



NOREGS HØGSTERETT

Den 18. desember 2018 sa Høgsterett samansett av dommarane Indreberg, Møse, Noer, Kallerud og Høgetveit Berg dom i

HR-2018-2424-A, (sak nr. 18-070825SIV-HRET), sivil sak, anke over dom:

A

B

C

D

E

F

G

H

I

J

(advokat Svein Arne Hagen – til prøve)

mot

K

(advokat Per Ludvig Erland)

R Ø Y S T I N G :

- (1) Dommar **Høgetveit Berg**: Saka gjeld spørsmål om eit felles testament kan kallast attende av den lengstlevande testatoren.
- (2) L, fødd 1934, og M, fødd 1927, vart sambuarar i 1980, gifta seg i 1984 og hadde felleseige. Dei hadde ingen felles barn. Begge hadde vore gifte tidlegare. L hadde to barn frå det fyrste ekteskapet sitt; N, fødd 1961, og K, fødd 1963. M hadde ikkje barn frå tidlegare.
- (3) Ls foreldre eigde og dreiv ein gard utanfor X. Egedomen har vore i familien i omlag 400 år. L fikk ein fritidseigedom, --- i Y, utskilt frå garden i konfirmasjonsgåve. Broren til

L overtok garden i 1972. I 1987 skilde han ut hovudhuset på garden, Z, og selde denne eiegenomen til L og M for 750 000 kroner. Etter at huset var pussa opp, nytta L og M denne eiegenomen som bustad.

- (4) I 1991 skreiv N og K ei erklæring om at dei, i tråd med ynske frå mor si, samtykka i at M kunne sitja i uskifta bu dersom mor deira gjekk bort fyrst.
- (5) L og M underteikna 8. oktober 1998 eit dokument kalla "gjensidig testament". Partane i tvisten her er samde om at dette er eit felles testament og ikkje eit gjensidig testament. I testamentet var det bestemt at N skulle arve --- og K skulle arve Z etter at den lengstlevande av testatorane var død. Testamentet inneheldt i tillegg ein verdijusteringsmekanisme som kom i bruk dersom den mest verdifulle, eller begge, eiegenomane vart selde innan ti år etter overtakinga, slik at syskena då kom likt ut økonomisk. Ut over dette hadde testamentet reglar om forkjøpsrett for arvinganes livsarvingar, og om særlege og beslagsfridom for det dei arva. Det var presisert at N og K hadde gjeve samtykke til at M kunne sitja i uskifte fram til sin død dersom L skulle falle frå før han. Partane i saka her er samde om at begge borna var gjort kjende med testamentet.
- (6) Tidleg på hausten 2009 vart det klart at L hadde alvorleg kreft. Ho døydde 17. februar 2010. M leverte inn melding om uskifta bu 25. mars 2010. Kristiansand tingrett gav han uskifteattest same dagen. M underteikna 22. juni 2010 heimelserklæring i samband med uskiftet og etter dette vart heimelen til eiegenomane Z (ideell halvpart) og --- overført til han. Overføringane vart tinglyste rett etterpå.
- (7) I juli 2011 utferda M eit nytt testament. Etter dette testamentet skulle dei to nemnde eiegenomane med innbu og lausøyre gå til N og K mot at dei betalte 1,9 millionar kroner kvar til buet. Resten av buet skulle i stor grad fordelast til Ms slektningar. Testamentet vart ikkje gjort kjent for K og N.
- (8) I mai 2014 skreiv M til K at han ynskte å skifte uskiftebuet. Han understreka at dei to eiegenomane "selvsagt" skulle overtakast av N og K, men at "det vil foreligge heftelser på disse eiendommene, avhengig av booppjørets sluttsum".
- (9) Den 23. juni 2014 utferda M eit nytt testament. Etter dette testamentet skulle testamentet av 1998 "respekteres så langt eiendommene er i behold". Vidare heitte det at skøyta "m/evt. heftelser" skulle overførast til K og N etter at dei kvar for seg hadde overført 2,5 millionar kroner til buet. Heller ikkje dette testamentet vart gjort kjent for K og N.
- (10) Rundt årsskiftet 2015–2016 hadde M og K kontakt i samband med at M ville kjøpe ein leilegheit i X. K sa då i frå om at han motsette seg at Z vart seld eller pantsett i samband med leilegheitskjøpet. Han viste til testamentet frå 1998 og at han ikkje hadde motsett seg at M sat i uskifta bu. K tilbød M finansieringshjelp mot pant i leilegheita som skulle kjøpast. Samstundes tok K kontakt med advokat – som i februar 2016 skreiv til M og mellom anna bad han avklare finansieringa av det moglege leilegheitskjøpet. Ms dåverande advokat svarte og gjorde greie for Ms synspunkt knytt til hans rett til å disponere over eiegenomane.

- (11) K kravde i mars 2016 at forliksrådet skulle forby M å disponere rettsleg over eigedomane. Forliksrådet frifann M. Den 13. september 2016 tok K ut stemning for Kristiansand tingrett med tilsvarande påstand som for forliksrådet.
- (12) M utferda ytterlegare eit testament 21. september 2016. Testamentet tilbakekalla alle tidlegare testament "så langt der er rettslig adgang til dette". Testamentet tok utgangspunkt i at begge eigedomane var i felleseige mellom ektemakane, og at M fritt kunne selja eigedomane. Det vart sagt at N og K hadde arverett etter mor si, med rett til å ta ut eigedomane på sin lodd ved Ms død. I så fall skulle dei betale halvparten av verdien på eigedomane til buet. K og N vart ikkje gjort kjende med testamentet.
- (13) I prosesskriv 9. november 2016 gav M uttrykk for at han ynskte å selja eiendomen Z, og at han venta eit krav om mellombels åtgjerd. K sette straks fram eit slikt krav og etter munnlege tingingar gav tingretten 7. desember 2016 orskurd med slik slutning:
- "1. M født 00.00.27 forbys å foreta rettslige disposisjoner over eiendommen gnr. 0 bnr. 00, Z på --- i X kommune enten ved testament, salg eller annen form for avhendelse, ved opplåning og annen pantsettelse eller andre rettslige disposisjoner som hindrer eller vil kunne hindre eller begrense K sin mulighet til senere å motta denne eiendom som arv. Den midlertidige forføyning skal gjelde frem til rettskraftig dom foreligger i hovedsak mellom saksøker K og saksøkte M.**
 - 2. Slutningen punkt 1 blir å tinglyse på eiendommen gnr. 0, bnr. 00 i X kommune.**
 - 3. M betaler 40 181 – førtitusenetthundreogåttien – kroner i sakskostnader til K innen 2 – to – uker etter forkynning av denne kjennelsen."**
- (14) M anka orskurden til Agder lagmannsrett, som forkasta anken.
- (15) Som nemnd vart korskje K eller N orienterte om testamenta frå M då desse vart oppretta i 2011, 2014 og 2016. Desse tre testamenta vart fyrst lagt fram i tvistesaka for Kristiansand tingrett, etter krav frå K, jf. tingrettens orskurd 19. desember 2016.
- (16) M kravde 3. januar 2017 skifte av uskiftebuet ved Kristiansand tingrett. Handsaminga av buet vart sett på vent på grunnlag av saka her.
- (17) Kristiansand tingrett sa 27. januar 2017 dom med slik domsslutning:
- "1. M, født 00.00 1927 forbys å foreta rettslige disposisjoner over eiendommen gnr. 0, bnr. 00, Z på --- i X kommune enten ved testament, salg eller annen form for avhendelse, ved opplåning og annen pantsettelse eller andre rettslige disposisjoner som hindrer eller vil kunne hindre eller begrense K sin mulighet til senere å motta denne eiendom som arv.**
 - 2. M dømmes til å betale sakskostnader med 146 732 – etthundreogførtisekstusensyvhundreogtrettito – kroner innen to – 2 – uker fra forkynnelse av dommen."**

- (18) M anka dommen til Agder lagmannsrett. Anken vart forkasta under dissens. Lagmannsrettens dom 22. november 2017 har slik domsslutning:
- "1. Anken forkastes.**
- 2. M betaler til K sakskostnader med 188 839 –etthundreogåttiåttetusenåttehundreogtrettini – kroner, med forfall 2 – to – uker etter dommens forkynning."**
- (19) Både fleirtalet og mindretalet i lagmannsretten kom til at det er mogleg å fråskrive seg retten til å kalle attende eit felles testament, jf. arvelova § 56, utan at dette går uttrykkjeleg fram. Begge fraksjonane la til grunn at det er mogleg å tolke inn ei slik fråskrivning i eit testament som ikkje er kalla arvepakt – eller nyttar uttrykket "ugjenkallelig" eller andre formuleringar som openbert tyder at testamentet også er ei arvepakt. Lagmannsretten var også samstemt i at den som påstår at eit testament også er ei arvepakt må oppfylle eit strengt provkrav. Usemja gjaldt den konkrete vurderinga av 1998-testamentet.
- (20) M anka lagmannsrettens dom til Høgsterett. Anken var retta mot provdøminga og rettsbruken. M døydde natt til 19. januar 2018. Saka vart stansa, jf. tvistelova § 16-16 fyrste ledd bokstav b.
- (21) Det vart opna offentleg skifte av Ms dødsbu 14. februar 2018. I protokoll frå møte 28. februar 2018 mellom arvingane og bustyraren går det fram at det ikkje var aktuelt for buet å tre inn i anken til Høgsterett.
- (22) Slektningane etter M – to brør med ektemakar og barn som alle er legatarar etter testamentet frå 2016 – kravde 23. mars 2018 å tre inn i saka for Høgsterett. I tillegg til å krevja frifinjing, endra dei påstanden til at 1998-testamentet "ikke [er] ugjenkallelig".
- (23) Ankeutvalet viste anken til handsaming i Høgsterett ved avgjerd 21. juni 2018. Bortsett frå dødsfallet til M står saka i det alt vesentlege i den same faktiske stillinga som for lagmannsretten.
- (24) Dei ankande partane – *A, B, C, D, E, F, G, H, I og J* – har i grove trekk gjort gjeldande:
- (25) Dei ankande partane har rett til å tre inn i ankesaka på vegner av buet. Både dødsbuet og legatarane har rettsleg interesse i anken.
- (26) Utgangspunktet er at eit testament fritt kan kallast attende, jf. arvelova § 55. Ei arvepakt krev testaments former. Arvelova stiller difor strenge formkrav for fråfall av retten til å kalle testamentet attende, jf. arvelova § 56. Eit fråfall av tilbakekallingsretten – "ugjenkallelighet" – kan ikkje tolkast inn i eit testament utan reine ord. Dette har støtte i lovførearbeida, Høgsteretts avgjerd i Rt-1979-922 og juridisk litteratur.
- (27) Under alle omstende kan det konkrete testamentet ikkje tolkast slik at retten til å tilbakekalle det er fråfalle. Ekteparet M meinte ikkje at testamentet ikkje skulle kunne kallast attende. Det ligg ikkje føre tilstrekkeleg sterke prov for å konkludere med eit fråfall av tilbakekallingsretten.

(28) A, B, C, D, E, F, G, H, I og J har sett fram slik påstand:

"Prinsipalt:

1. M og Ls testament av 8. oktober 1998 er ikke ugjenkallelig.
2. Ms dødsbo frifinnes.
3. Ms dødsbo tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett fram til 19. januar 2018 (dødsfallsdato).
4. Ankende parter tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

Subsidiært:

1. Saken heves.
2. Sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett tilkjennes ikke."

(29) Ankemotparten – K – har i grove trekk gjort gjeldande:

(30) Dei ankande partane har ikkje rettsleg interesse i ankesaka. Den endra påstanden inviterer til dom for eit påstandsgrunnlag – og kan under alle omstende ikkje handsamast av Høgsterett då vilkåra i tvistelova § 29-4 ikkje er oppfylte.

(31) Eit fråfall av tilbakekallingsretten – "ugjenkallelighet" – kan tolkast inn i eit testament utan reine ord. Dette er klart føresett i arvelova, i lovførearbeida og i juridisk litteratur. Det er eit strengt provkrav for eit slikt fråfall, men dette provkravet er oppfylt i saka her. Det felles testamentet frå 1998 må ut frå bakgrunnen tolkast nettopp slik at M ikkje kunne disponere på ein måte som avgrensa Ks arv i eigedommen.

(32) Subsidiært blir det gjort gjeldande at arvelova § 58 om gjensidige testament må nyttast analogisk på det tilfellet me står overfor i denne saka.

(33) K har sett fram slik påstand:

"For hevningstilfellet:

1. Ankesaken heves.
2. Saksomkostningsavgjørelsen for tingrett og lagmannsrett stadfestes.
3. Ms dødsbo u/offentlig skifte dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesteretts behandling frem til 19. januar 2018.
4. Ankende parter dømmes til å betale saksomkostningene for Høyesterett fra 19. januar 2018.

For det tilfellet at saken fremmes til realitetsbehandling:

Vedrørende spørsmålet om utvidelse av nytt krav:

Prinsipalt:

1. Krav om inndragning av nytt krav tas ikke til følge.

Subsidiært:

2. Testamentet av 8 oktober [1998] er ugjenkallelig.

Vedr. anken for øvrig:

1. **Anken forkastes.**
2. **Saksomkostningsavgjørelsen for tingrett og lagmannsrett stadfestes.**
3. **Ms dødsbo u/offentlig skifte dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesteretts behandling frem til 19. januar 2018.**
4. **Ankende parter dømmes til å betale saksomkostningene for Høyesterett fra 19. januar 2018."**

- (34) *Mitt syn på saka*
- (35) Ms dødsbo har valt ikkje å tre inn i ankesaka. Det fyrste spørsmålet er då om dei ankande partane – legatarane etter 2016-testamentet – kan krevja at saka blir sett i gang att, jf. tvistelova § 16-16 andre ledd andre punktum.
- (36) Utgangspunktet er at ein kvar loddeigar kan opptre til fordel for buet, jf. mellom anna Rt-1999-849. Dette føresett likevel at det ligg føre rettsleg interesse. Dei krava som tvistelova § 1-3 stiller til søksmålssituasjon og partstilknytning må vera oppfylte for legatarane, jf. Rt-1990-874. Dette inneber at det for saker om privatrettslege rettar og plikter normalt må vera eit vilkår for å setja saka i gang att, at retten eller plikta er av ein slik karakter at den etter dødsfallet går over på eller kan gjerast gjeldande av eller mot arvingane eller buet, jf. Skoghøy, Tvisteløsning, 3. utgåva side 290.
- (37) Søksmålet frå K gjekk opphavleg ut på å forby M å disponere rettsleg over eigedomen Z. Det same gjorde kravet om mellombels åtgjerd. Grunngevinga var at 1998-testamentet stengde for alle disposisjonar. Då søksmålet vart reist og mellombels åtgjerd vart kravd, var K ikkje kjent med testamenta frå 2011, 2014 og 2016. M gjorde gjeldande at han i uskifte fritt kunne disponere over sin del av felleseiget. Det går fram på side 3 i orskurden 19. desember 2016 frå Kristiansand tingrett om Ks krav om framlegging av seinare testament, at dersom domstolane skulle kome til at testamentet frå 1998 innskrenka retten til å disponere over eigedomen, ville M godta dette med verknad for dokument oppretta etter testamentet frå 1998. Det reelle tvistes spørsmålet var heile tida om 1998-testamentet kunne kallast attende. Sjølv om påstanden for ting- og lagmannsretten ikkje vart justert som følgje av den nemnde avklaringa, må den forståast som eit krav om at 1998-testamentet ikkje kunne kallast attende. Dei ankande partane gjer såleis gjeldande det same kravet som tidlegare sjølv om påstanden er justert. Dei ankande partane har då rettsleg interesse i å halde fram anken i søksmålet som K har reist, når det gjeld retten til å rå over eigedomen ved seinare testament.
- (38) Det neste spørsmålet er kva for grenser testamentet frå 1998 sette for M sin rett til å disponere over eigedomane etter at L hadde gått bort.
- (39) Ein testator kan i utgangspunktet fritt endre eller kalle attende eit testament, jf. arvelova § 55. Testatoren kan likevel, ved arvepakt i testaments former, binde seg til ikkje å gjera, endre eller kalle attende eit testament, jf. arvelova § 56.
- (40) Ei arvepakt kan gjerast mellom testatoren og ein eller fleire testamentsarvingar. Men arvepakta kan også gjerast overfor ein ektemake som testatoren opprettar felles testament saman med. Arvepakta treng ikkje vera inngått med den som blir tilgodesett. Fråfallet av tilbakekallingskompetansen kan såleis gjerast overfor ulike rettssubjekt. Det er

rettssubjekta som er adressatar for fråfallet – partane i arvepakta – som må samtykke dersom testatoren seinare ynskjer å endre eller kalle attende testamentet.

- (41) Ordlyden i arvelova § 56, sett i samanheng med tolkingsregelen i arvelova § 65 fyrste ledd, talar isolert sett for at fråfall av retten til å kalle attende eit testament ikkje treng å vera eksplisitt, men kan følgje av ei tolking av testamentet der ein også legg vekt på omstende som ikkje er nedfelt i sjølve testamentet.
- (42) Førarbeida til arvelova omtalar ikkje direkte spørsmålet om fråfallet må vera uttrykkjeleg. I Rt-1979-922 var det i eit felles testament mellom ektemakar ikkje sagt noko eksplisitt om fråfall av retten til å kalle testamentet attende. Etter at Høgsterett i den saka hadde slått fast at det ikkje låg føre ei arvepakt, heiter det vidare at det heller ikkje var noko anna rettsleg hinder for tilbakekall. Dommen kan tale for at det krevst eit uttrykkjeleg fråfall av retten til å endre testamentet, men drøftinga av spørsmålet er svært knapp. Ein nærast samstemt juridisk litteratur gjev uttrykk for at ei arvepakt kan følgje av ei tolking av testamentet der ein også kan leggje vekt på omstende som ikkje er nedfelt i dokumentet.
- (43) Systemet i lova talar etter mitt syn for at fråfall av retten til å kalle attende eit testament kan følgje av ei tolking av testamentet der ein også kan ta omsyn til omstende som ikkje er nedfelt i dokumentet. Eg viser her til NOU 2014:1 *Ny arvelov* side 104 – som eg meiner gjev uttrykk for gjeldande rett. Her går det fram at når ein skal ta stilling til om disposisjonen kan kallast attende, må ein byggje på dei same vurderingskriteria som elles ved tolking av testament – formkrava hindrar ikkje dette. Viljen til å binde testasjonskompetansen må likevel ha tilstrekkeleg forankring i det formbundne dokumentet. Men tolkingsmoment utanfor dokumentet kan trekkjast inn for å kaste lys over kva testator meinte då dokumentet vart utferda. Dette er bakgrunnen for provkravet "klårlagt" i arvelova § 65 andre ledd. Det same må gjelde der spørsmålet er om eit testament også skal tolkast som ei arvepakt. Ein bør ha ganske sterke haldepunkt for å legge til grunn at arvelataren har meint å binde testasjonskompetansen.
- (44) Ut frå denne rettsforståinga blir spørsmålet om 1998-testamentet skal tolkast slik at M ikkje kunne kalle det attende.
- (45) Fleirtalet i lagmannsretten kom til at M heilt hadde fråfalle retten til å disponere over egedomen både i live og ved testament. Når M har gått bort, er det ikkje naudsynt å ta stilling til om fråfallet også gjaldt livsdisposisjonar. Det er no berre grunn til å avgjera om 1998-testamentet stengjer for seinare testament i strid med 1998-testamentet.
- (46) Når ektemakar i felles dokument og som testament fastset kva som skal skje med deira faste eigedomar etter at begge er døde, vil det nok ofte vera ein føresetnad mellom testatorane at den lengstlevande ikkje kan endre eller kalle attende testamentet. Etter mitt syn var dette situasjonen i saka her.
- (47) Det er ikkje omtvista at eit hovudføremål med 1998-testamentet var å halde eigedomane i Ls familie. Men det er ikkje noko i testamentet eller elles som tyder på at det berre var meininga å bestemme kven som skulle ende opp med dei respektive eigedomane på skiftet. Dersom testatorane i 1998 såg føre seg slike disposisjonar som følgjer av 2016-testamentet, ville det etter mitt syn vore naturleg å ta inn føresegnar om dette i 1998-testamentet. Det vart ikkje gjort. Derimot inneheld testamentet som nemnt ein omfattande klausul om utjamning av verdiane mellom arvingane for det tilfellet at ein av

eigedomane vart seld innan ti år etter den lengstlevande testatorens død. Eg nemner her at M hadde svært god økonomi då partane trefte kvarandre, og at den framleis var god då testamentet vart skriva i 1998.

- (48) Når ektemakane på denne måten disponerte over eigedomane i eit felles testament – og brukte uttrykket "gjensidig" – les eg dette nærast som ei direkte tilvising til at testamentet ikkje kunne endrast av den lengstlevande. Det kunne i alle fall ikkje endrast til skade for arvingane til L. Dette ligg heilt enkelt i at det var ein felles disposisjon.
- (49) Min samla konklusjon er difor at 1998-testamentet er "ugjenkallelig" i den forstand at det stengjer for føresegner i seinare testament om formuesgode som det er disponert over i 1998-testamentet til fordel for arvingane til den testatoren som døydde fyrst. Ut frå dette blir anken forkasta.
- (50) Anken har ikkje ført fram og K har etter tvistelova § 20-2 krav på å få dekt sakskostnadene. Eg ser ikkje grunn til å gjera unntak, korkje for Høgsterett, lagmannsretten eller tingretten. For Høgsterett er det kravd at dødsbuet dekkjer kostnader fram til Ms bortgang med 18 562 kroner og at dei ankande partane dekkjer kostnader frå dette tidspunktet med 299 475 kroner. Eg meiner at beløpa ikkje overstig det som er naudsynt. Kravet blir tilkjent fullt ut.
- (51) Eg røystar etter dette for slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. I sakskostnader for Høgsterett betalar Ms dødsbu til K 18 562 – attentusenfemhundreogsekstito – kroner innan 2 – to – veker frå forkynninga av dommen.
3. I sakskostnader for Høgsterett betalar A, B, C, D, E, F, G, H, I og J, ein for alle og alle for ein, til K 299 475 – tohundreogtittitusenfirehundreogsyttifem – kroner innan 2 – to – veker frå forkynninga av dommen.

- (52) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (53) Dommer **Møse:** Likeså.
- (54) Dommer **Noer:** Likeså.
- (55) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(56) Etter røystinga gav Høgsterett slik

D O M :

1. Anken blir forkasta.
2. I sakskostnader for Høgsterett betalar Ms dødsbu til K 18 562 – attentusenfemhundreogsekstito – kroner innan 2 – to – veker frå forkynninga av dommen.
3. I sakskostnader for Høgsterett betalar A, B, C, D, E, F, G, H, I og J, ein for alle og alle for ein, til K 299 475 – tohundreognittitusenfirehundreogsyttifem – kroner innan 2 – to – veker frå forkynninga av dommen.