om foretaket hadde anledning til å gjennomføre slike avsetninger etter avtalen mellom partene.

Hva leien skal omfatte, fremkommer av avtalen mellom partene, punkt 4 første og annet ledd, som er gjengitt i starten av saksøkerens påstandsgrunnlag. Etter ordlyden skal leien omfatte Måsøy Industriendom KFs dokumenterte årlige bruttokostnader tilknyttet "Tørkeriet", foretakets kapitalkostnader og foretakets normale og faktiske driftsutgifter i anledning "Tørkeriet." Eksempler på slike driftsutgifter nevnes også i punktet; utgifter til regnskap, revisjon, daglig leder og styre. Denne oppregningen er ikke uttømmende, jf. bruk av "etc." avslutningsvis i første ledd. I tillegg sier bestemmelsen at foretaket forplikter seg til å holde utgiftene på et minimumsnivå.

Partene er enige om at det i tillegg har blitt avtalt at det foretaket skal ha et overskudd på 32 000 kroner årlig.

Partene har ikke en felles forståelse av kontrakten som fraviker fra kontraktens ordlyd, bortsett fra at det er avtalt at det skal beregnes et overskudd på 32 000 kroner årlig. Avtalens ordlyd må derfor legges til grunn, jf. bl. a. Rt. 1988 s. 613, Rt. 1998 s. 1548, Rt. 2002 s. 1155 og Rt. 2003 s. 1132. Retten mener at både ordlyden i avtalen og avtalens opprinnelsesgrunnlag tilsier at den leien som Hermann Export AS skal betale, skal tilsvare de reelle kostnadene foretaket har med driften av foretaket. I forhandlingsfasen ble det gjort klart fra Måsøy kommunes side at det ikke var aktuelt med et rent "nullsumopplegg" men at det var nødvendig at foretaket gikk med overskudd. Slik retten ser det, har dette også blitt akseptert av Hermann Export AS, men retten finner ikke at selskapet har akseptert noe ut over de 32 000 kronene i årlig overskudd som har blitt lagt til grunn i budsjettene.

Måsøy kommune har anført at avsetningene til disposisjonsfond er utslag av en nødvendig risikominimering fra kommunens side, og at disse avsetningene også gjenspeiler elementer som er nevnt i kontrakten som det er meningen at leien skal dekke. Retten har forståelse for at kommunen ønsker å minimere sin egen økonomiske eksponering i dette samarbeidet, og det er også fornuftig fra kommunens side å gjøre det. Men denne risikominimeringen har, etter rettens syn, ikke skjedd innenfor rammen av avtalen. Dersom kommunen hadde ønsket å bygge opp en buffer for å være bedre rustet for eventuelle perioder uten leieinntekter, mener retten at dette måtte ha vært klargjort på forhånd. En slik oppbygging av reserver ville også hatt sin naturlige plass i avtalen mellom partene. Når kommunen etter at avtalen er inngått forsøker å bøte på situasjonen med å sette til side penger fra driften ut over det som er avtalt i kontrakten, er det etter rettens syn for sent. Kommunen

må leve med kontrakten slik den ble inngått, eller forsøke å forhandle videre med Hermann Export AS om andre ordninger som ville sikret kommunen ytterligere.

Måsøy kommune kan heller ikke høres med at avsetningene til disposisjonsfond tilsvarer det kostnadene ville ha blitt for ledelse og regnskapsføring i foretaket, kostnader som skal dekkes av leieinnbetalingene fra Hermann Export AS etter avtalen. Slike kostnader skulle i så fall vært kostnadsført med reelle tall i regnskapet, både for daglig leder og regnskapsføring. Dette er konkrete kostnader som det ikke er vanskelig å tallfeste, og det ligger også i avtalens kjerneområde å kostnadsføre slike utgifter for igjen å få dem dekket inn som en del av driftskostnadene etter avtalen. At kommunen i stedet har avsatt "runde beløp" i disposisjonsfondet og sagt at dette tilsvarer kostnadene for ledelse og regnskapsføring blir etter rettens syn en litt for lettvinntilnærming til å få dekket inn kostnadene ved ledelse og regnskapsføring.

Retten er enig i Måsøy kommunes synspunkter når kommunen hevder at det er påfallende at Hermann Export AS ikke førte nøyere kontroll med dette fra starten av. Det er også korrekt at kommunens disposisjoner har vært gjort i åpenhet, og at det ikke skulle stor innsats til fra Hermann Export AS' side for å kontrollere kommunens beregninger. Dette medfører likevel ikke at kommunen kan få medhold i sitt syn på at deres avsetninger til disposisjonsfond er i tråd med avtalen som partene har inngått.

Retten har etter dette konkludert med at Måsøy Industrieiendom KF ikke var berettiget til å sette til side penger i disposisjonsfond i foretaket, og at avsetningen utgjør en overfaktureringsomkostning som gir Hermann Export AS en fordring på Måsøykommune.

Kostnadsføring av juridiske kostnader i som driftskostnader

I forbindelse med tvisten har Måsøy Industrieiendom KF kjøpt juridiske tjenester. Disse utgiftene er kostnadsført som en driftskostnad i foretaket, og blir derfor i siste instans betalt av kommunens motpart, Hermann Export AS som en konsekvens av avtalen.

Hermann Export AS har tatt til motmæle mot denne kostnadsføringen og hevdet at kostnader til juridiske tjenester ikke kan dekkes under kontrakten. Kontrakten tar høyde for at *alminnelige* kostnader knyttet til driften skal dekkes av Hermann Export AS, og kostnader til juridiske tjenester faller utenfor det som er normalt å pådra seg for et foretak som leier ut bygningsmasse.

Måsøy kommune mener på sin side at utgifter til juridisk bistand er en normal driftsutgift etter avtalens punkt 4. Alle selskaper og foretak har utgifter til juridisk bistand med jevne mellomrom, og juridiske kostnader er en ordinær driftskostnad i regnskapssammenheng. Det skal ikke sees bort fra disse kostnadene fordi de gjelder uoverensstemmelser som involverer Hermann Export AS.

I alminnelighet er et selskaps – eller et kommunalt foretaks – kostnader til kjøp av juridiske tjenester en driftskostnad. Retten har forståelse for Hermann Export AS' syn om at dette blir vanskelig å akseptere, all den tid alle juridiske kostnader for foretaket skriver seg fra bistand i forbindelse med tvisten mellom foretaket og Hermann Export AS. Retten mener likevel at disse kostnadene må kostnadsføres som driftsutgifter for foretaket, og i tråd med avtalen må disse dekkes av Hermann Export AS. Dersom dette spørsmålet skal praktiseres på en annen måte, ville det bety at Hermann Export AS selv skulle få velge hvilke driftskostnader de skal dekke under avtalen og ikke. Dersom Hermann Export AS skulle vært skånet fra å måtte være ansvarlig for driftskostnader relatert til et spesifikt kostnadsgrunnlag, måtte dette i så fall vært regulert i avtalen, noe det ikke er. Retten har derfor konkludert med at Måsøy Industrieiendom KFs kostnader til juridisk bistand er en driftskostnad som skal dekkes av Hermann Export AS i tråd med avtalen.

Har deler av kravet gått tapt etter reglene om tilbakesøkning, *condictio indebiti*?

Retten har slått fast at deler av tilbakebetalingskravet til Hermann Export AS har gått tapt på grunn av foreldelse, men at tilbakebetalingskrav som er yngre enn 1. november 2010 ikke er foreldet, videre har det økonomiske omfanget av tilbakebetalingskravet blitt behandlet. Retten må avslutningsvis ta stilling om hele eller deler av tilbakesøkingskravet har gått tapt på bakgrunn av reglene om *condictio indebiti*.

Spørsmålet må løses på ulovfestet grunnlag. Det er omfattende rettspraksis på området, og det blir fremholdt som et grunnleggende trekk i læren om *condictio indebiti* at hvert tilfelle skal vurderes konkret og under hensyn til rimelighet. Tilfellene blir avgjort på grunnlag av sin egenart, og reelle hensyn tillegges med andre ord sentral betydning. De to motstridende hensyn er oppgjørshensynet, som vektlegger at en betaling som har funnet sted bør ansees som endelig, slik at mottakeren skal kunne innrette seg etter betalingen, og korreksjonshensynet, som går ut på at betalingen skyldes en feil, og dermed bør korrigeres. Det må foretas en avveining mellom disse hensynene, etter en konkret vurdering i den enkelte sak.

Når det gjelder vurderingen ut fra partenes subjektive forhold, er det Måsøy kommune som har forestått beregningen av husleien, faktureringen, og avsetningen til disposisjonsfond. Kommunen er en profesjonell aktør, og det må kunne forventes at kommunen foretar korrekte beregninger og handler i tråd med de avtaler som den har inngått. På den annen side er også Hermann Export AS en profesjonell aktør, med lang erfaring fra bransjen. Det er klart at det er av stor interesse for Hermann Export AS å forsikre seg om at leieberegningen er korrekt, og om selskapet unnlater å kontrollere grunnlaget for betalinger de foretar, må selskapet bære en del av risikoen for feil selv. Det spiller også inn at selv om retten har slått fast at avsetningene til disposisjonsfond ikke var i tråd med avtalen mellom partene, var opplysninger om kommunens disposisjoner tilgjengelige for Hermann Export AS gjennom regnskapene til Måsøy Industrieiendom KF. Avtalens spesielle karakter tilsier også at Hermann Export AS hadde et eget incitament til å følge opp

betalingene. Dette gjorde de ikke. Slik sett har begge parter opptrådt på et lavere profesjonalt nivå enn det som skulle forventes av dem, og dette hensynet gir ikke særlig veiledning i spørsmålet om tilbakebetalingskravet har gått tapt eller ikke.

Det er ikke forhold ved fordringens art som tilsier at tilbakesøkningskravet har gått tapt. Det er her snakk om avsetninger av midler i et kommunalt foretak i en avtale mellom profesjonelle aktører, en helt annen situasjon enn den som for eksempel ligger til grunn ved for mye utbetalt lønn til en lønnsuttaker. Det taler også i favør av tilbakesøking at Måsøy kommune fortsatt sitter på midlene. I den grad tilbakebetalingen ikke utgjør et beløp som er større enn det som er avsatt på disposisjonsfondet, vil kommunen ha midler til å betale tilbake uten at dette går direkte ut over kommunens økonomiske stilling.

Tidsmomentet er tungtveiende i den samlede rimelighetsvurderingen. Ettersom tiden går vil det hensyn at et oppgjør skal være endelig, være fremtredende. De eldste kravene om tilbakebetaling er foreldet, og vurderingen av tidsmomentet tar derfor utgangspunkt i at de eldste fordringene er fra slutten av 2010. Om lag ett år etter denne betalingen, i slutten av 2011, retter Hermann Export AS sin første henvendelse til Måsøy kommune som dreier seg om beregningen av husleien. I tiden som følger er partene i stadig kontakt om temaet, og tiden fra da og frem til sakens endelige avgjørelse får etter rettens syn mindre betydning når tidsmomentet skal vurderes. Retten mener at det ikke har gått så lang tid at tidsmomentet i seg selv er en hindring for tilbakeføring. Etter rettens syn må tidsbruken i saken tilskrives begge parter, slik at det ikke kan utledes noen spesifikk fordel eller ulempe for en av partene i bedømmelse av dette momentet.

Rettens helhetsvurdering er at kravet ikke har gått tapt etter momentene i læren om *condictio indebiti*, og det skal skje en tilbakeføring av midler fra Måsøy kommune til Hermann Export AS.

Måsøy kommune har i tillegg gjort gjeldende at kommunen har anledning til å motregne for lite betaling fra Hermann Export AS i et eventuelt tilbakebetalingskrav. Hermann Export AS har ikke motsatt seg at Måsøy kommune har en slik motregningsrett.

Tilbakebetalingens størrelse

Retten har kommet til krav som er yngre enn 1. november 2010 ikke er foreldet. Tilbakesøkningskravet for avsetningen til disposisjonsfond gjort i 2011 og 2012 er i sin helhet ikke foreldet, mens det for 2010 kun er betalingen for det siste kvartalet som ikke er foreldet. Det har blitt lagt ned påstand om tilbakebetaling etter rettens skjønn. Retten har kommet til at en forholdsmessig like stor del av innbetalingen for 2010 som ikke er foreldet, skal betales tilbake fra det som ble avsatt i disposisjonsfond for 2010. Dette vil si at det skal tilbakebetales $\frac{1}{4}$ av beløpet som ble satt av til disposisjonsfond for 2010. I tillegg er partene enige om at det var akseptert et årlig overskudd på 32 000 kroner. Dette trekkes fra tilbakebetalingsbeløpet, ettersom det er en verdi som partene er enige om at

Måsøy Industriebiendom KF kunne beholde. Forholdsmessigheten for 2010 brukes også på dette beløpet, slik at fradraget blir ¼ av overskuddet på 32 000 kroner for 2010.

Hermann Export AS har også krevet avsavnsrente. Retten har i sin skjønsmessige vurdering ikke kommet til at Måsøy kommune ikke skal ilegges avsavnsrenter. Etter forsinkelsesrenteloven § 2 kan en fordringshaver kreve forsinkelsesrente når et krav ikke innfris ved forfall. Retten legger til grunn at kravet ble fremsatt ved enighet av avbrudd av foreldelsen 1. november 2013. Etter andre punktum i § 2 løper renten fra 30 dager etter at skriftlig påkrav med betalingsoppfordring er sendt. I mangel av en konkret forfallsdag som sådan har retten likestilt denne dagen med enighet om foreldelsesavbrudd, slik at det skal betales forsinkelsesrenter for kravet fra 1. desember 2013.

Beløpet som skal betales tilbake er utregnet slik:

Beløp avsatt i disposisjonsfond:

2010	294 467 kroner hvorav 1/4 utgjør	73 617 kroner
2011		740 952 kroner
2012		225 688 kroner
<i>Totalt</i>		<i>1 040 257 kroner</i>

Frdrag for avtalt overskudd

2010	32 000 kroner hvorav 1/4 utgjør	8 000 kroner
2011		32 000 kroner
2012		32 000 kroner
<i>Totalt frdrag</i>		<i>72 000 kroner</i>

Totalbeløp disposisjonsfond	1 040 257 kroner
Fratrukket kumulert avtalt overskudd	72 000 kroner
Utgjør beløp som skal betales tilbake	968 257 kroner

Sakskostnader

Etter tvisteloven § 20-2 første ledd har en part som har vunnet saken krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten. Etter § 20-2 andre ledd er en sak vunnet hvis parten har fått medhold fullt ut eller i det vesentlige. Hermann Export AS har lagt ned påstand om at Måsøy kommune skal betale tilbake for mye betalt leie fastsatt etter rettens skjønn, uten at det har blitt spesifisert noe maksimumsbeløp. Måsøy kommune har på sin side lagt ned påstand om at Måsøy kommune skal frikjennes mot å betale et beløp til Hermann Export AS uten at det har blitt spesifisert noe maksimumsbeløp. Hermann Export har lagt frem utregninger for retten med egne kalkuleringer av tilbakebetalingsbeløpene som for 2007 er beregnet til noe over 125 000 kroner uten renter, i underkant av 340 000 kroner uten renter for 2008, om lag 821 000 uten renter for 2009, om lag 868 000 kroner uten renter for 2010,

om lag 270 000 kroner uten renter for 2011, og om lag 71 000 kroner for 2012. Måsøy kommune har på sin side lagt frem beregninger som tilsier et tilbakebetalingsbeløp på om lag 400 000 kroner. Det beløpet som retten har fastsatt ligger merkbart over Måsøy kommunes anslag, men samtidig også merkbart lavere enn Hermann Export AS' anslag. Slik retten vurderer resultatet sett opp mot partenes anførsler og påstander, har ingen av partene fått medhold fullt ut eller i det vesentlige, og ingen av partene har da krav på dekning av sakskostnadene fra sin motpart.

Etter tvisteloven § 20-3 kan likevel en part som har fått medhold av betydning, uten å vinne saken etter § 20-2, helt eller delvis tilkjennes sakskostnader av motparten hvis tungtveiende grunner tilsier det. Ut fra rettens syn på resultatet sammenholdt med partenes påstander og anførsler, er det vanskelig å slå fast at også at en part har fått medhold i betydning i denne saken. Uavhengig av om en part skulle ha fått medhold av betydning, kan retten likevel ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som skulle tilsi at unntaksregelen skal benyttes. Styrkeforholdet mellom partene er ikke ujevnt, og partenes sakskostnader er ikke av en slik art at de vil forrykke dette om partene skal dekke sine egne kostnader.

Retten har etter dette konkludert med at partene dekker sine egne sakskostnader.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er domstolens arbeidsmengde.

DOMSSLUTNING

1. Måsøy kommune frifinnes mot å betale Hermann Export AS 968 257 – ni hundre og seksti åtte tusen to hundre og femtisju – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dommen, med tillegg av forsinkelsesrente fra 1. desember 2013 til betaling finner sted.
2. Måsøy kommune frifinnes for krav om motregning i fremtidig husleie for den del av motkravet fra Hermann Export AS som er foreldet.
3. Måsøy kommune kan motregne mot tilbakebetalingskrav fra Hermann Export AS med de beløp som er for lite betalt av Hermann Export AS i perioden 2006 – 2012.
4. Partene bærer sine egne sakskostnader.

Retten hevet



Anders Flock Bachmann

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker vedlegges.

Rettledning om ankeadgangen i sivile saker

Reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 om anke til lagmannsretten og Høyesterett regulerer den adgangen partene har til å få avgjørelser overprøvd av høyere domstol. Tvisteloven har noe ulike regler for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger.

Ankefristen er én måned fra den dagen avgjørelsen ble forkynt eller meddelt, hvis ikke noe annet er uttrykkelig bestemt av retten. Ankefristen avbrytes av rettsferien. Rettsferie er følgende: Rettsferiene varer fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag, fra og med 1. juli til og med 15. august og fra og med 24. desember til og med 3. januar, jf. domstoloven § 140.

Den som anker må betale behandlingsgebyr. Den domstolen som har avsagt avgjørelsen kan gi nærmere opplysning om størrelsen på gebyret og hvordan det skal betales.

Anke til lagmannsretten over dom i tingretten

Lagmannsretten er ankeinstans for tingrettens avgjørelser. En dom fra tingretten kan ankes på grunn av feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen, eller den saksbehandlingen som ligger til grunn for avgjørelsen.

Tvisteloven oppstiller visse begrensninger i ankeadgangen. Anke over dom i sak om formuesverdi tas ikke under behandling uten samtykke fra lagmannsretten hvis verdien av ankegjensstanden er under 125 000 kroner. Ved vurderingen av om samtykke skal gis skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, partenes behov for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket eller ved behandlingen av saken.

I tillegg kan anke – uavhengig av verdien av ankegjensstanden – nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. Slik nekting kan begrenses til enkelte krav eller enkelte ankegrunner.

Anke framsettes ved skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Selvprosederende parter kan inngi anke muntlig ved personlig oppmøte i tingretten. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater inngir muntlig anke.

I ankeerklæringen skal det særlig påpekes hva som bestrides i den avgjørelsen som ankes, og hva som i tilfelle er ny faktisk eller rettslig begrunnelse eller nye bevis.

Ankeerklæringen skal angi:

- ankedomstolen
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hvilken avgjørelse som ankes
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det krav ankesaken gjelder, og en påstand som angir det resultatet den ankende parten krever
- de feilene som gjøres gjeldende ved den avgjørelsen som ankes
- den faktiske og rettslige begrunnelse for at det foreligger feil
- de bevisene som vil bli ført
- grunnlaget for at retten kan behandle anken dersom det har vært tvil om det
- den ankende parts syn på den videre behandlingen av anken

Anke over dom avgjøres normalt ved dom etter muntlig forhandling i lagmannsretten. Ankebehandlingen skal konsentreres om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet og tvilsomme når saken står for lagmannsretten.

Anke til lagmannsretten over kjennelser og beslutninger i tingretten

Som hovedregel kan en *kjennelse* ankes på grunn av feil i bevisbedømmelsen, rettsanvendelsen eller saksbehandlingen. Men dersom kjennelsen gjelder en saksbehandlingsavgjørelse som etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan avgjørelsen for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlaget at avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan bare ankes på det grunnlaget at retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelsen, eller på at avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig.

Kravene til innholdet i ankeerklæringen er som hovedregel som for anke over dommer.

Etter at tingretten har avgjort saken ved dom, kan tingrettens avgjørelser over saksbehandlingen ikke ankes særskilt. I et slikt tilfelle kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Anke over kjennelser og beslutninger settes fram for den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anke over kjennelser og beslutninger avgjøres normalt ved kjennelse etter ren skriftlig behandling i lagmannsretten.

Anke til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Slikt samtykke skal bare gis når anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. – Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta til behandling anker over *kjennelser og beslutninger* dersom de ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelse og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.