

UiO : **Det juridiske fakultet**

Likhetsprinsippet i småkravprosessen

Kandidatnummer: 650

Leveringsfrist: 25. november 2022

Antall ord: 16 467 (15 790 eks. litteraturliste, forside og innholdsfortegnelse)



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	TEMA OG PROBLEMSTILLING	1
1.2	METODE	2
1.3	LIKHETSPRINSIPPET	3
1.4	SMÅKRAVPROSESSEN	6
2	RASKERE OG MER UFORMELL SAKSFORBEREDELSE	9
2.1	INNLEDNING	9
2.2	KOSTNADSBESPARENDE PROSESS OG ENKLERE Å VÆRE SELVPROSEDERENDE	9
2.3	VEILEDNING	11
2.4	ALMINNELIG MEKLING OG RETTSMEKLING	14
2.5	KONKLUSJON	14
3	IKKE PREKLUSIVE FRISTER	16
3.1	INNLEDNING	16
3.2	LOVTEKNISK UTFORDRING	17
3.3	INNHOOLDMESSIGE KONSEKVENSER	18
3.4	KONKLUSJON	20
4	MUNTLLIG SLUTTBEHANDLING, IKKE HOVEDFORHANDLING	21
4.1	INNLEDNING	21
4.2	HURTIG OG EFFEKTIV	21
4.3	SKRIFTLIG ELLER MUNTLLIG?	23
4.4	FJERNMØTE	24
4.5	KONKLUSJON	28
5	BEGRENSET ERSTATNING AV SAKSKOSTNADER	29
5.1	INNLEDNING	29
5.2	NÆRMERE OM MAKSIMUMSBEGRENSNINGEN	30
5.3	BEVISFØRING OG SAKKYNDIGE	31
5.4	CONDITIONAL FEE - NO CURE, NO PAY	33
5.5	FRI RETTSHJELP	35
5.6	KONKLUSJON	36
6	BEGRENSET ADGANG TIL ANKE	37
7	KONKLUSJON	40
8	KILDELISTE	43

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tvisteloven (tvL.) legger opp til at sivile tvistesaker behandles i tingretten etter to alternative regelsett: regler om allmennprosess eller regler om småkravprosess. Valg av prosesspor er basert på størrelsen på kravet, for saker som omhandler formuesverdier. Småkravprosessen er, som navnet tilsier, for mindre krav og anses som en forenklet, billigere og mer effektiv rettergang. Tanken er at man senker terskelen for og kostnadene ved å ta en sak inn for retten, og dermed muliggjør at flere kan få behandlet mindre saker uten at saksomkostningene enten overstiger tvistesummen eller blir så høye at man ikke ser seg tjent med å bringe saken inn for retten.

Tvisteloven bygger på flere grunnleggende hensyn og prinsipper, som også er innlemmet i en egen formålsparagraf i tvisteloven, § 1-1. Her fremkommer det blant annet at «ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall» jfr. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt. Dette kalles gjerne for likhetsprinsippet, og i forarbeidene til tvisteloven påpekte departementet nettopp at «[r]essurssterke personer har større ressurser å sette inn i en sak enn ressurssvake, og det kan få betydning for utfallet av saken».¹ Det ble fremhevet av tvistemålsutvalget at denne ulikheten i prosessstyrke, så langt det lar seg gjøre, må søkes motvirket ved utformingen av tvisteloven. Utvalget poengterer imidlertid at det er grenser for hvor mye man kan oppnå av prosessuell utjevning gjennom prosessreglene, men at hensynet er så tungtveiende at det må søkes ivaretatt så langt det med rimelighet er mulig.² Småkravprosessen er eksplisitt nevnt av departementet som et tiltak for å redusere risikoen ved slike ulikheter.³

Småkravprosessen er altså ifølge departementet et tiltak for å ivareta likhetsprinsippet. Den muliggjør at flere kan få sin sak behandlet av domstolen slik at det ikke bare er ressurssterke parter, med høye krav som har råd til å gå til sak. Men er selve behandlingen i domstolen i tråd med likhetsprinsippet? Klarer prosessreglene både å ivareta småkravprosessens hensyn om effektivitet og kostnadsbesparelse samtidig som ressursulikheter ikke får innvirkning på resultatet? Det er dette denne oppgaven skal vurdere; om likhetsprinsippet faktisk blir ivaretatt i de ulike delene av småkravprosessen og om den klarer å redusere risikoen for at ulikheter i

¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

² NOU 2001:32 B s. 651.

³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

ressurser påvirker sakens utfall. Problemstillingen for denne oppgaven er med andre ord om likhetsprinsippet er ivaretatt i småkravprosessen.

I litteraturen, forarbeidene og rettspraksis brukes både begrepet «likhetsprinsippet» og «likebehandlingsprinsippet» om hverandre. Tilsynelatende virker begrepsbruken å være tilfeldig, og jeg har ikke funnet noen forskjell i innholdet av disse to. Denne oppgaven kommer til å bruke begrepet «likhetsprinsippet» videre.

1.2 Metode

I oppgaven vil det bli brukt en rettsdogmatisk metode, slik Hans Petter Graver beskriver det i sin artikkel *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, altså et rettsanalytisk arbeid.⁴

For å vurdere om likhetsprinsippet er ivaretatt i småkravprosessen kommer jeg til å analysere de enkelte delene av småkravprosessen som skiller seg fra allmennprosessen og ut ifra lov, forarbeider og juridisk teori gjøre en selvstendig vurdering av om småkravprosessen ivaretar likhetsprinsippet.

For å holde oppgaven spisset og konkret kommer jeg ikke til å vurdere de delene av småkravprosessen som jeg mener ikke utfordrer likhetsprinsippet. Jeg vil for eksempel ikke vurdere at det skal være forenklet dom i småkravprosessen. Den begrensede adgangen til å anke i småkravsaker vil kun vurderes kort.

Tvisteloven har omfattende forarbeider både fra tvistemålsutvalgets innstilling (NOU 2001:32 A og B Rett på sak) og fra departementets proposisjon (Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)). Disse gir inngående forklaringer på og diskusjoner rundt hensynene bak reglene i småkravprosessen og relevante regler tilhørende den, og gir dermed grunnlag for god drøftelse. Oppgaven skal se på prosessreglene og hensynene som ligger til grunn for dem og vurderer om de gir utslag som tiltenkt eller om det kan tenkes at de også gir andre utslag. Da dette er en analyse av hensynsbetraktninger vil ikke rettspraksis være særlig relevant for å besvare problemstillingen. Rettspraksis vil sjeldent gi ytterligere forståelse av lovens formål enn det man får av lovens forarbeider.

⁴ Graver (2008) punkt 2.2.1.

1.3 Likhetsprinsippet

Likhetsprinsippet er som nevnt et av flere grunnleggende prinsipper innen sivilprosessen. Prinsippet kommer til uttrykk i tvistelovens formålsparagraf 1-1 andre ledd femte strekpunkt, hvor det fremgår at «ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall». En tilsvarende formålsparagraf og uttrykkelig formulering fantes ikke i den tidligere tvistemålsloven.⁵

Et prinsipp om likhet ansees også å være innlemmet i retten til en «fair [...] hearing» i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) art. 6 nr. 1 og kalles gjerne for prinsippet om «equality of arms».⁶ På fransk heter prinsippet «égalité des arms», på tysk heter det «Waffengleichheit». Direkte oversatt til norsk vil det bety «våpenlikhet».⁷ Det er opprinnelig et begrep knyttet til straffesaker, der man har en sterk stat mot den «svake borgeren», men EMDs praksis har stadfestet at prinsippet også gjelder for sivile saker.⁸

Ved menneskerettsloven (mrl.) er EMK inkorporert som norsk lov, og det fremkommer av mrl. § 3 at ved motstrid skal EMK gå foran bestemmelsene i norsk lov. Dette betyr at dersom det skulle vise seg å være motstrid mellom det norske likhetsprinsippet og prinsippet om «equality of arms», så må innholdet i det sistnevnte ha forrang.

I og med at EMK art. 6 har forrang for tvl. § 1-1 kunne det tenke seg at det å innlemme en slik formålsparagraf i tvisteloven var overflødig. Utvalget anerkjente denne problemstillingen og begrunnet innlemmelsen med at formålsparagrafen også ivaretar andre sentrale hensyn enn EMK art. 6 nr. 1, spesielt «den samfunnsmessige funksjonen» til prosessreglene:

Prosessreglene skal [...] bidra til at den materielle retten slår gjennom, og at det skjer en rettsavklaring og rettsutvikling gjennom, domstolenes anvendelse av de materielle rettsreglene. Det er derfor utvalgets syn at EMK artikkel 6 (1) ikke gjør en slik hovedbestemmelse overflødig.⁹

Likhetsprinsippet fremkommer uttrykkelig i Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 1, nemlig at «[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals». Et videre spørsmål er om det også kan sies å være omfattet av Grunnloven (Grl.)

⁵ NOU 2001:32 A s. 149-150 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 34.

⁶ Krčmář and others v. The Czech Republic § 39.

⁷ Robberstad (1999) s. 148.

⁸ Ankerl v. Switzerland § 38.

⁹ NOU 2001:32 A s. 150.

§ 95 om uavhengig domstol og rettferdig rettergang. Det fremkommer ikke uttrykkelig av bestemmelsen og Lønning-utvalget nevner ikke «equality of arms» i forarbeidene til grunnlovens menneskerettighets-del. Imidlertid fremkommer det at Grl. § 95 er basert på de tilsvarende bestemmelsene i EMK art. 6 og SP art. 14.¹⁰ I og med at Grunnlovens menneskerettigheter skal tolkes i lys av de internasjonale parallelle menneskerettighetene bør det dermed kunne sies at prinsippet også inngår i Grl. § 95.¹¹

Det kan stilles spørsmålsteget ved om likhetsprinsippet stadfestet i tvl. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt er det samme som prinsippet om «equality of arms» i EMK art. 6.

I forarbeidene fremkommer det at likhetsprinsippet i tvl. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt tilsynelatende er ment å være knyttet opp mot EMK: «Videre er det trukket fram tre mer generelle prinsipper, som også er kommet til uttrykk i den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK), nemlig prinsippene om likhet [...]».¹² Tvisteutvalget bruker også selv terminologien «equality of arms».¹³

Anne Robberstad diskuterer i sin bok *Mellom tvekamp og inkvisisjon* hva som egentlig ligger i prinsippet om «equality of arms», vel og merke i en strafferettslig kontekst. Hennes vurdering av EMDs praksis er at prinsippet ikke omhandler «likestilling av partene», men snarere er en enveis ikke-diskrimineringsregel og omhandler at «siktete ikke må behandles dårligere enn påtalemyndigheten».¹⁴ Siktete har krav på å bli *behandlet* likt: «Det er altså ikke tale om reelt *lik stilling for*, men bare *likebehandling av* siktete og påtalemyndigheten, og knapt nok det».¹⁵

En grunnsetning som ofte blir trukket frem for å beskrive innholdet av «equality of arms» i dag er at prinsippet innebærer at «each party [is] to be given a reasonable opportunity to present its case under conditions that do not place it at a substantial disadvantage vis-à-vis its opponent».¹⁶

I saken *Ankerl v. Switzerland* omtales prinsippet som et prinsipp om «fair balance».¹⁷

¹⁰ Dok. nr. 16 (2011-2012) ss. 118, 121 flg.

¹¹ HR-2014-1292 avsnitt 14 og HR-2016-2554-P avsnitt 81.

¹² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 34.

¹³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 34.

¹⁴ Robberstad 1999 s. 153-154.

¹⁵ Robberstad 1999 s. 154.

¹⁶ *Krčmář and others v. The Czech Republic* § 39.

¹⁷ *Ankerl v. Switzerland* § 38.

Spørsmålet er om likhetsprinsippet som er innlemmet i tvl. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt er ment å innebære *reell likhet* som betyr at man skal sørge for at partene er utrustet med de samme ressursene, slik at de reelt sett har lik styrke, eller om det er snakk om *formell likhet* der partene ikke skal gjøres forskjell på og skal behandles likt. Robberstads analyse av EMDs praksis viser at «equality of arms» er et prinsipp om det sistnevnte. Beskrivelsen som nevnt over av «equality of arms» fra EMDs praksis gir etter mitt syn imidlertid inntrykk av at det også kan være snakk om reell likhet, når den sier: «under conditions that do not place it at a substantial disadvantage vis-à-vis its opponent». Dette kan gi inntrykk av at man skal sørge og legge til rette for at forholdene rundt behandlingen faktisk stiller dem likt; altså ikke nødvendigvis behandle partene likt (formell likhet), men snarere legger til rette for reell likhet, kanskje til og med gjennom å behandle partene ulikt (for eksempel gjennom å tilføre en part ressurser) - slik at en part nettopp ikke har en «substantial disadvantage».

I tvistelovens forarbeider trekkes det frem at likhetsprinsippet innebærer at partene skal være «utrustet med de samme beføyelser i prosessen («equality of arms») og behandles likt».¹⁸ Lovgiver ser ut til å knytte «equality of arms» til ressurslikhet, og ikke til likebehandling slik setningen er formulert. I alle tilfelle kan det se ut som at lovgivers ønske var å innlemme et likhetsprinsipp med to deler: på den ene siden skal man sørge for at forskjeller i ressurser hos partene ikke får betydning i saken (ressurslikhet) og i tillegg skal partene generelt «behandles likt» (ikke-diskriminering). I seg selv kan dette være motstridende. For å kunne sikre reell likhet, må man nemlig gjerne tilføre noe til den ene parten som den andre ikke får (dermed blir de ikke behandlet likt). Et praktisk eksempel er i en situasjon der den ene parten trenger mer veiledning fra retten enn den andre; det kan bidra til å øke den reelle likheten, men formelt sett får den ene mer veiledning enn den andre.

At partene skal ha like ressurser handler altså om at man ikke ønsker at én part skal ha større muligheter for å vinne frem med sin sak, kun fordi den har større ressurser å bruke på saken enn motparten.¹⁹ Dette kan blant annet være ved å ha større muligheter for advokatbistand og å hente frem bevis og argumenter som styrker sin sak.²⁰ Det handler også om muligheten til å få prøvd sin sak og om at ikke ressurser skal være (en for stor) hindring til å kunne føre saken sin for retten. Samtidig skal ikke terskelen senkes så lavt at en hvilken som helst sak kan tas inn til

¹⁸ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 34 min utheving.

¹⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38 og NOU 2001:32 B s. 651.

²⁰ Backer 2020 s. 23.

retten eller at det hindrer sjansene for minnelig løsning eller forlik.²¹ Ordninger som forarbeidene nevner for å bøte på problemet om ressurslikhet er blant annet å tilføre ressurser til den svakere part gjennom ordninger som fri sakførsel (rettshjelploven).²² Men å tilføre ressurser vil bare i begrenset utstrekning utjevne slike ulikheter, hevder tvisteutvalget selv. Utvalget nevner videre tre grupper av regler som foreslås for å stå imot ulikheter av ressurser: generelle regler som er utslag av proporsjonalitetsprinsippet, småkravprosess og begrenset adgang til å anke småkravsaker.²³

Partene skal samtidig «behandles likt», som altså kan forstås som et kriterium om *holdninger og væremåte*, en regel om ikke-diskriminering. Inge Lorange Backer betegner i sin bok *Norsk Sivilprosess* det som et prinsipp om *likebehandling* og at det i dette ligger at partene er «bærere av likeverdige interesser» og at prosessreglene gjelder likt for partene.²⁴ Som Backer påpeker, kan formell likhet bidra til både å opprettholde og forsterke reelle ulikheter. For å motvirke dette, nevnes behovet for andre ordninger som veiledning av en part og fordeling av sakskostnader, samt fri rettshjelp.²⁵

Det kan virke som lovgiver har tenkt at likhetsprinsippet og tvl. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt skal gå ut på at man ønsker reell likhet i form av at tvisteloven og rettssystemet skal sørge for å motvirke at ressurser får betydning for utfallet av saken; det er ikke ønskelig at en parts bakgrunn hva gjelder ressurser skal ha noen betydning fra eller til. Samtidig ønsker de å synliggjøre at partene er - som Backer betegner det - «bærere av likeverdige interesser» og skal behandles deretter.

1.4 Småkravprosessen

Tvisteloven har altså to alternative regelsett eller prosesspor for behandling av saker i tingretten. På den ene siden har man allmennprosessen og på den andre småkravprosessen.

Småkravprosessen er en forenklet rettergangsprosess i tingretten og gjelder for «små krav» jfr. tvl. § 10-1 første ledd. I dag regnes små krav som saker der tvistesummen er under kr. 250 000 jfr. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav a. Tvistemålsutvalget foreslo opprinnelig at tvistesummen

²¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 197.

²² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

²³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

²⁴ Backer 2020 s. 22.

²⁵ Backer 2020 s. 99.

skulle knyttes opp mot folketrygdens grunnbeløp²⁶, noe departementet var uenig i. Dette ble begrunnet med at grunnbeløpet er et lite rundt og årlig skiftende tall og at det heller ikke er noen fast dato for kunngjøring. Departementet mente det var viktig at grensebeløpet skulle være lett tilgjengelig og påpekte at grunnbeløpet dessuten fastsettes ut fra andre hensyn enn det som burde være avgjørende for tvisteloven.²⁷ De bestemte dermed å heller fastsette et konkret beløp. Beløpet var opprinnelig på kr. 125 000 og ble oppjustert til kr. 250 000 i 2020.²⁸

Småkravprosessen kan også anvendes for saker der tvistesummen er høyere enn kr. 250 000 dersom partene samtykker til dette og tingretten beslutter dette jfr. § 10-1 andre ledd bokstav b. Dersom det er forsvarlig og hensiktsmessig, og begge parter ikke motsetter seg det, kan også småkravprosessen benyttes på saker som ikke gjelder formuesverdier, såkalte ideelle verdier. Valg av prosesspor treffes senest innen mottak av tilsvar.²⁹

Tvistemålsloven, som er tvistelovens forgjenger, hadde ingen egen regulering hva galt behandling av små krav. I lys av de internasjonale forpliktelsene i EMK art. 6 og det som kalles «access to justice» vokste det frem en felles forståelse i flere land om at den alminnelige domstolsbehandlingen var for komplisert, langvarig og kostbar, og at det ikke ga noe reelt alternativ for behandling av små tvister.³⁰ I Norge så man også at forlikrådene hadde svakheter, at tvistemålslovens regler om forenklet rettergang ble lite brukt, andre organer for forbrukertvister var heller ikke et fullgodt alternativ og at ordningene for å få økonomisk bistand til domstolsbehandling (fri rettshjelp og rettshjelpsforsikring) var for lite tilgjengelige eller dekkende. I realiteten betydde dette at man ikke hadde like god tilgang («access to justice») for å få behandlet krav av små verdier og at vi hadde et behov for en egen prosess for disse også i Norge.³¹

Småkravprosessen er med andre ord bygd på hensyn om forenkling og kostnadsproporsjonalitet satt opp mot hensyn om kvalitet og rettssikkerhet.³² Man skal kunne få behandlet sine saker uten at omkostningene setter en stopper for det, men samtidig må ikke prosessen bli så enkel og «billig» at den går på bekostning av kvaliteten og rettssikkerheten. En utfordring ved

²⁶ NOU 2001:32 B s. 762.

²⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 198.

²⁸ Lovvedtak 65 (2019–2020) Lov om endringer i tvisteloven (verdigransene).

²⁹ Backer 2020 s. 206.

³⁰ NOU 2001:32 A s. 317.

³¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) kap 11.1 til 11.4.

³² NOU 2001:32 A s. 317.

småkravprosessen er at den er lagd for og tiltenkt saker med små krav, små parter og gjerne enkle rettsforhold, men hva med de tilfellene der små parter, skylder små krav til store finansforetak eller står opp mot store inkassoselskap? Eller hva med de sakene der en part har bistand av advokat, mens den andre ikke har det? Eller der kravet er lite, men saken er svært kompleks? Er likhetsprinsippet ivaretatt i disse tilfellene? Likhetsprinsippet er kanskje spesielt viktig i småkravprosessen, fordi den gjerne har med selvprosederende parter å gjøre, fordi man gjerne kan ha ulike styrkeforhold i partene og fordi den er lagt opp til å skulle være kostnadsbesparende, slik at ulikheter i ressurser får ekstra stor betydning.

2 Raskere og mer uformell saksforberedelse

2.1 Innledning

I småkravprosessen skal saksforberedelsen være raskere og mer uformell enn i allmennprosessen.³³ Det er for eksempel intet planmøte eller sluttinnlegg jfr. § 10-2 første ledd. Saksforberedelsen er uformell i den forstand at retten selv står fritt til å velge formen på kontakten med partene.³⁴ Det uformelle aspektet kommer også til uttrykk ved at preklusjonsregelen i § 9-10 jfr. 9-16 ikke får anvendelse. Dette vil bli diskutert nærmere i kapittel 3.

Når det gjelder hastigheten på saksforberedelsen har departementet satt en frist på at det ikke skal gå mer enn tre måneder fra inngitt stevning til det foreligger dom, i motsetning til allmennprosessen der fristen er syv måneder jfr. § 10-4 første ledd.³⁵ Uten planmøte og sluttinnlegg blir saksforberedelsen mindre omstendelig og man kan raskere komme til sluttbehandling og dom.

Det legges videre også opp til en sterkere styring og veiledning fra rettens side under saksforberedelsen fr. § 10-2 andre ledd. Veiledningen skal særlig etter § 10-2 andre ledd legge vekt på «*raskt* å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, og om det kan være grunnlag for en minnelig ordning» (uthevet her).

2.2 Kostnadsbesparende prosess og enklere å være selvprosederende

Saksforberedelsen er med andre ord enklere og mer effektiv i småkravprosessen enn i allmennprosessen, noe som også gjør den kostnadsbesparende. For det første bidrar det til at rettens behandlingsgebyr kan holdes lavt. For det andre bidrar det også til at egne sakskostnader kan holdes lave, spesielt dersom man er representert ved advokat (forberedelse, reisekostnader, møtekostnader mm.). For det tredje er det kostnadsbesparende da det gjør det enklere å være selvprosederende.

At kostnadene holdes nede bidrar til at en part med mindre ressurser enklere kan føre saken sin for retten, slik at likhetsprinsippet er ivaretatt. Men fraværet av planmøte og sluttinnlegg hindrer ikke i seg selv at motparten legger mye ressurser i saksforberedelsen og bevisinnhenting. I

³³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 194.

³⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 194.

³⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 202.

teorien kan det fremdeles legges mye penger i saksforberedelsen dersom man har ressurser til det, noe som nok også vil være tilfelle i saker av svært prinsipiell karakter. I og med at omkostningene raskt blir høye og til og med overstiger tvistesummen i småkravsaker, vil dette imidlertid nok gjøre det ulønnsomt for de fleste å legge mye ressurser i saken. Den begrensede erstatningsadgangen av saksomkostninger bidrar også til at dette er lite praktisk. Dette vil bli behandlet senere i oppgaven.

Intet planmøte, uformell kontakt mellom partene og retten, ingen sluttinnlegg, korte frister og fravær av preklusjonsregler gjør som nevnt saksforberedelsen enkel. Dette er gjort for at det - i tillegg til å være kostnadsbesparende - blant annet er lettere for partene å kunne være selvprosederende. Det er en generell rett at man skal kunne representere seg selv i sivilprosessen, med mindre en part «ikke kan framstille saken på en forståelig måte» jfr. § 3-2. Det er antatt at ved krav som involverer små verdier vil man måtte regne med et stort innslag av selvprosederende parter, hovedsakelig fordi det å holde kostnadene nede har stor betydning i saker med små krav og det å være selvprosederende vil være billigere.³⁶ Derfor er altså småkravprosessen laget med hensyn på å ivareta at partene kan være selvprosederende. Dette ivaretar likhetsprinsippet idet parter med mindre ressurser får større adgang til domstolsbehandling.

Selv om småkravprosessen er tilrettelagt slik at den enkelt kan føres av selvprosederende, var det likevel ikke fra verken departementet eller utvalgets side et ønske å hindre mulighet for advokatbistand. Snarere så de begge fordeler ved at også småkravsakene kunne føres av advokater.³⁷ Tvistemålsutvalget mente blant annet at advokatbistand, til tross for kostnadene, kunne fremme tilgjengeligheten til domstolen for partene, ved at det ville føles tryggere å tre inn i rettssalen med bistand fra advokat. De mente også at advokatbistand vil kunne bidra til at saken ble bedre opplyst både faktisk og rettslig, og bidra til å gjøre det lettere for retten å behandle saken. Videre mente de at en advokat vil kunne fraråde søksmål eller innsigelser som ikke har rimelig utsikt til å føre frem og dessuten ha en større emosjonell distanse til saken slik at saken holdes med mer nøkterne og realistiske argumenter. Partene kan dessuten, uten advokatbistand, overvurdere styrken i egen sak og være for optimistiske når det gjelder troen på å vinne frem.³⁸

³⁶ Blant annet NOU 2001:31 A s. 341 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) ss. 57, 173.

³⁷ NOU 2001:31 A s. 338 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 198.

³⁸ NOU 2001:32 A s. 338.

Det er med andre ord ikke noe i veien for at en part legger store ressurser i saken ved å la seg bistå med advokat. I de tilfellene der det er en selvprosederende mot en med advokatbistand vil dette utfordre likhetsprinsippet og at ressurser ikke skal ha innvirkning på resultatet; for, som utvalget selv sier, vil man ha svært store fordeler av advokatbistand. En med større ressurser vil både ha større mulighet for å både la seg bistå av advokat, men også legge mye ressurser i advokatbistanden. En med store ressurser vil også kanskje i større grad tillate seg dette opp mot tvistesummen idet «tapet» ikke vil ha like stor påvirkning for den i motsetning til en med mindre ressurser; der det å spise opp tvistesummen med sakskostnader vil ha større betydning. Reglene om begrenset erstatning av omkostninger kan nok i mange tilfeller likevel bøte på hvor mye en advokat legger i saken, men det hindrer ikke at den med advokatbistand åpenbart vil ha stor fordel av dette.

Det er heller ikke gitt at to selvprosederende har like ressurser og forutsetninger for å føre en sak. En del saker vil også være små parter (typisk forbrukere) mot store, erfarne parter, for eksempel staten, finansforetak eller inkassoselskaper. Som utvalget selv poengterer vil enkeltindivider også komme i konflikt med maktstrukturer som «ut fra posisjon, kompetanse og andre forhold har en helt annen og større ressursstyrke. Også i slike konfliktforhold er det viktig at prosessreglene åpner for prosessmulighet for «den lille mann» og om mulig med samme prosessstyrke».³⁹ Hvordan dette konkret skal gjøres kommenteres ikke av utvalget. Det er klart at disse vil ha mye større ressurser og erfaring, som kan påvirke resultatet. For «den lille mann» er dette kanskje første gang han har med domstolen å gjøre, mens for finansforetaket/inkassoselskapet er saken nok bare en av mange. Dette kan føre til at en med mindre ressurser kanskje til og med må legge større ressurser i saken enn den store, erfarne parten kun for at forutsetningen skal være like. Her ser man i så fall at likhetsprinsipp sterkt blir utfordret. En med mindre ressurser vil til og med kanskje i en slik sak enten føle et behov for å la seg bistå med advokat uten at vedkommende strengt tatt hadde trengt det eller forstå fra å ta saken inn for domstolene overhode.

2.3 Veiledning

Rettens veiledningsplikt kan være et middel for å bøte på de tilfellene hvor det er store ujevnheter i partsforholdet og bidra til å ivareta likhetsprinsippet. I forarbeidene er

³⁹ NOU 2001:31 A s. 129.

veiledningsplikten begrunnet nettopp i å skape større likhet mellom partene i prosessen og som et middel til å oppnå riktige avgjørelser.⁴⁰ Departementet poengterer at det bør være mulig å føre en sak for domstolen uten bruk av advokat, da ikke alle har råd til dette og mulighetene til å få fri retts hjelp er begrenset. Videre poengteres det at veiledning fra rettens side i stor utstrekning kan hindre at det begås feil som skaper prosessuelle hindre for at parten kan få medhold, som igjen skaper større likhet mellom partene og dermed en rettførdig rettergang. Likevel er det ønsket om at retten skal treffe riktige avgjørelser som er den viktigste begrunnelsen for å gi retten veiledningsplikt, og ikke likhetsprinsippet.⁴¹

Det følger dermed av § 11-5 sjette ledd at «[r]etten *skal* under sakens gang ta *særlig hensyn* til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning» (uthevet her). Likevel må ikke veiledningen utøves slik at den svekker tilliten til domstolenes upartiskhet. Den kan ikke gi råd om standpunkter eller prosesshandlinger partene bør ta jfr. syvende ledd.

Omfattende prosessuell veiledning er ikke ansett av departementet som et problem: «veiledning om prosessuelle regler vil sjelden være egnet til å frata retten rollen som nøytral konfliktløser».⁴² Når det gjelder materiell veiledning er det ansett å være mer problematisk. Imidlertid så ikke departementet det som en like stor utfordring som det Tvistemålsutvalget gjorde. For departementet var det viktig at veiledningen formidles på en riktig måte. Departementet var enig i at retten ikke burde gi partene råd, men «det bør ikke anses til hinder for at retten, når den ser det som nødvendig for å bli forstått, kan gi nokså klart uttrykk for hva som vil bli utfallet av saken som følge av å påberope et påstandsgrunnlag bevisføringen synes å gi grunnlag for».⁴³ Retten har imidlertid ingen veiledningsplikt når det gjelder materielle spørsmål jfr. § 11-5 fjerde ledd og ordlyden «kan».

Spørsmålet videre er om man kan si at småkravprosessen står i en særstilling når det gjelder materiell veiledning og om det her kan sies å foreligge en veiledningsplikt. Jens Edvin A. Skoghøy tar til orde for at det ved småkravprosessen gjelder en viss *plikt* fra rettens side til å drive materiell prosessledelse spesielt ovenfor selvprosederende.⁴⁴ Samtidig mener Skoghøy også at likhetsprinsippet begrenser adgang til materielle prosessledelse.⁴⁵ Dette er fordi retten

⁴⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 172.

⁴¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 172.

⁴² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 173.

⁴³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 173.

⁴⁴ Skoghøy (2017) s. 966.

⁴⁵ Skoghøy (2017) s. 964.

både skal hjelpe den selvprosederende, men samtidig må passe på ikke å gi en part så mye veiledning at partene ikke lengre blir likestilte og at det svekker tilliten til rettens upartisk. Departementet tok ikke til orde for en veiledningsplikt, men poengterer at behovet og rettens adgang til materiell veiledning vil være større i for eksempel småkravprosessen, fordi småkravprosessen trolig innebære at flere møter uten prosessfullmektig.⁴⁶

Det må i alle tilfelle kunne sies at retten har adgang til å gi *mer* veiledning til en part som måtte trenge dette, også om materielle spørsmål. Dette er i tråd med at retten uansett har en plikt til å oppnå materiellet riktig resultater jfr. § 11-5 andre ledd, som da i noen tilfelle vil bety en viss plikt til å gi materiell veiledning. Det legges altså her ikke opp til *formell* likebehandling, men snarere opp til å gi tilpasset veiledning til partene, som kan bety at noen trenger mer og andre mindre, nettopp for å oppnå *reell* likhet. Men det er snakk om en svært hårfin balansegang som kan by på utfordringer. På den ene siden kan retten risikere å gi en eller flere parter for inngående veiledning, slik at tilliten til rettens upartiskhet blir svekket og på den andre siden kan de gi for lite veiledning, slik at likhetsprinsippet ikke er ivaretatt. Det legges i alle tilfelle opp til at veiledningene skal skje slik at begge parter får med seg hvilken veiledning som gis. Dette er i tråd med likhetsprinsippet og å sikre rettens upartiskhet.

Det at saksbehandlingen er gjort så kortfattet og enkel er imidlertid en utfordring ved det at retten skal yte veiledning som middel for å bøte på ressursulikheter. For å kunne yte god veiledning må man kjenne saken godt og ha kontakt med partene. I småkravprosessen kjenner imidlertid ikke dommeren saken noe særlig før den ligger til sluttbehandling, fordi det er ikke noe særlig saksforberedelse. Dommeren må dermed i større grad yte veiledning i det korte rettsmøtet, noe som setter stort press på dommeren. Det er begrenset hvor mye og god veiledning som også kan gis når man ikke kjenner saken på forhånd.

Veiledningen fra retten er med andre ord ikke et fullgodt middel å veie opp for at en part kan legge mye ressurser i saken, noe som vil kunne påvirke resultatet av saken. Dommeren har ikke tid og mulighet til å gi nok veiledning til å veie opp for at en med mindre ressurser ikke har kunne legge så mye i saken som den med store ressurser, noe som utfordrer likhetsprinsippet.

⁴⁶ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 173.

2.4 Alminnelig mekling og rettsmekling

Tvistelovens kapittel 8 regulerer mekling og rettsmekling i de alminnelige domstoler og gjelder alle instanser og kan gjennomføres både i småkravprosessen og i allmennprosessen.⁴⁷ Som utvalget poengterer bør mekling også ha en fremtredende plass i småkravprosessen, selv om det er antatt at det vil være mindre aktuelt her enn i allmennprosessen.⁴⁸ For det første vil det kunne påføre partene større kostnader i saken dersom rettsmeklingen er forgjeves og saken likevel må behandles ved vanlig sluttbehandling. I så tilfelle forutsettes det av utvalget at en annen enn dommeren i saken bør være rettsmekler, slik at man kan fortsette rettsmøtet med dommeren og derved unngå nytt rettsmøte og ny dommer.⁴⁹ For det andre mener utvalget at det i småkravprosessen oftere vil være en selvprosederende part mot en som er representert ved advokat, og at i slike situasjoner vil «den mulige mangel på balanse i prosessuell styrke gjør rettsmekling her mindre aktuelt».⁵⁰

Hva gjelder økte utgifter er det klart at en forgjeves rettsmekling vil passe dårlig med hensynet til effektivitet og kostnadsbesparelse/-proporsjonalitet i småkravprosessen. Det kan potensielt påføre større og unødvendige kostnader for partene. Samtidig kan det argumenteres for at i en sak der den prosessuelle styrken er ulik vil rettsmekling være et godt alternativ. Her kan den selvprosederende få veiledning, samtidig som den vil kunne prøve ut sine argumenter og få en «feeling» på dommeren om de kan ansees å ha noe hold i seg eller ikke. På denne måten kan rettsmekling bidra til å *utjevne* ressursulikheter. Sett opp mot kostnadene dette potensielt kan medføre, vil det imidlertid sjeldent være lønnsomt med rettsmekling i småkravprosessen. Men der det kan se ut til å bli enighet mellom partene vil rettsmekling kunne være et godt alternativ som ivaretar likhetsprinsippet i form av at det er enklere å være selvprosederende.

2.5 Konklusjon

Det kostnadsbesparende elementet i saksforberedelsen ivaretar ikke i seg selv likhetsprinsippet. Det muliggjør at ressurser ikke påvirker det å få tatt sin egen sak inn for domstolen, men det motvirker ikke at motparten kan legge svært store ressurser i saken, som man selv kanskje ikke har mulighet til. Som vi skal se senere er det imidlertid andre midler som kan minimere insentivet til å legge så store ressurser i saken, som for eksempel den begrensede adgang til å få saksomkostninger erstattet.

⁴⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 119.

⁴⁸ NOU 2001:32 A s. 342.

⁴⁹ NOU 2001:32 A s. 342.

⁵⁰ NOU 2001:32 A s. 342.

Videre er det i tråd med likhetsprinsippet at prosessen er lagt opp til at man kan være selvprosjederende, siden man ikke trenger å være avhengig av advokat for å kunne føre saken sin, men også her bøter ikke reglene på at motparten kan la seg bistå av advokat. Imidlertid har retten en veiledningsplikt som også omfatter materielle spørsmål, slik at denne ulikheten kan gjøres mindre. Men det vil ikke ivareta likhetsprinsippet om man belager seg på rettens veiledningsplikt alene. Domstolene kan ikke gi så inngående veiledning at det veier opp for konsekvensene av at en part som er selvprosjederende står mot en med advokat, da dette vil utfordre tilliten til domstolenes upartiskhet. Dessuten vil det være mindre tid og rom for omfattende veiledning, da småkravprosessen jo skal være hurtig og effektiv. Veiledningen kan bidra sammen med andre tiltak å ivareta likhetsprinsippet, men kan ikke alene stå som en løsning på ulikheter i ressurser og prosessstyrke.

Rettsmekling kan være et godt alternativ i småkravprosessen for den selvprosjederende, der ressursulikheter vil ha mindre betydning, men på grunn av de potensielt økte kostnadene dette kan medføre vil ikke rettsmekling være særlig aktuelt.

3 Ikke preklusive frister

3.1 Innledning

I tillegg til den enklere og hurtigere saksbehandlingen kommer småkravprosessens uformelle aspekt også til uttrykk ved at preklusjonsregelen i § 9-16 jfr. § 9-10 ikke er gitt tilsvarende anvendelse i § 10-2. Dette gjøres nettopp fordi småkravprosessen skal være en uformell prosess, der partene skal kunne føre en sak selv, uten advokat, og da har man antatt at en streng preklusjonsregel ikke egner seg.⁵¹

I allmennprosessen er fristen for å sette fram nye krav, utvide påstanden, sette fram et nytt påstandsgrunnlag eller tilby nye bevis i utgangspunktet når saksforberedelsen er avsluttet. Dette er to uker før hovedforhandling jfr. § 9-16 jfr. § 9-10 første ledd. Det er heller ikke adgang til å trekke inn nye parter i saken etter avsluttet saksforberedelse jfr. § 15-2 tredje ledd annet punktum.⁵² En part kan ikke endre disse prosesshandlingene dersom motparten protesterer. Unntakene er dersom (1) det skjer før hovedforhandlingen og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg eller (2) retten tillater det. Retten skal tillate det dersom (a) parten ikke kan bebreides for at endringen ikke er foretatt tidligere og det vil være urimelig å nekte endringen, (b) motparten har tilstrekkelig grunnlag for å ivareta sine interesser dersom bevisene tillates eller (c) dersom nektelse vil kunne påføre parten et urimelig tap jfr. § 9-16 første ledd bokstav a til b. Hvis ikke noen av disse unntakene kommer til anvendelse er konsekvensen at prosesshandlingene ikke kan foretas.

I småkravprosessen plikter partene etter § 10-2 tredje ledd første punktum å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt innen én uke før rettsmøtet. Fristen er altså i småkravprosessen halvert i forhold til allmennprosessen, nettopp for å holde prosessen hurtig og uformell. Men preklusjonsreglene i § 9-16 er altså ikke gitt tilsvarende anvendelse.

Dette vil bety at det i utgangspunktet ikke får noen konsekvenser dersom en part ikke varsler om bevis etter fristen har gått ut. Ifølge utvalget betyr dette imidlertid ikke at man «ikke kan reagere mot en unnlattelse av å varsle om bevis hvis det er klart klanderverdig. Den alminnelige regel i § 22-2 (3) vil få anvendelse».⁵³ Henvisningen til § 22-2 (3) tilsvarer tvistelovens § 16-6

⁵¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 200.

⁵² Det fremgår av § 15-2 tredje ledd siste punktum at § 9-16 gjelder.

⁵³ NOU 2001:32 B s. 763-764.

tredje ledd.⁵⁴ Her fremkommer det at retten ved kjennelse kan nekte prosesshandlinger hvis det fører til at et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket. Videre står det i forarbeidene at det kan gi grunnlag for å nekte bevis, dersom det vil føre til en «utsettelse med merutgifter, som det hensett til saken ikke er rimelig å påføre motparten» og dersom det vil fremstå som «klart subjektivt klanderverdig» at en part ikke har varslet om beviset.⁵⁵

Paragraf 16-6 tredje ledd siste punktum sier at «[o]m endringer av saken etter avsluttet saksforberedelse gjelder § 9-16». Det må imidlertid antas at dette ikke er en henvisning som gjelder småkravsakene. Det vil gi lite mening om forarbeidene både uttrykkelig skulle si at § 9-16 bevisst ikke er gitt anvendelse i småkravprosessen, men samtidig gis anvendelse gjennom § 16-6 som de også selv uttrykkelig sier får anvendelse i småkravprosessen. Dessuten må «avsluttet saksforberedelse» forstås som en henvisning til allmennprosessen (§ 9-10), da dette egentlig ikke er et formelt stadium i småkravprosessen.⁵⁶ Det er altså en viss mulighet til å likevel nekte bevis som meldes for sent også i småkravprosessen, men fristen på en uke før sluttbehandling har med andre ord egentlig ingen reell eller selvstendig betydning.

Men hva skjer med endring eller tilføyelse av krav, påstand, påstandsgrunnlag og parter i småkravprosessen? Utvalget bruker formuleringen «preklusjonsregelen i § 9-10, jf § 9-16 er ikke gitt tilsvarende anvendelse, *heller ikke* for bevis som det altså pliktes varslet om»⁵⁷. Formuleringen antyder at det finns andre prosessendringer det «ikke prekluderes for». I følge § 10-2 skal § 9-2 gjelde tilsvarende. Her fremgår det at krav, påstand, påstandsgrunnlag og parter skal fremgå av stevningen. Utover dette reguleres ikke noe konkret frist for endring. Paragraf 16-6 tredje ledd vil gjelde tilsvarende for disse, som betyr at en part kan komme med nye krav, påstander, grunnlag og bevis etter en uke før sluttbehandlingen i småkravprosessen. Det prekluderes med andre ord ikke for dette, med mindre det vil medføre at rettsmøte må utsettes eller saken vesentlig forsinket jfr. § 16-6 tredje ledd.

3.2 Lovteknisk utfordring

Først og fremst viser innledningen her at reglene om preklusjon i småkravprosessen er kompliserte, og ikke minst vanskelig å finne frem til og forstå. Dette i seg selv strider med likhetsprinsippet og ønsket om at partene skal kunne være selvprosederende. Tvisteloven er

⁵⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) vedlegg 1. Lovspeil.

⁵⁵ NOU 2001:32 B s. 764.

⁵⁶ Øyen (2010) s. 77.

⁵⁷ NOU 2001:32 B s. 763 (min utheving).

ellers bygd opp veldig pedagogisk, men som vi ser, er rettstilstanden vanskelig å finne ut av. Ørnulf Øyen tar nettopp av denne grunn til orde for at tvisteloven må endres når det gjelder reglene om preklusjon i småkravprosessen:

Preklusjonshjemmelen i § 16-6 tredje ledd første punktum er såpass bortgjemt og uklar at en uten videre kan legge til grunn at loven verken gir selvprosederende parter et signal om de plikter å foreta eventuelle endringer i eget prosessopplegg så tidlig i prosessen som mulig, eller om risikoen for preklusjon der en endring foretas sent i prosessen.⁵⁸

Han poengterer også at dette medfører en risiko for at dommerne overser disse problemstillingene i sin veiledning av selvprosederende parter.⁵⁹ Dette vil kunne slå skjevt ut ovenfor en med mindre ressurser som velger å være selvprosederende, spesielt dersom den står mot en erfaren part eller en som er representert med advokat. Det er med andre ord ikke nødvendigvis slik at dersom en part oversitter en frist, så får det ingen konsekvenser. Det kan i ytterste konsekvens medføre at handlingen ikke kan foretas.

3.3 Innholdsmessige konsekvenser

Videre er det på den ene siden en fordel for selvprosederende at det ikke er strenge preklusjonsregler, slik forarbeidene poengterer, fordi det på flere måter vil gjøre det lettere å være selvprosederende. Forsømmelser og oversittelse av frister man kanskje ikke kjenner til vil få mindre konsekvenser. Dette bidrar til å minske at ulike ressurser får betydning for resultatet i saken. Parten vil likevel kunne få føre viktige bevis, få endret påstand og krav til det som passer bedre m.m., noe som i mye større grad vil være en problemstilling for en selvprosederende part enn for en erfaren part eller en som er representert av advokat.

Det bidrar også til at saken kan bli bedre opplyst, da ingenting blir avskåret kun på grunnlag av rene formaliteter. Regjeringsadvokaten bemerker nettopp dette i sin høringsuttalelse som argument *mot* å innføre preklusjonsregler i allmennprosessen, nemlig at det er viktig at avgjørelsesgrunnlaget i første instans er så fullstendig som mulig og at det bør være et overordnet mål å få et riktig domsresultat allerede i første instans, for å unngå unødvendige anker.⁶⁰

⁵⁸ Øyen (2010) s. 81.

⁵⁹ Øyen (2010) s. 81.

⁶⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 175.

På den andre siden er fravær av preklusjonsregler en utfordring for kontradiksjonsprinsippet, noe som igjen utfordrer det å avsi materielt riktige resultater. At man kan endre krav, påstand, påstandsgrunnlag, bevis og parter tett opp mot sluttbehandlingen gjør det vanskeligere for en part å forberede seg og ta til motmæle. I tillegg, dersom det er snakk om bevis som den ene parten har hatt lenger enn den andre, vil dette være problematisk i forhold til likhetsprinsippet. I EMD er det stadfestet at likhetsprinsippet innebærer at en part skal gis lik tilgang på og mulighet til å eksaminere, kommentere og imøtegå bevismateriale.⁶¹ Dette vil jo ikke være tilfelle dersom opplysninger og bevis m.m. fremsettes tett opp mot eller under sluttbehandlingen, som den andre parten har visst om i lengre tid.

Likhetsprinsippet kan her utfordres for begge parter. For den selvprosederende kan det være fare for at den selv ikke vet hva som er viktige eller relevante bevis og opplysninger, og kan risikere å komme med disse først under sluttbehandlingen. Dette vil ramme den andre parten, uavhengig av ulikheter i ressurser og erfaring, men vil likevel utfordre likhetsprinsippet med tanke på lik mulighet til å eksaminere, kommentere og imøtegå bevismateriale. Det er også en teoretisk mulighet for den som kjenner reglene godt å spekulere i å holde viktige opplysninger og bevis tilbake så lenge som mulig. Venter man imidlertid for lenge eller det er åpenbart at dette har vært hensikten, vil nok retten kunne gjennomskue det og bevisene kan avskjæres etter § 16-6 fordi det vil bli ansett som «klart subjektivt klanderverdig».⁶²

Et hensyn bak preklusjonsreglene er, som Øyen er inne på, å gi partene signal om at endringer i eget prosessopplegg bør komme så tidlig i prosessen som mulig (og i allmennprosessens tilfelle faktisk hindre at dette kan gjøres for sent).⁶³ På denne måten kan partene, når man nærmer seg avsluttet saksbehandling, innrette seg på at rammene for saken er gitt.⁶⁴ Ved ikke å ha slike regler i småkravprosessen, blir sakens ramme mer usikker, og det er vanskeligere å forberede seg, fordi motparten kan komme med nye ting tett opp til sluttbehandlingen. Partene vil heller ikke ha noen insentiv til å komme med prosessendringer tidligere, fordi det ikke får noen konsekvens om man ikke gjør det. Fravær av planmøte kan også tenkes å forsterke denne mangelen på insentiv til å tidlig foreta endringer i eget prosessopplegg.

⁶¹ NOU 2001:32 s. 175-176 med videre henvisninger til Dombo Beheer, Series A No. 274 ([EMD-1988-14448](#)), Schuler-Zraggen, Series A No. 263 ([EMD-1989-14518](#)), Hentrich, Series A No. 296-A ([EMD-1988-13616](#)) og Kerojärvi, Series A No. 322 ([EMD-1990-17506](#)).

⁶² NOU 2001:32 B s. 764.

⁶³ Øyen (2010) s. 81.

⁶⁴ NOU 2001:32 B s. 764.

Det at det er vanskelig å sette en klar ramme for saken, kan på mange måter sies å gagne den erfarne eller ressurssterke med en erfaren advokat som i mye større grad kan ta problemstillinger på sparket enn det en uerfaren selvprosederende kan.

Klare rammer for saken kan igjen gjøre det lettere for dommeren både å veilede underveis og å behandle saken, noe som bidrar til å sikre materielt riktige resultater. Det bidrar også til å utjevne ulikheter i ressurser ved at det vil være enklere å være selvprosederende når dommeren enklere kan veilede. Spesielt i småkravprosessen der det både er lite rom for veiledning i forkant av saken (da det ikke er noen formell saksforberedelse/planmøte) og som vi skal se i neste kapittel er lite rom for veiledning underveis i det korte sluttbehandlingsmøtet, vil det at rammene for saken er satt i forkant av den kunne bidra til å gjøre det lettere for dommeren å veilede.

3.4 Konklusjon

I forarbeidene er det poengtert i relasjon til § 16-6 tredje ledd at det ikke er noen reell grunn til å nekte en prosesshandling med mindre forsinkelsen har betydning for saksavviklingen. Det er videre poengtert at et viktig hensyn er at motpartens posisjon ikke skal bli svekket på grunn av partens forsømmelse.⁶⁵ Som nevnt er det også et moment om handlingen er «klart subjektivt klanderverdig».⁶⁶ Dermed vil nok de fleste tilfellene som potensielt kan utfordre kontradiksjons- og likhetsprinsippet bli fanget opp, og fraværet av preklusjonsreglene vil få mindre betydning. Saken vil bli godt opplyst, den holdes uformell og enkel for den eventuelt selvprosederende, og det finnes en «sikkerhetsventil», slik at dersom det vil slå veldig skjevt ut kan en prosesshandling likevel hindres. Det vil for eksempel ikke være mulighet for en part å spekulere i å sende inn bevis for sent, sånn at motparten ikke får vurdert dem, da dette må anses som «klart subjektivt klanderverdig» eller vil stride med kontradiksjonsprinsippet slik at rettsmøtet må utsettes og dermed kan avskjæres etter § 16-6 tredje ledd. Det kan imidlertid settes spørsmålsteget ved hvor lett dette vil være for retten å fange opp.

⁶⁵ NOU 2001:32 B s. 913.

⁶⁶ NOU 2001:32 B s. 764.

4 Muntlig sluttbehandling, ikke hovedforhandling

4.1 Innledning

I småkravprosessen er det i motsetning til allmennprosessen ingen hovedforhandling, men en avsluttende sluttbehandling. Det er heller intet forberedende planmøte. Sluttbehandlingen er et rettsmøte, og det skal hovedsakelig være muntlig jfr. § 10-3 fjerde ledd første punktum. Den kan være skriftlig dersom partene avtaler dette, retten samtykker og det er begrunnet med prosessøkonomiske hensyn jfr. § 10-3 første ledd andre punktum. Sluttbehandlingen kan også, i motsetning til allmennprosessen, avholdes som fjernmøte jfr. § 10-3 andre ledd første punktum.

Sluttbehandlingen er mye kortere enn allmennprosessens hovedforhandling. Det er bare dersom «særlig sterke grunner foreligger» at rettsmøtet kan vare mer enn én dag jfr. § 10-3 andre ledd, og det er fra departementets side antatt at det avsluttende møtet i få tilfeller vil kunne trenge mer enn en halv dag.⁶⁷ Det følger av § 10-3 femte ledd andre punktum at § 9-15 gjelder tilsvarende, som regulerer de enkelte leddene under hovedforhandlingen i allmennprosessen, men retten kan imidlertid «forenkle behandlingen slik at nødvendig konsentrasjon oppnås».

4.2 Hurtig og effektiv

Den avsluttende muntlige behandlingen av saken er altså mye kortere og mer effektiv enn allmennprosessens hovedforhandling. Dette er igjen kostnadsbesparende og gjør det også enklere å være selvprosederende, noe som ivaretar likhetsprinsippet. En så rask og effektiv behandling kan imidlertid gå på bekostning av og utfordre at det blir avsagt materielt riktige resultater. Dette er en avveining som er gjennomgående for hele småkravprosessen: behovet for forenkling og kostnadsproporsjonalitet opp mot hensynet til kvalitet og rettssikkerhet.⁶⁸

Det er da i småkravprosessen vesentlig kortere tid for å få opplyst saken *både* i saksforberedelsen og under sluttbehandlingen, noe som først og fremst kan utfordre dommerens veiledningsmuligheter. Det er altså lite tid og mulighet for dommeren å bli kjent med saken i forkant. Når dommeren på forhånd ikke kjenner saken godt og ikke har hatt mulighet til å ha gjort seg opp noen meninger og spørsmål i forkant, har dommeren enda dårligere forutsetninger for å kunne fange opp disse under sluttbehandlingen. Dessuten vil det være lite tid for dommeren til å gi omfattende veiledning eller bruke tid på å få avklart uklarheter og stille

⁶⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 201.

⁶⁸ NOU 2001:32 A s. 317.

oppfølgingsspørsmål underveis i selve sluttbehandlingen, når denne også skal holdes så kort som mulig. Dommeren må da i mye større grad klare å fange opp uklarheter og gi veiledning der og da. Da er det naturlig nok stor fare for at slike uklarheter ikke blir sett og at kvaliteten på veiledningen blir dårligere, noe som igjen vil kunne påvirke utfallet av saken.

Den korte behandlingen gjør også at det vil lønne seg å være godt forberedt, slik at man klarer å fremstille saken så kort og presist som mulig. En part med store ressurser, stor erfaring eller som har advokatbistand vil da ha stor fordel av dette. Den vil lettere kunne fremstille saken enkelt og holde seg til relevant argumentasjon. En uerfaren og selvprosederende vil ha større vanskeligheter med å holde seg kortfattet og presis og vil ha langt dårligere forutsetninger for å kunne vite hva som er relevant argumentasjon eller ikke til saken. Da dommeren i tillegg har mye dårlige forutsetninger for og kortere tid til å kunne gi god veiledning, blir ikke denne ulikheten i prosessstyrke bøtet på under rettsmøtet. Man vil dessuten potensielt bruke mye tid på å oppklare faktum og en parts argumenter fremfor å utfordre og vurdere argumenter opp mot hverandre.

Det kan videre virke som at det i forarbeidene er tenkt og forutsatt at små krav betyr det samme som enkle saksforhold; at saker med lav tvistesum ikke kan ha et komplekst saksforhold. Departementet uttaler til og med i forarbeidene at «[m]ange saker om beskjedne verdier dreier seg om rettsregler som er oversiktlige, og som partene er enige om hvordan skal forstås».⁶⁹ I mange saker vil nok dette stemme, men det er nok ingen selvfølge at fordi tvistesummen er lav, så er saken også enkel å behandle. I disse tilfellene, der man har kort behandlingstid og komplekse saksforhold, vil det slå enda skjevtere ut hva gjelder ulikheter i ressurser fordi en med større ressurser eller advokatbistand vil i større grad nettopp kunne legge frem en presis, kort, oversiktig og velargumentert side av saken enn det motparten kan.

Departementet anerkjenner imidlertid at saksforholdet kan være like omfattende eller uklart som i saker om langt større verdier, men mener rettsmøtet fremdeles bør holdes kort: «Departementet antar likevel at det i de fleste tilfellene vil være mulig å gjennomføre en forsvarlig behandling innenfor rammen av en halv dag.»⁷⁰ Dessuten er småkravprosessen ganske fleksible og prosessen kan til en viss grad tilpasses behovet for en grundigere behandling

⁶⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 201.

⁷⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 201.

av saken.⁷¹ For eksempel kan sluttbehandlingen være mer enn en dag, dersom det foreligger særlige grunner jfr. § 10-3 andre ledd siste punktum og § 9-15 gjelder tilsvarende, slik at man kan ha en ganske nøyaktig gjennomgang under sluttbehandlingen jfr. §10-3 femte ledd andre punktum. Det at sluttbehandlingen kan være mer enn en dag er imidlertid, slik jeg har forstått det, i praksis vanskelig å få til på grunn av tingrettens berammelsessystem.

Det er også en mulighet for at saken likevel kan gå for allmennprosess selv om tvistesummen er under kr. 250 000 dersom «hensynet til forsvarlig behandling nødvendiggjør» det jfr. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Ifølge forarbeidene skal det generelt mye til for å gjøre unntak etter § 10-1 tredje ledd bokstav d, og i juridisk litteratur er bestemmelsen omtalt som en «sikkerhetsventil».⁷² Alternativet for små krav som er av komplisert art er etter utvalgets syn enten «det engelskmennene kaller en «rough and ready» prosess» eller ingen prosess overhode.⁷³ Poenget er at når tvistesummen er lav, så må behandlingen være tilpasset verdien av tvisten, hvis ikke er alternativet at man ikke får behandlet noe overhode, selv om saken er komplisert. For at en småkravsak likevel skal kunne gå etter reglene om allmennprosess må det altså enten være snakk om en sak av så prinsipiell betydning for en av partene, slik at saken for den eller begge parter vil kunne ha vesentlig betydning ut over den konkrete tvisten eller så må sakens kompleksitet tilsi at en behandling etter småkravreglene ikke vil kunne bli tilstrekkelig betryggende.⁷⁴ I forhold til likhetsprinsippet så bidrar dette til at en selvprosederende får en mer omfattende behandling av saken, som er positivt. Men samtidig bidrar det til økte kostnader som en med mindre ressurser kanskje ikke har mulighet til. Det øker også behovet for en advokat, som igjen utfordrer kostnadsbildet. Fri rettshjelp og mulighetene for å få dekket alle sakskostnadene vil her kunne bøte på dette til en viss grad, men som vi har sett på tidligere er mulighetene for fri rettshjelp snevre.

4.3 Skriftlig eller muntlig?

I noen tilfeller kan som nevnt saken behandles fullt ut skriftlig i småkravprosessen jfr. § 10-3 første ledd andre punktum. Det forutsetter imidlertid at partene er enige om det, at retten samtykker og at det er begrunnet med prosessøkonomiske hensyn. Grunnen til dette er for det første at utvalget og departementet antok at flere ville være selvprosederende i saker som gjaldt små krav og at det da ville være lettere for partene å ytre sine synspunkter muntlig enn å

⁷¹ Schei (2013) s. 358.

⁷² NOU 2001:32 B s. 763 og Schei 2013 s. 358.

⁷³ NOU 2001:32 B s. 763.

⁷⁴ NOU 2001:32 B s. 763.

formulere det skriftlig. For det andre mente de at det gjorde det lettere for retten å få presisert synspunktet til disse partene gjennom veiledning og avklaring.⁷⁵

I tvistemålslovens regler om forenklet rettergang var hovedregelen til forskjell fra i dag skriftlighet. Det var imidlertid adgang for partene til å kreve rettsmøte jfr. tvistemålsloven (tvml., opphevet) § 322a sjette ledd andre punktum. Tvistemålsutvalget mente imidlertid at det var muntlig behandling som må være helt sentralt i småkravprosessen og at skriftlige innslag bør begrenses til kun det som er nødvendig ut fra en rasjonell behandling. Det poengteres dessuten at muntlighet gjør det enklere med en mer effektiv veiledning av partene.⁷⁶

Det er nok en fordel å holde terskelen for skriftlig behandling høy med tanke på likhetsprinsippet. Spesielt der det er en selvprosederende part vil nok disse i mange tilfeller synes det er enklere, slik utvalget og departementet mener, å argumentere for sin sak muntlig enn skriftlig. Det vil som nevnt også være enklere for retten å gi veiledning og oppklare ting underveis i rettsmøtet. En advokat kan på den andre siden sies å ha større fordeler av å kunne redegjøre for saken fullt ut skriftlig, da den gjerne vil være mer presis og velformulert, og argumentene vil kunne være overprøvd i team og være svært gjennomtenkte. Ikke minst vil advokaten kunne argumentere uavbrutt og uten oppfølgingsspørsmål. Selvfølgelig vil retten også ha mulighet til å stille oppfølgingsspørsmål og utfordre argumenter også i en skriftlig behandling, men poenget er at helheten av argumentene kan fremstilles uavbrutt, og det er ikke rom for at argumentasjonsrekken blir avbrutt, noe som kan påvirke hvordan styrken i argumentene fremstår, i hvert fall sammenlignet med en uerfaren, selvprosederende parts fremstilling.

Samtidig er skriftlighet effektivt og billig, spesielt i saker som er lite komplisert. Det kan i noen saker virke helt unødvendig at alle partene må reise og møte i retten for svært enkle saker. Dermed er det i tråd med likhetsprinsippet at det er mulighet for skriftlighet og ikke minst at rettsmøtet i disse tilfellene kan holdes som fjernmøte.

4.4 Fjernmøte

Sluttbehandlingen kan altså, i motsetning til allmennprosessen, avholdes som fjernmøte. Det vil si at møtet avholdes muntlig og i samtid, men ved hjelp av digitale hjelpemidler. Det er en

⁷⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) ss. 198, 200.

⁷⁶ NOU 2001:32 A s. 341-342.

videokonferanse med både lyd og (helst) bilde. Den kan avholdes på ulike måter, enten ved at alle deltakerne er logget på og sitter hver for seg eller at noen sitter sammen, mens andre deltar digitalt. Begrunnelsen for muligheten til å kunne avholde rettsmøtet som fjernmøte er blant annet for å unngå unødvendige reisekostnader, slik at tvisten ikke lenger står i rimelig forhold til utgiftene partene må ha for å være til stede i møtet.⁷⁷

Her kan med andre ord kostnadene rundt rettsmøtet kuttes ned ytterligere, og man ivaretar samtidig de ovennevnte fordelene ved å kunne argumentere muntlig. Dette ivaretar likhetsprinsippet ved at reisekostnader ikke er en hindring i at saken kan gjennomføres og - som vi har sett - ivaretar muntlighet likhetsprinsippet på flere måter.

Det er imidlertid flere forhold ved digitale rettsmøter som kan utfordre likhetsprinsippet. En utfordring ved digitale møter vil typisk være tekniske feil. Komplikasjoner ved innlogging eller at lyd, bilde og internettilkoblinger faller ut m.m. kan bidra til å skape unødvendige forsinkelser og potensielt utsettelse av rettsmøtet. Det kan også være fare for at en eller flere av deltakerne ikke får med seg det alt som blir sagt eller at de ikke får med seg de samme tingene. Dette kan bidra til å skape misforståelser og uklarheter. Tekniske feil kan også bidra til å skape en viss usikkerhet og utrygghet, spesielt for en som ikke er vant med å kommunisere digitalt. Videre kan tekniske feil også tenkes å bidra til å svekke troverdigheten til den som prater på f.eks. en dårlig og hakkete linje. Slike ytre irritasjonsmomenter og det at dommeren kanskje må konsentrere seg ekstra når en part snakker, sammenlignet med den andre, kan underbevisst bidra til å skape en psykologisk skjevhet i hvor mottakelig dommeren er for informasjonen.

Maria Astrup Hjort diskuterer i sin artikkel «Orality and Digital Hearings» nettopp disse utfordringene ved digitale rettssaker og likhetsprinsippet, i lys av at dette ble løsningen i Norge i flere saker under COVID-19-nedstengningene.⁷⁸ Som hun poengterer kan digitalt rettsmøte i seg selv være en hindring for parter med begrenset teknisk forståelse til å delta.⁷⁹ De forutsetninger og erfaringer man har med digital kommunikasjon og individuelle oppfatninger om hvordan det er å kommunisere digitalt vil være faktorer som kan skape store skjevheter mellom partene. De med erfaring vil naturlig nok kunne ha store fordeler av dette og de som ikke har like stor erfaring kan ha store ulemper.

⁷⁷ NOU 2001:32 A s. 342, NOU 2001:32 B s. 64 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 200.

⁷⁸ Hjort (2022) s. 36-37.

⁷⁹ Hjort (2022) s. 36.

Kvaliteten på det tekniske utstyret er også noe Hjord poengterer som kan utfordre likhetsprinsippet.⁸⁰ Først og fremst er det ikke alle som har de tekniske midlene som kreves for å kunne delta (PC med lyd og helst bilde).⁸¹ Kvaliteten på utstyret som dårlig lyd og bilde, samt dårlig nett, kan som nevnt tidligere påvirke opplevelsen av kommunikasjonen og gi parten en ulempe når det gjelder hvordan argumentasjonen fremstår og generelt gi et dårligere helhetsinntrykk. I motsetning til tekniske feil som kan slå ut litt tilfeldig og som ikke trenger å være avhengig av kvaliteten på utstyret, vil dårlig kvalitet på utstyret i større grad ramme for eksempel ressursvake i samfunnet. Dette vil også kunne tenkes å være et større problem for en selvprosederende enkeltperson, enn et finansforetak eller en som er representert med advokat.

Videre kan det dessuten for mange være vanskelig å finne et passende sted å avholde møtet. Ikke alle kan sitte hjemme med barn, hund eller andre husstandsmedlemmer som potensielt også deler omgivelsene eller har egnede steder å dra til. Dette gjør at partene ikke har like muligheter til å delta og at de ikke har like forhold under møtet. Som kvaliteten på utstyret vil også dette kunne tenkes å være et større problem for en selvprosederende enn et finansforetak eller en advokat.

Som Hjord fremholder, slår det i hvert fall feil ut hvis en part sitter i samme lokalet med en dommer og den andre deltar digitalt.⁸² Dette vil ifølge utvalget og departementet være åpenbart uheldig.⁸³ Som utvalget poengterer vil de som er i samme rom normalt ha bedre mulighet for kommunikasjon ved at uklarheter kan oppklares lettere og dommeren vil også lettere tilegne seg den partens argumentasjon og bevisføring.⁸⁴ Hjord poengterer også eksplisitt at det vil slå feil ut hvis bevisene fremlegges ulikt (hhv. digitalt og fysisk).⁸⁵ En slik løsning vil dermed ikke være særlig heldig når det gjelder likhetsprinsippet.

I tillegg er det mye enklere og kortere vei eksempelvis for en advokat å få bistand underveis eller i pausene, dersom de sitter på kontoret, noe som vil være mindre aktuelt ved fysisk oppmøte og som i tillegg ikke er en mulighet en selvprosederende har. Det samme vil gjelde

⁸⁰ Hjord (2022) s. 36.

⁸¹ Utvalget mener det er fordeler med bruk av lyd og bilde. Se NOU 2001:32 B s. 833 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 229.

⁸² Hjord (2022) s. 36-37.

⁸³ NOU 2001:32 B s. 832 og Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 230.

⁸⁴ NOU 2001:32 B s. 833.

⁸⁵ Hjord (2022) s. 37.

andre store, erfarne parter som finansforetak eller inkassoselskaper, som raskt kan konsultere med andre erfarne medarbeidere. Man har ved fjernavhør ingen reell kontroll på hvem som faktisk er til stede og får med seg møtet.⁸⁶ Det er mye enklere å få veiledning og hjelp fra andre medarbeidere som følger med på møtet - som kan fange opp problemer underveis, som prosessfullmektigen ikke selv ser en gang - enn for eksempel å ta en telefon i pausen til en kollega og stille et konkret spørsmål.

Utvalget konkluderer imidlertid med at:

Det er likevel grunn til å tro at de innvendinger mot fjernmøter som er fremholdt ovenfor vil avdempes i årene fremover, både som følge av ny og forbedret teknologi til bruk i fjernmøter og fordi selve bruken av teknologien vil virke mer tilvant.⁸⁷

Dette var vurderingen tilbake på tidlig 2000-tallet. Den teknologiske utviklingen kan trygt sies å ha forbedret seg siden den gang, og under covid-19-pandemien fikk vi virkelig testet bruken av fjernmøte. Midlertidig lov om enkelte tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 ga rett til utvidet adgang til fjernmøter og -avhør i straffesaker og sivile saker. I prop. 97 L (2021-2022) ble det lagt frem forslag til endring av tvisteloven i lys av erfaringene gjort under pandemien. Justis- og beredskapsdepartementet tok til orde for at rettsmøter i domstolene i dag i større utstrekning kunne avvikles helt eller delvis digitalt. Dette førte blant annet til en endring av tvl. § 13-1 tredje ledd bokstav b slik at fjernmøter nå ikke lenger er avhengig av partenes samtykke, men at fjernmøter kan avholdes dersom det er hensiktsmessig og forsvarlig.⁸⁸

Som departementet skriver i proposisjonen antas det at dommere fortsatt har bedre forutsetninger for å sette seg inn i partenes argumentasjon og bevisføring ved fysisk møte. Alvorligheten og høytideligheten rundt et rettsmøte understrekes også ved fysisk møte, noe som har betydning for vitner og andre som forklarer seg samt virker inn på tilliten til behandlingen.⁸⁹

Videre opplyser høringsinstansene at det under pandemien har vært noen utfordringer ved det tekniske utstyret og ved å opprettholde forhandlingens alvorlighets- og verdighetsgrad, men at

⁸⁶ Dette poengterer også Hjort (2022) s. 37-38.

⁸⁷ NOU 2001:32 B s. 833.

⁸⁸ Eller dersom det er "særskilt bestemt" jfr. § 13-1 tredje ledd bokstav a. Bestemmelsen er uendret, og vil gjelde for småkravprosessen jfr. § 10-3.

⁸⁹ Prop. 97 L (2021-2122) s. 70.

erfaringene i hovedsak har vært positive.⁹⁰ Departementet lander på at «tiden er moden» for en viss utvidelse av adgangen til fjernmøte på permanent basis i sivile saker. Dette er fordi de tekniske løsningene og den tekniske kompetansen både hos domstolene og hos brukeren i dag er gode, og mange har blitt mer komfortable med bruk av fjernmøteteknikk.⁹¹

Pandemien kan i det minste sies å ha ført med seg én positiv ting: vi fikk virkelig testet ut digitale rettsmøter og erfart at det fungerte godt, selv i de mer kompliserte og større sakene. Dette må tas med i betraktningen når vi vurderer fjernmøter i småkravprosessen. Det virker ikke som de overnevnte utfordringene gjør særlig utslag i praksis. Digitale møter virker snarere å fungere godt og vil antas å bare fungere bedre fremover. Alt i alt virker fjernmøte som et godt alternativ både til skriftlig behandling og fysisk oppmøte i lys av likhetsprinsippet. Det reduserer kostnader, gjør at man kan holde behandlingen muntlig, og man har like muligheter til å delta til tross for store geografiske avstander.

4.5 Konklusjon

Den raske sluttbehandlingen, slik som småkravprosessen generelt, står nettopp overfor to motstridende hensyn: hensynet til effektivitet og kostnadsbesparelse på den ene siden og kvalitet og rettssikkerhet på den andre. For mange vil alternativet være at saken ikke kan bli behandlet overhode dersom man ikke holder det enkelt og kostnadene nede. Da er det bedre med en «rough and ready» prosess, enn ingen prosess i det hele tatt. Likevel kan en så kort og effektiv prosess forsterke konsekvensene av ulikheter i ressurser, da det her vil lønne seg å være erfaren slik at man får brukt tiden man har på selve saken og ikke på oppklaringer og veiledning. Mulighetene for skriftlig behandling og fjernmøte bidrar til å holde kostnadene ytterligere nede, og fjernmøte bidrar dessuten til at man kan ivareta en del av den selvprosederendes behov gjennom muntlighet. Selv om sluttbehandlingen har elementer som kan slå skjevt ut hva gjelder likhetsprinsippet, spesielt sett i sammenheng med den raske saksbehandlingen, må det understrekes at alternativet vil være ikke å få til noe sak overhode. Dette vil i så fall slå enda skjevtere ut hva gjelder ulikheter i ressurser, da det kun vil bli de ressurssterke som har mulighet til å få sakene sine behandlet av domstolen.

⁹⁰ Prop. 97 L (2021-2122) s. 70.

⁹¹ Prop. 97 L (2021-2122) s. 70-71.

5 Begrenset erstatning av sakskostnader

5.1 Innledning

Etter tvl. § 10-5 erstattes kun en begrenset del av sakskostnadene i småkravprosessen. Til sammenligning er hovedregelen i allmennprosessen at den som har vunnet saken - altså fått medhold fullt ut eller i det vesentlige - får full erstatning for sine sakskostnader fra motparten jfr. tvl. § 20-2 første og andre ledd.⁹² Det er vel og merke kun kostnadene til retts hjelp og fagkyndige meddommere det er satt begrensninger for i småkravprosessen jfr. § 10-5 andre ledd. De øvrige utgiftene (partenes reise til retts møte, rettsgebyr, bevisføring som ikke anses unødvendig eller uforholdsmessig) er «utgifter en part ikke kommer utenom» og erstattes dermed fullt ut.⁹³ Etter tvl. § 10-5 andre ledd erstattes kostnadene ved retts hjelp i småkravprosessen kun med inntil 20 prosent av sakens tvistesum, likevel alltid inntil kr 2 500 og aldri mer enn kr 50 000. Av tredje ledd følger det at en part kan bli pålagt fullt ansvar uten de begrensninger som nettopp nevnt, dersom parten har anlagt sak eller tatt til gjenmæle «åpenbart uten grunn». Det samme gjelder dersom parten har påført motparten kostnader ved «forsømmelig forhold».

Det er i forarbeidene fremhevet at det er advokatutgiftene som er det betydelige kostnadselementet i rettsaker.⁹⁴ Argumentet er at en ubegrenset rett til dekning av advokatutgifter vil kunne legge til rette for bruk av advokat og utgifter som ikke vil stå i et rimelig forhold til tvisten.⁹⁵ Begrensningen er dermed begrunnet i å holde utgiftene lave og risikoen, hva gjelder størrelsen på sakskostnadene, forutsigbar.⁹⁶ Utvalget ønsket likevel ikke å fjerne muligheten for advokatbistand helt. De valgte derfor heller å legge til rette for at partene skal ha en begrenset adgang til advokatbistand ved kun å dekke utgiftene innen gitte rammer. På denne måten har man i forarbeidene tenkt at advokatbistanden blir tilpasset tvistens betydning.⁹⁷

Begge partene i en småkravsak vil, dersom samkostnadene overstiger 20 prosent av tvistesummen, ikke være helt frie for sakskostnader. Den part som vinner, vil fremdeles måtte dekke summen som overstiger dette, dersom den har bistand fra advokat. Dette vil motvirke at

⁹² Se tvl. kap. 20 for nærmere regulering og unntak.

⁹³ NOU 2001:32 B s. 765.

⁹⁴ NOU 2001:32 A s. 338.

⁹⁵ NOU 2001:32 B s. 765.

⁹⁶ NOU 2001:32 B s. 765.

⁹⁷ NOU 2001:32 A s. 338.

man selv unødvendig lar seg bistå av advokat og dersom man gjør det, bidrar til at man ønsker at egen advokat ikke skal legger for mye ressurser i saken. Dette ivaretar likhetsprinsippet da det bidrar til at en i utgangspunktet stor utgiftspost holdes nede og at den holdes forutsigbar. En part med mindre ressurser vil dermed i mindre grad være hindret i å ta sin sak inn for retten og det vil bidra til at begge parter ikke vil legge for store ressurser i saken slik at ressursene kan påvirke resultatet.

Reglene skaper en enda større forutsigbarhet når det gjelder sakskostnader sammenlignet med allmennprosessen. I allmennprosessen er man, uavhengig av tvistesummens størrelse, men innenfor forholdsmessighetens grenser, i utgangspunktet erstatningsansvarlig for alle saksomkostninger. Det vil si at dersom motparten for eksempel har fått bistand fra en svært dyr advokat, må den likevel erstatte dette. Spørsmålet ble tatt opp i Rt. 1995 s. 613 hvor det ble gjort gjeldende at likhetsprinsippet tilsier at en part med prosessfullmektig som er dekket av fri sakførsel, ikke kunne ilegges et større erstatningsbeløp enn det man potensielt selv kunne fått tilkjent dersom man vant saken. Kjæremålsutvalget uttalte:

Kjæremålsutvalget kan ikke se at det følger av denne bestemmelse eller av det nevnte prinsipp at partene i en sak skal være representert ved like dyre prosessfullmektiger. Enda mindre kan man av bestemmelsen eller prinsippet utlede noe om utmålingen av ansvaret for den annen parts saksomkostninger når man taper saken.⁹⁸

Når man i småkravsaker knytter erstatningsansvaret opp mot en prosentandel av tvistesummen, snarere enn omkostningene skaper dette mye større forutsigbarhet for partene, noe som gjør at ressurser får mindre innvirkning på muligheten til å føre saken for retten, i tråd med likhetsprinsippet.

5.2 Nærmere om maksimumsbegrensningen

Rettshjelperens reiseutgifter er inkludert i maksimumsbegrensningen i tvl. § 10-5. Begrunnelsen for ikke å unnta disse kostnadene er at «dersom rettshjelpen blir dyr fordi prosessfullmektigen må bruke mye tid og penger på reise, bør det være et argument som taler mot å engasjere rettsjelper til å møte i et rettsmøte» og at denne problemstillingen uansett i liten grad vil være aktuell da det legges opp til at småkravprosessen i stor utstrekning kan avholdes som fjernmøte.⁹⁹

⁹⁸ Rt. 195. s. 613 på s. 615.

⁹⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 200.

Det kan stilles spørsmålstegn ved hvorfor departementet mener høye reisekostnader tilsier noe som helst, fra eller til, om sakens kompleksitet og behovet for advokatbistand. Det kan snarere sies at dersom reisekostnadene skal være et hinder for å la seg bistå med advokat er ikke dette i tråd med likhetsprinsippet. Partene vil da ikke ha like muligheter til å bli representert med advokat under rettsmøtet. Vernetingsreglene kan gjøre det ganske så «tilfeldig» hvor lang reisevei man har, det krever bare at partene er bosatt forskjellige steder i Norge. At parter er bosatt forskjellige steder i Norge kan heller ikke anses særlig utypisk. Det vil videre for mange være naturlig å anskaffe en advokat i nærheten av der man selv bor, som nettopp ikke trenger å være sammenfallende med der saken skal anlegges. Med det sagt, bøter muligheten for fjernmøte langt på vei dette problemet.

Videre diskuteres det i forarbeidene hvorvidt maksimumsbegrensningen skal være inkludert merverdiavgift eller ikke. Advokatforeningen foreslo som høringsinstans at merverdiavgift ikke skulle være omfattet av maksimumsbegrensningen, noe departementet sa seg enig i.¹⁰⁰ Grunnen til dette er for at det ville være urimelig om en merverdiavgiftspliktig part skal kunne kjøpe mer omfattende tjenester enn en part som ikke er merverdiavgiftspliktig.¹⁰¹ Derfor bestemmer tvl. § 10-5 at det skal «ses bort fra merverdiavgift».

Dette er direkte i tråd med likhetsprinsippet og generelt rettferdighetsfølelsen. Dersom dette ikke hadde blitt tatt med i paragrafen ville det vært en ren forskjellsbehandling, der en part hadde hatt mulighet til å legge mer ressurser i saken enn den andre og i tillegg fått disse erstattet.

5.3 Bevisføring og sakkyndige

Det er kun «bevisføring som ikke anses unødvendig eller uforholdsmessig» som erstattes jfr. § 10-5 første ledd bokstav c. Dette hindrer ikke direkte at motparten kan legge store ressurser i bevisinnhenting, men bidra til å gi partene et større insentiv til å holde disse kostnadene nede, da de potensielt ikke kan bli erstattet. Dette ivaretar proporsjonalitetsprinsippet som etter utvalgets mening henger sterkt sammen med likhetsprinsippet og bidra til en mer prosessuell likestilling mellom partene.¹⁰²

¹⁰⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) ss. 199, 196.

¹⁰¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) ss. 199, 196.

¹⁰² NOU 2001:32 A s. 143.

I forarbeidene er det poengtert at det særlig i saker hvor det er behov for omfattende sakkyndig bevisføring, vil kunne oppstå «en prosessuell ulikhet mellom parter med store økonomiske ressurser å sette inn i prosessen og parter med mer begrensede ressurser». Utvalget poengterer her at: «Det må klart være et mål for prosessreglene at konsekvenser av slik ulikhet i prosessuell styrke forsøkes utjevnet».¹⁰³ De tar dermed til orde for blant annet at retten skal kunne oppnevne sakkyndige på det offentliges bekostning.

Departementet fulgte ikke opp dette forslaget. Som Regjeringsadvokaten poengterte, var det fordi det kan være tilfeldig hvem av partene som har tatt initiativ til å innhente sakkyndig bevis, og at det ikke bør gå ut over den som har gjort dette at den har kommet retten i forkjøpet. Dessuten er det slik at det i saker med private parter ikke bør veltes kostnader på staten, i alle tilfelle ikke i saker med fri rådighet.¹⁰⁴ Videre støttet departementet Borgarting lagmannsretts argumenter om at siden sakkyndig-spørsmålet skal avklares tidlig, jfr. § 9-4 andre ledd bokstav f, kan en slik regel føre til at partene forsøker å utsette avklaringen i håp om at retten selv tar initiativet, noe som kan føre til at det kommer sene begjæringer når partene innser at retten ikke tar dette initiativet.¹⁰⁵

Departementet selv påpeker at det offentlige uansett vil dekke partenes utgifter ofte når det er innvilget fri sakførsel. Det vises også til at det er mulighet for å kreve dekket en parts utgifter til blant annet sakkyndige av den part som en sak har prinsipiell betydning for jfr. rettsgebyrloven § 2 annet ledd. Ifølge departementet vil denne regelen «fange opp de tilfeller hvor den part som saken har prinsipiell betydning for, vil føre flere sakkyndige vitner, og retten oppnevner sakkyndig av eget tiltak for å skape balanse i bevisførselen».¹⁰⁶

Argumentene over gjelder hovedsakelig allmennprosessen. Når det gjelder småkravprosessen uttaler departementet at selv om småkravprosessen skal gjøres rask og enkel, trenger ikke dette bety at det bør gjelde noe forbud mot å føre erklæringer eller forklaringer fra sakkyndige som bevis. Det kan for eksempel snarere være naturlig at slik bevis føres, spesielt dersom partene har innhentet sakkyndige uttalelser før stevning er tatt ut. Videre påpeker departementet at det neppe vil være mange tilfeller der det er ønskelig at retten oppnevner sakkyndige, fordi partene

¹⁰³ NOU 2001:32 A s. 115-116.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 58.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 59.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 59.

da bli påført kostnader som kan være uforholdsmessig høye og hindre rask gjennomføring av prosessen.¹⁰⁷

Reglene setter i og for seg ingen hindring i at en part med større ressurser putter store ressurser i sakkyndig bevisføring. Selv om det kun er beløp som ikke anses unødvendige og uforholdsmessige som kan kreves erstattet, vil en med store ressurser likevel ha mulighet til å skaffe sakkyndige bevis som en motpart kanskje ikke har mulighet til. En ujevnheter i denne bevisføringen vil kunne sies potensielt å innvirke på resultatet. En ordning der en nøytral part (for eksempel staten) tok hele kostnaden ville vært mer i tråd med likhetsprinsippet. En slik ordningen fratar at partenes ressurser overhode har noen innvirkning. Men dette er neppe en ordning som vil få støtte og kunne gjennomføres. Det er imidlertid i tråd med likhetsprinsippet at det både er mulighet for sakkyndig bevisføring, men også at retten bør være varsom med å oppnevne sakkyndige, for å holde kostnadene nede, noe som er spesielt viktig i småkravprosessen.

5.4 Conditional fee - no cure, no pay

Tvistemålsutvalget tar til orde for at en conditional fee-ordning kan bidra til å være prosessuelt utjevne og bidra til at ressursvake parter får større anledning til å få tatt sin sak for retten. Dette er en ordning der advokaten kun tar betalt dersom den vinner saken (no cure, no pay), og til gjengjeld gjerne kan kreve et høyere salær enn dersom advokaten ikke hadde hatt denne avtalen.

Tvistemålsutvalget mente det ikke var aktuelt å lovregulere ordningen, men at den bør holdes avtalebasert. Utvalget mente det var «grunn til å regne med at avtaler om «conditional fee» etter hvert vil bli mer vanlig, og generelt bidra til å gi ressursvake parter en større mulighet for å reise sak og gjennomføre saken med prosessuell styrke».¹⁰⁸ Imidlertid så de også de negative sidene ved en slik ordning, for eksempel det at det kan gjøre at advokaten kan få en personlig økonomisk interesse i utfallet av saken. Dette vil blant annet igjen kunne føre til at advokater kun tar saker de tror de kan vinne og vektlegger de ikke viktigheten av klientens behov for å få saken prøvd.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 200.

¹⁰⁸ NOU 2001:32 A s. 143.

¹⁰⁹ NOU 2001:32 A s. 538.

Departementet var enig med Tvistemålsutvalget i at det er uheldig at advokaten får en egen økonomisk interesse i utfallet av saken, men poengterer videre at avtaler om conditional fee vil likevel kunne være hensiktsmessig for parter som ellers ikke ville ha hatt mulighet til å føre sak for domstolene.¹¹⁰

Advokatkonkurranssutvalget gjorde en utredning på spørsmålet om conditional fee-avtaler og konkluderte med at de negative sidene ikke overstiger de positive og at advokater snarere «bør oppmuntres til å bruke resultatavhengige salæravtaler der det er naturlig».¹¹¹ Advokatkonkurranssutvalget foreslo videre at klient og tjenesteyter kan avtale at tjenesteyteren kan få et tillegg som utgjør inntil 100 prosent av ordinært salær dersom han/hun vinner saken, men at det ikke bør utgjøre mer enn 25 prosent av klientens tilkjente beløp, for å unngå støtende resultater som kan bidra til å svekke tilliten til juridiske tjenesteytere og rettssystemet generelt.¹¹² Etiklutvalget har også gjort en vurdering og konkluderte til forskjell fra advokatkonkurranssutvalget at «de negative sider ved en ordning med betinget salær er betydelige og er i tvil om en utstrakt bruk av ordninger med betinget salær vil representere en ønsket utvikling.»¹¹³

I reglene om god advokatskikk følger det av 3.3. nr 1. at salæret skal stå i et rimelig forhold til oppdraget og arbeidet som er utført. Det følger videre av 3.3 nr. 2 at man ikke kan avtale å motta salær på prosent- eller andelsbasis (såkalt contingency fee-avtaler), men det er ikke imot reglene om god advokatskikk å inngå avtaler om conditional fee, utenom at salæret må holdes innen rimelighetens grenser jfr. 3.3. nr. 1.

Det virker som om avtaler om conditional fee har store fordeler som bidrar til å ivareta likhetsprinsippet og utjevne ulikheter i ressurser. En slik avtale vil for en part bety at han ikke trenger å betale for rettshjelp; enten erstattes de av motparten fordi man har vunnet saken eller så slipper man fordi man tapte saken. Det er klart at en slik ordning vil muliggjøre at parter med dårligere ressurser får større mulighet til å føre sakene sine for retten. Ordningen passer imidlertid best til allmennprosessen og i de tilfellene der man får tilkjent omkostningene fullt ut. Når det i småkravprosessen kun erstattes inntil 20 prosent av tvistesummen, er det langt fra

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 43-44.

¹¹¹ NOU 2002:18 s. 201.

¹¹² NOU 2002:18 s. 201.

¹¹³ Etiklutvalgets uttalelse (2003).

sikkert dette dekker alle rettshjelpskostnadene. Jeg vil anta at klienten da må betale det resterende selv om de vinner. I alle tilfelle vil en conditinal fee-ordning i småkravprosessen kunne bidra til å gjøre det enklere for en med mindre ressurser å få behandlet sin sak. Det vil først og fremst fjerne risikoen dersom man potensielt skulle tape og sitte igjen med både egne og motpartens (noe reduserte) sakskostnader, og det vil være en mindre kostnad dersom man vinner. Det kan dermed virke som en god løsning for å utjevne ulikheter i ressurser også for småkravsakene.

5.5 Fri rettshjelp

En annen måte for å motvirke at sakskostnader hindrer muligheten til å kunne få ta sin sak inn for retten er ordninger som fri rettshjelp. Det følger av rettshjelploven (rhjl.) § 1 at fri rettshjelp er en «sosial støtteordning med formål å sikre nødvendig juridisk bistand til personer som ikke selv har økonomiske forutsetninger for å kunne ivareta et rettshjelpsbehov av stor personlig og velferdsmessig betydning». Muligheten for fri rettshjelp i saker som skal gå for småkravprosessen er imidlertid svært snevre.

For det første har de sjeldent «stor personlig og velferdsmessig betydning». For det andre er småkravsakene ikke omfattet av de positivt angitte tilfellene loven ramser opp og kan i så fall kun gis i unntakstilfeller. Det følger av rhjl. § 16 tredje ledd at fri sakførsel unntaksvis innvilges dersom det økonomiske vilkåret er oppfylt og saken objektivt sett berører søkeren i «særlig sterk grad». Det økonomiske vilkåret er i dag en inntektsgrense på kr. 320 000 for enslige og kr. 490 000 for ektefeller og andre som lever sammen med felles økonomi. Formuesgrensen er kr. 100 000 jfr. rettshjelpforskriften § 1-1. Det skal etter rhjl. § 16 tredje ledd legges vekt på at saken har likhetstrekk med de positivt angitte tilfellene loven ramser opp som er svært alvorlige saker, som for eksempel: overprøving av tvangsvedtak, utlendingssaker, vergemålsaker, barnesaker, barnebortføring, tvangsfullbyrdelse av fravikelse av bolig mm. Etter rhjl. § 16 fjerde ledd kan det også innvilges selv om de økonomiske vilkårene ikke er oppfylt dersom utgiftene til juridisk bistand blir betydelige i forhold til søkerens økonomiske situasjon.

Som vi ser er ikke en typisk småkravsak noe som typisk vil bli omfattet av rettshjelpsordningen og vil nok i svært snever grad innvilges. Ordningen kan dermed ikke sies å være et fullgodt alternativ for å ivareta likhetsprinsippet i småkravsaker.

5.6 Konklusjon

Erstatningsordningen av sakskostnader i småkravprosessen virker isolert sett å være i tråd med likhetsprinsippet. For det første bidrar det til å holde utgiftene på et generelt plan nede og til en viss grad forutsigbare. For det andre bidrar det til å redusere partenes insentiv til å la seg bistå med advokat og øker sjansen for at advokatbistand kun brukes i de saker der det trengs. For det tredje bidrar det til at dersom man har bistand av advokat, så har man et insentiv til å holde disse kostnadene nede. Videre finnes det ordninger som conditional fee-avtaler og fri rettshjelp, som kan bidra til å minske sjansene for sakskostnader hindrer en part i å få behandlet sin sak for domstolene eller får betydning for sakens utfall.

Fri rettshjelp vil imidlertid sjeldent være aktuelt i saker som går for småkravprosessen, og conditional fee-avtaler er som vi så både omdiskutert og egner seg dessuten best for saker som går for allmennprosessen. Med det sagt finnes det mange ordninger som for eksempel forsikringer, pro bono-ordninger (gratis advokatbistand/rettshjelp) og frivillige organisasjoner som tilbyr gratis eller svært rimelig rettshjelp for de mest ressursvake i samfunnet. Dette bidrar til at de aller svakeste i samfunnet ikke er utestengt fra rettsvesenet og ivaretar deres menneskerettigheter om «access to justice». Men småkravsaker er sjeldent av slik alvorlighetsgrad eller subjektiv og samfunnsmessig betydning at de er omfattet av slike ordninger. Dette gjør også at fravær av slike ordninger for typiske småkravsaker heller ikke anses som et problem. Med det sagt må småkravprosessen fremdeles ivareta likhetsprinsippet, og da vil en erstatningsordning som vi har i småkravprosessen i dag langt på vei bidra til å redusere slike ulikheter og ivareta likhetsprinsippet.

6 Begrenset adgang til anke

Det er etter tvisteloven en begrenset adgang til å anke over dommer i saker der formuesverdien er mindre enn kr. 250 000. Dette er sammenfallende med tvistegrensen for småkravprosessen. For disse sakene kreves det samtykke fra lagmannsretten for å kunne få anken behandlet jfr. § 29-13 første ledd. Sakens karakter, partenes behov for overprøving og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket eller ved behandlingen av saken er momenter som skal med i vurderingen av om samtykke skal gis jfr. § 29-13 første ledd andre punktum. Det følger av forarbeidene at oppramsingen ikke er ment å skulle være uttømmende og at retten kan vurdere nokså fritt.¹¹⁴ Til sammenligning er det slik at for saker med tvistesum over kr. 250 000 kan de nektes fremmet dersom det er «klart at anken ikke vil føre fram» jfr. § 29-13 annet ledd. For saker under kr. 250 000 er hovedregelen med andre ord at man ikke kan anke med mindre man får tillatelse til det. For saker over kr. 250 000 er hovedregelen at man kan anke, men at det foretas en «siling» av saker som klart ikke vil føre frem.

Ifølge departementet skal det i vurderingen av om det skal gis tillatelse legges vekt på om saken er av prinsipiell karakter, om saken har økonomisk betydning for partene utover den konkrete tvistegjenstanden og om det er nærliggende at det foreligger realitets feil eller saksbehandlingsfeil ved tingrettens avgjørelse.¹¹⁵ Videre er det spesifisert av utvalget at for krav som er behandlet etter småkravprosessen, er det særlig viktig at det gjennom samtykke åpnes for en kvalitetskontroll av tingrettens saksbehandling.¹¹⁶

I småkravsaker og spesielt i de sakene der man har ulikhet i ressurser og likhetsprinsippet er utfordret, vil muligheten for anke være svært viktig. Resultatet kan være basert på feil grunnlag eller påvirket av at den ene parten har hatt større ressurser, muligheter og forutsetninger for å fremlegge en overbevisende sak. Derfor kunne man tenke seg at det er mot sin hensikt at man kun kan få behandlet en anke i visse gitte tilfeller. Som man ser av kriteriene for å gi samtykke er det imidlertid nettopp disse tilfellene som vil bli fanget opp og tillatt. Det er i slike tilfeller det vil være nærliggende at det kan foreligge realitetsfeil eller saksbehandlingsfeil.

En utfordring ved den begrensede adgangen til å anke i forhold til likhetsprinsippet kan være at en selvprosederende part uten erfaring ikke nødvendigvis har forutsetningene for å selv vurdere

¹¹⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 476.

¹¹⁵ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 476.

¹¹⁶ NOU 2001:32 B s. 776.

om det er begått en feil og om det er grunnlag for å anke. Den selvprosederende vil kanskje heller ikke vite når det *ikke* er grunnlag for eller hensiktsmessig å anke. En uerfaren selvprosederende part vil i tillegg ha større utfordringer med å fremstille saken på en god måte, og formidle hva den mener er feil slik at anken kan bli godkjent til behandling.

For en ressurs svak part er det likevel positivt at det er en «høyere terskel» for å anke da en anke vil påføre saken ytterligere og langt større kostnader. For det første finnes det ingen småkravprosess i lagmannsretten så saken behandles etter allmennprosessens regler. Det vil si at både egne og motpartens sakskostnader vil bli vesentlig høyere grunnet den mer omstendelige prosessen, så vel med, som uten advokatbistand. Det vil dessuten være vanskeligere å være selvprosederende når saken behandles etter allmennprosessen enn den forenklete småkravprosess som er tilpasset selvprosederende i mye større grad. Dette vil øke behovet for advokatbistand som drar kostnadene ytterligere opp. Rettsgebyret er også vesentlig høyere i lagmannsretten. Til sammenligning er rettsgebyret for én dag i tingretten i småkravsaker kr. 4 280 (kr. 2 935 dersom saken er behandlet i forliksrådet først) og én dag i lagmannsretten kr. 29 352 jfr. rettsgebyrloven § 8 jfr. rettsgebyrforskriften § 2-1.¹¹⁷ Alt i alt vil en anke være dyrt og koste partene mye mer enn ved tingrettsbehandlingen. Kostnadene kommer dessuten i tillegg til de utgiftene man allerede har hatt i både forliksrådet og tingretten.

Det at en anke vil koste partene så mye vil kunne sies å stride med likhetsprinsippet i den forstand at en ressurssterk part vil ha mye større mulighet til å kunne gjennomføre en ankebehandling enn en ressurs svak part. Anker den ene part og den får samtykke til behandling, vil vell og merke begge parter uansett bli dratt inn i saken. En ressurs svak part vil imidlertid selv i mindre grad ha mulighet til å anke og ta saken inn for behandling. På denne måten kan det sies at det ikke er noen reell mulighet for en ressurs svak part til å få saken overprøvd. I den forbindelse er det imidlertid viktig å huske at småkravsaker allerede vil være behandlet i forliksrådet, og tingrettsbehandlingen vil på mange måter dermed bli en slags ankebehandling. En behandling i lagmannsretten blir da en tredje behandling av saken.

Med det sagt er det imidlertid veldig stor variasjon på kvaliteten av behandlingen i de ulike forliksrådene. Forliksrådet er først og fremst en meklingsinstitusjon som skal legge til rette for at partene ved mekling eller dom får løst saken enkelt, hurtig og billig. Forliksrådsmedlemmene

¹¹⁷ Se også <https://www.domstol.no/no/rettsgebyr-og-kostnader/> for oppstilling av gjeldende rettsgebyr fra 01.01.2022.

er «vanlige» lekfolk som velges av befolkningen, de er ikke dommere.¹¹⁸ De ulike forliksrådene vil naturlig nok også ha ulik erfaring da noen forliksråd vil behandle mange saker, mens andre langt mindre basert på geografisk plassering. Dette vil bety at kvaliteten på behandlingen i forliksrådet vil kunne variere stort og kan være avhengig av hvilket forliksråd som behandler den. Dermed utfordres det å kalle forliksrådet for en slags «første instans», for det er først i tingretten saken behandles av dommere.

Når tvistesummen er så lav og kostnadene blir så store er det uansett sjeldent partene er tjent med en ankebehandling. Selv om likhetsprinsippet i teorien er utfordret da de med mindre ressurser vil ha svært liten mulighet å kunne finansiere en ankebehandling i lagmannsretten, vil det uavhengig av ressurser sjeldent lønne seg for noen av partene at saken behandles av lagmannsretten. Selv om behandling i forliksrådet ikke kan regnes som ved en domstol og tingrettsbehandlingen også er mindre omstendelig, må det ikke glemmes at alternativet fort er at det ikke kan skje en behandling overhode. Saken har dermed vært behandlet i to runder, selv om det har vært på en enklere måte.

¹¹⁸ Justis- og beredskapsdepartementet (2021).

7 Konklusjon

Som denne oppgaven nå har vist, er det flere ledd i småkravprosessen som ikke helt klarer å ivareta likhetsprinsippet. Flere deler av småkravprosessen klarer ikke å hindre at ulikheter i ressurser eller erfaringer kan ha innvirkning på utfallet av saken.

Reglene hindrer for det første ikke at motparten har mulighet til å legge store ressurser i innhenting av bevis og i saksforberedelsen, selv om det muliggjør at en med mindre ressurser kan få sin sak behandlet av domstolen. Det at sakene omhandler små summer vil i seg selv gi partene et insentiv til å holde kostnadene nede og det at ikke alle sakskostnadene til rettshjelp blir erstattet kan også bidra til at man ønsker å holde kostnadene nede. Men reglene hindrer det ikke direkte; dersom han/hun ser seg tjent med det, kan en part potensielt kunne legge store ressurser i saksforberedelsen, som den andre kanskje ikke har mulighet til. Ulikheter i styrkeforhold kan som vi har sett også komme til uttrykk på flere måter enn rene ressurser. For eksempel vil småkravsaker typisk kunne være mot store finansforetak eller inkassoselskaper, som kan være selvprosederende, men som har stor erfaring med disse type saker. For dem er saken kanskje bare en av mange, tilnærmet identiske saker. Dette utfordrer likhetsprinsippet da småkravprosessen ikke har noen midler som direkte bøter på denne ujevnheten.

For det andre hindrer eller kompenserer reglene heller ikke for de tilfellene der man har en selvprosederende part mot en som har advokatbistand. For noen vil det å prosedere selv være eneste mulighet til å få behandlet saken overhode, men det er ingenting som direkte hindrer at motparten lar seg bistå med advokat. Rettens veiledningsplikt kan heller ikke veie opp for denne skjevheten fullt ut, da dette vil påvirke tilliten til rettens upartiskhet.

Det er dessuten, for det tredje, lite tid og rom for veiledning eller andre måter å forberede og hjelpe den selvprosederende, da prosessen skal være kort og effektiv. Fraværet av planmøte, kort saksbehandlingstid og kort sluttbehandling bidrar til at retten ikke har noen særlig mulighet til å veilede.

For det fjerde er småkravprosessens uformelle preg på en måte en fordel for den svakere, selvprosederende parten, fordi formaliteter ikke vil hindre viktige prosesshandlinger. Dermed er det større rom for heller å fokusere på å få med mest mulig av bevis og informasjon, enn at man får det inn på riktig måte. På den annen side gjør dette prosessen svært utsatt for å spekulere

i å foreta prosesshandlinger sent for å svekke motpartens stilling; om man ikke gjør det bevisst, vil sene prosesshandlinger uansett kunne svekke motpartens stilling.

Småkravprosessen slik den er i dag ivaretar imidlertid at flere får tilgang til domstolene. Prosessen er hurtig og effektivt, noe som gjør den billig og enkel. Dette bidrar til at flere har råd til og ser seg tjent med å ta saken inn til behandling for domstolene. Det enkle og uformelle gjør det også til en viss grad enklere å være selvprosjederende. Dette gjør det ytterligere kostnadsbesparende å føre en sak for retten. På denne måten kan alle, også de med mindre ressurser, få større mulighet til å få behandlet mindre saker, uten at tvistesummen blir oppspist av sakskostnadene. Dette ivaretar EMK art. 6 og menneskers «access to justice», samt likhetsprinsippet. Men i selve småkravprosessen er det, som vi har sett, flere elementer som utfordrer at ressurser ikke får en innvirkning i saken. Alternativet er ifølge departementet at det da ikke er mulig å få til noen behandling, det er bedre med en «rough and ready» behandling enn ingen behandling overhode.

På en måte kan man si at småkravprosessen ivaretar likhetsprinsippet opp til en viss grense eller terskel; den bidrar til at flere får tilgang til rettssystemet. Ut over denne terskelen er imidlertid ikke prinsippet like godt ivaretatt, og slik må det være for alternativet er at det ikke blir noen prosess overhode. Det kan virke som lovgiver har forutsatt at man ikke har gode alternativ utover denne terskelen, som ivaretar likhetsprinsippet. Alternativet er kun antatt å være ingen behandling.

Et alternativt man kunne tenke seg er å tilføre ressurser til den ressursvake parten. Departementet uttaler selv at «[d]enne ulikheten kan utjamnes ved ressurstilførsel, for eksempel gjennom ordninger med fri sakførsel.»¹¹⁹ Som vi har sett i denne oppgaven er imidlertid ikke ordningen om fri sakførsel tilstrekkelig i dag for å kompensere for dette. Å utvide ordningen om fri rettshjelp, så den også rommer småkravsakene i større grad, kunne ha vært en løsning. Da kommer imidlertid spørsmålet: Er dette et behov og hensyn man ønsker at samfunnet skal sponse? Er det rimelig at staten skal ta over disse kostnadene? Dette blir et politisk spørsmål, men det kan stilles spørsmålstegn ved om dette er et så trengende samfunnsbehov. Departementet poengterer selv i forbindelse med å tilføre ressurser til en part at: «I overskuelig framtid vil slike ordninger bare i begrenset utstrekning fjerne slike ulikheter».¹²⁰ Derfor har

¹¹⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

¹²⁰ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 38.

lovgiver prøvd å bøte på dette problemet med dannelsen av småkravprosessen og først og fremst gjennom regler som gjør prosessen billig. Igjen kommer vi tilbake til denne grensen: man skaper småkravprosessen for at flere skal ha tilgang til domstolene, men ved selve behandlingen i småkravprosessen er det ikke rom for å kompensere ytterligere for å utjevne ulikheter.

Mye av utfordringen hva gjelder likhetsprinsippet og småkravprosessen er at selv om det på mange måter er positivt at det er lagt opp til å være selvprosederende, så trenger noen selvprosederende i større grad veiledning og hjelp til å vite hva som er relevant argumentasjon, bevis m.m. enn en med advokatbistand. Men som vi har sett, er det ikke så mye tid og rom for dette. Et alternativ for å bøte på dette kunne vært at man likevel har et kort planmøte i småkravprosessen. Det er klart at dette vil påføre økte kostnader, men kanskje ikke så høye kostnader at det umuliggjør prosessen. Et planmøte vil bidra til at partene kan få god veiledning og en større oversikt over hva som er relevant å ta med i saken. På denne måten vil kanskje også selve sluttbehandlingen kunne gjennomføres enklere og raskere. Enda bedre hadde det vært dersom man innførte et digitalt planmøte. Da hadde man klart å holde kostnadene betraktelig nede, og samtidig fått de ovennevnte fordelene med planmøtet.

En økt forekomst av fjernmøte vil i alle tilfelle etter mitt synspunkt være en god måte å bedre småkravprosessen på. På denne måten holder man kostnadene nede, og man ivaretar fordelene ved muntlighet. Muntlighet er noe som bidrar til å ivareta likhetsprinsippet, da det gjør det enklere for en selvprosederende både å fremlegge sin egen sak, men også å få veiledning underveis. En kombinasjon av digitalt planmøte og digital sluttbehandling tror jeg vil være et svært godt løft for småkravprosessen. Det burde også være mulig å ta en skjønnsmessig vurdering om behovet for det digitale møtet, og det bør være mulighet for fysiske møter, der forsvarlig saksbehandling tilsier dette. Men en hovedregel om at man skal ha et kort møte per telefon- eller videokonferanse før sluttbehandlingen vil langt på vei bidra til at småkravprosessen ivaretar likhetsprinsippet uten at det nødvendigvis trenger å påføre partene store kostnader.

8 Kildeliste

Litteratur

Backer, Inge Lorange. *Norsk Sivilprosess*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. 2020.

Etikkutvalget. “No cure no pay”. (10.04.2003)

<https://www.advokatforeningen.no/advokatetikk/regler-og-retningslinjer/uttalelser-fra-etikkutvalget/13-no-cure-no-pay/>. Sist lest: 22.11.2022

Graver, Hans petter. “Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger”. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. Volum 121. Nummer 2. (2008). s. 149–178.

Hjort, Maria Astrup. *Tilgang til bevis i sivile saker. Særlig om digitale bevis*. Oslo: Universitetsforlaget. 2016.

Hjort, Maria Astrup. “Orality and Digital Hearings”. *The International Journal of Procedural Law (IJPL)* nr. 1 (2022) s. 29-39.

Justis- og beredskapsdepartementet. “Om forliksrådet”. (Sist oppdatert: 27.04.2021) <https://www.regjeringen.no/no/tema/lov-og-rett/innsikt/om-forliksradet/id2537837/> Sist lest: 22.11.2022.

Robberstad, Anne. *Mellom tvekamp og inkvisisjon. Straffeprosessens grunnstruktur belyst ved fornærmedes stilling*. Oslo: Universitetsforlaget. 1999.

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie. *Tvisteloven. Kommentartutgave*. 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. 2013.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. 3. utgave. Oslo: Universitetsforlaget. 2017.

Øyen, Ørnulf. “Prosessuell preklusjon i småkravprosessen”. *Lov og rett*, vol. 49, nr. 1–2, 2010, s. 76–81. 2010.

Regelverk

Norsk

- 1814 Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov
- 1980 Lov av 13. juni 1980 nr. 35 Lov om fri rettshjelp (rettshjelploven)
- 1982 Lov av 17. desember 1982 nr. 89 om rettsgebyr (rettsgebyrloven)
- 1999 Lov av 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2005 Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)
- 2019 Lovvedtak 65 (2019–2020) Lov om endringer i tvisteloven (verdighensene)
- 2021 Midlertidig lov av 17. desember 2021 nr. 140 om enkelte tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19

Internasjonalt

- EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].
- SP Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller, New York 16. desember 1966

Forskrifter

- 1983 Forskrift av 15. februar 1983 nr. 86 etter rettsgebyrloven m.m. (rettsgebyrforskriften)
- 1996 Forskrift av 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven kapittel (Advokatforskriften)
- 2005 Forskrift av 12. desember 2005 nr. 1443 til lov om fri rettshjelp (Rettshjelpforskriften)

Forarbeider

- Dokument 16 (2011-2012) Dokument 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011.

NOU 2001:32 A

Rett på sak Lov om tvisteløsning
(tvisteloven)

NOU 2001:32 B

Rett på sak Lov om tvisteløsning
(tvisteloven)

NOU 2002:18

Rett til rett. En vurdering av
konkurransforholdene i markedet for
juridiske tjenester

Ot.prp.nr. 51 (2004-2005)

Om lov om mekling og rettergang i sivile
tvister (tvisteloven)

Prop. 97 L (2021-2022)

Endringer i straffeprosessloven og
tvisteloven mv. (fjernmøter og fjernavhør
i domstolene mv.)

Rettspraksis

Norsk

Rt. 1980 s. 569

Rt. 1995 s. 613

Rt. 2014 s. 1089

HR-2014-1292

HR-2016-2554-P

Internasjonalt

Ankerl v. Switzerland

Case of Ankerl v. Switzerland no.
17748/91 23. oktober 1996.

Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands

Case of Dombo Beheer B.V. v. The
Netherlands no. 14448/88 27. oktober
1993

Hentrich v. France

Case of Hentrich v. France no. 13616/88
22. september 1994

Kerojarvi v. Finland

Case of Kerojarvi v. Finland no.
17506/90 19. juli 1995

Krčmář and others v. The Czech Republic

Case of Krčmář and others v. The Czech
Republic no. 35376/97 03. mars 2020

Schuler-Zgraggen v. Switzerland

Case of Schuler-Zgraggen v. Switzerland
no. 14518/89 24. juni 1993