



Denne kjennelse må bare
gjengis offentlig i
anonymisert form, jf.
domstoloven § 130.

NORGES HØYESTERETT

Den 20. desember 2005 ble det av Høyesterett, bestående av dommerne Aasland, Lund, Coward, Matningsdal og kst. dommer Kaasen, i skriftlig sak

HR-2005-01978-A, (sak nr. 2005/1253), sivil sak, anke,

A (advokat Venil Katharina Thiis)

mot

B (advokat Johan M. Teiseth)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmålet om det var adgang til avskjæring av videre forhandling under ankeforhandling for lagmannsretten, jf. tvistemålsloven § 378 annet ledd.
- (2) A og B giftet seg 31. mars 2000. Sønnen C ble født 8. februar 2002. A og B flyttet fra hverandre i januar 2004. Partene inngikk 23. februar 2004 midlertidig avtale om delt daglig omsorg for C.
- (3) Den 5. mars 2004 tok A ut stevning med krav om daglig omsorg for C. Det ble den 11. mai 2004 inngått rettsforlik for Nordmøre tingrett, som avløste avtalen fra februar 2004 og som synes å ha hatt som forutsetning å skulle gjelde frem til et rettsmøte 20. september 2004, som imidlertid ikke ble holdt. Det ble i september 2004 inngått en ny utenrettslig avtale, som i store trekk var en videreføring av den ordningen partene ble enige om i rettsforliket. Det ble presisert at avtalen skulle gjelde ”inntil dom er avsagt av Nordmøre tingrett”.
- (4) Nordmøre tingrett avsa 7. februar 2005 dom med slik slutning:
 - ”1. B skal ha den daglige omsorgen for C født 08.02.2002.
 2. A skal ha samvær med C 1 gang pr. måned. Samværet starter den andre fredag i hver måned og varer til påfølgende mandag. I barnehageåret henter A C i barnehagen ved barnehagens slutt fredag, og leverer ham i barnehagen

påfølgende mandags morgen. Utenom barnehageåret bringer og henter B, eller en hun måtte bemyndige, C til far slik at samværet kan gjennomføres: Levering fredag kl. 1600 og henting mandag kl 0900.

3. Samværsordningen i pkt. 2 forutsetter at samværet i sin helhet gjennomføres i ---- kommune.
 4. A betaler kr. 30.000,- i saksomkostninger til det offentlige.”
- (5) A anket tingrettens dom til Frostating lagmannsrett. Ankeforhandlingen ble avholdt 2.-3. juni 2005. Etter at begge prosessfullmektigene hadde holdt sine innledningsforedrag, begynte A på sin partsforklaring. B hadde påberopt vitneforklaring fra D, som er førskolelærer og fungerende avdelingsleder i ---- barnehage. Fordi vitnet D måtte reise til Trondheim i forbindelse med bryllupsforberedelser, ble det besluttet at hun skulle avgis forklaring på forhandlingenes første dag, og før A var ferdig med å avgis sin partsforklaring. Etter at D hadde forklart seg, fortsatte A sin forklaring. Rettens formann opplyste deretter at retten vurderte å avskjære ytterligere forhandling om spørsmålet om daglig omsorg for C, jf. tvistemålsloven § 378 annet ledd. Prosessfullmektigene fikk uttale seg om spørsmålet, og rettens formann meddelte så at retten ville ta stilling til spørsmålet etter at B hadde avgitt sin forklaring.
- (6) Forhandlingene fortsatte 3. juni 2005. B avgis forklaring. Retten drøftet i en kort pause spørsmålet om avskjæring av ytterligere forhandling om omsorgsspørsmålet. Det er i rettsboken opplyst at A etter denne pausen fikk anledning til å avgis fortsatt forklaring i 15-20 minutter. Retten traff deretter enstemmig beslutning om å avskjære ytterligere forhandling om spørsmålet om daglig omsorg. Prosessfullmektigene ba om en pause for å forsøke å oppnå en minnelig løsning om samværs spørsmålet, men lyktes ikke med dette. Det ble inngått rettsforlik om at C skulle bo hos mor inntil lagmannsrettens dom forelå, men senest 30. juli 2005.
- (7) Frostating lagmannsrett avsa 30. juni 2005 dom og kjennelse med slik slutning:

- ”1. Tingrettens dom, domsslutningens pkt 1, stadfestes.
2. A skal slikt samvær med C, født 8. februar 2002:
 - hvert år tre ukers sommerferie, i 2005, 2006 og 2007 i ukene 31-33, senere slik at C kan være en hel uke hos sin mor før skolestart.
 - hvert år en ukes høstferie sammenfallende med skolens høstferie,
 - hvert år en ukes juleferie eller en ukes nyttårshelg, henholdsvis til og fra den 27. desember, slik at A har samvær i juleferien 2005, i nyttårshelgen 2006/07 osv.,
 - hvert år en uke vinterferie sammenfallende med skolens vinterferie eller påskeferie fra palmelørdag til 2. påskedag, slik at A har vinterferiesamvær i 2006, påskesamvær i 2007 osv.,
 - annenhvert år – de årene A har vinterferiesamvær – samvær i siste hele uke i mai, slik at A i 2006 skal ha samvær i uke 21, deretter i 2008 osv.,
 - overlevering skjer på aktuelle dag ca kl 1400 på Dombås på parkeringsplassen ved kjøpesenteret,
 - hva angår samvær sommer, høst, vinter og i mai – der varigheten er satt til en eller flere uker – hentes lørdag og bringes tilbake søndag.
3. Saksomkostninger tilkjennes ikke, verken for tingretten eller for lagmannsretten.

Slutning i kjennelsen:

Domsslutningen gis foregrepet tvangskraft, slik at domsslutningens ordning skal etterleves inntil rettskraftig dom foreligger. Det første samværet mellom A og C skal være sommerferiesamværet i 2005, som innledes lørdag 30. juli.”

- (8) A anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjaldt lagmannsrettens saksbehandling. Høyesteretts kjæremålsutvalg henviste i kjennelse av 14. september 2005 anken over saksbehandlingen for så vidt gjaldt lagmannsrettens avskjæring av ytterligere forhandlinger. For øvrig ble anken nektet fremmet. Det ble besluttet å overføre anken til skriftlig behandling, jf. tvistemålsloven § 380.
- (9) Den ankende part, A, har i korte trekk gjort gjeldende:
- (10) Lagmannsretten har avskåret forhandlingen på et for sent tidspunkt. Ordlyden i tvistemålsloven § 378 annet ledd og forarbeidene til endringen i 1935 tilsier at det bare er adgang til avskjæring overfor ankende part etter eget innledningsforedrag. Rt. 2003 side 512 slår fast at det er adgang til avskjæring av ytterligere forhandling etter at ankemotparten har holdt sitt innledningsforedrag, men det ble i den avgjørelsen ikke uttalt noe om det var adgang til avskjæring etter at man hadde begynt med bevisførselen.
- (11) Rettsboken viser at prosessfullmektigene holdt sine innledningsforedrag, hvorunder ankemotpartens advokat fremla dokumenter om forhold som hadde inntruffet etter at partene utarbeidet utdraget til lagmannsretten. Av praktiske grunner fikk B også føre et vitne før A var ferdig med å avgi sin partsforklaring. Forhandlingene frem til det ble besluttet avskjæring, ble derfor avvirket i den ankende parts disfavør.
- (12) Det ble gitt anledning til å inngi merknader til avskjæringsspørsmålet, men lagmannsretten fremla dette som en anledning for begge parter til å inngi merknader. Lagmannsretten burde ha formet dette som en henstilling til den parten som avskjæringen ville gå ut over, til å presisere sine anførsler og sitt bevisstilbud, og den ankende part burde i tillegg ha fått anledning til å kommentere ankemotpartens innledningsforedrag, partsforklaring og bevisførsel. Det foreligger derfor brudd på det kontradiktoriske prinsipp.
- (13) Formålet med avskjæringsregelen i § 378 er hensynet til prosessøkonomi og en effektiv prosessordning. I saker etter barneloven må denne regelen sees i sammenheng med prinsippet om barnets beste, som tilsier at saken blir så godt opplyst som mulig. I den foreliggende saken er det begrenset hva som kan utledes av dokumentbevisene, og bevismaterialet vil i tillegg være sammenvevet, slik at det uansett var klart uriktig å foreta avskjæring i denne saken. De etterfølgende omstendighetene viser at lagmannsrettens vurdering av de faktiske forholdene var uriktig.
- (14) Det er nedlagt slik påstand:
- ”1. Frostating lagmannsretts dom av 30.06.05 i saknr 05-043655-FROS oppheves.
 2. B dømmes til å betale sakens omkostninger.”
- (15) Ankemotparten, B, har i korte trekk gjort gjeldende:

- (16) Ankemotparten har etter at anketilsvaret ble inngitt, kommet til at det er klare holdepunkter for å støtte den ankende parts syn. Retten bør være særlig varsom med å avskjære ytterligere forhandling i saker om barnefordeling, og spesielt i tilfeller hvor den andre parten har fått anledning til å forklare seg og eventuelt har ført bevis som motparten blir avskåret fra å imøtegå gjennom sin forklaring eller ved sin bevisføring. Saken bør derfor gjennomgå en ny behandling, og det er prosessøkonomisk hensiktsmessig at dette gjøres ved at saken hjemvises til lagmannsretten for fortsatt behandling.
- (17) Det er nedlagt slik påstand:
- ”1. **Frostating lagmannsretts dom av 30.06.05 i sak nr. 05.043655 ASI-FROS oppheves.**
 2. **B tilkjennes sakens omkostninger.”**
- (18) *Høyesterett* bemerker:
- (19) Høyesterett er ikke bundet av partenes enighet om at lagmannsrettens dom bør oppheves, men må ta et selvstendig standpunkt til om vilkårene i tvistemålsloven § 378 annet ledd for å avskjære forhandlingene om omsorgsretten forelå.
- (20) Tvistemålsloven § 378 annet ledd lyder:
- ”Når en part har gjort rede for sine påstander, ankegrunner eller innsigelser, og retten finner at de ikke kan føre frem, kan den avskjære videre forhandling om dem.”**
- (21) Høyesterett fastslo i kjennelsen inntatt i Rt. 2003 side 512 at ordlyden i § 378 annet ledd ikke er til hinder for at avskjæring kan foretas også etter at ankemotparten har holdt sitt innledningsforedrag. Forutsetningen er at avskjæringen skjer under ivaretagelse av det kontradiktoriske prinsipp, og videre ”at retten – etter å ha hørt den ankende part på ny – har et forsvarlig grunnlag for å anse det klart at det som avskjæres, ikke kan føre frem”, se kjennelsens avsnitt 27. Høyesterett tok uttrykkelig ikke standpunkt til om avskjæring også kan skje på bevisføringsstadiet eller senere.
- (22) Avskjæringen i vår sak skjedde etter at begge parters innledningsforedrag og partsforklaring var avsluttet. Av praktiske grunner var også et av ankemotpartens vitner avhørt før den ankende parts partsforklaring ble avsluttet. Avskjæringen fant derfor sted under bevisføringen.
- (23) Ordlyden i tvistemålsloven § 378 annet ledd gir ikke noe direkte svar på om avskjæring kan skje på dette stadium, se nærmere i avsnitt 28 i Rt. 2003 side 512. Det kan nevnes at tvisteloven § 29-18 tredje ledd viderefører den gjeldende bestemmelse uten at det er tilsiktet endringer på dette punkt, og uten at forarbeidene inneholder uttalelser av interesse for vår sak, ut over at ”[r]etten skal føle seg sikker for å foreta avskjæring”, se NOU 2001:32 side 784.
- (24) Skal avskjæring aksepteres etter at bevisføringen er påbegynt, må det i alle tilfelle være et vilkår at retten effektivt ivaretar kontradiksjonshensynet. I saker hvor partene mangler fri rådighet, må den også i særlig grad ivareta hensynet til sakens opplysning.

- (25) Av lagmannsrettens rettsbok fremgår at spørsmålet om avskjæring første gang ble tatt opp etter at den ankende part hadde avgitt partsforklaring, at begge parter fikk anledning til å uttale seg om spørsmålet, og at retten deretter meddelte at det først ville bli tatt standpunkt etter at ankemotparten neste dag hadde avgitt forklaring. Da denne var fullført, drøftet retten i enerom spørsmålet på nytt, ”hvoretter A fikk anledning til fortsatt forklaring i 15-20 minutter”. Videre forhandling om omsorgsspørsmålet ble deretter avskåret.
- (26) Høyesterett forstår rettsboken slik at den ankende part fikk anledning til å imøtegå ankemotpartens forklaring før avskjæring ble besluttet, og at hans prosessfullmektig fikk anledning til å kommentere avskjæringsspørsmålet i lys av ankemotpartens innledningsforedrag med dokumentasjon samt forklaringen fra hennes ene vitne, men ikke etter hennes partsforklaring. Rettsboken sier ikke noe uttrykkelig om at retten opplyste i hvilken parts favør en mulig avskjæring ville skje, men det må legges til grunn at det av omstendighetene tilstrekkelig klart fremgikk at det ville være i favør av ankemotparten.
- (27) I saker om barnefordeling tilsier hensynet til barnets beste at saken er så godt opplyst som mulig før avgjørelse treffes. Retten vil her måtte bygge på et bredt bevisstoff, hvor vitneforklaringer ofte inntar en sentral plass. For så vidt er situasjonen i denne type saker en markert annen enn i saken som ble avgjort ved den nevnte kjennelse i 2003. I ankeinstansen vil det typisk kunne fremkomme nye holdepunkter for vurderingen, slik at ankeinstansen ikke uten videre kan anse tingrettens redegjørelse for faktum som representativ. Disse forholdene tilsier at det i barnefordelingssaker bør kreves spesielt klare holdepunkter for å konstatere at den ankende parts krav ikke kan føre frem allerede før forhandlingene er fullført. Særlig gjelder dette dersom avskjæringen vil være til fordel for en part som har fått fremlegge andre eller flere bevis enn den annen.
- (28) I vår sak fikk den ankende part ordet sist, før beslutningen ble truffet. Imidlertid uttalte hans prosessfullmektig seg ikke på dette stadium, og et av ankemotpartens vitner var allerede avhørt, mens den ankende part ikke fikk anledning til å føre vitner før avskjæringen fant sted. Selv om retten kunne bygge på dokumentbevis, blant annet uttalelser fra sakkyndige, og tingrettens fremstilling av situasjonen frem til hovedforhandlingen der, finner Høyesterett at hensynet til effektiv kontradiksjon og til full opplysning av saken ikke ble tilstrekkelig ivaretatt i den situasjon lagmannsretten befant seg da den avskar den videre forhandling om omsorgsretten. Ved denne vurderingen har det også betydning at ankemotparten – som opprinnelig motsatte seg opphevelse – for Høyesterett har nedlagt endret påstand om opphevelse. Saken foranlediger ikke at Høyesterett tar standpunkt til om tvistemålsloven § 378 annet ledd i en annen situasjon kan hjemle avskjæring også på bevisføringsstadiet.
- (29) Lagmannsrettens dom med hovedforhandling blir etter dette å oppheve, og saken hjemvises til lagmannsretten til ny behandling.
- (30) Spørsmålet om saksomkostninger for Høyesteretts kjæremålsutvalg bør avgjøres i den dom eller kjennelse som avslutter saken, jf. tvistemålsloven § 179 første ledd tredje punktum.
- (31) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Lagmannsrettens dom med hovedforhandling oppheves, og saken hjemvises til lagmannsretten til ny behandling.
2. Avgjørelsen av saksomkostninger for Høyesteretts kjæremålsutvalg utsettes til den dom eller kjennelse som avslutter saken, jf. tvistemålsloven § 179 første ledd tredje punktum.

Riktig utskrift bekreftes: