



Advokatfirmaet Øivind Østberg AS

Org nr 919 280 700 MVA

Post/besøk: Hoffsjef Løvenskioldsvei 20A, 0382 Oslo – N

Tlf + 47 92 61 56 68

www.familierettadvokaten.no

e-mail: advokatostberg@icloud.com

Prosessskriv sendes i aktørportalen

PROSESSKRIV

TIL

OSLO TINGRETT

Oslo, 25.08.22

Saksøker: Mannsforum
v/styrets leder Arne Børke
Ravnøveien 9
3160 Stokke

Prosessfullmektig: Advokat Øivind Østberg
Hoffsjef Løvenskioldsvei 20A
0382 Oslo
e-post: advokatostberg@icloud.com

Saksøkt: Staten
v/Arbeids- og velferdsdirektoratet
P.b. 354
8601 Mo i Rana

Prosessfullmektig: Regjeringsadvokaten
v/advokat Siri K. Kristiansen
Postboks 8012 Dep
0030 OSLO

1.
Jeg melder meg som ny prosessfullmektig for saksøker.

2.
Det vises til Mannsforums prosesskriv av 18.08.22. Som det fremgår der, har Mannsforum bestemt seg for å videreføre søksmålet i form av et fastsettelsessøksmål, der Mannsforum står som saksøker alene. Dette skal utdypes og presiseres i det følgende.

3.

3.1

Det fremgår av tvisteloven § 1-4 (1):

Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt.

Tolkningen av denne bestemmelsen er relativt nylig blitt grundig belyst i Høyesteretts plenumskjennelse i sak HR-2021-417-P (Acer-saken). Det vises til kjennelsens avsnitt 117 flg. I avsnitt 162 oppsummeres de generelle betraktningene som flertallet slutter seg til, slik:

«Oppsummeringsvis mener jeg at *forarbeidene samlet sett* gir rettskildemessig grunnlag for at det i en viss utstrekning kan reises søksmål av mer generell karakter. Det styrende er behovet for rettsavklaring og hensynet til en hensiktsmessig behandlingsform. Adgangen for organisasjoner til å reise søksmål om mer ideelle og allmenne rettsforhold innenfor deres formål er et særlig klart uttrykk for dette.

3.2

At det spørsmålet som er reist i stevningen - hva som er korrekt forståelse av nærmere angitte regler i bidragsforskriften - ligger innenfor Mannsforums formål og naturlige virkeområde å ivareta, antas fyllestgjørende påvist gjennom det som har fremkommet tidligere i prosessen. Mannsforum har vært (eller prøvd å få rettens aksept for å være) grupprepresentant for et antall bidragspliktige som er medlemmer av Mannsforum og som har ønsket å delta i et gruppesøksmål for å få prøvd den rettsanvendelse NAV har bygget på i vedtak om bidragsfastsettelse der samværsfradag ikke er gitt til tross for at samværsrett følger av avtale eller rettsavgjørelse. Det i seg selv taler med styrke for at Mannsforum er en organisasjon som har søksmålskompetanse etter § 1-4 (1) når gruppesøksmålsformen er avvist av domstolene med den begrunnelse at gruppeprosess ikke er «den beste behandlingsmåte», jf tvisteloven § 35-2(1) c.

Det bemerkes også at saksøkte ikke på noe tidspunkt har bestridt dette.

3.3

Når det gjelder vilkårene i tvisteloven § 1-3, så anføres også disse å være oppfylt.

Det er for det første ganske utvilsomt et rettskrav det er tale om, nemlig å få statuert at NAVs tolkning av bidragsforskriften § 9 i forbindelse med vedtak om bidragsfastsettelse er i strid med hjemmelsgrunnlaget, til skade for de interesser Mannsforum ivaretar.

Det er videre åpenbart at det er et reelt og aktuelt behov for å få avgjort dette spørsmålet nettopp i forhold de samme interesser. Igjen kan det vises til det som er anført i forbindelse med gruppesøksmålet og at dette søksmålet, eller forsøk på å få dette akseptert, i seg selv avspeiler spørsmålets aktuelle viktighet for Mannsforum og deres medlemmer. En avklaring av rettstilstanden har betydning både for å få avklart om NAV innenfor gjeldende regelverk er forpliktet til å endre sin praksis med henblikk på fremtiden, og for å få avklart den individuelle rettstilstand for de enkelte bidragspliktige som mener seg rammet av en uhjemlet praksis gjennom de konkrete bidragsvedtak som er truffet og effektivt på basis av den omstridte regelforståelse. I så måte vil det at Mannsforum i tilfelle får medhold i sin påstand, kunne danne grunnlaget for senere erstatningskrav, jf nedenfor.

3.4

Det noteres at det fra regjeringsadvokatens side tas til orde for at et pilotsøksmål er den beste måten å føre saken videre på, noe man samtidig hevder tilsier at saken må starte med ny stevning. At dette selvsagt vil innebære en betydelig forsinkelse og økte kostnader for Mannsforum, er taktisk gunstig sett fra statens standpunkt, men fra rettens ståsted må dette heller trekke i motsatt retning.

Mannsforums valg om ikke å videreføre saken i form av et pilotsøksmål, men ved et representativt fastsettelsessøksmål, er, bortsett fra at dette kan skje ved videreføring av herværende sak slik det er anført i vårt forrige prosesskriv, i hovedsak begrunnet med følgende:

- Det rettslige tvistetemaet kan på denne måten presenteres for retten i rendyrket form, der rettskildene og de generelle reelle hensyn står i sentrum.
- Man unngår den personlige belastning for berørte enkeltpersoner på både bidragspliktig og bidragsmottager-siden, samt de aktuelle barna, som et pilotsøksmål uunngåelig vil medføre. Dette var et viktig forhold i forbindelse med det individuelle søksmål om samme tema som ble reist og seinere trukket for Oslo tingrett i 2021 (sak 21-065686TVI-TOSL/03).
- Mannsforum som et kollektiv av et tusentalls betalende medlemmer har mye mere ressurser til å fylle partsrollen enn det et enkelt medlem vil ha, noe som har spesielt stor betydning i et søksmål mot en svært ressurssterk motpart, som her. Dette momentet har en åpenbar side til organisasjonsfriheten, jf Grunnloven § 101, og til samfunnets anerkjennelse av organisasjonenes rolle i å kanalisere og representere legitime interesser i et demokratisk samfunn, herunder gjennom tilgang til domstolene.

Uansett må saksøkers vurderinger om hva som er hensiktsmessig søksmålsform veie tungt. Det er ikke en tilsvarende hjemmel som i tvisteloven § 35-2 (1) c for at retten kan overstyre dette valget.

4.

4.1

Som tingretten har påpekt, er det behov for å endre den påstanden som er formulert tidligere i saken. Det er flere grunner til det. Noen spørsmål knyttet til påstandsutformingen drøftes i det følgende.

4.2

Det kan, som staten har påpekt, neppe kreves dom for at en «forvaltningspraksis» er ugyldig, selv om det langt på vei vil være realiteten i saksøkers krav. Denne side kan legge frem dokumentasjon for at NAVs forvaltningspraksis er som anført, i form av et antall anonymiserte vedtak – alle fra NAVs klageinstans. Motparten vil kunne akseptere eller bestride autensiteten av vedtakene og uttale seg om hvorvidt man er enige i at disse er representative for NAVs praksis i slike saker, eventuelt at man legger frem bevis for noe annet. Imidlertid skulle det, både på bakgrunn av herværende saks historikk og på bakgrunn av departementets henvendelse til Lovavdelingen med anmodning om å få utredet (eller: *bekreftet*) lovligheten av nettopp den praksis som her anføres å være lovstridig, ikke være nødvendig med bevisførsel omkring dette.

I Lovavdelingens uttalelse av 01.03.21 (JDLOV-2021-1388) vises det til det spørsmål som er reist i Barne- og familiedepartementets brev av 26. februar 2021. Det heter i uttalelsen:

«Spørsmålet gjelder mer konkret om § 9 annet ledd i forskrift 15. januar 2003 nr. 123 om fastsetjing og endring av fostringstilskot, som gjør unntak fra reglene i første ledd om fradrag for samvær i barnebidraget, også omfatter tilfeller der det er bidragsmottakeren (bostedsforelder) som er årsaken til at avtalt eller fastsatt samvær ikke blir gjennomført.»

Denne formulering av problemstillingen, som er reist nettopp fordi det foreligger en fast praksis i NAV i tråd med det beskrevne, er ellers et godt utgangspunkt for vår sak. Den uttrykker langt på vei kjernen i det juridiske stridsspørsmålet som er brakt inn for retten. Vi ser imidlertid behov for en viss bearbeiding med henblikk på domstolsbehandling.

Det første poenget gjelder formuleringen at «bidragsmottakeren (bostedsforelder) ...er årsaken til...». Det vil i noen tilfeller hevdes (av NAV og bidragsmottager) at det er barna, ikke bidragsmottager, som motsetter seg samvær, og at det derfor ikke er bidragsmottager som kan sies å være «årsaken» til samværsbortfallet. Dette vil særlig påberopes i tilfeller der barna er relativt store. Bidragspliktige vil på sin side ofte hevde at barnas motvilje skyldes negativ påvirkning/manipulering av barna fra bidragsmottagers side. Denne type bevisspørsmål får ikke betydning ut fra Mannsforums oppfatning om hva som er korrekt rettsanvendelse. Anførselen fra Mannsforum er at korrekt rettsanvendelse innebærer at det bare er i tilfeller der den bidragspliktige selv ved eget valg unnlater å følge opp det avtalte eller fastsatte samværet, at samværsfradrag ikke skal beregnes ved bidragsfastsettelsen.

4.3

Det er videre behov for, som regjeringsadvokaten har vært inne på, å gjøre en avgrensning i tid. Når det gjelder dette, finner vi det riktig å ta utgangspunktet i den dato da bidragsforskriften § 9 første og andre ledd fikk sin nåværende ordlyd, hvilket skjedd ved endringsforskrift 15.12.2008 med virkning fra 1.1.2009. Påstanden bør dermed utformes slik at den rammer rettsanvendelsesfeil ved vedtak truffet av NAV etter denne dato. Det nevnes likevel at Mannsforum mener at det er relevant for å belyse de materielle spørsmål i saken også å komme inn på rettstilstanden før nevnte forskriftsendring. Det går vi ikke nærmere inn på her.

4.4

Når det gjelder virkningen av en eventuell rettsanvendelsesfeil, er hovedregelen at dette fører til ugyldighet. Det poengteres for ordens skyld at dersom det ikke har vært påberopt eller har vært et tema i den konkrete saken at samværsbortfallet skyldes bostedsforelder, gir det ikke mening å statuere ugyldighet, da rettsanvendelsesfeilen i så fall vil ha vært helt uten betydning for det konkrete resultat, jf regelen i fvl § 41. Herværende søksmål er fremmet med tanke på de tilfellene der den bidragspliktige nettopp har hevdet å ha ønske om å praktisere det avtalte/fastsatte samvær, men at dette på en eller annen måte hindres av bostedsforelder.

5.

Når det gjelder virkningene av at det eventuelt blir statuert ugyldighet i henhold til det ovenstående, vil dette ikke løses i domsslutningen i et fastsettelsessøksmål. Det er likevel grunn til allerede nå å fremsette noen betraktninger knyttet til hva en fastsettelsesdom rettslig

sett i neste omgang vil kunne innebære, slik at dette kan kommenteres av motparten og eventuelt belyses i dommens premisser.

Det er godt etablert i rettspraksis og i samsvar med grunnleggende rettsstatlige prinsipper, at dersom staten har truffet et ugyldig vedtak som direkte har medført at en person/borger er påført en økonomisk belastning/tap, så er staten pliktig til å gjenopprette dette ved å betale erstatning. Det tap som her vil være aktuelt, er i hvert enkelt tilfelle som utgangspunkt differansen mellom det fastsatte barnebidrag og det som ville vært fastsatt ved korrekt rettsanvendelse. Det samlede erstatningsmessige tapet må da stipuleres med grunnlag i varigheten av perioden det ugyldige bidragsvedtaket har vært gjeldende for (typisk frem til barnet fyller 18 år). Det vil også etter omstendighetene kunne være grunnlag for erstatning utover dette, i tråd med de alminnelige regler om årsakssammenheng og adekvans.

Det bemerkes at det ikke kan være aktuelt med noen tilbakesøking av det mottatte bidraget fra bidragsmottager, da staten selv må bære ansvaret for den feil som er gjort, og det mottatte bidraget må praktisk sett i alle tilfelle antas å være forbrukt. Noen *condictio indebiti*-problemstilling kan ikke ses å reise seg i denne sammenheng.

6.

Det nedlegges etter dette slik

Påstand:

1. NAVs vedtak om barnebidrag som er truffet etter 1.1.2009, er ugyldige i den utstrekning de legger til grunn den rettsoppfatning at § 9 annet ledd i bidragsforskriften, som statuerer unntak fra hovedregelen i § 9 første ledd om at avtalt eller fastsatt samvær skal gi grunnlag for samværsfradrag, også gjelder i de tilfeller der manglende eller redusert samvær ikke skyldes samværsforelders unnløstelse av å følge opp samværet.
2. Mannsforum tilkjennes saksomkostninger.

Oslo, 25. august 2022

Øivind Østberg
advokat