



NORGES HØYESTERETT

Den 17. februar 2011 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Bårdsen og Normann i

HR-2011-00390-U, (sak nr. 2011/268), sivil sak, anke over kjennelse:

A (advokat Nils Arild Istad)

mot

B (advokat Kjersti Gjellesvik)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder anke over lagmannsrettens avgjørelse av midlertidig bosted frem til hovedsaken om fast bosted og samvær i barnefordelingssak er endelig avgjort, jf. barneloven § 60.
- (2) A og B har sammen barna C, født 29. juli 2004, og D, født 6. juli 2006. Partene ble separert i 2009. I juni 2010 reiste A (heretter ”far”) søksmål mot B (heretter ”mor”) med krav om at barna skulle bo fast hos ham. Han fremsatte også begjæring om midlertidig avgjørelse av hvor barna skulle bo fast inntil saken ble rettskraftig avgjort, jf. barneloven § 60.
- (3) X tingrett avsa 8. november 2010 dom og kjennelse i saken. Ved dom avgjorde retten at barna skulle ha fast bosted hos sin far, og nærmere bestemt samvær med sin mor. For så vidt gjaldt den midlertidige avgjørelsen, hadde tingrettens kjennelse slik slutning:

”1. C, født 29.07.04, og D, født 06.07.06, skal fra 26. desember 2010 ha midlertidig ha fast bosted hos A.

2. Fram til 26. desember 2010 skal A midlertidig ha slikt samvær mellom barna nevnt i post 1:

Annenhver helg fra torsdag ettermiddag til søndag ettermiddag.

Annenhver jul og nyttår. Partene fordeler skolens juleferie slik:

Første del fra skolens første fridag til formiddagen 2. juledag. Annen del fra 2. juledag til 1. nyttårsdag. Mor skal ha første del i 2010.

B levere barna til samvær i Y, og hente etter samvær på Z. Dersom mor arbeider full stilling, skal partene overlevere på Z før og etter samvær.

3. Fra 26. desember 2010 skal det være slikt samvær mellom barna nevnt i post 1 og B: Annenhver helg fra torsdag ettermiddag til søndag ettermiddag.

Hver høstferie.

Annenhver jul og nyttår. Partene fordeler skolens juleferie slik:

Første del fra skolens første fredag til formiddagen 2. juledag. Annen del fra 2. juledag til 1. nyttårsdag. Mor skal ha første del i 2010.

Hver vinterferie.

Påskeferien fra skjærtorsdag til 2. påske dag.

Sommerferien 2 pluss 2 uker

Ved samvær skal partene overlevere på Z før og etter samvær

4. Saksomkostninger tilkjennes ikke.”

- (4) Mor anket både dommen og kjennelsen til lagmannsretten. Etter begjæring besluttet lagmannsretten 24. desember 2010 utsatt iverksetting av tingrettens midlertidige avgjørelse. Gulating lagmannsrett avsa 5. januar 2011 kjennelse med slik slutning:

”1. Inntil hovedsaken er rettskraftig avgjort, skal C, født 29 07 2004 og D, født 06 07 2006, ha fast bosted hos sin mor B.

2. Inntil hovedsaken er rettskraftig avgjort, skal barna ha samvær med sin far A slik:

Annenhver helg fra torsdag ettermiddag til søndag ettermiddag.

Hver høstferie.

Annenhver jul og nyttår. Skolens juleferie fordeles mellom foreldrene slik:

Første del fra skolens første fredag til formiddagen andre juledag. Annen del fra andre juledag til første nyttårsdag. Far skal ha første del i 2011.

Hver vinterferie.

Påskeferien fra skjærtorsdag til andre påskedag.

Sommerferien 2 pluss 2 uker.

Ved samvær skal partene overlevere på Z før og etter samvær.

3. Saksomkostninger tilkjennes ikke verken for tingrett eller lagmannsrett.”

- (5) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Anken gjelder saksbehandlingen, og det er i hovedsak anført:
- (6) Lagmannsretten ga i brev datert 29. desember 2010 far frist til 7. januar 2011 med å inngi supplerende prosesskriv. Lagmannsretten hadde da allerede mottatt anke og anketilsvar for så vidt gjaldt tingrettens midlertidige avgjørelse. Fars prosesskriv datert 4. januar 2011 ble mottatt av lagmannsretten 6. januar 2011. Lagmannsretten hadde da ved sin kjennelse av 5. januar 2011 allerede avgjort saken. Dette er en saksbehandlingsfeil som det er nærliggende at kan ha hatt betydning for lagmannsrettens kjennelse. Saksbehandlingsfeilen må dermed føre til at lagmannsrettens kjennelse oppheves.
- (7) B har tatt til motmæle, og har i korte trekk anført:
- (8) Det foreligger ingen saksbehandlingsfeil som har fått betydning for lagmannsrettens avgjørelse. Mor har vist til at lagmannsretten har vektlagt hensynet til at barna får ro inntil ankesaken er behandlet, og at barna er godt integrerte på sitt nåværende hjemsted. Videre har mor vist til at lagmannsretten har vektlagt at mor har vært barnas hovedomsorgsperson fra de ble født frem til i dag, samt at det er en reell mulighet for at den permanente omsorgsløsningen kan bli en annen enn den tingretten fastsatte.
- (9) Lagmannsretten hadde tilstrekkelige opplysninger til å foreta en forsvarlig behandling av de

aktuelle spørsmål. Det forelå omfattende materiale i saken, herunder tingrettens dom, anke, anketilsvar og etterfølgende prosesskriv. Det fremkom ikke opplysninger i fars prosesskriv av 4. januar 2011 som er nye i saken eller som ville fått betydning for lagmannsrettens kjennelse.

- (10) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at det dreier seg om videre anke over en kjennelse, hvor utvalgets kompetanse er begrenset etter tvisteloven § 30-6. Anken gjelder lagmannsrettens saksbehandling som utvalget kan prøve.
- (11) At lagmannsretten avsa kjennelsen før den hadde mottatt det siste prosesskrivet, skyldtes trolig at lagmannsretten den 30. desember 2010 også mottok et prosesskriv fra far, altså dagen etter at lagmannsretten i brev hadde gitt ny frist for nye prosesskriv til 7. januar 2011. Dette prosesskrivet er datert 27. desember 2010. I sitt brev anmodet lagmannsretten fars prosessfullmektig om å sende inn brevet "så snart som mulig, og senest fredag 07.01.2011". Ankeutvalget bemerker at det ikke kan tillegges betydning at misforståelsen på denne bakgrunn kan være forståelig, idet fars rett til kontradiksjon klart ble krenket da lagmannsretten avgjorde saken uten å avvente den nye fristen for å inngi prosesskriv.
- (12) Etter tvisteloven § 29-21 første ledd skal feil i saksbehandlingen tillegges virkning hvis det er "nærliggende at feilen kan ha hatt betydning" for avgjørelsen. Ved tilsidesettelse av helt grunnleggende krav til saksbehandlingen, som brudd på det kontradiktoriske prinsipp, følger det av langvarig praksis at det skal svært lite til før det legges til grunn at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen, jf. for eksempel Rt. 2010 side 1025 avsnitt 56, Rt. 2010 side 1221 avsnitt 12 og HR-2010-2129-U avsnitt 14 med videre henvisninger.
- (13) I fars prosesskriv datert 4. januar 2011 ble det blant annet vist til anketilsvaret i hovedsaken datert 29. desember 2010. Det fremgår av lagmannsrettens kjennelse at lagmannsretten ikke hadde mottatt ankesaken 5. januar. I prosesskrivet vises det til at anførselene i hovedsaken er mer utfyllende, og til at disse også er relevante i ankesaken over den midlertidige avgjørelsen. Anketilsvaret i hovedsaken fulgte for øvrig som vedlegg til dette prosesskrivet. Lagmannsrettens har ikke vist til anførselene i anketilsvaret i hovedanken i sin kjennelse. Ankeutvalget legger etter dette til grunn at lagmannsretten ikke var kjent med innholdet av dette da den avsa kjennelsen.
- (14) Det er på denne bakgrunn nærliggende å anta at lagmannsrettens saksbehandlingsfeil kan ha hatt betydning for avgjørelsen, jf. tvisteloven § 29-21 første ledd. Kjennelsen må etter dette oppheves.
- (15) Anken har ført frem. Den ankende part har krevd seg tilkjent sakskostnader for Høyesteretts ankeutvalg. Han tilkjennes sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Sakskostnadskravet er ikke nærmere spesifisert. Den ankende part er privatperson og har ikke fradrag for merverdiavgift. Sakskostnadene fastsettes etter dette skjønnsmessig til 5 000 kroner med tillegg av merverdiavgift.
- (16) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING:

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesteretts ankeutvalg betaler B til A 6 250 – sekstusentohundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Arnfinn Bårdsen
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Kristin Normann
(sign.)

Riktig utskrift: