

LB-2003-14851

INSTANS:	Borgarting lagmannsrett - Kjennelse.
DATO:	2003-12-11
DOKNR/PUBLISERT:	LB-2003-14851
STIKKORD:	Tvangsmulkt barnesamvær. Barneloven § 42 og § 48, tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 fjerde ledd.
SAMMENDRAG:	Rettsforlik om daglig omsorg og samvær for 2 felles barn ble ikke etterlevet av far. Han påsto at det var umulig å gjennomføre ordningen som ble avtalt pga barnas motvilje. De bor hos ham. Lagmannsretten fant som tingretten at far hadde plikt til lojalt å medvirke til at mor og barn får samvær. Barnas negative holdning ble ansett sannsynligvis å komme fra far. Det forelå ikke umulighet etter tvangsfullbyrdelsesloven kap. 13. Tvangsmulkt kr 1.000,- pr. gang ilagt, for ett år.
SAKSGANG:	Ytre Follo tingrett - Borgarting lagmannsrett LB-2003-14851 K/04. Kjæremål til Høyesterett forkastet, HR-2004-307-U.
PARTER:	A (Advokat Per Danielsen v/ advokatfullmektig B) mot B (Advokatfirmaet Oscar Ihlebæk v/ advokatfullmektig Sol Gunnes).
FORFATTER:	Lagdommer Kjersti Graver. Lagdommer Svein Dahl. Lagdommer Thore Rønning.

Saken gjelder begjæring om tvangsfullbyrdelse av rettsforlik vedrørende daglig omsorg og samværsrett, jf barneloven § 42 og § 48 og tvangsfullbyrdelsesloven kap. 13.

A og B inngikk 14. november 2002 rettsforlik, der det blant annet ble bestemt at de skal ha felles foreldreansvar og delt omsorg for barna C, født *.*1991 og D, født *.*1995. Barna skal etter forliket bo fast hos mor og hos far annen hver uke. Det ble også i detalj bestemt hvordan samværet skulle være i forbindelse med ferier, merkedager mv.

Barna har siden sommerferien 2003 blitt boende hos A. B har etter det opplyste bare hatt begrenset kontakt med dem etter 21. juli 2003.

B innga 25. august 2003 begjæring om tvangsfullbyrdelse av rettsforliket til Ytre Follo tingrett. Tingretten avsa 25. september 2003 kjennelse med slik *slutning*:

1. A ilegges en løpende tvangsmulkt stor kr 1.000 - kroner ett tusen - for hver gang han nekter B samvær med barna C, født *.*1991, og D, født *.*1995. Mulkten begynner å løpe fra første fastsatte samvær etter forkynnelse av denne kjennelsen og frem til 10 oktober 2004.
2. A dømmes til å betale saksomkostninger til B med kr 24.800 innen 2 - to - uker fra forkynnelse av denne kjennelse, med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

A har rettidig påkjært kjennelsen. Kjæremålet er av tingretten gitt oppsettende virkning etter tvistemålsloven § 400.

A har i hovedsak gjort gjeldende:

Det følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 13-8 at det ikke skal avsies kjennelse for tvangsmulkt hvis det er umulig å oppfylle forpliktelsen. Det følger av rettspraksis at det foreligger umulighet dersom barna bestemt motsetter seg samvær.

Tingrettens kjennelse er beheftet med saksbehandlingsfeil. Når retten ikke fant det sannsynliggjort at det forelå umulighet, var det fordi kjennelsen ble fattet kun på bakgrunn av Bs

fremstilling av saken. A hadde ikke uttalt seg om de endrete forutsetninger for rettsforliket. Det er også en saksbehandlingsfeil at ikke retten hørte barnas mening.

Begge barna nekter å dra til sin mor. Det har de klart gitt uttrykk for overfor henne flere ganger. Dette skyldes ulike former for omsorgssvikt de har blitt utsatt for hos henne. Det er blant annet opplyst om to episoder der hun har etterlatt barna alene, om manglende støtte til og interesse for barna, om manglende innredning av barnas rom hos henne, om kritikkverdig adferd når barna har vært til stede.

Det er innhentet en midlertidig uttalelse fra sakkyndig, som underbygger det faktiske hendelsesforløpet og som anser at hensynet til barnas beste taler for at rettsforliket ikke bør tvangsfullbyrdes.

Det bestrides at barna utsettes for manipulasjon fra fars side. Han har tvert imot utvist fleksibilitet og har på en aktiv og lojal måte forsøkt å få samværet til å fungere. Det var A som tok initiativet til en 50-50 ordning vedrørende daglig omsorg og samvær. Det beviser at han ønsket at barna skulle ha like stor kontakt med begge foreldre.

Barnas alder, 12 og 8 år, samt tidsperspektivet, taler i seg selv mot at deres klare ønsker er uttrykk for manipulasjon. Deres alder tilsier også at deres ønske skal tillegges stor vekt, jf barneloven § 31. Grensen for ubetinget uttalerett er nylig senket fra 12 til 7 år. Lovendringen trer i kraft 1. april 2004, men den må alt nå tillegges vekt ved rettsanvendelsen.

Hensynet til barnas beste tilsier at rettsforliket må endres. A har forsøkt å få i stand mekling, men B har vist liten samarbeidsvilje.

Den kjærende part har nedlagt slik *påstand*:

Prinsipalt:

Tingrettens kjennelse oppheves og hjemsendes til tingretten til ny behandling.

Subsidiært:

A frikjennes.

I begge tilfeller:

B dømmes til å betale As saksomkostninger med tillegg av 12 % rente fra forfall og til betaling skjer.

B har tatt til motmæle og har i hovedsak gjort gjeldende:

Det bestrides at det foreligger saksbehandlingsfeil ved tingrettens kjennelse. Kjærende part hadde all mulighet til å forelegge for retten sin fremstilling av saken.

Det foreligger ingen umulighet når det gjelder oppfyllelse av rettsforliket. Begge foreldre må arbeide aktivt med barnas motivasjon i forhold til kontakt med begge foreldre. Det synes som om A bruker sin posisjon overfor barna til å påvirke dem til ikke å ønske kontakt og samvær med B.

Anførselene fra A om omsorgssvikt fra B synes grunnløse og er bygget på beviselig feil faktum. Dersom anklagene opprettholdes, provoseres opplyst og dokumentert bakgrunnen for dem.

Det er ikke riktig at A følger opp barnas fritidsaktiviteter på en bedre måte enn B.

Uttalelsen fra den sakkyndige, psykolog Arne Bjerring Hansen, kan ikke tillegges avgjørende betydning. Han er ensidig engasjert av A, og han har kun observert barna hos ham, og ikke i samhandling med B. Det fremgår ikke av uttalelsen at Bjerring Hansen på telefon til henne opplyste at han merket klar forandring i barnas uttrykk og adferd når han snakket med dem uten at A var til stede. Bjerring Hansen ga klart uttrykk for at det virket som om barna videreformidlet As meninger vedrørende B.

A bruker barna som brikker i et spill mellom ham og B.

B har bare truffet barna få ganger siden 21. juli 2003. Ved en anledning sa D til henne uoppfordret at hun ønsket å komme til moren og at hun savnet henne.

A har bevisst forsøkt å rettferdiggjøre sine rettsstridige handlinger ved å skylde på barna. Han setter ikke barnas beste i fremste rekke.

Kjæremotparten har nedlagt slik *påstand*:

1. Kjæremålet forkastes.
2. B tilkjennes sakens omkostninger for begge instanser med tillegg av rente etter lov om forsinket betaling fra forfall og til betaling finner sted.

Lagmannsretten bemerker:

Lagmannsretten har full kompetanse i kjæremålssaken. Det er dermed ikke nødvendig å ta stilling til om tingrettens angivelige saksbehandlingsfeil gir grunnlag for å oppheve tingrettens kjennelse. Lagmannsretten bemerker like fullt at tingrettens behandling ikke kan ses å lide av saksbehandlingsfeil. A var av tingretten gitt forlenget frist med uttalelse til begjæringen om tvangsfullbyrdelse, på grunn av skifte av prosessfullmektig. Det dreide seg om en sak som burde behandles raskt, og fristen måtte avpasses etter det. Det er etter lagmannsrettens syn ikke grunnlag for å anse saken utilstrekkelig opplyst i forhold til avsigelsen av kjennelsen. Det omfatter også spørsmålet om tingretten skulle ha innhentet uttalelse fra barna. Som saken står opplyst, må det påregnes at barna ville ha uttalt seg negative til samvær med mor. Til vurdering for lagmannsretten står hvilken betydning dette skal ha for gjennomføringen av rettsforliket.

I en sak om tvangsgjennomføring etter barneloven § 42 og § 48 skal retten legge til grunn den avgjørelse som er truffet. Retten kan ikke ta opp til vurdering om det er ønskelig eller heldig at tvangsfullbyrdelse finner sted. Det er fra den kjærende parts side gjort gjeldende en rekke anførsler og tatt opp en rekke forhold som ligger utenfor gjenstanden for dette kjæremål. Det er blant annet vist til et rettsmøte 5. desember 2003, som formodes å gjelde tingretten og en stevning fra A, uten at dette er nærmere belyst fra hans side.

Begjæring om tvangsfullbyrdelse må nektes tatt til følge dersom saksøkte sannsynliggjør at gjennomføringen vil være umulig, jf tvangsfullbyrdelsesloven § 13-14 sammenholdt med § 13-8 fjerde ledd.

Det aktuelle tvangsmidlet her er tvangsmulkt. Det følger for øvrig av barneloven § 48 at det er eneste tvangsmiddel ved samværsrett.

Rettsforliket som ble inngått mellom partene 14. november 2002 har i utgangspunktet samme virkning som en rettskraftig dom. Rettsforlik om hvem som barna skal bo hos, om foreldreansvar og samvær, kan bare endres når særlige grunner taler for det, jf barneloven § 39. Ut fra det som fremgår av de seneste prosesskrift kan det synes som om rettsforliket nylig er angrepet av A.

Etter 21. juli 2003 har ikke B hatt barna boende hos seg, og hun har ikke hatt det samvær med dem som er nedfelt i rettsforliket. A hevder at det er umulig å oppfylle rettforliket fordi barna setter seg imot det.

Som saken er opplyst legges til grunn at barna bestemt har gitt uttrykk for at de ønsker å bo hos far. Spørsmålet er om denne holdning har blitt påvirket av ham og i så fall i hvilken grad. Det må kreves av den forelder som har barna boende hos seg, at vedkommende lojalt forsøker å få barna til å følge den avgjørelse som er tatt. Det følger blant annet av Rt-1988-708 at det skal legges vekt på om den aktuelle foreldrepert har ytet tilstrekkelig aktiv og lojal medvirkning. I følge Rt-1997-2012 vil spørsmålet om foreldrepertens lojalitet komme til å tre noe i bakgrunnen hvor tvangsmessig gjennomføring av samvær vil utsette barnet for alvorlige skadevirkninger.

Psykolog Arne Bjerring Hansen har i sin uttalelse til advokat Per Danielsen av 21. september 2003, fremhevet at hans forståelse av barnas situasjon er ufullstendig og beheftet med usikkerhet fordi han bare har samtalt med dem i fars hjem og ikke i mors. Psykolog Bjerring Hansen gir uttrykk for at det er svært god overensstemmelse mellom beskrivelsene far gir og det barna fortalte. Han uttaler også at denne overensstemmelse var så god at han må anta at far i utstrakt grad har samtalt med begge barn om mamma og situasjonen slik han ser den. Bjerring Hansen vurderer barna som

oppriktige og det følelsesmessige engasjement i avvisningen av moren som ganske kraftig. Han er redd overlevering med namsmyndighetens hjelp lett vil kunne komme til å låse barna enda mer fast i den posisjon de har inntatt.

Som saken er opplyst for lagmannsretten fremstår situasjonen som svært tilspisset mellom partene. Konfliktnivået synes høyt og de synes begge å måtte ta ansvar for det. Barna har blitt skadelidende.

Lagmannsretten sitter igjen med et uklart inntrykk av hva som var grunnen til at A ikke sørget for at barna kom tilbake til moren etter sommerferien hos ham. Det er i kjæremålet til lagmannsretten vist til episoder som skal begrunne slik omsorgssvikt at barna ikke ville tilbake. Det synes for lagmannsretten som at faren har samlet på enkeltepisoder og fremstilt dem slik overfor barna, at det har medvirket til at barna har blitt så negativt innstilt til moren at de ikke ville tilbake til henne. Senere prosesskrift fra den kjærende part har ikke vært egnet til å gi lagmannsretten grunnlag for mistanke om omsorgssvikt fra mor, eller at det av andre grunner skal være forhold knyttet til hennes person som skulle føre til at rettsforliket ikke kan kreves gjennomført.

Når det etter barneloven § 31 skal legges stor vekt på hva barn over 12 år mener, må det forutsettes at det er barnets selvstendige mening som kommer frem.

Det må etter lagmannsrettens oppfatning anses sannsynlig at A har opptrådt illojalt i forhold til rettsforliket når barna etter sommerferien 2003 har satt seg i mot særlig kontakt med moren. Det er nærliggende å anse deres motvilje mot å ha kontakt med moren, slik situasjonen er i følge A, å ha en sammenheng med hans holdning. Når det i de senere prosesskrift fra A meldes om episoder der barna har vært negative til kontakt med moren, er det naturlig å sette deres reaksjoner inn i en større sammenheng. Det er lagmannsrettens inntrykk at en mer imøtekommende innstilling fra begge foreldres side må antas å ha stor betydning for barnas holdning.

A har ikke sannsynliggjort at det er umulig å gjennomføre samværsordningen mv som er bestemt i rettsforliket.

Lagmannsretten er av den oppfatning at det bør gis noe tid med å legge til rette for samvær etter rettsforliket, når situasjonen er at barna setter seg imot det. Psykolog Bjerring Hansen har i sin uttalelse gitt uttrykk for at far synes å være i bevegelse, og at Bjerring Hansen vil kunne bistå mor. Hensynet til barna tilsier at partene bør bli enige om samvær fremover. Utgangspunktet her må være ordningen de ble enige om for ett år siden, som ble nedfelt i rettsforliket.

Det fremgår av Falkanger, Flock og Waaler, Tvangsfullbyrdelsesloven, bind II, 3. utgave, side 942, at det etter omstendighetene må være adgang til å begrense begjæring om tvangsmulkt til å gjelde samværsrett på visse dager. Det legges til grunn at det også er adgang til å sette iverksettelse av tvangsmulkten noe frem i tid.

Lagmannsretten finner at tvangsmulkt for manglende oppfyllelse av rettsforlikets punkt 6, at barna skal bo en uke hos hver av foreldrene, først bør begynne å løpe om ikke A sørger for at barna kommer til B i hennes første uke etter 1. mars 2004. Tvangsmulkt for manglende oppfyllelse av samværet for øvrig begynner å løpe fra nyttårshelgen 2003/2004, da barna etter rettsforliket punkt 12 skal være hos mor.

Lagmannsretten slutter seg til tingrettens fastsettelse av tvangsmulktens størrelse til kr 1.000 for hver gang samværsretten ikke blir respektert av A. Mulkten gis en løpetid på ett år, regnet frem til 1. januar 2005.

Tingrettens kjennelse blir å stadfeste, med de justeringer som er nevnt ovenfor. Lagmannsretten slutter seg også til tingrettens saksomkostningsavgjørelse.

Kjæremålet har ikke ført frem, og den kjærende part skal dekke kjæremotpartens saksomkostninger for lagmannsretten, jf tvangsfullbyrdelsesloven § 3-3, jf tvistemålsloven § 180 første ledd. Det foreligger ikke omstendigheter som tilsier at det gjøres unntak. Det er ikke fremsatt noe bestemt krav fra advokat Ihlebæks side. Salæret fastsettes skjønnsmessig til kr 8.000, inklusive merverdiavgift.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning:

- 1. Tingrettens kjennelse stadfestes, med den endring at tvangsmulkt for manglende oppfølging av rettsforlikets punkt 6 begynner å løpe fra 1. mars 2004, og tvangsmulkt for manglende oppfølging av rettsforlikets øvrige bestemmelser om samvær, i punktene 7, 8, 9, 10, 11 og 12, begynner å løpe fra nyttårshelgen 2003/2004.*

Tvangsmulkten løper frem til 1. januar 2005.

- 2. A betaler til B saksomkostninger for lagmannsretten med 8.000 -åttetusen- kroner, innen 2 -to- uker fra forkynnelsen av kjennelsen, med tillegg av rente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum, for tiden 12 % p.a., fra forfall til betaling skjer.*