



NORGES HØYESTERETT

Den 29. november 2011 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2011-02229-A, (sak nr. 2011/1222), sivil sak, anke over kjennelse,

I.

A

(advokat Roar Vegsund – til prøve)

mot

B

(advokat Stig Åkenes Johnsen – til prøve)

II.

B

(advokat Stig Åkenes Johnsen – til prøve)

mot

A

(advokat Roar Vegsund – til prøve)

STEMMEGIVNING:

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder norsk domsmyndighet og midlertidig avgjørelse i sak om foreldreansvar. Hovedspørsmålet er om brudd på pliktene etter barneloven §§ 42 og 46 til å varsle den samværsberettigede om flytting med barnet til utlandet, gjør at barnet fortsatt skal anses som bosatt i Norge i relasjon til reglene om domsmyndighet, jf. § 82 første ledd bokstav b.
- (2) A og B var samboere i elleve år frem til sommeren 2003. De har ett felles barn, C, født 9. februar 2004. C har siden fødselen bodd fast hos moren, som har foreldreansvaret alene. B har hatt samvær med henne.
- (3) A giftet seg i juni 2009 med en australsk statsborger. Høsten 2010 flyttet hun med datteren til sin ektefelle i X.
- (4) B fremmet 25. oktober 2010 begjæring om midlertidig avgjørelse for Bergen tingrett med påstand om at han skal ha del i foreldreansvaret for datteren inntil det foreligger

rettskraftig dom i saken. Den 3. november 2011 tok han ut stevning med påstand om at han skal ha del i foreldreansvaret, samt at datteren skal bo fast hos ham og ha samvær med moren fastsatt etter rettens skjønn.

- (5) A tok til motmæle og påsto prinsipalt saken avvist, subsidiært frifinnelse. Avvisningspåstanden var begrunnet med at norske domstoler ikke har domskompetanse i saken, jf. barneloven § 82.
- (6) Etter at det var avholdt muntlige forhandlinger om både avvisningsspørsmålet og begjæringen om midlertidig avgjørelse, avsa Bergen tingrett 25. mars 2011 kjennelse med slik slutning:

- ”1. Saken fremmes hva gjelder begjæring om midlertidig avgjørelse og stevning i hovedsaken.**
- 2. Begjæring om at far skal ha del i foreldreansvaret inntil rettskraftig avgjørelse foreligger tas ikke til følge.**
- 3. Begjæring om at A tilpliktes å bringe C tilbake til Norge innen 30.06.2011 tas ikke til følge.**
- 4. Sakskostnader tilkjennes ikke.”**

- (7) A anket tingrettens kjennelse, slutningens punkt 1, til Gulating lagmannsrett. B anket over slutningens punkt 2 og 4. Lagmannsretten avsa 26. mai 2011 kjennelse med slik slutning:

- ”1. Ankene forkastes.**
- 2. Sakskostnader tilkjennes ikke.”**

- (8) A har anket lagmannsrettens avgjørelse av avvisningsspørsmålet til Høyesterett. Anken er angitt å gjelde lagmannsrettens saksbehandling, bevisbedømmelse og rettsanvendelse. B har anket over lagmannsrettens midlertidige avgjørelse av foreldreansvaret. Hans anke gjelder saksbehandlingen og rettsanvendelsen.
- (9) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 29. juli 2011 at ankesaken i sin helhet skal avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum, og at behandlingen skal følge de regler i tvisteloven som gjelder for anke over dommer, jf. § 30-9 fjerde ledd.
- (10) A har i hovedtrekk anført:
- (11) Saken må avvises fordi norske domstoler ikke har domsmyndighet, jf. barneloven § 82. Ingen av de alternative vilkårene i første ledd bokstav a til c er oppfylt. Slik § 82 er formulert, må den i utgangspunktet anses som uttømmende. Unntak kan bare gjøres etter reglene om nødkompetanse og ordre public, samt i barnebortføringssaker.
- (12) Det erkjennes at varslingspliktene etter barneloven §§ 42 og 46 er brutt. Dette kan imidlertid ikke vektlegges ved spørsmålet om barnet fortsatt er bosatt i Norge etter § 82 første ledd bokstav b. Lovgiver vurderte, men innførte ikke sanksjoner mot brudd på varslingsregelen i § 42.

- (13) B hadde samværsrett, men ikke del i foreldreansvaret for datteren. Han kunne derfor ikke motsette seg at barnet flyttet utenlands, jf. barneloven § 40. Man bør da være varsom med å sammenligne med barnebortføringssakene, som gjelder saker med felles foreldreansvar, hvor den ene av foreldrene ikke rettmessig kan flytte med barnet til utlandet uten samtykke fra den andre. Den foreliggende sak vil dessuten bli best opplyst i X der barnet bor, og en norsk avgjørelse om foreldreansvar vil ikke kunne tvangsfullbyrdes i X.
- (14) Det er en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten har gjengitt og sluttet seg til tingrettens begrunnelse uten å foreta noen selvstendig vurdering av anken over avvisningsspørsmålet.
- (15) Lagmannsretten har derimot truffet en riktig midlertidig avgjørelse om foreldreansvar. Far har ikke tidligere hatt del i foreldreansvaret, jf. barneloven § 35 første ledd, og det er ingen grunn til at han nå – etter at mor og barn har flyttet til X – skal få midlertidig del i det. På dette punktet må dessuten domsgrunnene etter omstendighetene anses tilstrekkelige.
- (16) A har lagt ned slik påstand:
- ”Prinsipal påstand:**
- 1) **Søksmål nektes fremmet for norsk domstol.**
- Subsidiær påstand:**
- 2) **Gulating lagmannsretts avgjørelse oppheves og hjemvises til ny behandling.**
- I motsøksmål:**
- 3) **Anken forkastes.**
- Saksomkostninger:**
- 4) **A tilkjennes sakens omkostninger for samtlige rettsinstanser.”**
- (17) B har i hovedtrekk anført:
- (18) Norske domstoler har domskompetanse i saken etter barneloven § 82 første ledd bokstav b. Barnets bosted endres ikke dersom flytting til utlandet skyldes et rettsbrudd eller en illojal handling.
- (19) En forelder som har foreldreansvaret alene, kan rettmessig flytte med barnet til utlandet uten den andres samtykke. Denne retten er imidlertid forbundet med varslingsplikter etter barneloven §§ 42 og 46. Reglene om varslingsplikt skal sikre den samværsberettigede mulighet til å kunne avverge flyttingen. Når vedkommende ved feilinformasjon og fortielse blir fratatt denne muligheten, bør det få betydning for domskompetansen.
- (20) Reelle hensyn tilsier at brudd på varslingsreglene bedømmes på samme måte som ved barnebortføring, hvor regelen er at barnet anses for å ha beholdt sitt bosted i Norge. Dersom bruddet ikke får rettslige konsekvenser, vil respekten for varslingspliktene kunne bli undergravet. Dessuten vil det stride mot den alminnelige rettsoppfatning – og oppleves som en premiering – om varslingspliktene skal kunne brytes uten at det får betydning for domskompetansen. Det kan ikke være avgjørende at det ikke ble innført noen sanksjon mot brudd på varslingspliktene – det er her ikke snakk om en slik sanksjon som lovgiver vurderte.

- (21) Lagmannsretten har ikke begått saksbehandlingsfeil ved avgjørelsen av avvisningsspørsmålet.
- (22) Derimot har lagmannsretten begått saksbehandlingsfeil ved den midlertidige avgjørelsen om foreldreansvar. Begrunnelsen er for knapp, og flere anførsler er ikke behandlet. Videre er det uriktig rettsanvendelse når lagmannsretten ikke har tatt som utgangspunkt at regelen ved samlivsbrudd er felles foreldreansvar med mindre særlige grunner tilsier at den ene av foreldrene bør ha foreldreansvaret alene, jf. Rt. 2003 side 35 avsnitt 33.
- (23) B har nedlagt slik påstand:
- "1. As anke forkastes.**
 - 2. Lagmannsrettens kjennelse oppheves og hjemvises til ny behandling for så vidt gjelder spørsmålet om B skal ha del i foreldreansvaret for C.**
 - 3. B, eventuelt det offentlige, tilkjennes sakens omkostninger for samtlige rettsinstanser."**
- (24) *Mitt syn på saken*
- (25) Ankene er videre anker over kjennelse, og Høyesteretts kompetanse er begrenset til å prøve lagmannsrettens saksbehandling og lovtolking, jf. tvisteloven § 30-6 bokstav b og c.
- (26) Jeg ser først på avvisningsspørsmålet.
- (27) Lagmannsretten har sitert tingrettens begrunnelse og sluttet seg til den. Det er ingen saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke har utformet en selvstendig begrunnelse, se tvisteloven § 19-6 femte ledd. Begrunnelsen til tingretten er tilstrekkelig til å prøve lovtolkningen. Anken over saksbehandlingen kan følgelig klart ikke føre frem, og jeg går over til anken over lovtolkningen.
- (28) Sak om foreldreansvar, fast bosted og samværsrett kan etter barneloven § 82 første ledd anlegges for norsk domstol
- "a) dersom den kravet rettar seg mot er busett i Noreg**
 - b) dersom barnet er busett i Noreg, eller**
 - c) dersom spørsmål om foreldreansvar eller samværsrett tidlegare er avgjort i Noreg, med mindre det er høve til å få spørsmålet avgjort i utlandet og avgjerdsorganet meiner at saka bør avgjerast der."**
- (29) To kriterier avgjør hvilket land en person i denne relasjonen er bosatt i. Han eller hun må faktisk ha tatt opphold i vedkommende land – det objektive krav – og må ha til hensikt å ha et relativt varig opphold der – det subjektive krav. Vanligvis har barn samme bopel som foreldrene, og når foreldrene ikke lever sammen, vil barnets bopel følge den av foreldrene som barnet bor fast hos, se Rt. 2005 side 1345 avsnitt 21.
- (30) Lagmannsretten har funnet det bevist at mor og datter objektivt sett hadde tatt opphold i X, og at moren hadde til hensikt å bli boende der da begjæringen om midlertidig avgjørelse og stevningen ble fremmet for Bergen tingrett. Lagmannsretten har tatt

utgangspunkt i de relevante kriterier og bygger således på riktig lovtolkning. Den konkrete rettsanvendelsen kan Høyesterett ikke prøve.

- (31) A har imidlertid erkjent at hun brøt barneloven §§ 42 og 46 da hun flyttet til X uten å varsle barnets far. Om betydningen av unnlatt varsling uttaler tingretten, som lagmannsretten slutter seg til:

”Retten har ved vurderingen funnet å legge avgjørende vekt på at mor, i strid med barneloven § 46, ikke lot far få uttale seg om flyttingen. Det følger av bestemmelsen at den som har samværsrett med barnet skal få uttale seg før den som har foreldreansvaret tar avgjørelser som vil gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten.

...

Mor erkjente under sin forklaring at hun av ulike grunner valgte å holde flyttingen skjult for venner og familie. Dette stemmer også overens med fars forklaring om at han før avreisen fikk vite at oppholdet i X skulle var i 2-3 uker. Retten ser det på denne bakgrunn slik at mor bevisst har gitt uriktige opplysninger til far om varigheten av utenlandsoppholdet. Retten legger videre til grunn at far, dersom han hadde vært kjent med de faktiske forhold, hadde reist sak om foreldreansvaret for C forut for avreisen. Mor hadde i en slik situasjon ikke hatt anledning til å flytte ut av landet med C, jf barneloven § 40, 2. ledd.

Mor har således opptrådt på en måte som, dersom saken avvises, har fratatt far hans reelle mulighet til å få prøvet spørsmålet om fast bosted og foreldreansvar for norsk domstol. Retten finner at en slik fremgangsmåte ikke kan anerkjennes gjennom domisilreglene i barneloven § 82.

Etter dette anses mor og C som bosatt i Norge per 25.10.2010 i relasjon til barneloven § 82. Dette innebærer at saken fremmes både hva gjelder begjæring midlertidig avgjørelse og hovedsaken.”

- (32) De tidligere instanser har altså konkludert med at den unnlatte varslingen medfører at barnet fortsatt må anses for å være bosatt i Norge i relasjon til barneloven § 82. Hovedspørsmålet i saken er om dette bygger på riktig lovtolkning.
- (33) Når en av foreldrene har foreldreansvaret alene, kan den andre ikke motsette seg at barnet flytter ut av landet, se barneloven § 40 første ledd første punktum. Men dersom vedkommende har samværsrett med barnet, har han eller hun etter barneloven §§ 42 og 46 krav på å bli underrettet om flyttingen.
- (34) Av § 46 fremgår det at den som har samværsrett, så langt råd er, skal få uttale seg før den som har foreldreansvaret, tar avgjørelser som vil gjøre det umulig eller vesentlig vanskeligere å utøve samværsretten. Bestemmelsen forutsetter en plikt til å varsle den samværsberettigede før avgjørelsen treffes. Om begrunnelsen for bestemmelsen heter det i NOU 1977: 35 side 79:

”Men visse avgjørelser kan gjøre samværsretten lite verdt og bidra til å bryte den samværsberettigedes kontakt med barnet. I slike tilfelle har han eller hun et sterkt og berettiget behov for å bli forespurt før avgjørelsen treffes. Et typisk eksempel er flytting utenlands med barnet. Det vil gi den samværsberettigede mulighet for å påvirke den annen til å treffe en avgjørelse som ikke går (så sterkt) utover samværsretten, og fører ikke det frem, kan den samværsberettigede reise sak med krav om å få foreldreansvaret overført til seg. Mens saken pågår, kan ingen av foreldrene ta barnet med til utlandet uten at de er enige ...”

- (35) Flytting utenlands med barnet er altså i kjerneområdet for plikten til å varsle og la den samværsberettigede få uttale seg. Og formålet med plikten er å gi den samværsberettigede mulighet til å påvirke avgjørelsen, for eksempel ved å reise sak med krav om å få overført foreldreansvaret til seg. Er foreldrene uenige, kan barnet ikke flytte ut av landet før sak er avgjort, se § 40 andre ledd.
- (36) Paragraf 42 første ledd tredje punktum bestemmer at dersom en av foreldrene vil flytte og det er avtale eller avgjørelse om samværsrett, skal han eller hun varsle den andre senest seks uker før flyttingen. Bestemmelsen, som ble vedtatt ved lov 9. april 2010 nr. 13, trådte i kraft 1. juli 2010 og kommer følgelig til anvendelse i den foreliggende sak. Også formålet med denne bestemmelsen er å gi foreldrene tid og anledning til å tenke gjennom situasjonen, drøfte hvordan flyttingen vil virke inn på samværet og om det bør foretas en ny vurdering av hvor barnet skal bo fast, og eventuelt gå til mekling og rettsak dersom de ikke blir enige, jf. Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) side 43 og 44.
- (37) Lovgiver mente at det ikke ville være i samsvar med barnets beste å innføre en sanksjonsregel mot brudd på varslingsplikten etter § 42 første ledd tredje punktum, se proposisjonen side 45. En sanksjon som ble nevnt, men altså ikke innført, var at barnet automatisk skulle få bosted hos den andre. Departementet uttalte imidlertid at unnlatt varslings vil kunne være et relevant moment i en etterfølgende sak. Det samme gjelder ved unnlatelse av å etterleve varslingsregelen i § 46, se Backer, Barneloven, Kommentartutgave, 2. utgave (2008) side 417 og side 370 med videre henvisning til Rt. 1997 side 672.
- (38) Lovgiver vurderte ikke om unnlatt varslings burde få betydning for norske domstolars domskompetanse. Dette spørsmålet har heller ikke vært behandlet av Høyesterett.
- (39) Derimot er det sikker rett at et barn – i relasjon til reglene om domskompetanse i barneloven § 82 – som hovedregel ikke skifter bosted dersom foreldrene har felles foreldreansvar og den ene av dem uten den andres samtykke – i strid med barneloven § 40 første ledd andre punktum – tar barnet med seg ut av landet (eller holder det tilbake i Norge), jf. Rt. 2005 side 1345, Rt. 1996 side 1332, Rt. 1993 side 1144 og Rt. 1987 side 794 samt NOU 1977: 35 side 105 og 145. Spørsmålet er om tilsvarende må gjelde ved brudd på varslingspliktene etter §§ 42 og 46.
- (40) Forbudet i § 40 første ledd andre punktum mot å flytte med barnet til utlandet uten samtykke, gjelder i alle tilfeller hvor foreldrene har felles foreldreansvar. Hvorvidt også omsorgen for barnet er delt, er ikke avgjørende. Dersom omsorgen ikke er delt, vil den andre av foreldrene vanligvis ha samværsrett med barnet, men heller ikke dette er avgjørende etter § 40 første ledd andre punktum. Det som dermed i første rekke skiller barnebortføringssakene og sakene om brudd på varslingspliktene etter §§ 42 og 46, er at det i de sistnevnte sakene bare er samværsrett og ikke rett til å ta del i foreldreansvaret, som krenkes. Et barns rett til samvær med begge sine foreldre er en grunnleggende rettighet. For barnet vil det vanligvis være mer merkbart om den ene av foreldrene blir hindret i å ha samvær enn om vedkommende bli hindret i å ta del i foreldreansvaret. Som i barnebortføringssakene, vil også flytting av barnet uten å varsle den samværsberettigede, være rettsstridig. Dette tilsier at norske domstolars domsmyndighet bør være den samme ved brudd på varslingsplikten som ved barnebortføring.

- (41) Jeg finner ikke å kunne legge vekt på at lovgiver ikke ønsket å innføre sanksjoner mot brudd på varslingsplikten etter § 42. Det forhold at norske domstoler anses for å ha domskompetanse, kan vanskelig kalles en sanksjon. Dessuten dreier det seg her om en prosessuell konsekvens, mens lovgiver vurderte materielle konsekvenser.
- (42) For barnebortføringssakene er det lagt til grunn at dersom det gjennom barnebortføringen blir etablert en faktisk situasjon som varer ved, må man etter en tid si at barnet har skiftet bopel, i hvert fall når det ikke bevisst holdes skjult, se Kvisberg, Internasjonale barnefordelingssaker. Internasjonal barnebortføring, side 127 flg. med videre henvisninger. Også ved brudd på varslingsplikten bør et prinsipp om at barnet beholder bosted i Norge, begrenses til situasjoner hvor det ikke har gått for lang tid siden flyttingen. Hensynet til best opplysning av saken taler dermed heller ikke med særlig tyngde mot at norsk domsmyndighet som utgangspunkt er i behold.
- (43) Min konklusjon er etter dette at brudd på varslingspliktene etter barneloven §§ 42 og 46 som hovedregel medfører at barnet i relasjon til § 82 om domskompetanse fortsatt har bosted i Norge. Lagmannsretten har dermed tolket loven riktig, og anken over lovtolkningen må forkastes. At lagmannsretten bare har vurdert forholdet til § 46 – og ikke til § 42 – kan ikke ha noen betydning i denne sammenheng.
- (44) Jeg behandler nå anken over den midlertidig avgjørelsen av foreldreansvaret. Tingrettens begrunnelse på dette punkt, som lagmannsretten har sluttet seg til, lyder slik:

”Rettens avgjørelse skal rette seg etter det som er best for barnet. Retten kan ikke se at det er anført eller sannsynliggjort noen forhold som tilsier at det beste for barnet nå er at far gis del i foreldreansvaret. Partene bor på hver sin kant av verden, noe som gjør det både praktisk vanskelig og konfliktfremmende med felles foreldreansvar. Kravet om at far skal ha del i foreldreansvaret frem til det foreligger rettskraftig avgjørelse tas derved ikke til følge.

Retten kan forøvrig ikke se at far, ved å få del i foreldreansvaret nå, vil kunne avverge en irreparabel situasjon, slik han hevder. Mors utreise med barnet forut for saksanlegget var lovlig. Hun hadde foreldreansvaret alene, og det forelå på det tidspunkt ikke noen tvist mellom partene. Rettens avgjørelse med hensyn til bosted etter barneloven § 82 har utelukkende den virkning at saken kan behandles ved norsk domstol.”

- (45) Begrunnelsen er knapp og burde ideelt sett vært noe mer utførlig og i større grad et svar på anførselene i anken. Etter mitt syn er det imidlertid ikke slike feil ved begrunnelsen at avgjørelsen på dette punkt må oppheves.
- (46) B har videre anført at det er uriktig rettsanvendelse når lagmannsretten ikke har tatt som utgangspunkt at hovedregelen ved samlivsbrudd er felles foreldreansvar, jf. Rt. 2003 side 35 avsnitt 33.
- (47) Det overordnede prinsipp ved avgjørelsen av hvem av foreldrene som skal ha foreldreansvaret, er hva som er til barnets beste, jf. barneloven § 48. Dette er også lagmannsrettens utgangspunkt.
- (48) I Rt. 2003 side 35 avsnitt 33 er det lagt til grunn at regelen ved samlivsbrudd er felles foreldreansvar med mindre særlige grunner tilsier at en av foreldrene bør ha foreldreansvaret alene. Uttalelsen må imidlertid leses i lys av at foreldrene i den saken

hadde vært gift og hadde felles foreldreansvar, og at de begge hadde levd sammen med barnet frem til samlivsbruddet, se avsnitt 2 og 31. Ikke noe av dette er tilfellet i den foreliggende sak. At det ikke kan stilles opp et tilsvarende klart utgangspunkt der det aldri har vært noe samliv mellom partene, følger av Rt. 2010 side 216 avsnitt 47. Slik må det etter mitt syn også være når et samboerforhold er opphørt før barnet ble født, som i den foreliggende sak. Lagmannsretten har etter dette bygget på riktig lovtolkning når den har foretatt en totalvurdering av hva som er til barnets beste uten å ta utgangspunkt i en hovedregel om felles foreldreansvar.

- (49) Begge anker må etter dette forkastes.
- (50) Partene har lagt ned påstand om å bli tilkjent sakskostnader for alle instanser. Ingen av dem har vunnet saken for Høyesterett fullt ut eller i det vesentlige, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Etter mitt syn er det heller ikke grunnlag for å tilkjenne sakskostnader etter § 20-3 eller § 20-4. Jeg tilføyer at begge parter er innvilget fri sakførsel for Høyesterett. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes etter dette ikke. Jeg finner heller ikke grunn til å endre de tidligere instansers sakskostnadsavgjørelse.
- (51) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (52) | Dommer Falkanger: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (53) | Dommer Kallerud: | Likeså. |
| (54) | Dommer Noer: | Likeså. |
| (55) | Dommer Tjomsland: | Likeså. |
- (56) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Ankene forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: