



NORGES HØYESTERETT

Den 15. februar 2008 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2008-00310-A, (sak nr. 2007/1284), sivil sak, kjæremål,

A (advokat Knut Rognlien)

mot

AS B
Cs uskiftebo (advokat Mathias Tveten – til prøve)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Saken gjelder begjæring om tvangsfravikelse av fast eiendom etter heving av leieforhold, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d. Hovedspørsmålet for Høyesterett er om leietakeren kan kreve at begjæringen blir avgjort på grunnlag av muntlig forhandling, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1.
- (2) A, som er født i 1934, har leid leilighet i X gate 43 i Oslo siden begynnelsen av 1970-tallet. Eiendommen har gnr. --- bnr. --- i Oslo. På midten av 1980-tallet ble gården kjøpt av advokat C. I 1986 ble eiendommen seksjonert. Den leilighet som A leide, fikk seksjonsnummer 10.
- (3) Da X gate 43 ble seksjonert, fikk alle beboerne tilbud om å kjøpe den leilighet de hadde leid. A ønsket først ikke å benytte denne retten, men på slutten av 1980-tallet gikk hun til søksmål mot C med krav om dom for at hun hadde rett til å kjøpe leiligheten for kr 535 000. Ved Eidsivating lagmannsretts dom 14. november 1991 tapte hun saken. Hun anket til Høyesterett, men ved Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 10. april 1992 ble anken nektet fremmet. Fra det tidspunkt C overtok X gate 43, har situasjonen således vært at det var han som eide den leilighet som A bodde i, og at hun har leid leiligheten av ham.

- (4) C døde i april 2006. Boet ble tatt under offentlig skifte ved Oslo byfogdembete. Som bobestyrer ble oppnevnt advokat Knut Ro. Boet er senere tilbakelevert til Cs gjenlevende ektefelle, som har overtatt boet uskiftet etter arveloven kapittel III.
- (5) Hjemmelshaver til seksjon 10 i X gate 43 er AS B. Selskapet har imidlertid i erklæring av 7. november 2006 til Oslo byfogdembete bekreftet at det var C som var den reelle eier av eiendommen.
- (6) Bobestyreren i Cs dødsbo skrev 7. juli 2006 brev til A hvor hun ble avkrevd skyldig husleie. I brevet heter det blant annet:

”Vi har gjennomgått kontoutskriftene og kan ikke se at De har betalt husleie siden januar 2005. De betalte da NOK 5 932,- for husleie den måneden.

Det ser følgelig for oss ut som om De står med rest for husleie for 11 måneder i 2005 og 6 måneder i 2006. Det virker som De for enkelte måneder har forsøkt å betale husleie til en konto som ikke lenger eksisterer, og derfor har fått betalingene i retur.

Dersom De likevel mener å ha betalt, ber jeg om at dette dokumenteres. Husleie skal betales til konto nr. 1607 57 43215.

Jeg registrerer også, ved gjennomgang av Cs papirer, at det har vært uenighet med hensyn til leiens størrelse. Jeg ser at C ved brev av 23.6.2004 mente at ny leie med virkning 1.7.2004 utgjør NOK 9 460,- per måned. Inkludert i dette var en kompensasjon for ytre vedlikehold på sameiet med NOK 1 440,- per måned. De ble således krevet for en leie på kr 8.000.

Vedlagt følger husleienemndas vedtak, datert 29. juni i år. Av vedtaket fremgår det at korrekt husleie for 2004, 2005 og 2006 er henholdsvis 6.404 kr, 7.024 kr og 7.706 kr. Grunnleien for inneværende år, inklusive leietillegg, er fastsatt til kr 7.506 kroner per måned. Som det fremgår av husleienemndas vedtak, kan vi i tillegg til de ovennevnte leiebestemmelsene utlikne utgifter til indre og ytre vedlikehold. De fikk i 2004 oversendt et regnskap som dokumenterte et krav om utligning av vedlikeholdsutgifter med kr 1.440 pr. måned. Vi ber om Deres mulig kommentarer på dette.

Slik det ser ut for oss har De betalt for lite leie i 2004. Leien skulle vært 6.404 og fra 1/7 ytterligere kr. 1.404 i utgiftsdekning.

I 2005 skulle De ha betalt kr. 7.024 i leie pr. måned og ytterligere kr. 1.404 pr måned i utgiftsdekning.

I 2006 er leien 7.706 i leie og kr. 1.404 i utgiftsdekning.

Jeg må be om Deres mulige kommentarer på kravet om skyldig leie og utligning av vedlikeholdsutgifter.

...

Dersom husleierestansene i henhold til ovenstående for 2005 og 2006 ikke er innbetalt innen 1.8.2006 til konto nr. 1607 57 43215, vil vi anse dette som vesentlig mislighold av leieavtalen som gir rett til heving. Om De betaler det vesentlige av beløpet kan vi diskutere en nedbetalingsplan for det resterende.

Dette brevet er sendt Dem rekommandert og i vanlig post, da brevet også tjener som et påkrav etter tvangsfullbyrdslovens § 13-2, punkt d. Det heter i denne bestemmelse at utleiers heving av et leieforhold etter husleielovens § 9-9, kan danne grunnlag for utkastelse (dvs. er tvangsgrunnlag) når det er åpenbart at utleier hadde adgang til å heve husleieavtalen (dvs. bringe den til opphør).”

- (7) Boets krav ble ikke betalt, og i brev av 15. august 2006 hevet boet husleieforholdet. I samme brev ble A varslet om at dersom leiligheten ikke ble tilbakelevert innen 14 dager, ville tvangsfravikelse bli begjært, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 4-18.
- (8) Den 16. august 2006 fremsatte A overfor Oslo byfogdembete krav om å være eier av seksjon 10 i X gate 43. Subsidiært krevde hun erstatning for skader som C hadde påført leiligheten og inventar i denne. Erstatningskravet ble oppad begrenset til kr 6 000 000. Disse kravene ble behandlet av byfogdembetet som skiftetvist mellom A og dødsboet. Ved byfogdembetets kjennelse 20. november 2006 ble dødsboet frifunnet. Denne avgjørelsen er rettskraftig.
- (9) Etter at boet hadde hevet leieavtalen, henvendte A seg til advokat. I brev 29. august 2006 til bobestyreren gjorde advokatfullmektig Torstein Burkeland på hennes vegne gjeldende at hun hadde betalt den husleie hun skyldte, og at det derfor ikke var grunnlag for heving.
- (10) Etter noe korrespondanse mellom dødsboet og As advokat fremsatte boet 8. november 2006 begjæring om tvangsfravikelse til Oslo byfogdembete. I tvangsfravikelsesbegjæringen er boets krav på husleie og saksomkostninger oppgitt til kr 221 557,11. Som tvangsgrunnlag er påberopt tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d. I tilsvaer 28. november 2006 bestred A at det var grunnlag for å kreve tvangsfravikelse.
- (11) Under den videre saksforberedelse bad A om at begjæringen om tvangsfravikelse ble overført til behandling i søksmåls former, jf. tvangsfullbyrdelsesloven § 6-6. Denne begjæringen ble ikke imøtekommet. I brev 12. januar 2007 skrev byfogdembetet:
- ”Saksøkte har i sitt prosesskrift av 5. januar 2007 anført at saken er av en slik karakter at behandling etter søksmåls former er hensiktsmessig. Slik saken fremstår for retten på nåværende tidspunkt, ser retten ikke grunn til å overføre den til søksmåls former. Retten kan heller ikke se at det er nødvendig å avholde rettsmøte i saken.**
- Retten gir med dette partene frist til 29. januar 2007 for avsluttende bemerkninger før retten treffer avgjørelse i saken.”**
- (12) A mente at det beløp hun skyldte i husleie for 2005 og 2006, utgjorde kr 89 730 (15 måneders husleie à kr 5 982). Den 18. januar 2007 deponerte hun dette beløp på konto i Nordea.
- (13) Oslo byfogdembete kom i kjennelse 16. april 2007 til at vilkårene for tvangsfravikelse etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d var oppfylt. Byfogdembetet la til grunn at A skyldte 15 måneders husleie for 2005 og 2006, og at dette ifølge As egen beregning utgjorde kr 89 730. Da leien ikke var betalt til tross for klar betalingsoppfordring i brev av 7. juli 2006 fra bobestyreren, måtte betalingsmisligholdet anses vesentlig. På dette grunnlag fant byfogdembetet det åpenbart at boet hadde rett til å heve leieavtalen, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a. Byfogdembetets kjennelse har denne slutning:

- ”1. A fraviker leilighet i X gate 43, 0262 Oslo.**
- 2. A betaler kr 18 000,- i saksomkostninger til AS B og kr 18 000,- i saksomkostninger til Cs dødsbo innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne**

kjennelsen, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.”

- (14) A påkjærte byfogdembetets kjennelse til Borgarting lagmannsrett. I kjæremålet bad hun om at det ble holdt muntlig forhandling for lagmannsretten, jf. tvistemålsloven § 403 tredje ledd. Som begrunnelse for begjæringen oppgav hun ”behov for partsforklaring og/eller vitneførsel omkring hvilken kunnskap den kjærende part hadde om forholdene, når hun eventuelt hadde kunnskap om forholdene, hvorfor hun ikke betalte i henhold til påkravet fra advokat Knut Ro, hennes dårlige helsetilstand og dennes betydning for handlemåten”. Subsidiært bad hun om at det ble holdt bevisopptak ”om de nevnte forholdene”, jf. tvistemålsloven § 402 sammenholdt med § 190.
- (15) AS B og gjenlevende ektefelle etter C, som på dette tidspunkt hadde overtatt boet uskiftet, tok til motmæle. Etter deres oppfatning var det ikke nødvendig med muntlig forhandling og heller ikke behov for bevisopptak.
- (16) Mens saken stod for lagmannsretten, ble det beløp A 18. januar 2007 hadde deponert til dekning av husleie, innbetalt til uskifteboet.
- (17) Lagmannsretten kom i kjennelse 26. juli 2007 til samme resultat som byfogdembetet og sluttet seg i hovedsak til den begrunnelse som byfogdembetet hadde gitt. Etter lagmannsrettens oppfatning var det ikke nødvendig med muntlig forhandling, idet saken ble funnet tilstrekkelig opplyst gjennom det partene hadde fremkommet med i sine skriftlige innlegg. Lagmannsrettens kjennelse har denne slutning:
- ”1. **Oslo byfogdembetes kjennelse stadfestes.**
2. **I saksomkostninger for lagmannsretten betaler A 3 000 – tretusen – kroner til AS B og 3 000 – tretusen – kroner til Cs dødsbo innen to uker fra forkynnelsen av denne kjennelse med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall og til betaling skjer.”**
- (18) A har påkjært lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet retter seg mot lagmannsrettens saksbehandling og tolking av tvangsfullbyrdsloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a. Som saksbehandlingsfeil er påberopt at det skulle ha vært avholdt muntlig forhandling, idet avgjørelsen av begjæringen om tvangsfravikelse innebærer en avgjørelse av et borgerlig rettskrav, jf. EMK artikkel 6 nr. 1. Angrepet på lagmannsrettens lovtolking er begrunnet med at lagmannsretten ved vurderingen av om det foreligger vesentlig mislighold som gir utleieren hevingsrett, ikke har tatt hensyn til alle relevante momenter.
- (19) Ved beslutning av Høyesteretts kjæremålsutvalg 27. september 2007 ble kjæremålssaken overført til behandling i Høyesterett i avdeling, jf. plenumsloven § 6 andre ledd. Samme dag traff justitiarius beslutning om at partsforhandling skal finne sted etter reglene for ankebehandling.
- (20) I brev fra Høyesteretts kontor 3. oktober 2007 ble partene orientert om at hovedspørsmålet i saken var om det etter EMK artikkel 6 nr. 1 skulle ha vært avholdt muntlig forhandling, og at de øvrige spørsmål i saken var ”av mindre interesse”.

- (21) Saken har for Høyesterett vært behandlet i sammenheng med sak 2007/1326 (D og E mot staten v/Hordaland skattefutkontor og staten v/skatteoppkreveren i Y).
- (22) Den kjærende part, A, har i korte trekk anført:
- (23) Spørsmålet om vilkårene for tvangsfravikelse etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a, er oppfylt, gjelder klart en borgerlig rettighet ("civil right") etter EMK artikkel 6 nr. 1. Dersom utkastelsesbegjæringen blir tatt til følge, vil hennes rett til leiligheten bli avgjort på en slik måte at rettssikkerhetsgarantiene i bestemmelsen kommer til anvendelse. Etter praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har borgerne ved avgjørelse ("determination") av borgerlige rettigheter eller plikter som hovedregel krav på at det blir holdt muntlig forhandling for minst én instans. Dersom en part begjærer muntlig forhandling, er det bare unntaksvis at saken kan avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling. Dette gjelder blant annet dersom saken utelukkende gjelder juridiske eller tekniske spørsmål. Forutsetningen for at saken skal kunne behandles skriftlig, er at dette ut fra karakteren av de spørsmål som er omtvistet, finnes tilfredsstillende.
- (24) Ingen av de unntak fra hovedregelen om muntlig forhandling som EMD har akseptert, er aktuelle i denne saken. Ved vurderingen av om det er grunnlag for heving, må domstolene ta stilling til årsaken til at A ikke betalte husleie i 15 måneder i 2005 og 2006, og hvilken betydning det skal ha at husleien ble betalt til feil konto. Den manglende leiebetalning må blant annet ses i sammenheng med utleiers uberettigede krav på husleieøkninger og det konfliktnivå som hadde utviklet seg mellom dem. Det er også nødvendig å vurdere i hvilken grad hennes sykdom medførte at hun ikke kunne ordne opp. I det hele tatt må hennes manglende husleiebetalning ses i sammenheng med hennes personlighet. En avgjørelse som pålegger A å fravike leiligheten, er svært inngripende, og det må da stilles strenge krav til hevingsgrunnlaget. For at retten skal ha et forsvarlig grunnlag for å ta stilling til hevingsspørsmålet, må den ha hørt og sett A. Hovedregelen er at borgerne har krav på muntlig forhandling. Det er unntakene som trenger begrunnelse.
- (25) Dersom Høyesterett kommer til at det etter EMK artikkel 6 nr. 1 skulle ha vært avholdt muntlig forhandling, må lagmannsrettens kjennelse oppheves, da det ikke finnes noen annen måte å reparere konvensjonsbruddet på. Det blir ikke plass for noen vurdering av om manglende muntlig forhandling kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.
- (26) Subsidiært har den kjærende part anført at feilen kan ha innvirket på avgjørelsens innhold. I tilfeller hvor det foreligger brudd på en fundamental saksbehandlingsregel skal det mindre til for å si at feilen kan ha virket inn på avgjørelsen, enn hvor det er tale om en mindre grov feil.
- (27) Siden manglende muntlig forhandling er en saksbehandlingsfeil som ikke bare rammer lagmannsrettens avgjørelse, men også byfogdembetets, må begge avgjørelsene oppheves. Dersom det bare blir holdt muntlig forhandling for én instans, er det best at det skjer i første instans. Dette sikrer en effektiv to-instansbehandling.
- (28) Etter den kjærende parts oppfatning har lagmannsretten også tolket tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a, uriktig. Lagmannsretten har korrekt ansett partenes skyldgrad å være relevant ved vurderingen av om det forelå hevingsgrunn, men har likevel ikke vurdert om det var

klanderverdig av A å betale husleien til uriktig bankkonto. Den bankkonto hun hadde betalt husleien til, var en konto hun hadde fått oppgitt fra inkassobyrået Lindorff AS, som i 2005 på vegne av utleier tok ut forliksklage for skyldig husleie. Lagmannsretten har heller ikke vurdert lovligheten av det husleiekrav som danner grunnlag for begjæringen om tvangsfravikelse. Dette skulle lagmannsretten ha gjort som ledd i vurderingen av om det forelå vesentlig mislighold. Et uberettiget husleiekrav kan virke provoserende og dermed forklare As reaksjon. Lagmannsretten har også unnlatt å trekke partenes tidligere konflikt og As sykdom inn i vurderingen av om hennes mislighold var vesentlig.

(29) De mangler som lagmannsrettens vurdering av om det forelå hevingsgrunn, er beheftet med, må etter den kjærende parts oppfatning anses som feil ved lagmannsrettens lovtolkning. Da byfogdembetets kjennelse er beheftet med den samme feil, må både lagmannsrettens og byfogdembetets kjennelser oppheves.

(30) A har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

Både Borgarting lagmannsretts kjennelse av 26.7.07 og Oslo byfogdembetes kjennelse av 16.3.07 oppheves.

Subsidiært:

Borgarting lagmannsretts kjennelse av 26.7.07 oppheves.

I begge tilfeller:

AS B og Cs uskiftebo forpliktes solidarisk til å betale sakens kostnader for Høyesterett, lagmannsrett og Oslo byfogdembete innen 2 – to – uker med tillegg av forsinkelsesrenter fra forfall til betaling skjer.”

(31) Kjæremålsmotpartene, AS B og *gjenlevende ektefelle etter C*, har i korte trekk anført:

(32) Kjæremålsmotpartene aksepterer at en tvist om hvorvidt vilkårene for tvangsfravikelse etter tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d er oppfylt, er en tvist om en borgerlig rettighet, og at en kjennelse som tar en begjæring om tvangsfravikelse til følge, må anses å innebære en avgjørelse av rettigheten slik at EMK artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse. Kjæremålsmotpartene er også enig med den kjærende part i at dersom EMK artikkel 6 nr. 1 kommer til anvendelse, har borgerne som hovedregel krav på muntlig forhandling. Fra denne hovedregel er det imidlertid i EMDs praksis gjort en rekke unntak. Det avgjørende er om det er forsvarlig å avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling. Dette må avgjøres ut fra hva hvilke spørsmål som står sentralt, og en konkret vurdering av beviset og de tilbudte bevismidler. Det har på dette punkt vært en utvikling i EMDs praksis. Spørsmålet om det er berettiget å gjøre unntak fra hovedregelen om muntlig forhandling, har i senere avgjørelser fra EMD vært vurdert ut fra den overordnede målsetning om ”fair trial”. Det som etter dette må være avgjørende, er om saken ut fra en totalvurdering av rettergangen sett under ett har fått en forsvarlig og rettferdig behandling.

(33) For at en begjæring om tvangsfravikelse på grunnlag av tvangsfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d skal kunne tas til følge, må det være ”åpenbart” at utleieren hadde adgang til å heve leieforholdet. Beviset er begrenset, og hvis det er faktisk eller rettslig tvil, skal begjæringen ikke tas til følge. Etter kjæremålsmotpartenes oppfatning må

en begjæring om tvangsfravikelse etter denne bestemmelse normalt kunne avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling.

- (34) I den foreliggende var det ikke nødvendig for lagmannsretten å holde muntlig forhandling for å avgjøre As innsigelser. Når lagmannsretten kom til at det var grunnlag for heving, var det fordi A vesentlig hadde misligholdt plikten til å betale det hun erkjente å skyldte. Det var da ikke nødvendig å ta stilling til hvilket beløp hun totalt skylder i husleie. Om utleieren skulle ha fremsatt et for høyt krav, kunne ikke det frita A fra å betale det hun mente var korrekt leie, jf. Rt. 1955 side 959 og 1962 side 568.
- (35) Som grunnlag for betalingsmisligholdet har A blant annet påberopt sykdom. Da hennes sykdom ikke kunne være til hinder for at hun betalte det hun skyldte, var det imidlertid ikke nødvendig for lagmannsretten å få fremlagt nærmere opplysninger om denne. Hun var frisk nok til å anlegge skiftetvist om eiendomsretten til leiligheten. Det tidligere konfliktnivå mellom C og A og As personlighet kan vanskelig ses å gi noen grunn til å la være å betale husleie. Etter kjæremotpartenes syn kunne det heller ikke være nødvendig med muntlig forhandling for å forklare hvorfor A i en periode hadde betalt husleien til feil konto. De opplysninger som var relevante, kunne ha vært formidlet skriftlig. Forbudet i tvistemålsloven § 197 mot utenrettslige erklæringer gjelder ikke under tvangsfullbyrdelse. I denne saken er det ikke spørsmål om å vurdere ulike forklarings troverdighet.
- (36) For det tilfelle at Høyesterett skulle komme til at det skulle ha vært holdt muntlig forhandling, har kjæremålsmotpartene subsidiært anført at denne feilen ikke er en absolutt opphevelsesgrunn, men må vurderes etter tvistemålsloven § 384 første ledd. Da det ikke er noen rimelig mulighet for at resultatet ville ha blitt noe annet om A hadde fått avgi muntlig forklaring, kan manglende muntlig forhandling under ingen omstendighet gi grunnlag for å oppheve lagmannsrettens kjennelse. I alle fall vil det ikke være nødvendig også å oppheve byfogdembetets kjennelse. Hvis Høyesterett skulle komme til at det skulle ha vært holdt muntlig forhandling for lagmannsretten, er det tilstrekkelig å oppheve lagmannsrettens kjennelse.
- (37) Etter kjæremålsmotpartenes syn er det ikke grunnlag for å hevde at lagmannsretten har feiltolket tvangsfullbyrdsloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a. Det den kjærende part har angrepet, er lagmannsrettens avveining av de momenter som har inngått i vurderingen av om A vesentlig har misligholdt plikten til å betale husleie. Det Høyesterett kan prøve, er bare om lagmannsretten har oppstilt riktig vurderingstema, og om de hensyn lagmannsretten har bygd på, er relevante. Hvordan hensynene skal avveies, hører under den konkrete subsumsjon. Denne kan Høyesterett ikke prøve, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd nr. 3.
- (38) AS B og Cs gjenlevende ektefelle har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Kjæremålet forkastes.**
 2. **A ilegges sakens omkostninger for Høyesterett med tillegg av forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.”**
- (39) *Mitt syn på saken*
- (40) Da kjæremålet er et videre kjæremål, er Høyesteretts kompetanse begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle tolking av tvangsfullbyrdsloven § 13-2

tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a. Bevisbedømmelsen og den konkrete subsumsjon kan Høyesterett ikke prøve, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd nr. 2 og 3.

- (41) Som det fremgår av min redegjørelse for saksforholdet, har A leid i seksjon 10 i X gate 43 i Oslo av C. Etter at C døde i april 2006, ble dødsboet tatt under offentlig skifte, men det er senere tilbakelevert til Cs gjenlevende ektefelle, som har overtatt boet uskiftet etter arveloven kapittel III. Det er sikker rett at et dødsbo under offentlig skifte har alminnelig partsevne, men ikke et uskiftebo. Med de begrensninger som følger av arveloven kapittel III, råder en gjenlevende ektefelle som overtar boet uskiftet med førstavdødes arvinger, ”i levande live som ein eigar over alt som høyrer til buet”, se arveloven § 18 første ledd. Dersom det oppstår tvist om noe som tilhører uskifteboet, er det gjenlevende ektefelle som må opptre som part for boet. Selv om partene har brukt betegnelsen ”Cs uskiftebo”, forstår jeg det imidlertid slik at Cs gjenlevende ektefelle etter at hun overtok boet uskiftet, har trådt inn i saken som part. Når partene har brukt betegnelsen ”Cs uskiftebo”, må dette oppfattes som en noe unøyaktig betegnelse på Cs gjenlevende ektefelle.
- (42) Jeg er – om enn under noen tvil – kommet at kjæremålet over lagmannsrettens saksbehandling må tas til følge. Det er da ikke nødvendig for meg å gå inn på lagmannsrettens tolking av tvangfullbyrdelsesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, jf. husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a. Spørsmålet er om det er en feil at det ikke ble avholdt muntlig forhandling for lagmannsretten.
- (43) Tvangfullbyrdelsesloven § 5-8, jf. § 6-1 forutsetter at avgjørelser under tvangfullbyrdelse normalt blir truffet på grunnlag av skriftlig behandling. Det følger imidlertid av disse bestemmelsene at dersom det anses nødvendig, kan det holdes muntlig forhandling. Dersom saksøkte under behandling av en tvangssak for tingretten reiser innvending mot at fullbyrdelsen blir gjennomført, gir § 6-6 adgang til å overføre tvisten til behandling i søksmåls former ”dersom det på grunn av de faktiske og rettslige spørsmål som tvisten reiser, er hensiktsmessig at den behandles i søksmåls former”. Når tvangssaker vanligvis blir behandlet skriftlig, er det fordi det normalt er en forutsetning for at et krav skal kunne tvangsinnføres, at det på forhånd er fastslått på en nærmere bestemt måte, og at det av hensyn til effektiv inndrivelse er nødvendig med skriftlig behandling.
- (44) Dersom en avgjørelse av tingretten blir påkjært til lagmannsretten, følger det av tvistemålsloven § 403 tredje ledd at kjæremålet som hovedregel skal avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling, men at lagmannsretten kan beslutte at det skal holdes muntlig forhandling dersom ”særlige grunner taler for det”. Det avgjørende er hva hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier, se Rt. 1999 side 1569 og 2000 side 234.
- (45) Hovedregelen om at kjæremål skal avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling, er videreført i tvisteloven av 2005 § 29-15 første ledd. I § 29-15 andre ledd er det bestemt at det skal holdes muntlig forhandling ”når hensynet til forsvarlig og rettfærdig rettergang tilsier det”.
- (46) A har begrunnet kravet om at lagmannsretten skulle ha holdt rettsmøte til behandling av kjæremålet, med EMK artikkel 6 nr. 1. Denne bestemmelse fastsetter at enhver ved avgjørelse av borgerlige rettigheter og plikter (”civil rights and obligations”) har krav på en ”fair and public hearing”. I EMDs praksis er denne bestemmelse forstått slik at

borgerne i saker om avgjørelse av borgerlige rettigheter eller plikter som hovedregel har krav på muntlig behandling i minst én instans, se Jon Fridrik Kjølbro, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere, 2. udgave, København 2007, side 384 ff. med nærmere henvisninger til praksis. Samtidig er det imidlertid i en rekke avgjørelser blitt fremholdt at denne retten kan frafalles eksplisitt eller underforstått, og at det kan gjøres unntak dersom det foreligger særlige omstendigheter ("exceptional circumstances"). Blant annet gir konvensjonen adgang til å unnlate å holde muntlig forhandling dersom saken kan bli forsvarlig avgjort på grunnlag av saksdokumentene og partenes skriftlige forklaringer, se for eksempel EMDs dom av 12. november 2002 i saken Salomonsson mot Sverige (avsnitt 34):

"The Court first finds that the entitlement to a 'public hearing' in Article 6 § 1 necessarily implies a right to an 'oral hearing'. However, the obligation under Article 6 § 1 to hold a public hearing is not an absolute one. Thus, a hearing may be dispensed with if a party unequivocally waives his or her right thereto and there are no questions of public interest making a hearing necessary. A waiver can be done explicitly or tacitly, in the latter case for example by refraining from submitting or maintaining a request for a hearing (see ...).

Furthermore, a hearing may not be necessary due to exceptional circumstances of the case, for example when it raises no questions of fact or law which cannot be adequately resolved on the basis of the case-file and the parties' written observations (see ...)."

- (47) Det samme er uttalt i dommer av samme dato i sakene Lundevall mot Sverige (avsnitt 34) og Döry mot Sverige (avsnitt 37).
- (48) I senere praksis har EMD presisert at hovedregelen om muntlig forhandling må ses i sammenheng med det overordnede krav om rettferdig rettergang, og at det blant annet må tas hensyn til effektivitet og prosessøkonomi. Dette kommer særlig klart frem i storkammerdom 23. november 2006 i saken Jussila mot Finland. Etter først å ha fremholdt at plikten til å holde muntlig forhandling ikke er absolutt, uttaler domstolen (avsnittene 41 og 42):

"There may be proceedings in which an oral hearing may not be required: for example where there are no issues of credibility or contested facts which necessitate a hearing and the courts may fairly and reasonably decide the case on the basis of the parties' submissions and other written materials (see ...).

The Court has further acknowledged that the national authorities may have regard to the demands of efficiency and economy and found, for example, that the systematic holding of hearings could be an obstacle to the particular diligence required in social security cases and ultimately prevent compliance with the reasonable time requirement of Article 6 § 1 (see ...). Although the earlier cases emphasised that the hearing must be held before a court of first and only instance unless there were exceptional circumstances that justified dispensing with one (see ...), the Court has clarified that the character of the circumstances that may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be decided by the competent national court, not to the frequency of such situations. It does not mean that refusing to hold an oral hearing may be justified only in rare cases (see ...). The overarching principle of fairness embodied in Article 6 is, as always, the key consideration (see ...)."

- (49) Denne avgjørelse må forstås slik at den modifierer den hovedregel om muntlig forhandling som har vært oppstilt i tidligere praksis ("[a]lthough"). Som EMD fremhever, finnes det tvister hvor muntlig forhandling ikke er nødvendig. Det avgjørende er om det under en muntlig forhandling vil kunne frembringes noe av betydning for avgjørelsen

som ikke like forsvarlig kan bedømmes etter en skriftlig behandling. Også i tidligere praksis har det vært fremholdt at det avgjørende er om en muntlig forhandling kunne ha frembrakt opplysninger av relevans for avgjørelsen av saken, se for eksempel Salomonsson-dommen avsnitt avsnitt 39, Lundevall-dommen avsnitt 39 og Döry-dommen avsnittene 42 og 43.

- (50) Dette innebærer at kravet om at det må foreligge særlige omstendigheter ("exceptional circumstances") for å unnlate muntlig forhandling, ikke kan forstås for strengt. I Jussila-dommen er dette uttrykk ikke brukt. Hvorvidt et krav om muntlig forhandling skal tas til følge, må bero på sakens karakter, arten og betydningen av de spørsmål retten skal ta stilling til og de bevis som er tilbudt. Selv om faktum er omtvistet, kan det være forsvarlig å avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling dersom det bevismateriale som er tilbudt, først og fremst består av dokumentbevis. Det sentrale er om det overordnede krav om at rettergangen etter en totalvurdering må fremstå som forsvarlig og rettferdig, vil kunne oppfylles uten at det blir avholdt muntlig forhandling.
- (51) I tilfeller hvor det blir begjært tvangsfullbyrdelse på grunnlag av en rettsavgjørelse, vil fullbyrdesstadiet ikke kunne anses som en selvstendig rettergang, men som en fortsettelse av den tidligere saken, se EMDs dom 21. april 1998 i saken Estima Jorge mot Portugal (avsnitt 35). Forholdet stiller seg annerledes dersom tvangsfullbyrdelse blir begjært på annet grunnlag enn en rettsavgjørelse. Såfremt det krav som kreves fullbyrdet, har karakter av en borgerlig rettighet eller plikt, og det under fullbyrdelsen blir tatt standpunkt til rettigheten eller plikten på en måte som ikke bare får midlertidig virkning for den annen part, må de rettergangsgarantier som er nedfelt i EMK artikkel 6 nr. 1, komme til anvendelse, se Kjølbros, *op.cit.* side 311. Hvorvidt avgjørelsen tillegges materiell rettskraftsvirkning, kan ikke være avgjørende.
- (52) Vår sak gjelder begjæring om tvangsfravikelse etter tvangsfullbyrdesloven § 13-2 tredje ledd bokstav d. Denne bestemmelse fastsetter at tvangsfravikelse kan begjæres på grunnlag av "[h]eving av leieforhold etter husleieloven, når det foreligger forhold som gjør det åpenbart at utleieren hadde adgang til å heve leieavtalen". Det hevingsgrunnlag som utleieren har påberopt, er at A vesentlig har misligholdt sin plikt til å betale leie, se husleieloven § 9-9 første ledd bokstav a.
- (53) Spørsmålet om As husleieforhold kan bringes til opphør, er klart nok et borgerlig rettskrav, og dersom begjæringen om tvangsfravikelse blir tatt til følge, vil det bli tatt stilling til leieforholdet på en måte som får umiddelbar betydning for A, da hun i så fall må fraflytte leiligheten. Selv om namsmyndighetene ikke avgjør husleietvisten med materiell rettskraftsvirkning, finner jeg det klart at en avgjørelse av om en tvangsfravikelsesbegjæring skal tas til følge, må anses som en avgjørelse av et borgerlig rettskrav, slik at saksbehandlingen må tilfredsstille de krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til rettferdig rettergang.
- (54) Ved avgjørelsen av om det skal holdes muntlig forhandling under tvangsfullbyrdelse, gjør hensynet til effektivitet og prosessøkonomi seg gjeldende med særlig tyngde. Hvis debitor under tvangsfullbyrdelse skal kunne forlange muntlig forhandling uten at det er tilstrekkelig grunn til det, vil det fordyre og forsinke tvangsprosessen, og dette vil være til hinder for effektiv rettshåndhevelse. Det er derfor viktig at EMK artikkel 6 nr. 1 ikke blir praktisert slik at saksøkte gis anledning til å benytte krav om muntlig forhandling til å trenere fullbyrdelsen.

- (55) Denne saken gjelder krav om tvangsfravikelse av leilighet. For A vil avgjørelsen være svært inngripende og ha stor velferdsmessig betydning.
- (56) A har som forklaring på at hun har misligholdt plikten til å betale husleie, hevdet at hun ikke hadde hatt kunnskap om husleiekravet, og hun har i denne forbindelse blant annet vist til sin helsetilstand. På dette punkt er hun imidlertid ikke blitt trodd.
- (57) Byfogdembetet fant det åpenbart at A måtte ha kjent til at hun skyldte husleie. Den sykdom A hadde påberopt, fant byfogdembetet ”ikke dokumentert på noen måte”. Etter byfogdembetets oppfatning var det ikke sannsynliggjort at hun mellom 7. juli 2006, da bobestyreren for Cs dødsbo fremsatte krav om betaling av skyldig husleie, og hevingstidspunktet 15. august 2006 ”var syk, i alle fall ikke så syk at denne hindret henne i å betale hele eller deler av husleiekravet eller på annen måte komme saksøkerne i møte”. På dette grunnlag kom byfogdembetet til at det var åpenbart at utleieren hadde adgang til å heve leieavtalen, og at begjæringen om tvangsfravikelse derfor måtte tas til følge.
- (58) Da A påkjærte tingrettens avgjørelse til lagmannsretten, fastholdt hun at hun ikke hadde hatt kunnskap om kravet, og at hun ”har en sykdomssituasjon som forklarer både handlemåten og den manglende evnen til å opptre så raskt som kjæremotparten opprinnelig krevde”. Hun bad om muntlig forhandling, og denne begjæringen ble begrunnet med hennes ”behov for partsforklaring og/eller vitneførsel omkring hvilken kunnskap den kjærende part hadde om forholdene, når hun eventuelt hadde kunnskap om forholdene, hvorfor hun ikke betalte i henhold til påkravet fra advokat Knut Ro, hennes dårlige helsetilstand og dennes betydning for handlemåten”.
- (59) Under den videre saksforberedelse fremla A en legeerklæring. Denne er datert 16. mai 2007, og det uttales her at pasienten er ”depressiv” og for tiden har ”svært dårlig” mental helse.
- (60) Lagmannsretten fant saken ”tilstrekkelig opplyst” gjennom det partene hadde ”fremkommet med i sine skriftlige innlegg”, og kom i likhet med byfogdembetet til at det åpenbart var grunnlag for å heve leieavtalen. I hovedsak sluttet lagmannsrettens seg til byfogdembetets begrunnelse, men bemerket i tillegg blant annet:

”I likhet med byfogdembetet finner lagmannsretten det tilstrekkelig å fastslå at A etter å ha mottatt bobestyrers brev 7. juli 2006 i alle fall var forpliktet til å sørge for at den uomtvistede delen av leien ble betalt. Tatt i betraktning at A ikke hadde betalt noen husleie fra februar 2005 til juli 2006 må det forhold at hun fortsatt ikke hadde innbetalt noe beløp for denne perioden da begjæringen om utkastelse ble fremmet 8. november 2006, dvs. 4 måneder etter mottakelsen av bobestyrers brev, anses som en vesentlig forsinkelse.

...

Av ovenstående fremgår at beløpets størrelse og forsinkelsens varighet tilsier at det er tale om et kvalifisert mislighold. Ved vurderingen av spørsmålet om misligholdet er vesentlig vil det imidlertid kunne være relevant også å legge vekt på andre momenter, herunder graden av skyld på begge sider og virkningen av en heving sammenholdt med alternative reaksjoner.

Når det gjelder virkningene av en heving bemerkes at A har bodd i leiligheten siden 1974. Den lange botiden sammenholdt med As alder, sykdom og investeringer i

leiligheten innebærer at en tvangsfravikelse vil være en inngrepene reaksjon. Dette taler isolert mot en heving. Ved vurderingen av om misligholdet er vesentlig må det også legges vekt på at A for den etterfølgende perioden, dvs. etter juli 2006, har betalt husleien til rett tid og til rett konto.

For så vidt gjelder partenes skyld legger lagmannsretten til grunn at A forsettlig helt har unnlatt å betale den utestående leien som bobestyrer fremmet krav om i sitt brev 7. juli 2006. ...

A har påberopt seg en kjennelse inntatt i RG 1994 side 593, hvor lagmannsretten kom til at det ikke forelå vesentlig mislighold. Det ble i avgjørelsen blant annet lagt vekt på at leietaker som følge av sin psykiske sykdomstilstand ikke var klar over hva som var i ferd med å skje, og at dette innebar at det ikke kunne anses å foreligge 'subjektiv skyld' hos leietakeren. Etter lagmannsrettens syn er dette en vesentlig annerledes situasjon enn den som gjelder for A. Hun ble fra slutten av august 2006 bistått av advokat, og det er ingen holdepunkter for å legge til grunn at hennes manglende betaling skyldes at hun ikke var oppmerksom på at hun ikke hadde betalt husleie for perioden fra februar 2005 til juni 2006. A kan heller ikke høres med at hun etter mottakelsen av bobestyrers brev 7. juli 2006 har vært i noen form for unnskyldelig rettsvillfarelse med hensyn til sin plikt til å betale husleie.

Etter lagmannsrettens syn kan det ved vurderingen av om misligholdet er vesentlig ikke tillegges særlig betydning at det er tale om et husleieregulert avtaleforhold. Så lenge A ikke betalte noen del av den leien hun utvilsomt var skyldig for den aktuelle perioden kan det heller ikke tillegges betydning hvorvidt det totale leiekrauet som ble fremmet oversteg det som lovlig kunne kreves. Lagmannsretten finner det derfor ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet om hvilken leie A er forpliktet til å betale.

Av ovenstående fremgår at tvangsfravikelsens inngrepene virkning overfor A og det at hun har betalt leiekravene som forfalt etter juli 2006 taler mot å anse misligholdet for vesentlig. Tatt i betraktning at A fra februar 2005 til juli 2006 ikke hadde betalt noen husleie, må det forhold at hun fortsatt ikke hadde innbetalt noe beløp for denne perioden da begjæringen om utkastelse ble fremmet 8. november 2006 likevel anses som et vesentlig mislighold."

- (61) I tilfeller hvor det begjæres tvangsfravikelse på grunnlag av tvangsfullbyrdsloven § 13-2 tredje ledd bokstav d, er det hevingserklæringen som er tvangsgrunnlag. Selv om det ved vurderingen av om misligholdet er vesentlig, etter omstendighetene må kunne tas hensyn til fortsatt mislighold etter at leieforholdet er hevet, må imidlertid utgangspunktet for vurderingen være det mislighold som har funnet sted før hevingserklæringen ble fremsatt. Hevingserklæringen ble fremsatt 15. august 2006. Siden lagmannsretten ikke gikk inn på forholdene før bobestyrers påkrav av 7. juli 2006, vil det sentrale tidsrom for misligholdsvurderingen være tiden fra 7. juli til 15. august 2006. A henvendte seg først til advokat etter at hun hadde mottatt hevingserklæringen. På denne bakgrunn vil betydningen av As sykdom stå mer sentralt enn det lagmannsretten har lagt til grunn.
- (62) Siden As sykdom kan være relevant ved vurderingen av om hennes mislighold er vesentlig, finner jeg at det i dette tilfellet burde ha vært avholdt muntlig forhandling. Ved å ha hørt As egen forklaring ville lagmannsretten kunne ha fått informasjon om hennes sykdom og hvilken betydning den hadde for hennes betalingsmislighold, som den ikke fikk gjennom den skriftlige behandling. Tingretten hadde ikke funnet sykdommen dokumentert, og det var etter dens oppfatning i alle fall ikke sannsynliggjort at den hadde hindret A fra å betale den husleie hun skyldte. I kjeremålet til lagmannsretten fastholdt A sykdomsanførselen og bad om muntlig behandling og begrunnet begjæringen. Da det ikke hadde vært muntlig behandling for byfogdembetet, mener jeg at det i dette spesielle

tilfellet skulle ha vært avholdt muntlig forhandling for lagmannsretten for at saksbehandlingen etter en totalvurdering skal fremstå som forsvarlig og rettferdig.

- (63) Kjæremålsmotpartene har subsidiært anført at selv om det skulle bli ansett som en saksbehandlingsfeil at det ikke ble avholdt muntlig forhandling, er det ikke grunnlag for å oppheve lagmannsrettens avgjørelse, da det ikke er noen rimelig mulighet for at feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold, se tvistemålsloven § 403 andre ledd, jf. § 384 første ledd. Denne anførsel kan etter min mening klart ikke føre frem. I tilfeller hvor en saksbehandlingsfeil består i at det i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 ikke har vært holdt muntlig forhandling, kan det ikke bli plass for noen selvstendig vurdering av om feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold, jf. Rt. 2003 side 409.
- (64) A har prinsipielt nedlagt påstand om at ikke bare lagmannsrettens, men også byfogdembetets avgjørelse blir opphevd, og at saken blir hjemvist til fortsatt behandling ved byfogdembetet. Det er en forutsetning for en slik dobbelt opphevelse at den feil lagmannsretten har begått, også rammer byfogdembetets avgjørelse. For byfogdembetet fremsatte ikke A krav om muntlig behandling, men begjæring om overføring til behandling i søksmåls former. Begjæringen var ikke begrunnet, og den ble heller ikke fulgt opp etter at byfogdembetet i brev av 12. januar 2007 hadde avslått begjæringen og uttalt at den heller ikke kunne se at det var ”nødvendig å avholde rettsmøte i saken”. Jeg finner det ikke nødvendig å ta stilling til om byfogdembetet begikk noen feil ved ikke å holde muntlig forhandling, da lagmannsretten ved en ny behandling vil ha et like godt grunnlag for å avgjøre realiteten som det byfogdembetet vil ha, og det av hensyn til raskest mulig behandling er mest hensiktsmessig at den nye behandling skjer for lagmannsretten.
- (65) På dette grunnlag er jeg kommet til at lagmannsrettens kjennelse må oppheves, og at saken må hjemvises til fortsatt behandling ved lagmannsretten.
- (66) Kjæremålet fra A har ført frem. Da saken har reist rettsspørsmål av prinsipiell betydning, og avgjørelsen har budt på tvil, finner jeg imidlertid at hver av partene må bære sine omkostninger for Høyesterett, jf. tvistemålsloven § 180 andre ledd, jf. § 172. Da saksomkostningene for de lavere rettsinstanser må avgjøres ut fra resultatet etter den nye behandling i lagmannsretten, må avgjørelsen av disse utstå til den avgjørelse som avslutter saken, jf. tvistemålsloven § 179 første ledd tredje punktum.
- (67) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og saken hjemvises til fortsatt behandling ved lagmannsretten.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.
3. Avgjørelsen av saksomkostningene for byfogdembetet og lagmannsretten utstår til den avgjørelse som avslutter saken.

- (68) Dommer **Stang Lund:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med

førstvoterende.

(69) Dommer **Matningsdal:** Likeså.

(70) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(71) Dommer **Lund:** Likeså.

(72) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves, og saken hjemvises til fortsatt behandling ved lagmannsretten.
2. Saksomkostninger for Høyesterett tilkjennes ikke.
3. Avgjørelsen av saksomkostningene for byfogdembetet og lagmannsretten utstår til den avgjørelse som avslutter saken.

Riktig utskrift bekreftes: