



NORGES HØYESTERETT

Den 3. desember 2012 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Matningsdal, Normann og Kallerud i

HR-2012-02262-U, (sak nr. 2012/1763), sivil sak, anke over kjennelse:

I.

A (advokat Fred Arne Gade)

mot

B

C

D (advokat Jan Benjamin Rødner)

II.

B

C

D (advokat Jan Benjamin Rødner)

mot

A (advokat Fred Arne Gade)

avsagt slik

K J E N N E L S E :

- (1) Saken gjelder spørsmål om bevis tilgang ved behandling av ankesak i lagmannsretten.
- (2) Ved stevning av 20. mai 2008 anla A søksmål mot sine barn B, C og D. A krevde erstatning som følge av manglende etterlevelse av et rettsforlik mellom partene, inngått 24. august 2007. Kravet bygget blant annet på at barna hadde unnlatt å levere tilbake til A flere malerier som i følge rettsforliket skulle tilhøre ham.
- (3) Oslo tingrett avsa dom i saken 26. mai 2011. Tingretten fant As krav sannsynliggjort kun for ett av de 12 bildene han hevdet at barna ikke hadde levert tilbake til ham. Tingretten avgjorde

også enkelte andre spørsmål, blant annet at A skulle tilkjennes knappe 1,6 millioner kroner i erstatning for bilder hvor eiendomsforholdet var bestridt.

- (4) B, C og D har anket tingrettens dom til lagmannsretten. Under forberedelsen av ankesaken har A provosert fremlagt korrespondanse vedrørende tilbakelevering av bilder som fant sted den 19. september 2007. De ankende parter har på sin side krevd opplyst hvor ankemotparten oppbevarer sin billedkunst, og har krevd tilgang til oppbevaringsstedene. Hensikten er å undersøke om A har i sin besittelse bilder som han hevder at barna ikke har levert tilbake til ham.
- (5) Borgarting lagmannsrett avsa 13. august 2012 kjennelse med slik slutning:
- "1. **Ankemotparten plikter innen 1. september 2012 å opplyse hvor han oppbevarer sin billedkunst.**
2. **Ankemotparten plikter å gi tilgang til billedkunsten. Bevistilgangene gjennomføres etter nærmere avtale mellom partene.**
3. **De ankende parter plikter innen 17. september 2012 å stille til rådighet som bevis e-poster og annen korrespondanse som omhandler tilbakelevering av bilder fra de ankende parter til ankemotparten. Plikten omfatter korrespondanse som de ankende parter har hånd om eller kan skaffe til veie. De pålegges å gjøre nødvendige undersøkelser i den forbindelse."**
- (6) A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett for så vidt gjelder pålegget om å opplyse hvor billedkunsten oppbevares, samt å gi tilgang til denne (slutningens punkt 1 og 2). B, C og D har tatt til motmæle, og har erklært avledet anke for så vidt gjelder pålegget om å fremlegge som bevis e-post og annen korrespondanse som omhandler tilbakelevering av bilder til A (slutningens punkt 3).
- (7) As anke gjelder lovanvendelsen, bevisvurderingen og saksbehandlingen. Han har i det vesentlige anført:
- (8) Plikten til å stille en bevisgjenstand til rådighet etter tvisteloven § 26-5 første ledd oppstår først når det er sannsynliggjort at han faktisk har hånd om bevisgjenstanden, eller kan skaffe denne til veie. Usikkerhet om parten besitter bevisgjenstanden er regulert i annet ledd i § 26-5. A kan i medhold av denne bestemmelsen pålegges å svare på spørsmål, også slike som forutsetter undersøkelser for å besvares.
- (9) I vår sak gjelder også bevistilgangen en gjenstand som samtidig er tvistegjenstand. Lagmannsretten må foreta en tilsvarende bevisvurdering om besittelse som ved vurderingen av erstatningskravet. Dersom As forklaring om at han ikke besitter et bilde ikke kan legges til grunn, må resultatet bli at barna frifinnes for erstatningskravet for dette bildet.
- (10) Det kreves klar hjemmel for å beslutte en husundersøkelse som i vår sak, jf. Grunnloven § 102 og Rt. 2004 side 1723.
- (11) Lagmannsrettens kjennelse utgjør en krenkelse av ankende parts rett til respekt for sitt privatliv, familieliv og hjem. Lovhjemmelen er ikke klar, og inngrepet er ikke forholdsmessig. Vilkårene i EMK artikkel 8 nr. 2 er ikke oppfylt. Det vises til EMDs dom McLeod mot UK, RJD 1998 side 2774.
- (12) Lagmannsrettens manglende vurdering av hensynet til EMK artikkel 8 er en saksbehandlingsfeil.

- (13) Videre kan det reises spørsmål ved om saksforberedende dommer i lagmannsretten har kompetanse til å treffe en slik kjennelse der bevis tilgangen gjelder bevis som samtidig er tvistegjenstand. Enkelte avgjørelser under saksforberedelsen kan være så knyttet til realiteten at de bør fattes av den samlede rett.
- (14) Den nylig avsatte kjennelsen HR-2012-1807-U gjelder partens egne undersøkelser. Saken skiller seg fra foreliggende sak ved at den gjelder gjennomgang i et brevarkiv, ikke full husundersøkelse. Ankeutvalgets avgjørelse må begrenses til de tilfeller der undersøkelsen i seg selv ikke er imøtegått.
- (15) A har lagt ned slik påstand:
- "1. Begjæringen om bevis tilgang tas ikke til følge**
 - 2. Lagmannsrettens kjennelse oppheves**
 - 3. B, D og C dømmes til in solidum å dekke As sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett."**
- (16) B, C og D har i tilsvaret til anken i det vesentlige anført:
- (17) Det bestrides at tvistegjenstanden ikke samtidig kan være bevis i saken.
- (18) Undersøkelsen vil ikke være et uforholdsmessig inngrep. Grunnlovens bestemmelse er rettet mot husundersøkelser for å avdekke straffbare forhold. Det er ikke en slik undersøkelse det er tale om i foreliggende sak. Undersøkelsen vil måtte varsles på forhånd, hvilket må hensyntas i forholdsmessighetsvurderingen. Grunnloven § 102 gjelder kun for den private bolig.
- (19) Det bestrides at bevis tilgangen er i strid med EMK artikkel 8. Tiltaket er forholdsmessig.
- (20) Det er ingen saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke har vurdert forholdet til EMK artikkel 8. Partene har fri rådighet i saken, og A har ikke tidligere påberopt seg artikkel 8. Artikkel 8 nr. 2 gjelder offentlige inngrep, og kommer ikke til anvendelse.
- (21) Det bestrides også at spørsmålet om bevis tilgang skulle vært avgjort av den samlede rett. På saksforberedende stadium er det normalt ikke mulig å sette samlet rett, da denne ennå ikke er oppnevnt.
- (22) I den avledete anken har B, C og D blant annet anført at provokasjonen gjelder dokumenter som ikke finnes og at det vil være byrdefullt å etterkomme provokasjonen som i praksis er rettet mot tredjemann.
- (23) B, C og D har lagt ned slik samlet påstand:
- "1. I anken:**
 - 2. Lagmannsrettens kjennelse punkt 1 og 2 stadfestes. Det oppnevnes ikke noen sakkyndig.**
 - 3. I motanken:**
 - 4. Lagmannsrettens kjennelse punkt 3 oppheves.**

5. **I alle tilfelle:**
6. **A dømmes til å dekke Bs, Cs og Ds sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett."**

(24) A har tatt til motmæle mot den avledete anken og har her lagt ned slik påstand:

- "1. **Anken forkastes**
2. **B, D og C dømmes til in solidum å dekke As sakskostnader for lagmannsrett og Høyesterett."**

(25) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker at begge ankene knytter seg til avgjørelse om bevis tilgang truffet av lagmannsretten som første instans. Ankeutvalget har da etter tvisteloven § 30-3, jf. § 29-3 første ledd full kompetanse.

(26) Ankeutvalget ser først på As anke over lagmannsrettens kjennelse som pålegger ham "å opplyse hvor han oppbevarer sin billedkunst" og "å gi tilgang til billedkunsten".

(27) Det fremgår av kjennelsen, sammenholdt med sakens øvrige dokumenter, at gjenstand for den bakenforliggende konflikten på dette punktet først og fremst er bildet "-----" som A har malt, og som hans barn i henhold til et rettsforlik inngått i 2007 skulle levere tilbake til sin far. Tingretten kom til at bildet ikke var tilbakelevert, og ga derfor A medhold i at barna skulle erstatte ham verdien av bildet, 35 000 kroner.

(28) Barnas oppgitte formål med å kreve tilgang til farens oppbevaringssteder er å kontrollere om noen av de bildene han har krevd erstatning for likevel er i hans varetekt. Det synes på det rene at As hjem er et av de steder barna ønsker å undersøke.

(29) Lagmannsretten la til grunn at hvilke bilder A faktisk besitter er "... et relevant bevisstema i saken, og de bilder han besitter kan utgjøre bevis i saken". Det heter videre i lagmannsrettens kjennelse:

"Slik lagmannsretten ser det, følger det etter dette av den allmenne forklarings- og bevisplikt at ankemotparten har plikt til å redegjøre for hvor han oppbevarer sine bilder og gi tilgang til disse, jf. tvisteloven §§ 21-4 og 21-5 sammenholdt med § 26-5. Etter rettens oppfatning er ikke hans forklaring om at han ikke besitter noen av de bilder det kreves erstatning for, tilstrekkelig. Det vises til at ankemotparten har fått utlevert et meget stort antall bilder, uten at det synes å ha vært sørget for tilfredsstillende notoritet for hvilke bilder dette gjelder. Det kan således være vanskelig å ha oversikt over hvilke bilder han oppbevarer. At dette er tilfelle, underbygges av at han etter det opplyste har krevd utlevert bilder som han faktisk tidligere har fått tilbakelevert."

(30) Lagmannsrettens forankrer videre pålegget til A om å oppgi oppbevaringssted i tvisteloven § 26-7 tredje ledd. Samme bestemmelse brukes formentlig også som hjemmel for at A skal "gi tilgang til billedkunsten", men dette fremgår ikke uttrykkelig av kjennelsen.

(31) Ankeutvalget kan ikke se at de bestemmelser lagmannsretten viser til kan gi hjemmel for å gi adgang til å undersøke en motparts lukkede rom, herunder hans hjem.

(32) Etter tvisteloven § 21-5 har enhver, også en part, plikt til å "gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettsak". Tvisteloven § 26-5 fastsetter at enhver har "plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie". Begge

bestemmelser forutsetter at den pålegget rettes mot enten besitter den aktuelle gjenstand, eller kan skaffe den til veie. Hjemmel for at retten kan pålegge en part å gi tilgang til sine lukkede rom for å søke etter bevis, gir disse bestemmelsene etter sin ordlyd ikke. Heller ikke § 26-7 som fastsetter at retten kan treffe bestemmelse ”om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på” gir adgang til å bestemme at en part skal åpne sine rom slik at det kan gjøres søk etter gjenstander som kan ha betydning som bevis.

- (33) Verken i forarbeidene eller i den sentrale juridiske teorien er det spor av at det med tvistelovens bestemmelser om opplysningsplikt, bevissikring og bevistilgang er ment å åpne for at retten i ordinære tvistesaker skal kunne beslutte at en part må gi tilgang til sitt hjem og andre oppbevaringssteder for at motparten skal kunne søke etter gjenstander som kan ha betydning som bevis.
- (34) Tvistemålsutvalget drøftet i NOU 2001: 32 bind A side 460 flg. generelt spørsmålet om bevistilgang. Undersøkelser av den ene parts oppbevaringssteder ser ikke ut til å ha vært noe aktuelt tema for utvalget. I NOU 2001: 32 bind B side 979 heter det under omtalen av bestemmelsen som ble vedtatt som tvisteloven § 26-5 at formuleringen "som... vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie" er valgt i stedet for det mer gammelmodige "besittelse" som var brukt i tvisteloven §§ 250 og 251 fordi dette "er mer dekkende uttrykk for hva som bør kreves". Det heter videre: "Tilføyelsen av alternativet 'eller kan skaffe til veie' innebærer nok også en viss oppmyking av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang som følger av besittelseskravet i dag ...". Heller ikke her sies det noe om at det kan være aktuelt å pålegge en part å stille egne lokaler til rådighet for undersøkelser av den annen part. I omtalen av bestemmelsen om tvist om bevistilgang i § 26-7 tredje ledd er det heller ingen omtale av en slik vidtgående undersøkelse, se NOU 2001: 32 side 981. Det kan også vises til Schei m.fl., Tvisteloven side 1208 og Skoghøy, Tvisteløsning side 721.
- (35) En slik undersøkelse som lagmannsrettens kjennelse gir adgang til måtte kunne forankres i en klar lovbestemmelse. Det er ikke gjort, og er neppe mulig. Utvalget føyer til at før det ble åpnet for en undersøkelse som også kan omfatte en parts hjem, måtte lagmannsretten under enhver omstendighet ha vurdert om inngrepet ville være forholdsmessig, kunne føre til den ønskede avklaring og ville gå klar av vernet om privatlivet i artikkel 8 i Den europeiske menneskerettskonvensjon. Slike vurderinger finnes ikke i kjennelsen.
- (36) Ankeutvalget har etter dette kommet til at lagmannsretten ikke hadde hjemmel for det pålegg som fremgår av punkt 1 og 2 i slutningen. De øvrige anførsler fra As side er det etter dette ikke nødvendig å ta stilling til.
- (37) Anken fra A må etter dette tas til følge og punkt 1 og 2 i lagmannsrettens kjennelse oppheves.
- (38) Ankeutvalget finner det klart at den avledede anken fra B, C og D ikke kan føre frem, jf. tvisteloven § 30-9 annet ledd.
- (39) Ved særskilt anke over annet enn krav som er tvistegenstand skal kostnadene for alle instanser ved behandlingen av dette spørsmålet fastsettes av ankeinstansen, se tvisteloven § 20-8 andre ledd annet punktum, jf. blant annet HR-2012-2129-U og Rt. 2011 side 1285 avsnitt 26.
- (40) A har påstått seg tilkjent saksomkostninger med 46 000 kroner for lagmannsretten og 67 500 kroner for Høyesterett, til sammen 103 500 kroner. I tillegg kommer merverdiavgift og ankegebyr.

- (41) A må i samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett. Det fremsatte salærkrav overstiger imidlertid i vesentlig grad vederlag for nødvendig arbeid i forbindelse med behandlingen av spørsmålene om bevisstilgang, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. As nødvendige sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett fastsettes samlet til 50 000 kroner inklusiv merverdiavgift og ankegebyr.
- (42) Kjennelsen er enstemmig.

S L U T N I N G :

1. Lagmannsrettens kjennelse punkt 1 og 2 oppheves.
2. Den avledede anken fra B, C og D forkastes.
3. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler B, C og D én for alle og alle for én 50 000 – femtitusen – kroner til A innen 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Kristin Normann
(sign.)

Magnus Matningsdal
(sign.)

Knut H. Kallerud
(sign.)

Riktig utskrift: