

Eidsivating lagmannsrett - LE-2016-19087

Instans	Eidsivating lagmannsrett - Kjennelse
Dato	2016-02-03
Publisert	LE-2016-19087
Stikkord	Sivilprosess. Bevis. Bevistilgang. Bevisopptak. Tvisteloven § 21-5, § 26-5, § 27-1.
Sammendrag	I sak om rett til heving av boligkjøp etter avhendingsloven krevde selgersiden tilgang til eiendommen under saksforberedelsen. Formålet var å foreta egne undersøkelser. Kjøperne nektet, og tingretten tok ikke selgernes begjæring om bevistilgang etter tvisteloven § 26-5 til følge. Det samme gjaldt en subsidiær begjæring om bevisopptak etter tvisteloven § 27-2. Lagmannsretten forkastet selgersidens anker over begge avgjørelsene.
Saksgang	Øvre romerike tingrett TOVRO-2014-86496 - Eidsivating lagmannsrett LE-2016-19087 (16-019087ASK-ELAG/).
Parter	Protector Forsikring ASA (advokat Thomas Myran), Irene Markegård, Knut Hæreid Markegård (for begge: advokat Jan Arild Hammerseng) mot Knut Erik Risan, Heidi Johanne Westlie (for begge: advokat André Standberg).
Forfatter	Lagdommer Bernt Krohg, lagdommer Nina Sollie, lagmann Torolv Groseth.

Innholdsfortegnelse

Eidsivating lagmannsrett - LE-2016-19087	1
Innholdsfortegnelse.....	2
Protector Forsikring ASA har i hovedsak anført:.....	3
Kjøperne, Knut-Erik Risan og Heidi Westlie, har i hovedsak gjort gjeldende:	4
Lagmannsretten har følgende merknader:	4
Spørsmål om ytterligere saksforberedelse. Kravet om avvisning.....	4
Bevistilgang	5
Bevisopptak	5
Sakskostnader	6

Saken gjelder anke over tingrettens avgjørelse om bevis tilgang og bevisopptak i en sak etter avhendingsloven.

Ved stevning av 19. mai 2014 gikk Knut-Erik Risan og Heidi Westlie («kjøperne») til søksmål mot Knut og Irene Markegård («selgerne») og selgernes forsikringsselskap Protector Forsikring ASA («forsikringsselskapet»). Påstanden i stevningen gjaldt prisavslag på ca. 2,2 millioner kroner og erstatning med ca. 75 000 kroner. Ved prosesskriv av 3. desember 2014 ble påstanden endret til å gjelde prinsipielt hevning og erstatning med snaut 245 000 kroner. Påstanden ble på nytt endret ved prosesskriv av 1. september 2015. Der lyder pkt. 1 og 2 i den prinsipale påstanden slik:

1. Kontrakt av 6.6.2013 mellom Knut og Irene Markegård og Knut-Erik Risan og Heidi Westlie om kjøp av gnr. 135, bnr. 99 i Jessheim (*sic*) kommune heves og kjøpesummen tilbakeføres til Knut-Erik Risan og Heidi Westlie med tillegg av forsinkelsesrenter fra betaling fant sted, mot overføring av hjemmelen til eiendommen til Knut og Irene Markegård og Protector Forsikring ASA.
2. Knut og Irene Markegård og Protector Forsikring ASA dømmes til å betale erstatning til Knut-Erik Risan og Heidi Westlie med et beløp oppad begrenset til kr 4.000.000 med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.

Den subsidiære påstanden gjelder krav om prisavslag og erstatning etter rettens skjønn, oppad begrenset til 8,7 millioner kroner.

Av prosesskrivet går det fram at erstatningskravet blant annet skal dekke kjøpernes «markedstap, påførte utgifter til entreprenør, byggteknisk bistand og øvrige kostnader de er påført som følge av selgers svik».

Hovedforhandling i tingretten er berammet til 11., 12. og 15. februar 2016. Det er opplyst at retten skal settes med fagkyndige meddommere, og at det skal gjennomføres befaring under hovedforhandlingen.

I prosesskriv av 23. november 2015 tok forsikringsselskapets prosessfullmektig opp spørsmål om ny befaring av eiendommen. Det ble vist til at «det er ganske lang tid siden befaring har vært gjennomført i saken, og at saksøkers [kjøpernes] arbeidere har fortsatt å jobbe på eiendommen». Kjøperne motsatte seg imidlertid å la selgersiden få befare eiendommen. Som begrunnelse oppga de at de antok at formålet var noe annet enn å bidra til avklaring av saken. De samtykket i at retten eventuelt oppnevnte en nøytral fagkyndig til å befare eiendommen og lage en oppsummerende rapport om utbedringsomfang og utbedringskostnader.

Spørsmålet om befaring m.v. ble drøftet i planmøte den 25. november 2015, uten at det ble oppnådd enighet.

Forsikringsselskapet satte den 1. desember 2015 fram krav om bevis tilgang, på den måten at eiendommen skulle stilles tilgjengelig for befaring av selgersidens sakkyndige under saksforberedelsen. Subsidiært fremmet selskapet krav om bevisopptak.

Selgerne sluttet seg til kravet i prosesskriv av 4. desember 2015. Som begrunnelse oppgis der at selgerne har egeninteresse i «å få vurdert alt arbeid som er utført ved eiendommen etter overdragelsen, nødvendigheten av utbedringene, måten arbeidet er utført på, og om utbedringsarbeidet eventuelt har påført eiendommen skader den ikke hadde ved overdragelsestidspunktet».

Øvre Romerike tingrett avsa 6. januar 2016 kjennelse med slik slutning:

1. Begjæring om bevis tilgang og bevisopptak fra Protector Forsikring ASA i sak 14-086496TVI-OVRO tas ikke til følge.
2. Begjæring om bevis tilgang og bevisopptak fra Knut Hæreid Markegård og Irene Markegård i sak 14-086496TVI-OVRO tas ikke til følge.

Både selgerne og forsikringsselskapet har anket til lagmannsretten. Kjøperne har tatt til motmæle. I sin oversendelse av saken til lagmannsretten opplyste tingretten at de ankende parter, i lys av ankene, har begjært stansing av saken, noe motparten har motsatt seg. Det er senere opplyst at tingretten, ved kjennelse 1. februar 2016, ikke tok begjæringene om stansing til følge.

Protector Forsikring ASA har i hovedsak anført:

Tingretten tar feil når den baserer sin avgjørelse på Rt-2014-1084, jf. grunnloven § 102 og EMK art. 8. Eiendommen i vår sak fungerer for tida ikke som privat bolig. Den har mer preg av byggeplass. Kjøperne har ingen beskyttelsesverdig interesse i å nekte selgersiden tilgang til eiendommen.

Tingretten legger dessuten for liten vekt på at saken gjelder heving. Hevningskravet øker selgersidens behov for å kunne foreta egne undersøkelser forut for hovedforhandlingen. Ved et eventuelt hevningsoppgjør må det antas at kjøperne vil kreve dekket kostnader påført i deres eiertid. Ett av bevistemaene vil være hva påkostningene har medført av verdistigning på eiendommen. Det er avgjørende at selgersiden gis anledning til å kontrollere arbeidene, både omfang og kvalitet. Hvis hevningskravet tas til følge, vil selgersiden få et motkrav «for restitusjon og erstatning av unødvendige, ulovlige og/eller skadegjørende arbeider. Siden kjøperne ikke har gått fram i samsvar med plan- og bygningsloven § 20-1 flg., vil selgersiden ha desto større behov for selv å kunne kontrollere det som er foretatt.

Subsidiært anføres at vilkårene for bevisopptak i medhold av tvisteloven kapittel 27, jf. § 21-11 følgende er oppfylt.

Forsikringsselskapet har lagt ned slik påstand:

Prinsipalt:	Begjæringen om bevis tilgang tas til følge.
Subsidiært:	Begjæringen om bevisopptak tas til følge.
I begge tilfelle:	Knut-Erik Risan og Heidi Westlie dømmes til å dekke sakens omkostninger.

Selgerne, *Knut Hæreid Markegård og Irene Markegård* har i en selvstendig anke sluttet seg til forsikringsselskapets anførsler og lagt ned samme påstand.

Kjøperne, Knut-Erik Risan og Heidi Westlie, har i hovedsak gjort gjeldende:

Anken må avvises, dels fordi den ikke oppfylder tvistelovens krav til ankeerklæring, jf. tvisteloven § 29-9 (3) følgende, dels fordi den rammes av begrensningene i ankeadgangen i tvisteloven § 29-3 (2). Begjæringen om bevisopptak må også avvises fordi den ikke kan fremsettes i en anke for lagmannsretten i en sak som er til behandling i tingretten.

Uansett inneholder anken en rekke uriktige, udokumenterte og krenkende anførsler. Det var også innbrudd i eiendommen rett etter at tingrettens kjennelse forelå. Ingen ting ble stjålet, men det var spor i huset etter at noen hadde tatt seg opp på kaldloftet. Kjøperne kan ikke tenke seg at noen andre enn selgersiden og deres sakkyndige kan ha interesse av å ta seg inn på denne måten.

Selgersiden har tidligere hatt flere anledninger til å gjøre undersøkelser på eiendommen, og til å få utarbeidet de rapporter de har ønsket. De har også hatt anledning til å kommentere utbedringsarbeidene og utbedringsmetoden før kjøperne satte arbeidene i gang. Saken er imidlertid ikke blitt korrekt behandlet innad i forsikringsselskapet tidligere, og heller ikke i tråd med tvistelovens regler når det gjelder prosessfrister og lignende. Det er dette som oppleves å være den reelle begrunnelsen for at man nå har fremmet kravene om bevis tilgang og bevisopptak. Selgersiden har derfor ingen beskyttelsesverdig interesse i å få tilgang til eiendommen nå.

Kjøperne har lagt ned slik påstand:

1. Anken avvises.
2. Anken forkastes.
3. Protector Forsikring ASA og Knut Markegård og Irene Markegård betaler in solidum til Knut-Erik Risan og Heidi Westlie sakens kostnader med kr 22.800 + mva.

Lagmannsretten har følgende merknader:

Spørsmål om ytterligere saksforberedelse. Kravet om avvisning.

Tingretten skriver i sin oversendelse av saken til lagmannsretten at forsikringsselskapets prosessfullmektig har opplyst at han har bemerkninger til anketilsvaret, men at han på grunn av reisefravær ikke får sendt inn disse før onsdag 3. februar 2016. Lagmannsretten har vurdert om den bør vente med å ta stilling til anken til disse merknadene eventuelt foreligger, men er kommet til at det ikke er nødvendig. Retten viser dels til tvisteloven §

29-14 annet ledd, dels til at anketilsvaret ikke inneholder noe som det skulle være behov for å kommentere. Lagmannsretten mener uansett at avgjørelsesgrunnlaget er forsvarlig slik det er. Ved vurderingen har retten også lagt vekt på tidsmomentet, jf. at hovedforhandling i tingretten er berammet til oppstart 11. februar 2016.

Kjøpernes prosessuelle innvendinger kan åpenbart ikke føre fram, og lagmannsretten går ikke nærmere inn på dem.

Bevistilgang

Når det gjelder realiteten, ser lagmannsretten først på det spørsmålet som partene og tingretten omtaler som «bevistilgang». Konkret er det spørsmål om kjøperne skal pålegges å gi selgersiden adgang til eiendommen forut for hovedforhandlingen, slik at disse får anledning til å undersøke og vurdere de arbeidene kjøperne har foretatt etter overtagelsen.

Den grunnleggende regelen om bevisstilgang er tvisteloven § 21-5. I følge denne plikter enhver - også partene i saken - som hovedregel «å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak».

I vår sak er det spørsmål om å gi tilgang til «gjenstander». Nærmere regler om dette finnes i tvisteloven § 26-5, hvor første og annet ledd lyder slik:

Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.

For å gjennomføre plikten etter første ledd kan partene og andre pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse. De kan også pålegges å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander.

Det står ikke noe i annet ledd om at retten kan pålegge en part å gi motparten adgang til selv å gjøre undersøkelser på en eiendom parten har hånd om. Dette er også naturlig, blant annet fordi de pliktene det er tale om, er plikter man har overfor retten. Det gjelder både den generelle plikten etter tvisteloven § 21-5 og den mer konkret utformede plikten etter § 26-5. Det er overfor retten man har plikt til å forklare seg. Det er også overfor retten man har plikt til å gi tilgang til bevis. Dette gjelder for så vidt både under saksforberedelsen og under hovedforhandlingen.

At formålet med dette blant annet er å sette retten i stand til å gi motparten slik bevisstilgang som han trenger for å kunne ivareta sine behov, er så sin sak. Men dette gir etter lagmannsrettens syn likevel ikke grunnlag for å tolke § 21-5 annet ledd slik at den også gir retten hjemmel til å gi en part pålegg om å la motparten foreta den type undersøkelser som det er tale om her under saksforberedelsen. For så vidt gjelder adgang til å foreta undersøkelser i motpartens private hjem, er dette helt på det rene, jf. Rt-2014-1084. Men også pålegg om å gi adgang til undersøkelser på motpartens private byggeplass krever en viss hjemmel, og lagmannsretten kan ikke se at tvisteloven § 21-5 annet ledd kan tolkes så vidt at den omfatter et slikt inngrep.

Et moment i denne sammenheng er at tvisteloven har andre regler som ivaretar det behovet som en part eventuelt måtte ha for å få tilgang til denne type faktiske opplysninger. Lagmannsretten viser i den forbindelse særlig til reglene om bevisopptak til bruk under saksforberedelsen. Retten kommer tilbake til disse nedenfor. Det er også et moment at eventuell bevisvil som måtte skyldes manglende tilgang til «bevisgjenstanden» i forkant, lett vil komme til å gå ut over den parten som har hatt hånd om gjenstanden. Lagmannsretten viser her til prinsippet om fri bevisvurdering og betydningen av partenes reelle muligheter til å få avklart bevisvil i den forbindelse.

Dette betyr at anken over tingrettens avgjørelse om å nekte å pålegge kjøperne å gi selgersiden adgang til eiendommen forut for hovedforhandlingen må forkastes.

Bevisopptak

Neste problemstilling er om det er grunnlag for å ta til følge anken over den delen av tingrettens kjennelse som gjelder den subsidiære begjæringen om bevisopptak.

Reglene om bevisopptak i tilknytning til en pågående rettssak går fram av tvisteloven kapittel 27. Tvisteloven § 27-1 skiller mellom bevisopptak til bruk for avgjørelsen og bevisopptak til bruk under saksforberedelsen.

Formålet med den siste typen bevisopptak er nettopp å gi mulighet for å ivareta den type behov som selgersiden gjør gjeldende at burde gi grunnlag for bevis tilgang her.

En forutsetning for at et bevisopptak skal ha noe for seg, er at det på forhånd er nøye klarlagt hva formålet med bevisopptaket i tilfelle skal være. Derfor har tvisteloven § 27-2 annet ledd regler om at begjæringer om bevisopptak skal begrunnes særskilt. Til tross for at begjæringen om bevisopptak i dette tilfellet langt fra tilfredsstilte disse kravene, har tingretten tolket begjæringen i beste mening og foretatt en grundig vurdering, både opp mot vilkårene for bevisopptak til bruk for avgjørelsen og opp mot vilkårene for bevisopptak til bruk under saksforberedelsen. Likevel kom altså tingretten til at vilkårene for bevisopptak ikke var oppfylt.

Lagmannsretten er i hovedsak enig med det tingretten skriver om dette spørsmålet. Selv om man leser begjæringen om bevisopptak i lys av det som anføres som grunnlag for begjæringen om bevis tilgang, er det vanskelig å se hvordan et eventuelt bevisopptak etter reglene i tvisteloven kapittel 27 skulle kunne gjennomføres på en meningsfull måte i denne saken. Lagmannsretten viser i denne forbindelse til at bevisopptaket i utgangspunktet skal foretas av retten, at det skal skje i samsvar med tvisteloven § 27-5, og at det skal redegjøres for i samsvar med § 27-6. Alternativet er at det skal gjennomføres og redegjøres for av en sakkyndig oppnevnt av retten, jf. § 27-2 fjerde ledd.

Når det både er uklart hvilke konkrete faktiske omstendigheter et bevisopptak skal klarlegge, hvordan disse omstendighetene forholder seg til tvistetemaene i saken og hvordan den eventuelle klarleggingen er tenkt gjennomført og redegjort for, mener lagmannsretten at det er åpenbart at anken, også på dette punktet, må forkastes.

Sakskostnader

Ankemospartene har påstått seg tilkjent sakskostnader for lagmannsretten. I samsvar med hovedregelen i tvisteloven § 20-2 må kravet tas til følge. I og med at det er tale om en særskilt anke over noe som ikke er tvistegjenstand, følger det av unntaksregelen i § 20-8 annet ledd annet punktum at lagmannsretten også skal fastsette kostnadene ved avgjørelsen av disse kravene for tingretten.

Prosessfullmektigen har inngitt kostnadsoppgave i samsvar med tvisteloven § 20-5 for lagmannsretten. Beløpet her er 22 800 kroner pluss merverdiavgift. Men etter tvisteloven § 20-8 annet ledd annet punktum skal, som nevnt, lagmannsretten i dette tilfellet også ta stilling til kostnadene ved avgjørelsen i tingretten. Lagmannsretten fastsetter på denne bakgrunn nødvendige kostnader for tingretten og lagmannsretten samlet til 40 000 kroner, inkludert merverdiavgift.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning

- 1. Ankene forkastes.*
- 2. I sakskostnader for tingretten og lagmannsretten betaler Protector Forsikring ASA, Knut Hæreid Markegård og Irene Markegård én for alle og alle for én 40 000 - førtitusen - kroner til Knut-Erik Risan og Heidi Westlie. Oppfyllelsesfristen er 2 - to - uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.*