



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 21. desember 2020 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Wilhelm Matheson
dommer Ragnhild Noer
dommer Arne Ringnes
dommer Cecilie Østensen Berglund

HR-2020-2469-A, (sak nr. 20-106397SIV-HRET)
Anke over Borgarting lagmannsretts kjennelse 23. juni 2020

Yara Asia Pte. Ltd

(advokat Frithjof Herlofsen)

mot

Assuranceforeningen Gard – gjensidig

Lloyd's Syndicate AML 2001
Lloyd's Syndicate AES 1225
Allianz Global Corporate & Speciality SE
Gard (UK) Limited
AXA Corporate Solutions Assurance
Amtrust at Lloyd's Hull Consortium 9577
Lloyd's Syndicate ASP 4711
Lloyd's Syndicate AAL 2012
Lloyd's Syndicate NVA 2007
Lloyd's Syndicate AUL 1274
HCC International Insurance Company PLC
Lloyd's Syndicate TSS 1884
Lloyd's Syndicate TAL 1183
Lloyd's Syndicate AMA 1200
Lloyd's Syndicate CNP 4444

Bibby Transport Ltd.

(advokat Henrik Hagberg)

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (1) Saken gjelder krav om bevis tilgang i en erstatningssak. Den reiser spørsmål om retten kan gi pålegg om at realbevis skal utleveres direkte til den annen part, og om retten i så tilfelle kan fastsette vilkår for tilgang til realbeviset. Den konkrete tvisten gjelder spørsmål om utlevering av to tonn kunstgjødsel.
- (2) Yara International ASA (Yara), er verdens største produsent av kunstgjødsel, som betegnes NPK-gjødsel. Yara Asia Pte. Ltd. (Yara Asia), er et heleid datterselskap av Yara.
- (3) Lasteskipet M/V Cheshire fraktet i august 2017 omtrent 42 000 tonn NPK-gjødsel for Yara Asia fra Yaras produksjonsanlegg på Herøya. Skipet skulle til Gran Canaria og derfra til Thailand. Etter noen dager i sjøen oppsto det varmeutvikling i gjødselen, og den gjennomgikk deretter en nedbrytnings-/dekomponeringsprosess. Det oppstod røykutvikling og dannet seg giftige gasser, og skipet ble evakuert ved Gran Canaria. Det meste av lasten ble ødelagt, og skipet ble erklært totalt tapt.
- (4) Yara Asia tok 17. november 2017 ut stevning for Oslo tingrett med krav om erstatning for tap og skade på NPK-gjødselen. Søksmålet er senere tiltrådt av Yara Insurance DAC og If P&C Insurance Holding Ltd.
- (5) De saksøkte er Bibby Transport Ltd. (Bibby) og J. Lauritzen Singapore Pte. Ltd. Bibby var skipets eier, og J. Lauritzen Singapore befraktet skipet i henhold til fraktavtale med Yara Asia. Sammen med Assuranceforeningen Gard – gjensidig (Gard) og en rekke underassurandører (kaskoassurandørene), fremmet de motsøksmål med krav om erstatning for tap og skade på skipet.
- (6) Yara Asia mener at NPK-gjødselen hadde normale egenskaper og var klassifisert riktig, og at varmeutviklingen kan ha oppstått ved at en lampe i lasterommet har stått på eller at det har vært feil i det elektriske anlegget. Bibby mener at skadene blant annet skyldes egenskaper ved gjødselen når det er lastet i bulk i store mengder.
- (7) Under tingrettsbehandlingen krevde Bibby, Gard og kaskoassurandørene tilgang til prøver av NPK-gjødsel med tallkombinasjonen 15-15-15 eller nærmeste alternativ fra Yaras anlegg på Herøya. De krevde også at deres eksperter skulle få tilgang til anlegget for å ta prøver av NPK-gjødselen, og at prøvene deretter skulle gjøres tilgjengelig for ytterligere undersøkelser i Storbritannia.
- (8) Oslo tingrett avsa 20. juni 2019 kjennelse med slik slutning:
 - «1. Yara Asia Pte. Ltd. pålegges å fremlegge en fullstendig oversikt over gjeldende produksjon og lagerbeholdning av NPK-gjødsel på Yara International ASAs anlegg på Herøya slik at Bibby Transport Ltd., Assuranceforeningen Gard – gjensidig og Kaskoassurandørene kan utpeke relevante varepartier NPK-gjødsel skal tas fra.
 2. Yara Asia Pte. Ltd. pålegges å gi tilgang til 2 tonn NPK-gjødsel med tallkombinasjon 15-15-15 eller nærmeste alternativ fra Yara International ASAs anlegg på Herøya.

3. Prøvene tas og/eller varepartiene gjøres tilgjengelig i samarbeid med og under tilstedeværelse av ekspertene til Bibby Transport Ltd., Assuranceforeningen Gard – gjensidig og Kaskoassurandørene, og skal deretter overgis disse ekspertene, som besørger videre transport av NPK-gjødselen for å gjennomføre ønskede tester.
 4. Yara Asia Pte. Ltd. skal yte rimelig bistand med å fremskaffe eksporttillatelse i den grad det er nødvendig.»
- (9) Yara Asia anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett, som 6. november 2019 avsa kjennelse med slik slutning:
- «1. Kravet om avvisning tas ikke til følge.
 2. I tingrettens kjennelse gjøres den endring at slutningen punkt 3 tas ut. For øvrig forkastes anken.
 3. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Yara Asia Pte. Ltd 88 000 – åttiåttetusen – kroner til Bibby Transport Ltd., Assuranceforeningen Gard – Gjensidig og kaskoassurandørene spesifisert i vedlegg 1 til prosesskriv 27. mai 2018 i fellesskap innen to uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.»
- (10) Slutningens punkt 2 var begrunnet i at tvisteloven § 26-5 første ledd etter lagmannsrettens mening ikke ga hjemmel til å gi utenforstående tilgang til Yaras produksjonsanlegg.
- (11) Yara Asia anket videre til Høyesterett, som ved Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 23. januar 2020 hevet ankesaken som følge av at tingretten hadde tatt hovedsaken opp til doms.
- (12) Ved Oslo tingretts dom 20. februar 2020 fikk saksøkerne i det vesentlige medhold i hovedsøksmålet, og Yara Asia ble frifunnet i motsøksmålet.
- (13) Dommen er anket, og Bibby, Gard og kaskoassurandørene har på nytt krevd slik bevisstilgang som ble gitt i lagmannsrettens kjennelse 6. november 2019.
- (14) Borgarting lagmannsrett avsa 23. juni 2020 kjennelse med slik slutning:
- «1. Yara Asia Pte. Ltd. pålegges å fremlegge en fullstendig oversikt over gjeldende produksjon og lagerbeholdning av NPK-gjødsel på Yara International ASAs anlegg på Herøya slik at Bibby Transport Ltd., Assuranceforeningen Gard – gjensidig og Kaskoassurandørene kan utpeke relevante varepartier NPK-gjødsel skal tas fra.
 2. Yara Asia Pte. Ltd. pålegges å gi tilgang til 2 tonn NPK-gjødsel med tallkombinasjon 15-15-15 eller nærmeste alternativ fra Yara International ASAs anlegg på Herøya.
 3. Yara Asia Pte. Ltd. skal yte rimelig bistand med å fremskaffe eksporttillatelse i den grad det er nødvendig.
 4. Ankefristen over denne kjennelsen er én uke, jf. tvisteloven § 29-5 andre ledd.»

- (15) Yara Asia har anket kjennelsen, slutningens punkt 2 og 3, til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens rettsanvendelse.
- (16) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 21. august 2020 at ankesaken skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum, og at behandlingen skal være skriftlig, jf. tvisteloven § 30-9 fjerde ledd.

Partenes syn på saken

- (17) Ankende part, *Yara Asia Pte. Ltd.*, har i korte trekk anført:
- (18) Kravet om bevis tilgang kan ikke tas til følge. Tvisteloven § 26-5 gir ikke hjemmel for å pålegge utlevering av realbevis direkte til motparten. Bevisundersøkelse må skje i regi av retten eller etter avtale mellom partene. Det kan foretas bevisopptak etter tvisteloven kapittel 27 eller retten kan oppnevne sakkyndig etter tvisteloven kapittel 25 for å foreta bevisundersøkelse av gjødselen.
- (19) Lagmannsrettens avgjørelse er i strid med kontradiksjonsprinsippet. Ankende parts representanter må være tilstede ved undersøkelsene for å etterprøve metodebruk og observere funnene. Det er svært vanskelig å tolke og forstå resultatene uten å ha overvært og kontrollert testene. Partene har tidligere undersøkt gjødselen i fellesskap ved anerkjente institutter i Norge, England og Tyskland. Lagmannsretten har ikke tatt i betraktning at det finnes en rekke offentligrettslige regler og standarder som skal sikre at gjødselen blir undersøkt og klassifisert korrekt.
- (20) Ankende part har lagt ned slik påstand:
- «1. Begjæringen om tilgang på 2000 kg gjødsel for nærmere undersøkelser tas ikke til følge.
 2. Yara Asia Pte. Ltd. tilkjennes sakskostnader.»
- (21) Ankemotpartene, *Bibby Transport Ltd. Assuranceforeningen Gard – gjensidig og kaskoassurandørene som nevnt i partsbildet*, har i korte trekk anført:
- (22) Lagmannsrettens avgjørelse er korrekt. Tvisteloven § 26-5 sammenholdt med § 26-7 tredje ledd gir hjemmel for at retten kan gi pålegg om å utlevere realbevis direkte til motparten. Det er ikke noe krav om at undersøkelser av realbevis må skje i rettens regi. Det må skilles mellom bevis tilgang og bevisføring. Etter at parten har fått tilgang til beviset, er det i prinsippet opp til parten selv å vurdere om beviset skal føres for den dømmende rett.
- (23) Kontradiksjon er ivaretatt ved at testresultatene vil bli fremlagt i god tid før ankeforhandlingen. Ankende part har da anledning til å kommentere forhold som man mener kan svekke testenenes bevisverdi.
- (24) Det kreves ikke lenger at det skal gis tilgang til Yaras anlegg på Herøya, og begjæringen er endret til kun å få utlevert gjødselen fra anlegget. Ankemotpartene har lagt ned slik påstand:

- «1. Anken forkastes.
2. Lagmannsrettens kjennelse, slutningen punkt 2, presiseres slik:
- Yara Asia Pte. Ltd. pålegges å gi Bibby Transport Ltd., Kaskoassurandørene og Assuranceforeningen Gard – gjensidig tilgang til 2 tonn NPK-gjødsel med tallkombinasjon 15-15-15 eller nærmeste alternativ fra konsernet Yara International ASAs anlegg på Herøya.
3. Bibby Transport Ltd., Kaskoassurandørene og Assuranceforeningen Gard – gjensidig tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett.»

Høyesteretts syn på saken

- (25) Lagmannsretten har avsagt sin kjennelse som førsteinstans, og Høyesterett har full kompetanse i saken, se tvisteloven § 30-3 første ledd jf. § 29-3 første ledd.

Kan retten gi pålegg om utlevering av realbevis direkte til motparten?

- (26) Lagmannsrettens kjennelse punkt 2 gjelder pålegg om tilgang til to tonn NPK-gjødsel fra Yaras anlegg på Herøya. Bibby har opplyst at overleveringen planlegges å skje ved at fire storekker med gjødsel avhentes på et område ved eller i nærheten av anlegget på Herøya. Deretter vil Bibbys representanter sørge for at de fraktes til universitetet i Edinburgh, der Bibbys sakkyndige vitne skal gjennomføre tester av gjødselen. Bibby skal betale for gjødselen og dekker transportkostnadene.
- (27) Tvisteloven § 26-1 gir denne definisjonen av realbevis:
- «Realbevis er personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold, inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.»
- (28) Gjødselen fra Yaras anlegg er et realbevis fordi den er bærer av informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Bibby ønsker å klarlegge produktets «egenskaper, tilstand eller innhold» gjennom tester som skal kunne si noe om hvordan NPK-gjødsel reagerer på varmekilder i lukket lasterom i bulkskip.
- (29) Det første spørsmålet i saken er om tvisteloven gir hjemmel for å gi pålegg om at realbevis skal utleveres direkte til den annen part.
- (30) Lagmannsrettens syn var at «tvisteloven § 26-5 første ledd forstås slik at plikten til å 'stille til rådighet' kan oppfylles ikke bare ved å stille bevis til rådighet overfor retten, men også overfor motparten». Paragraf 26-5 første ledd har denne ordlyden:
- «Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.»

- (31) Yara Asia mener at «å stille til rådighet» innebærer at realbeviset må stilles til rådighet *for retten*. Bare på den måten har retten – anføres det – mulighet for å treffe nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, jf. § 26-7 tredje ledd, samt til å treffe beslutning om bevisopptak ved bevisundersøkelse, jf. § 26-3, eller oppnevning av sakkyndig.
- (32) Ordlyden i § 26-5 første ledd gir ikke svar på tolkningsspørsmålet. I forarbeidene til bestemmelsen heter det at en parts plikt til å gi tilgang til realbevis etter omstendighetene kan oppfylles ved at beviset overleveres til motparten. Parten kan altså ha en valgmulighet, se NOU 2001: 32 B Rett på sak side 979:
- «Den som har hånd om gjenstander som kan utgjøre bevis i saken, plikter å stille disse til rådighet som bevis, herunder å gjøre dem tilgjengelige for bevisundersøkelse. Den alminnelige regel om dette i (1) svarer til bestemmelsen om allmenn bevisplikt i § 24-5. Fremgangsmåten vil kunne variere blant annet med gjenstandens art og behov for undersøkelse av den.
- I ‘stille til rådighet’ ligger at den part som skal gi tilgang til beviset, ikke alltid vil plikte å sende det inn til retten. Plikten vil etter omstendighetene kunne oppfylles ved at motparten gis adgang til beviset og selv får mulighet for å sørge for at det fremlegges som bevis i saken. Måten beviset skal gjøres tilgjengelig på er regulert nærmere i § 29-7 (3).»
- (33) Heller ikke disse uttalelsene i forarbeidene avklarer hvorvidt *retten* kan pålegge en part å gi motparten direkte tilgang til beviset.
- (34) Paragraf 26-7 regulerer tvist om bevis tilgang. Bestemmelsen lyder:
- «(1) Ved tvist om tilgang til bevisgjenstander kan retten kreve gjenstanden framlagt til avgjørelse av om den utgjør bevis.
- (2) Imøtegås begjæringen om bevis tilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan ikke bevisgjenstanden framlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjenstanden underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige framlegges. § 24-8 tredje ledd annet og tredje punktum gjelder tilsvarende.
- (3) Retten treffer i nødvendig utstrekning nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset. Beviset gjøres ikke kjent før tvisten om bevis tilgang er bindende avgjort.»
- (35) Det følger av denne bestemmelsen at retten kan kreve realbeviset fremlagt innenfor de rammer som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak, der det er tvist om gjenstanden utgjør bevis. Forutsetningsvis må fremleggelsen da skje *til retten*, ettersom beviset ikke kan gjøres kjent for den annen part før tvisten om bevis tilgang er bindende avgjort, jf. tredje ledd siste setning.
- (36) Der tvisten ikke gjelder spørsmålet om gjenstanden kan være bevis, men *hvordan beviset skal gjøres tilgjengelig for motparten*, kan retten etter tredje ledd «i nødvendig utstrekning [treffe] nærmere bestemmelser om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det

skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset». Ordlyden åpner for en vid, skjønnsmessig adgang til å treffe bestemmelser som retten anser nødvendige, om rådighetsstillelsen og om forhold av betydning for føringen av beviset.

- (37) I forarbeidene er det forutsatt at retten i medhold av denne bestemmelsen også kan treffe avgjørelse om at realbeviset skal overlates direkte til motparten, se NOU 2001: 32 B Rett på sak side 982, hvor det i motivene til Tvistemålsutvalgets forslag til § 29-7 tredje ledd, som svarer til tvistelovens § 26-7 tredje ledd, heter:

«Oftest vil det ikke være tvist om hvordan det skal gis tilgang til bevis. Dokumenter tilstilles retten i original eller kopi. Databaserte opplysninger tilstilles retten ved utskrifter eller ved en elektronisk kopi. I andre tilfeller kan det være mer uklart, eventuelt også tvist, om hvordan tilgangen til beviset skal gis. Det skal f.eks. foretas befarung av fast eiendom ved en sakkyndig i henhold til § 30-2 (4). Retten må da treffe de nødvendige bestemmelser om gjennomføringen. I noen tilfeller kan det være slik at en original gir et sikrere bevis enn en kopi. Da kan retten beslutte at originalen skal fremlegges, eventuelt slik at partene får anledning til å kontrollere at en fremlagt kopi samsvarer med originalen. Det kan tenkes at bevisgjenstanden er av stor økonomisk verdi. Da kan det være nødvendig at retten treffer bestemmelser om hvordan gjenstanden skal oppbevares.

Det vanlige vil være når det gis tilgang til bevis, at beviset sendes inn til retten. Men hvis kravet om fremleggelse gjelder en større dokumentbunke må hovedregelen være at den part som har dokumentene, og som kravet om fremleggelse er rettet mot, må kunne overlate dokumentene til motparten slik at han kan legge frem det han ønsker. Men forutsetningen må da være at dokumentene er slik innrettet at parten kan finne frem til det som er av interesse. I tilfelle tvist om måten dette skal gjøres på, må også det avgjøres av retten etter § 29-7 (3).»

- (38) Tvisten i vår sak gjelder hvordan beviset skal gjøres tilgjengelig for Bibby. Lagmannsretten la til grunn at gjødselen er et relevant bevis i saken, og at det ikke kan utelukkes at resultatet av testen vil kunne styrke avgjørelsesgrunnlaget. For Høyesterett er dette ikke et tvistetema. Yara Asia har heller ikke anført at gjødselens innhold og sammensetning er en drifts- eller forretningshemmelighet, jf. § 22-10. *Utgangspunktet* er da at retten i medhold av § 26-7 tredje ledd jf. § 26-5 første ledd må kunne treffe bestemmelse om at realbeviset skal stilles direkte til disposisjon for Bibby.
- (39) Yara Asia mener imidlertid at det følger av § 26-3 at retten ikke kan gi Bibby tilgang til gjødselen for å utføre egne undersøkelser. Synspunktet er at en bevisundersøkelse må skje i regi av retten ved bevisopptak eller oppnevning av sakkyndig. Paragraf § 26-3 lyder:

«Andre realbevis føres ved at den dømmende rett selv undersøker dem eller lar dem undersøke etter reglene i kapittel 27.»

- (40) Hovedregelen er, som det fremgår, at realbeviset føres direkte for den dømmende rett, jf. § 21-9. Dersom vilkårene for bevisopptak etter § 21-11 jf. kapittel 27 er oppfylt, kan realbevis undersøkes ved rettslig bevisundersøkelse, eventuelt ved oppnevning av sakkyndig, jf. § 27-2. I § 26-2 er det gitt en særlig bestemmelse om føring av dokumentbevis.
- (41) Paragraf 26-3 regulerer – som det fremgår av ordlyden – hvordan beviset skal *føres*. Hvorvidt en part skal få *tilgang* til beviset, reguleres derimot av § 26-5 og tvistelovens

bestemmelser om sannhets- og opplysningsplikt, som omtales nærmere i det følgende. Paragraf § 26-3 begrenser følgelig ikke rettens adgang etter § 26-7 tredje ledd, jf. § 26-5 første ledd til å pålegge en part å stille et realbevis direkte til rådighet for motparten.

(42) Tvisteloven § 21-4 oppstiller en sannhets- og opplysningsplikt for partene. De skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst og «gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten», jf. første ledd. Etter andre ledd skal en part «opplyse om viktige bevis som parten ikke har hånd om, og som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med». Hva gjelder realbevis, bestemmes det i § 21-5 at enhver plikter å gi tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis i en rettssak.

(43) De plikter som her påligger partene, er begrunnet i hensynet til at saken skal bli riktig og fullstendig opplyst og at begge parter skal være kjent med sakens bevis. I motivene til § 21-5, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 205, er det gitt denne redegjørelsen for bestemmelsen:

«I tilknytning til partenes sannhets- og opplysningsplikt foreslås en regel om allmenn forklarings- og bevisplikt, jf. NOU § 24-5. Bestemmelsen knesetter den generelle plikten parter og tredjepersoner har til å gi tilgang på opplysninger eller utlevere bevis. Bestemmelsen følges opp av regler om forklaringsplikt for parter og vitner i kapitlene som gjelder særskilt for disse bevismidlene. Også for realbevis foreslås en særskilt og praktisk viktig bestemmelse om plikt til å stille gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) til rådighet for motparten, jf. NOU § 29-5.»

(44) Det fremgår her at realbevis skal stilles til rådighet *for motparten*. Denne plikten er et utslag av tvistelovens forhandlingsprinsipp som er nedfelt i § 11-2, og den springer ut av kravet til rettferdig rettergang, jf. Grunnloven § 95, Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 (1) og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 14 (1).

(45) Et helt grunnleggende element i retten til en rettferdig rettergang, er likhetsprinsippet – «equality of arms». En part skal ha en rimelig mulighet til å legge frem sin sak for retten, på vilkår som ikke stiller ham vesentlig dårligere enn motparten, jf. NOU 2001: 32 A Rett på sak, side 172. Tvistemålsutvalget uttaler på samme side at likhetsprinsippet forutsetter likestilling med hensyn til å få føre bevis knyttet til et nærmere angitt bevistema. Parten må ha tilgang til bevismateriale som den annen part legger frem for retten og gis mulighet for å kommentere og imøtegå dette. På side 173 uttales det at en part skal ha adgang til å gjøre seg kjent med, og kunne kommentere alt bevismateriale og all argumentasjon som tilflyter retten. Deretter heter det på side 173–174:

«Den generelle forutsetningen i artikkel 6 (1) om at en part skal ha reelle muligheter for å føre sin sak, tilsier at parten må ha mulighet for tilgang til bevis som kan være av vesentlig betydning for saken, men som er i en annens besittelse. Dette støttes også av forutsetningen om at saksbehandlingen skal være egnet til å gi retten et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.»

(46) I fortsettelsen på side 174 heter det så:

«Det kan argumenteres for at spørsmålet kommer i en annen stilling dersom det aktuelle bevismaterialet er i privat besittelse. Den som da har hånd om materialet har – i motsetning til det offentlige – ingen umiddelbare plikter under konvensjonen. Hans nektelse av å gi tilgang til bevismaterialet kan derfor ikke som sådan være i strid med artikkel 6 (1). Denne tilnærmingen har nok likevel begrenset rekkevidde. Plikten til å sikre en rettferdig rettergang påhviler uansett retten. Dersom tilgang til bevismateriale er vesentlig for at en part skal ha noen reell mulighet for å fremføre sin sak, vil retten ha et selvstendig ansvar for at parten gis slik tilgang, om nødvendig gjennom pålegg til den som har hånd om det aktuelle bevismaterialet.»

(47) Det som her er gjennomgått, taler med styrke for at retten kan bestemme at et realbevis skal stilles til rådighet direkte for motparten, såfremt det ikke foreligger bevisforbud eller bevisfritak, jf. kapittel 22, eller det foreligger andre særlige forhold som begrenser adgangen til realbeviset – som omtales i det følgende. Et sentralt element i bevisplikten er nettopp plikten *mellom partene* til å opplyse om – og gi tilgang til – relevante bevis, jf. Maria Astrup Hjort, Tilgang til bevis i sivile saker, 2016, side 127.

(48) Høyesteretts ankeutvalg har behandlet § 26-5 første ledd og dets forgjenger i tvistemålsloven § 250 i noen saker. Det skal først vises til Rt-1994-554, som gjaldt spørsmålet om fremleggelse av et kart som var satt i glass og ramme. I avgjørelsen heter det på side 556:

«Vanligvis vil motparten få kopi av dokumentene, eventuelt på annen måte få mulighet til å gjennomgå de dokumenter som omfattes av fremleggelsesplikten. Utvalget legger til grunn at kartet kan pålegges lagt frem for lagmannsretten før ankeforhandlingen – noe Stenseng for øvrig synes å være villig til – slik at motparten på rettens kontor vil kunne gjøre seg nærmere kjent med det.»

(49) Utvalget bygget her på at dokumentbevis vanligvis skal fremlegges for motparten. Som følge av gjenstandens karakter – et kart i glass og ramme – ble det imidlertid valgt en praktisk løsning med anledning til å gjøre seg kjent med beviset på rettens kontor.

(50) I kjennelsen i Rt-2012-1440 ble en part pålagt å gi motparten tilgang til sitt historiske brevarkiv. Tvisten i den saken gjaldt imidlertid først og fremst spørsmålet om bevis tilgang ville medføre kostnader som ikke stod i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset, jf. § 26-5 tredje ledd, og kaster lite lys over tolkningen av § 26-5 første ledd.

(51) Ankeutvalget har i to avgjørelser tatt stilling til om § 26-5 første ledd gir hjemmel til å gi motparten tilgang til den annen parts lukkede rom. I Rt-2012-1819 var det spørsmål om en part kunne få tilgang til den annen parts lokaler for å avdekke hvor vedkommende oppbevarte omtvistede kunstverk. Avgjørelsen i Rt-2014-1084 gjaldt krav om at en privatengasjert sakkyndig skulle få tilgang til ankemotpartens bolig under saksforberedelsen. Oppsummert avklarer disse avgjørelsene at § 26-5 første ledd ikke gir hjemmel til pålegg som kan medføre inngrep i retten til respekt for hjem og privatliv, jf. Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

- (52) Som nevnt har Bibby ikke opprettholdt kravet om å få tilgang til Yaras produksjonslokaler. Spørsmålet om produksjonslokalene omfattes av denne begrensningen aktualiseres derfor ikke i vår sak.
- (53) Høyesteretts *konklusjon* er etter dette at lagmannsretten med hjemmel i tvisteloven § 26-5 første ledd jf. § 26-7 tredje ledd kunne pålegge Yara Asia å stille til rådighet for Bibby to tonn NPK-gjødsel. Lagmannsrettens rettsanvendelse på dette punkt er følgelig riktig.

Spørsmålet om det kan stilles som vilkår for bevis tilgang at den annen part kan overvære motpartens undersøkelser av realbeviset

- (54) Lagmannsretten la til grunn at Yara Asia ikke kan kreve å være tilstede ved undersøkelsene som Bibby skal foreta av NPK-gjødselen. I den tidligere kjennelsen fra lagmannsretten 6. november 2019 heter det at det ikke var «en feil at tingretten har gitt tilgang til beviset uten å beslutte bevisopptak og fastsatte et mandat for gjennomføring av testingen, slik Yara Asia har anført». Lagmannsretten viste til dette og uttalte:

«Denne lagmannsretten er enig i dette. Konsekvensen blir at Yara Asia ikke kan kreve å være til stede ved testingen eller stille vilkår i den forbindelse. Lagmannsretten bemerker likevel at det for bevisverdien av de testene Bibby skal utføre vil ha betydning om det kan reises saklige innvendinger mot måten testingen er gjennomført på, og at det derfor vil kunne være i Bibbys interesse å involvere Yara i prosessen. Men rettslig sett er det, slik lagmannsretten vurderer det, opp til Bibby å bestemme.»

- (55) Yara Asias hovedinnvending mot lagmannsrettens pålegg om bevis tilgang er at selskapet fratras reell mulighet for *kontradiksjon* dersom de ikke kan være til stede og observere testene. I hovedinnlegget er det vist til at NPK-gjødsel er et sammensatt og komplisert produkt, og at undersøkelser og testing er nøye regulert. Videre anfører Yara Asia:

«For det tilfelle de undersøkelsene Bibby planlegger skulle gi et resultat som avviker fra de foreliggende testresultatene, er det nødvendig å overvære undersøkelsene for å ta effektivt til motmæle. Det er svært vanskelig å tolke og forstå resultatene uten å ha overvært og kontrollert testene.

Både planlegging, metodebruk, gjennomføring og tolkning av resultater fra undersøkelser og testing av gjødsel, er nødvendig å observere for å oppnå best mulig kvalitet på eventuelle saklige innvendinger.»

- (56) Bibby har på sin side gjort gjeldende at hensynet til kontradiksjon er ivaretatt ved at testresultatene fremlegges i god tid før ankeforhandlingen i lagmannsretten.
- (57) I Rt-2014-1084 anførte ankende part at hensynet til kontradiksjon og rettferdig rettergang tilsa at det ble gitt tilgang til eiendommen. Ankeutvalget var ikke enig i dette, jf. avsnitt 15:
- «Etter ankeutvalgets syn må dette gjelde tilsvarende også i en sak hvor boligens tilstand er det sentrale bevisetema. Hensynet til kontradiksjon og rettferdig rettergang, jf. EMK artikkel 6 nr. 1, ivaretas gjennom andre bestemmelser. Utvalget peker her på adgangen til å begjære rettsoppnevnte sakkyndige og sakkyndige meddommere. Under hovedforhandlingen vil en privatengasjert sakkyndig videre kunne få tilgang til

boligen i forbindelse med befaringen. Endelig kan bevis tilgang sikres gjennom begjæring om bevisopptak, jf. tvisteloven kapittel 27.»

- (58) Denne avgjørelsen har imidlertid liten overføringsverdi til vår sak, fordi den gjaldt spørsmålet om hvordan kontradiksjon kunne sikres i en situasjon hvor parten ble nektet bevis tilgang under saksforberedelsen.
- (59) Som det er redegjort for tidligere, gir § 26-7 tredje ledd en vid, skjønnsmessig adgang for retten til å treffe bestemmelser som retten anser nødvendige, om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på og om forhold av betydning for føringen av beviset. Fastsettelse av vilkår for bevis tilgang kan i enkelte tilfelle være avgjørende for at en part skal kunne ivareta sine interesser. Viktige hensyn ved vurderingen vil være sakens opplysning, kontradiksjon og effektiv behandling av saken, jf. tvisteloven § 1-1.
- (60) Høyesteretts syn er at retten innenfor rammen av bestemmelsen etter omstendighetene må kunne sette som vilkår for tilgangen til realbevis at den andre parten kan være til stede ved de undersøkelser som motparten skal gjøre av realbeviset. Som nevnt vil det være sentralt for rettens beslutning i slike tilfelle om partens behov for kontradiksjon, og hensynet til en effektiv bevisførsel og sakens opplysning, bør ivaretas ved observasjonsadgang.
- (61) Likhetsprinsippet tilsier imidlertid at en slik observasjonsadgang ikke kan gi rett til å legge premisser for undersøkelsene, og at den ikke må skape hindringer for de undersøkelser motparten ønsker å foreta. Det er i tilfelle tale om en rent passiv tilstedeværelse for å få innsyn i hvordan testene gjennomføres.
- (62) Som det fremgår av det siterte fra lagmannsrettens kjennelse, la lagmannsretten til grunn at det «rettslig sett er ... , slik lagmannsretten vurderer det, opp til Bibby å bestemme» om Yara skal involveres i prosessen. Høyesterett oppfatter det slik at lagmannsretten her har lagt til grunn at det ikke er rettslig adgang til å sette vilkår om at Yara Asia skal kunne være tilstede ved testene. Av denne grunn har lagmannsretten ikke vurdert hvorvidt hensynet til kontradiksjon og de andre hensyn som er trukket frem over, tilsier at Yara får observere testene. Det bemerkes i denne sammenheng at testene skal vise hvordan NPK-gjødselen reagerer på ulike former for ytre påvirkning. Både metodikk, betingelser, faktisk gjennomføring og tolkning av resultatene kan reise bevisspørsmål, som senere vil kunne få betydning for lagmannsrettens avgjørelsesgrunnlag.
- (63) Etter dette er Høyesteretts syn at lagmannsrettens kjennelse er basert på en rettsanvendelsesfeil.

Konklusjon og sakskostnader

- (64) Høyesterett har full kompetanse i saken. Eventuelle nærmere bestemmelser knyttet til rådighetsstillelsen av NPK-gjødselen bør likevel fastsettes av lagmannsretten, jf. tvisteloven § 30-14 første ledd. Lagmannsrettens kjennelse må etter dette oppheves.
- (65) Høyesterett er kommet til at Yara Asia har vunnet saken i det vesentlige og skal tilkjennes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Hovedregelen når en avgjørelse oppheves, er at den ankende part har vunnet saken i ankeinstansen, jf. HR-2020-636-U avsnitt 14. Et unntak fra dette er situasjoner hvor opphevelsen reelt sett ikke gir den ankende part

medhold i det vesentlige, jf. samme avgjørelse avsnitt 15. Adgangen til å være tilstede ved Bibbys undersøkelser har stått helt sentralt i Yara Asias argumentasjon for Høyesterett, og selskapet har fått medhold i at retten kan sette vilkår om observasjonsadgang ved avgjørelse om bevis tilgang. Opphevelsen medfører at den nye avgjørelsen i lagmannsretten skal treffes ut fra et annet rettslig vurderingstema enn det som ble lagt til grunn ved tidligere behandling, jf. Rt-2002-1537. Høyesterett kan i lys av dette ikke se at det er grunnlag for å fravike den nevnte hovedregel om at saken anses vunnet når underinstansens avgjørelse oppheves.

- (66) I sakskostnader for Høyesterett har Yara Asia krevd dekket advokatsalær med 416 800 kroner med tillegg av rettsgebyret, som er 7 032 kroner. Salæret utgjør 113 timer til en gjennomsnittspris av 3 690 kroner. Saken står i vesentlig samme stilling som for lagmannsretten, og spørsmålet i saken har vært behandlet i to omganger i lagmannsretten. I lys av dette har Høyesterett vært i tvil om kostnadene overstiger det som kan anses som nødvendig arbeid i saken, men er kommet til at kravet må kunne tas til følge.

S L U T N I N G

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Assuranceforeningen Gard – gjensidig, Lloyd's Syndicate AML 2001, Lloyd's Syndicate AES 1225, Allianz Global Corporate & Speciality SE, Gard (UK) Limited, AXA Corporate Solutions Assurance, Amtrust at Lloyd's Hull Consortium 9577, Lloyd's Syndicate ASP 4711, Lloyd's Syndicate AAL 2012, Lloyd's Syndicate NVA 2007, Lloyd's Syndicate AUL 1274, HCC International Insurance Company PLC, Lloyd's Syndicate TSS 1884, Lloyd's Syndicate TAL 1183, Lloyd's Syndicate AMA 1200, Lloyd's Syndicate CNP 4444 og Bibby Transport Ltd. – én for alle og alle for én – til Yara Asia Pte. Ltd 423 832 – firehundreogtjuetretusenåttehundreogtrettito – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av kjennelsen.

Hilde Indreberg
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Ragnhild Noer
(sign.)

Arne Ringnes
(sign.)

Cecilie Østensen Berglund
(sign.)