

## Sensorveiledning

### Det Obligatoriske Advokatkurset høstsemesteret 2017 – hjemmeoppgaven

#### Oppgave nr.1: Skriv som advokatfullmektig Nilsen et notat til Petra

Besvarelsen skal settes opp som et notat. Dvs det skal fremgå til hvem notatet stilles til og hvem det kommer fra. Det skal være datert. Dette kan skje innledningsvis eller i forbindelse med underskriften. Det bør også fremgå av notatet hvem som er ansvarlig advokat

Formuleringene bør ikke være for juridiske, og det skal ikke gis noen omfattende generelle redegjørelse for rettsreglene, men en kort påpekning av de rettslige utgangspunkter/hovedregler for de tre tvistepunktene. Videre bør det understrekes at alle de materielle spørsmålene skal avgjøres ut fra en vurdering av hva som er *barnets beste*, jf. barneloven § 48.

Det bør også påpekes at Petra i prosessen bør vurdere om det er mulig å få løst saken ved et forlik.

Det bør også fremgå av besvarelsen at kandidaten er oppmerksom på tilsvarsfristen og at hun gjør Petra oppmerksom på den.

#### Foreldreansvaret

Etter ordlyden i barneloven § 34 annet ledd gjelder regelen om felles foreldreansvar for samboende foreldre bare så lenge de «bur saman». Det er imidlertid klart at felles foreldreansvar for samboende fortsetter etter et samlivsbrudd i tråd med § 34 annet ledd annet punktum, inntil det foreligger en annen avtale eller avgjørelse om foreldreansvaret, jf. også Ot.forh. (2004–2005) s. 717 sp. 2.

Kandidaten bør være helt klar på at oppgaven ikke gir grunnlag for å kreve foreldreansvar alene og at det øker risikoen for at man måtte dekke motpartens sakskostnader om Petra nedlegger påstand som det ikke er grunnlag for. Det må trekkes mye for å anbefale Petra å nedlegge påstand om at hun skal ha foreldreansvaret alene.

#### Fast bosted

Slik oppgaven er formulert er det lite tvilsomt at Peder ikke vil få medhold i sin påstand om at Zara skal bo fast hos ham, men at Petra derimot vil få medhold i at Zara skal bo fast hos henne. Dette bør kort begrunnes i det faktum som er presentert i oppgaven.

#### Samvær

Det bør heller ikke være særlig tvilsomt at Peder har krav på samvær og at det kun er samværets *omfang* som er tvistetema. Peders bosituasjon kan anføres til støtte for at han inntil

videre ikke skal ha samvær med overnatting. Det må trekkes mye for å anbefale Petra å nedlegge påstand om at far ikke skal ha samvær eller samvær under tilsyn.

### Vitneførselen

Kandidaten må få frem at det vil svekke vekten av en vitneforklaring at vitnet er nærstående til Petra. Det bør fremgå av besvarelsen at det er viktig å begrense antall vitner, fordi det synes nærliggende å anta at vitnene vil forklare seg mye om det samme, jf. tvisteloven § 21-8. Om kandidaten ikke foreslår å redusere antall vitner så trekkes man for det.

Det kan være grunn til å vurdere nærmere om ansatte i barnehagen, som har observert Zaras opptreden, eventuelt også bør føres som vitne.

Det er en del kandidater som gir Petra det råd mht vitneføringen at man «venter og ser», altså at man først påberoper vitnet senere under saksforberedelsen. Noen mener sågar at man kan vente til selve hovedforhandlingen. Dette blir feil, jf. tvisteloven § 9-3 om «Skriftlige tilsvær». Her bestemmes det i tredje ledd bokstav c at man i tilsværet «bør angi de bevis som vil bli ført». Dette er ingen absolutt regel, men den bør følges som en klar hovedregel.

### Tekstmeldingene

Det må komme frem at disse er fremskaffet på *utilbørlig måte* og at det derfor er nærliggende at retten vil nekte meldingene først som bevis, jf. tvisteloven § 22-7.

Det bør også gjøres oppmerksom på at Petras handlinger – da hun skaffet seg tilgang til meldingene trolig er straffbar, jf. straffeloven (2005) § 345, muligens også § 205.

Kandidaten bør få frem at de «temaene» i tekstmeldingene som evt. er relevante, vil kunne bevisføres på annen måte.

Spørsmålet om meldingene vil bli tillatt ført vil bero på bevisverdien og på om bevistemaet kan belyses på annen måte. Oppgaveteksten gir ikke holdepunkter for at bevisene bør føres.

### Oppnevning av sakkyndig

Grete Hansen er utvilsomt inhabil, jf. tvisteloven § 25-3 tredje ledd, jf. domstoloven § 108. De aller fleste kandidater får dette frem. Det kan være fornuftig og oppnevne en sakkyndig, men da må dette skje på vanlig måte av retten.

### Forsikringsdekning eller andre ordninger

De fleste kandidatene redegjør for ordningen med fri rettshjelp som omfatter personer som har en maksimum bruttoinntekt på 246 000 kroner eller en netto formue på under 100 000 kroner. Det bør opplyses at Petra må betale en egenandel.

Det bør påpekes at det ikke er vanlig at hjemforsikringen eventuelt andre forsikringsordninger ikke dekker rettshjelp i foreldretvister.

### Sakskostnader

Det bør i notatet opplyses om at det normalt er slik at den part som taper saken risikerer å måtte betale motpartens sakskostnader, og omvendt; at den som vinner i utgangspunktet har krav på å få dekket sakskostnader. Samtidig er det viktig å få frem at rettspraksis viser at domstolene er tilbakeholdne med å idømme den tapende part omkostningsansvar i saker etter barneloven, jf. Tore Schei m.fl., Tvisteloven kommentarutgave, 2. utgave side 712, hvor følgende uttales:

Domstolene har i barnefordelingssaker med god grunn vært tilbakeholdne med å idømme den tapende part kostnadsansvar. Retten fastsetter med barnets beste som rettesnor fremtidige ordninger i spørsmål av stor personlig betydning for partene, og som de har et felles ansvar for å løse ved samlivsbrudd.

Her er det Peder som har gått til søksmål. Tatt i betraktning at det er liten grunn til å tro at han vil få medhold i at han alene skal få foreldreansvaret og/eller at Zara skal bo fast hos ham, er det svært lite sannsynlig at Petra vil bli dømt til å betale hans sakskostnader. Likefullt bør kandidaten redegjøre for sakskostnadsreglene.

\*\*\*

### Oppsummering

For å bestå deloppgave 1 kreves at kandidaten setter opp et oversiktlig notat som gir Petra veiledning og råd om de materielle spørsmålene, foreldreansvar, fast bosted og samvær. Kandidater som ikke reflekterer over Petras ønsker, men som uten motforestillinger legger til grunn hennes ønske om å ha foreldreansvaret alene og/eller at Peder ikke skal ha samvær eller samvær under tilsyn, kan lett få karakteren IB på oppgave 1.

Det samme gjelder dersom kandidaten ikke ser – og drøfter – de tre sentrale prosessuelle problemstillingene som saken reiser, dvs. spørsmål om føring av tekstmeldingen som bevis, antallet vitner og spørsmålet om Petras venninne, Grete Hansen, kan være sakkyndig. Det må også forventes at kandidaten redegjør for muligheten for fri sakførsel og for spørsmålet om Petra kan bli tilkjent – eller ilagt – sakskostnader etter tvistelovens bestemmelser.

Dersom notatet er mangelfullt på mer enn to av de sentrale punkter, kan deloppgave 1 ikke anses bestått.

## **Oppgave 2: Utarbeidelse av et tilsvar**

### Generelt

#### Sammenheng med oppgave 1

Oppgave 2 må sees i sammenheng med oppgave 1. De svar/råd som advokatfullmektig Nilsen gir i notatet vil i de aller fleste tilfeller reflekteres i oppgave 2.

### Oppsett

I tilsvaret må det forutsettes at stevningen inneholder de grunnleggende opplysningene om sakens bakgrunn. Tilsvaret må således ikke inneholde noen omfattende redegjørelse for faktum. Tilsvaret må heller ikke inneholde noen omfattende redegjørelse for rettsregler eller være særlig prosederende. I denne type saker må det kunne legges til grunn at jussen er kjent stoff for domstolen.

### Det materielle

#### *Foreldreansvar*

I samsvar med lovens hovedregel, jf. barneloven §35 annet ledd, rettspraksis og oppgaves faktum bør det legges til grunn at og nedlegges påstand om felles foreldreansvar.

#### *Fast bosted*

Det bør nedlegges påstand om at barnet skal bo fast hos mor. Det må redegjøres kort for hvilke forhold som tilsier en slik løsning, herunder under følgende:

- Status quo prinsippet
- Barnet har alltid bodd hos mor,
- Mor har en stabil bosituasjon
- Far har en ustabil/usikker bosituasjon
- Barnet har klart sterkest tilknytning til mor

#### *Samvær*

Det naturlige er å nedlegge påstand om at far skal ha samvær fastsatt etter rettens skjønn. Det må ikke argumenteres sterkt for at samværet hans må begrenses kraftig. De kandidater som har nedlagt påstand om samvær under tilsyn trekkes det for. Selv om det fremkommer av tekstmeldingen at Peder var «full og pågående» og at dette gjorde Tone redd, er dette ikke tilstrekkelig til å kreve tilsyn. Her burde man ventet med å konkludere til bevisbildet var klarert og eventuelt endret påstanden senere.

### De prosessuelle spørsmålene

Tilsvaret bør utformes i samsvar med de anbefalingene som er gitt i notatet, jf. oppgave 1, dvs.:

- Tekstmeldingen bør ikke fremlegges som bevis
- Antallet vitner må være begrenset. Det bør også anvis hva vitnene skal forklare seg om.
- Det må ikke anføres at Grete Hansen kan være vitne

*Midlertidig avgjørelse*

Enkelte kandidater fremmer også en begjæring om midlertid avgjørelse med påstand om at Peder ikke har anledning til å ta med Zara på en jordomseiling. Basert på den SMS-meldingen som Petra er kjent med synes en slik begjæring lite formålstjenlig. Spørsmålet kunne f. eks. vært drøftet i et saksforberedende møte hvor Peders advokat muligens kunne ha besvart spørsmålet eller fått en frist av retten til å avklare situasjonen.

\*\*\*

Oppsummering

Oppgave 1 og 2 er langt på vei vurdert samlet. Det innebærer at feil råd eller manglende adekvat rådgivning som fremkommer i notatet som oftest går igjen i tilsvaret. Dette er da som regel vurdert som én samlet feil. Tilsvaret skal imidlertid være adekvat utformet og det skal være nedlagt en påstand som dekker advokatfullmektigens anbefalinger. Det skal dessuten ikke prosederes for mye, men kort redegjøre for de aktuelle rettsregler.

**Oppgave 3: Utforming av en forliksavtale**

Det må fremkomme av forliket hvem som er parter i forliket. Videre må det ha punkter eller overskrifter som viser hva som reguleres.

Det viktigste er at det etableres en fornuftig forliksavtale, dvs. en løsning på foreldretvisten, og at avtalen er tilstrekkelig klar og forutberegnelig for partene, slik at man unngår tolkningsproblemer. Kandidater som ikke har regulert samvær i forbindelse med ferieavvikling, som påskeferie, vinterferie osv. eller som ikke angir tidspunkt for midtukesamvær trekkes for det. Det samme gjelder kandidater som har med at avtalen skal reguleres om f.eks. ett år. Dette kan lett skape nye konflikter.

Avtalen bør også ta opp spørsmålet om sakskostnader i forbindelse med tvisten. Den nærliggende løsningen er at hver av partene bærer egne kostnader.

Videre bør det tas med at tvisten for tingretten skal heves som forlikt.

\*\*\*

Oppsummering

De fleste av kandidatene har besvart oppgaven på en tilfredsstillende måte, men noen er svært korte og har f.eks. ikke regulert samvær i ferier. Om forliket ikke regulerer vesentligste punkter det er naturlig at partene tar stilling til i forbindelse med at de inngår et forlik i en sak om barnefordeling, kan dette lede til karakteren IB på denne oppgaven.

**Oppgave 4: Advokatetiske problemstillinger**

Advokatvirksomhet skal utøves i samsvar med god advokatskikk, jf domstolloven § 224. God advokatskikk er beskrevet i advokatforskriften kapittel 12

### **Advokat Lie**

(i)

Er Lies tidligere svogerskap av en slik karakter at det medfører at han ikke har tilstrekkelig avhengighet, jf RGA 2.1.1?

Kandidaten bør se problemstillingen og ha en kort drøftelse, men nærheten til sin tidligere svigerinne er neppe noe problem i saken her

(ii)

Kunne Lie overlate oppdraget til advokatfullmektig Nilsen eller til advokat Borg uten å konferere med Petra?

RGA 3.1.1 bestemmer at en advokat ikke må påta seg oppdrag uten etter anmodning direkte fra sin klient. Det må anses som vanlig at en fullmektig blir satt på et oppdrag, men det bør da opplyses om det, f.eks. i en oppdragsbekreftelse. Her hadde Petra møtet med advokatfullmektig Nilsen og var på den måten blitt klar over at Nilsen skulle bistå henne, men hun antok nok at dette ville skje ved at også advokat Lie var involvert, i det minste som ansvarlig advokat på oppdraget.

Internt i advokatkontorer er det nok ikke så uvanlig at man spør hverandre om råd, med advokat Borg kunne ikke overta oppdraget fra advokat Lie uten at Petra var informert og hadde akseptert dette.

(iii)

Det fremgår ikke av reglene for god advokatskikk at det skal utferdiges en oppdragsbekreftelse. Det ansees imidlertid som innarbeidet kutyme i bransjen at dette gjøres for nye oppdrag.

(iv)

RGA 3.1.4 andre ledd bestemmer at en advokat ikke bør påta seg nye saker dersom hans øvrige arbeidspress gjør at sakene ikke kan bli behandlet med rimelig hurtighet.

Det opplyses i oppgaven at Lie ikke hadde et ledig sekund før sommerferien. Dette tyder på at han har brutt RGA 3.1.4 andre ledd. Han nok noe på vei avhjelpe situasjonen ved å bruke f.eks. en fullmektig, men dette må i så fall skje i samråd med klienten.

(v)

RGA 3.1.4 først ledd bestemmer at «En advokat bør ikke påta seg et oppdrag når han vet eller bør vite at han mangler den nødvendige kompetanse dersom han ikke kan samrå seg med en kvalifisert kollega».

I saken her har han advokatfullmektig Nilsen og også advokat Borg som kan bistå. Saksfeltet er heller ikke særskilt komplisert. Det er som regel faktum som er det problematiske.

### **Advokatfullmektig Line Nilsen.**

(i)

RGA 2.1.2 bestemmer at «En advokat må ikke påta seg oppdrag hvor hans personlige økonomiske interesser kan komme i konflikt med klientens interesser».

Nilsens interesse i at saken ikke skulle forlikes før rettsaken strider klart mot RGA 2.1.2. Hun ivaretok ikke klientens interesser da hun brukte sakskostnader som argument for ikke å akseptere forlikstilbudet.

(ii)

Nilsen brøt også taushetsplikten da hun fortalte advokat Bråthen hvem hun hadde som klient. Dette strider mot RGA 2.3.1 om fortrolighet.

### **Advokat Bråten**

(i)

Advokat Bråten tilkjennega forliksvilje før samtale/avklaring med klient. Opplysningen han her ga til advokatfullmektig Nilsen kan stille saken i et uheldig lys for klienten. Dette kan være et brudd på RGA 1.2 om at advokaten plikter innenfor lovens ramme og etter beste evne å ivareta sine klienters interesser. Det var absolutt fornuftig å drøfte en mulig forliksløsning med Peder, men å opplyse om det *på forhånd* til advokatfullmektig Nilsen kan være i strid med RGA 1.2.

(ii)

Bråthen opplyste til advokatfullmektig Nilsen at Peder hadde sagt at han ikke ville gi seg før han eventuelt hadde fått Høyesteretts dom mot seg. Dette er et brudd på taushetsplikten, jf RGA 2.3.1.

(iii)

Det fremgår av RGA 3.1.3 at «En advokat skal søke å oppnå minnelige ordninger i den utstrekning klientens interesser tilsier det», jf også barneloven § 48 om «barnets beste». Bestemmelsene tilsier at advokat Bråthen ikke skulle ha tatt ut stevning i samsvar med Peders krav, men informert ham om at det ville vært bedre i første omgang å forsøke en forliksløsning.

(iv)

At advokat Bråthen og Peder var kjent fra før og at Bråthen kjente Peder som en «hurragutt» har neppe betydning for Bråthens uavhengighet, jf RGA 2.1.1

### **Advokat Borg**

(i)

Det er et spørsmål om advokatfullmektig Nilsen brøt taushetsplikten da hun fremla utkast til tilsvar for advokat Borg uten at Petra var gjort kjent med eller akseptert dette på forhånd. På den annen side var Borg den eneste i firmaet som arbeidet med familierett. Det er da ikke så unaturlig at advokatfullmektig Nilsen søkte råd hos Borg, og en må anta at en slik fremgangsmåte internt på et advokatkontor er ganske vanlig. Det vises til forskriftenes pkt. 2.3.3 som krever at alle på et advokatkontor har det samme taushetsløfte.

(ii)

Borg sier til advokatfullmektig Nilsen «at hun også kunne stå som ansvarlig advokat for oppdraget». Om dette er et ment som et spørsmål er noe usikkert, men det må kunne legges til grunn at Borg ikke kan overta som ansvarlig advokat på oppdraget uten etter samtykke fra Petra.

\*\*\*

### **Oppsummering**

De aller fleste kandidatene ser og drøfter de sentral problemstillingene i oppgave 4. Dersom kandidaten overser flere sentrale problemstillinger, vil dette kunne føre til at oppgave 4 ikke kan anses bestått.

.....o0o.....

### **Samlet bedømmelse**

For å bestå må alle fire deloppgaver være bedømt til bestått. Dersom besvarelsen av en deloppgave er bedømt til ”ikke bestått”, men de øvrige deloppgaver fremstår som bedre enn gjennomsnittet, kan det unntaksvis likevel være grunn til å vurdere om hele oppgaven vurdert under ett likevel kan anses bestått.



Oslo, 6. februar 2018

Harald G. Nyhus (s)

Lars Ole Evensen (s)