

Konsentrasjonsprinsippet i sivilprosessen



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 565
Leveringsfrist: 25.04.2011

Til sammen 17985 ord

26.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>KONSENTRASJONSPRINSIPPETS INNHOLD OG RETTSLIGE PLASSERING</u>	<u>3</u>
2.1	Innhold og plassering	3
2.2	Forholdet til proporsjonalitetsprinsippet	4
2.3	Historikk	5
<u>3</u>	<u>KONSENTRASJONSPRINSIPPETS VEKT VED RETTSANVENDELSEN</u>	<u>7</u>
<u>4</u>	<u>AKTIV SAKSSTYRING</u>	<u>11</u>
4.1	Generelt om aktiv saksstyring	11
4.2	Planlegging	14
4.2.1	Planlegging under saksforberedelsen	14
4.2.2	Planlegging etter avsluttet saksforberedelse	16
4.3	Gjennomføring og styring av hovedforhandling.	18
4.4	Ansvar for aktiv saksstyring	24
<u>5</u>	<u>RETTENS VEILEDNINGSPLIKT</u>	<u>27</u>
<u>6</u>	<u>PROSESSUELL PREKLUSJON</u>	<u>32</u>
6.1	Oversikt/ avgrensning	32
6.2	Avskjæring av innsigelser mot saksbehandlingen	35
6.3	Endring i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis	38

6.4	Generell preklusjonsadgang	46
6.5	Partenes adgang til å anke rettens avgjørelse om preklusjon	47
6.6	Preklusjon i ankeinstansene	50
<u>7</u>	<u>BEVISA VSKJÆRING</u>	<u>53</u>
<u>8</u>	<u>BEHANDLINGSFORM</u>	<u>56</u>
8.1	Forenklet domsbehandling	56
8.1.1	Saksbehandlingen ved forenklet domsbehandling	58
8.2	Muntlig eller skriftlig behandling	60
<u>9</u>	<u>ANDRE UTSLAG AV KONSENTRASJONSPRINSIPPET I TVISTELOVEN</u>	<u>65</u>
9.1	Minnelig løsning/mekling	65
9.2	Kumulasjon av krav og gruppesøksmål	66
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>68</u>

1 Innledning

Oppgavens tema er konsentrasjonsprinsippet i sivilprosessen. Kort definert skal konsentrasjonsprinsippet sikre fremdrift i saken ved å begrense prosessen i tid og konsentrere saksbehandlingen til det sentrale i tvisten. Konsentrasjon må imidlertid skje innenfor rammen av forsvarlig saksbehandling. Det kommer jeg tilbake til senere i oppgaven. Konsentrasjonsprinsippet er mer utførlig behandlet i punkt 2.1.

Tvisteløsning bør være så betryggende- og så hurtig som mulig.¹ Det synspunktet stod sentralt ved utformingen av tvisteloven. Tvisteloven (tvL.), av 17. Juni 2005 nr.90, trådte i kraft 1.januar 2008 og avløste tvistemålsloven (tvml.) fra 1915. Reformen av den sivile prosessordningen, som tvisteloven innebar, var i høy grad begrunnet i behovet for raskere og mer effektiv tvisteløsning. Etter tvisteloven skal saksbehandlingen begrenses i tid og omfang. I den forbindelse er konsentrasjonsprinsippet essensielt.²

Oppgaven behandler konsentrasjonsprinsippet i allmennprosessen i tingretten og i ankeinstansene (lagmannsrett og Høyesterett). Allmennprosess er den vanlige behandlingsformen for saker i tingretten. Reglene for allmennprosess går frem av kapittel 9 i tvisteloven. Det er imidlertid regler som kan ses som utslag av konsentrasjonsprinsippet i lovens andre del. Disse vil bli behandlet kort i punkt 9. Også lovens fjerde del som inneholder generelle bestemmelser og femte del som gjelder bestemmelser om bevis er sentrale i allmennprosessen og vil følgelig bli behandlet nedenfor. Det avgrenses i oppgaven mot særlige prosessformer. Med særlige prosessformer menes her alle prosessformer hvor det gjelder særlige regler som fraviker eller supplerer reglene om allmennprosess, herunder småkravsprosess (tvL. kap.10), midlertidig sikring (tvL.kap.32-34)

¹ Eckhoff (1962) s.100

² NOU 2001:32 A s.114

og saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren (tvI.kap.36).

Gruppesøksmål er imidlertid kort behandlet i punkt 9. Reglene for allmennprosess er langt på vei gitt tilsvarende anvendelse ved behandling av anker over dommer i lagmannsretten og Høyesterett, jf . §§ 29-14 tredje ledd, 29-16 fjerde ledd, 29-17 annet punktum og 29-18 første punktum. For ankebehandling i Høyesterett, se §§ 30-8 og 30-11 annet ledd.³

Rammene for oppgaven gjør at det ikke vil gis en like inngående behandling av alle reglene som kan ha tilknytning til eller betydning for konsentrasjonsprinsippet. Jeg tar derfor sikte på å gjøre rede for de viktigste reglene i allmennprosessen som er forankret i prinsippet. I fremstillingen videre vil jeg behandle reglene om aktiv saksstyring punkt 4, rettens veiledningsplikt punkt 5, prosessuell preklusjon punkt 6, bevisavskjæring punkt 7. Videre valg av saksbehandlingsform, herunder reglene om forenklet domsbehandling, behandles i punkt 8. I henholdsvis punkt 2 og 3, gjør jeg nærmere rede for konsentrasjonsprinsippets innhold og plassering samt prinsippets vekt ved rettsanvendelsen. I punkt 9 gjør jeg kort rede for andre regler som er utslag av konsentrasjonsprinsippet.

³ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.383

2 Konsentrasjonsprinsippets innhold og rettslige plassering

2.1 Innhold og plassering

Konsentrasjonsprinsippet er ikke uttrykkelig lovfestet i en generell paragraf, men prinsippet kommer til syne i flere av tvistelovens bestemmelser. Blant annet er hensynet til hurtighet og effektivitet i saksbehandlingen vektlagt som sentrale formål med tvisteloven, jf. formålsparagrafen i §1-1 første ledd:

”Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler [...]”

I forarbeidene til tvisteloven er konsentrasjonsprinsippets betydning for å oppnå en rask, og effektiv behandling formulert som følger:

”Dette med konsentrasjon er av stor betydning for å oppnå en hurtig behandling. Men det er, som antydnet, også viktig at behandlingen for domstolene i det vesentlige begrenses til å gjelde de sentrale delene av saken, og det av de sentrale delene som er omtvistet. Det vil igjen ha betydning for den tiden som brukes på saken, men også i høy grad for de ressurser partene og domstolene bruker på den[...]”⁴

Sett i lys av uttalelsene i forarbeidene kan konsentrasjonsprinsippet synes å ha to sider:

For det første inneholder konsentrasjonsprinsippet et tidsaspekt. Konsentrasjon i tid innebærer at saksbehandlingen i domstolene skal være så rask som mulig. Unødig tidspille skal unngås.

⁴ NOU 2001:32 A s.133

For det andre inneholder konsentrasjonsprinsippet et aspekt om omfanget av saksbehandlingen. Hensikten er at saksbehandlingen skal konsentreres om det sentrale som utgjør tvisten mellom partene. Konsentrasjon i tid og omfang har innvirkning på kostnadene i saken både for partene selv og for det offentlige. Konsentrasjonsprinsippet kan dermed ses som et prinsipp begrunnet i prosessøkonomisk hensyn. Skoghøy definerer konsentrasjonsprinsippet slik at det omfatter alle regler som har til formål å konsentrere prosessen i tid og omfang.⁵ Tilsvarende definisjon, med henvisning til tvistelovens forarbeider, synes også Robberstad å legge til grunn.⁶ Definisjonen av konsentrasjonsprinsippet ovenfor er lagt til grunn i fremstillingen videre.

At saker bør konsentreres i tid for å oppnå en hurtig prosess i rettsapparatet kommer også fram av EMK art. 6 (1) som fastslår at saker må avgjøres innen rimelig tid. Hva som er rimelig tid i den konkrete sak vil bero på en helhetsvurdering, hvor hensynet til en forsvarlig saksbehandling vil stå sentralt. Tvisteloven stiller imidlertid krav til konsentrasjon som går lenger enn det som følger av EMK, jf. nedenfor i punkt 4.4.

2.2 Forholdet til proporsjonalitetsprinsippet

Det må avgrenses mot proporsjonalitetsprinsippet, som er et eget prinsipp i tvisteloven. Proporsjonalitetsprinsippet er et begrep som man også finner i straffeprosessen og i EØS-retten. I sivilprosess innebærer proporsjonalitetsprinsippet at det skal være forholdsmessighet mellom sakens betydning og sakens kostnad.⁷ Også proporsjonalitetsprinsippet har sin bakgrunn i prosessøkonomiske hensyn. Kostnadene i sivile saker er betydelige, både for partene og for samfunnet. Det er ikke uvanlig at saksomkostningene er større enn selve kravets økonomiske verdi i en rettssak.⁸

⁵ Skoghøy (2001) s. 436

⁶ Robberstad (2009) s.23

⁷ NOU 2001:32 B s.651

⁸ Robberstad (2009)s.336

Flere regler i tvisteloven kan ses som direkte utslag av en proporsjonalitetstankegang. For eksempel er det innført en småkravprosess for saker av mindre økonomisk verdi som skal behandles etter forenklete saksbehandlingsregler, jf.tvl.§10-1.

Proporsjonalitetsprinsippet opptrer noen steder i tvisteloven i kombinasjon med konsentrasjonsprinsippet. For eksempel vil rettens plikt til aktiv saksstyring i saksforberedelsen aktualisere både hensynet til konsentrasjon og proporsjonalitet, jf.tvl.§9-4. Videre vil regler om bevisavskjæring både ha en side til konsentrasjonsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet, jf. punkt 7 i oppgaven. Men fokuset i denne oppgaven er på konsentrasjonsprinsippet. Proporsjonalitetsprinsippet vil derfor bare bli drøftet der hvor det har direkte betydning i forhold til oppgavens tema.

Konsentrasjonsprinsippet berører også andre prinsipper. Det vil jeg komme tilbake til etter hvert .

2.3 Historikk

Konsentrasjon i rettergangen er ikke et nytt prinsipp i norsk sivilprosess. Før tvistemålsloven av 1915 trådte i kraft, gjaldt den såkalte eventualmaksimen. Denne læren har sin opprinnelse i tysk prosessrett og ble anvendt i norsk rett fra første halvdel av 1800-tallet. Eventualmaksimen gikk ut på at partene måtte legge frem alle søksmålsgrunner (krav, påstand og påstandsgrunnlag, men ikke bevis) allerede ved stevningen og tilsvaret.⁹ Dersom det ikke ble gjort, tapte partene retten til å gjøre de gjeldende senere i prosessen. Eventualmaksimen slik den ble anvendt før tvistemålsloven, prekluderte både adgangen til å fremsette nye krav, påstand og påstandsgrunnlag (anførsler som gjaldt realiteten i saken) og adgangen til å sette frem innsigelser vedrørende saksbehandlingen.¹⁰ Eventualmaksimen ble videreført til en viss grad i tvistemålsloven. Prinsippet kommer også til uttrykk i

⁹ Schweigaard sitert i Skeie (1939) s.444

¹⁰ Skeie (1939) s.444

tvisteloven, men i ulik form og utstrekning i forhold til tvistemålsloven og rettstilstanden før den. For eksempel pålegger tvl. §9-6 annet ledd partene å komme med innsigelser mot saksbehandlingen så tidlig som mulig, jf. punkt 6.2. En annen viktig regel er §9-16 som gir retten adgang til å avskjære nye krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis. De reglene vil bli behandlet i punkt 6.3.

Eventualmaksimen hadde uheldige virkninger slik den ble praktisert før tvistemålsloven. En konsekvens var at partene måtte frembringe alle tenkelige krav, påstander og påstandsgrunnlag som kunne frembringes, selv om disse senere viste seg å være irrelevante og unødvendige. Alternativet var i ytterste konsekvens rettstap for partene. Resultatet ble at sakene fikk et uforholdsmessig stort omfang.¹¹

Før tvistemålsloven, var en annen svakhet med prosessordningen at saksbehandlingen tok for lang tid. Lovreformen på begynnelsen av 1900-tallet hadde som formål å redusere saksbehandlingstiden. Saksbehandlingen skulle i den forbindelse bli mer konsentrert, blant annet ved at man gikk over fra en skriftlig til en muntlig behandlingsform.¹² Imidlertid hadde lovreformen på det punktet ikke ønsket effekt. Lang saksbehandlingstid i domstolene forble et problem også etter tvistemålsloven. En medvirkende årsak til det var at dommeren under tvistemålsloven spilte en passiv rolle i saksforberedelsen og hovedforhandlingen. Det var i høy grad partene som hadde rådighet over prosessen og sakens fremdrift.¹³

I tvisteloven har problematikken rundt saksbehandlingstid, og konsentrasjon generelt, resultert i regler som pålegger dommeren en langt mer aktiv rolle i saksbehandlingen. Reglene er behandlet i punkt 4.

¹¹ *ibid.*

¹² NOU 2001:32 A s.124

¹³ *ibid.* s.123

3 Konsentrasjonsprinsippets vekt ved rettsanvendelsen

Tvisteloven inneholder flere bestemmelser som legger opp til en skjønnsmessig vurdering fra rettens side.¹⁴ Skjønnsutøvelsen beror på en avveining av hensyn, som må gjøres i lys av omstendighetene i den konkrete sak. Tvisteloven gir i noen bestemmelser uttrykkelig anvisning på hvilke hensyn som skal tillegges vekt i vurderingen. Hensynet til konsentrasjon går igjen i en rekke bestemmelser i tvisteloven. For eksempel tvl.§16-3 første ledd, annet punktum som gir retten adgang til å omberamme saken. Ved vurderingen skal retten legge vekt på behovet for en rask, forsvarlig og kostnadseffektiv behandling. Et annet eksempel er tvl.§ 9-9 annet ledd, annet punktum som gir retten adgang til å samtykke i at saken behandles på skriftlig grunnlag. Det går frem av ordlyden i bestemmelsen at samtykke kun kan gis hvor det vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling.

Andre bestemmelser i tvisteloven gir ikke uttrykkelig anvisning på hvilke hensyn som skal veies ved vurderingen. Etter alminnelig rettskildelære er lovens formål en rettskildefaktor som kan tillegges vekt. Spesielt gjelder det hvor ordlyden er vag eller tvetydig. Formål som uttrykkelig følger av lovteksten har generelt særlig stor vekt.¹⁵

Som nevnt ovenfor er effektiv og rask saksbehandling fremhevet som formål med tvisteloven, jf.§1-1 første ledd. Bestemmelsen angir hvilke vurderingsmomenter som er sentrale i skjønnsutøvelsen.¹⁶ Konsentrasjonsprinsippet kan da tillegges vekt også der ordlyden i de konkrete bestemmelser ikke uttrykkelig gir føringer for vurderingen. De formål som tvl.§1-1 regner opp er ikke uttømmende.¹⁷ Andre hensyn vil kunne være relevante ved den skjønnsmessige vurderingen enn de som bestemmelsen fremhever.

¹⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.22

¹⁵ Eckhoff (2001) s.105-106

¹⁶ Tvisteloven Kommentartutgave (2007) s.1015

¹⁷ NOU 2001:32 B s.650

Loven gir ikke anvisning på hvor stor vekt de forskjellige hensyn har ved skjønnsutøvelsen. Det vil bero på en totalvurdering i det enkelte tilfellet. Vurderingen av de relevante hensyn vil slå forskjellig ut fra sak til sak, og beror på hvilke regler den skjønsmessige vurderingen er forankret i. Det kan i den forbindelse være hensiktsmessig å nevne noen andre sentrale saksbehandlingsprinsipper som må veies opp i mot konsentrasjonsprinsippet.

Et grunnleggende hensyn i enhver prosessordning er at retten skal komme til et materielt riktig resultat.¹⁸ Et ensidig fokus på konsentrasjon av saksbehandlingen kunne føre til at saken ikke blir tilstrekkelig opplyst, og dermed hindre at retten kommer til en materielt riktig avgjørelse.

Konsentrasjonsprinsippet kan også komme i konflikt med andre sentrale hensyn. De prosessøkonomiske hensyn må ikke overskygge hensynet til forsvarlig saksbehandling. Partene må i den forbindelse få anledning å uttale seg før retten treffer avgjørelser om realiteten i saken og saksbehandlingen. Dersom for eksempel retten ønsker å avskjære bevisføring i en sak, må den berørte part få mulighet til å sette frem innsigelser og argumentere mot avgjørelsen. En annen side av prinsippet om forsvarlig saksbehandling er adgangen til å få overprøvd avgjørelser i annen instans. Partene skal ha mulighet til å anke avgjørelser om saksbehandlingen. Det kan innebære opphold i saken, og vil dermed kunne stå i konflikt med konsentrasjonsprinsippet.¹⁹ (Se nedenfor i punkt 4.3, samt punkt 6.5.)

Hensynet til en forsvarlig saksbehandling og et materielt riktig resultat har betydelig vekt i saker både med og uten fri rådighet, men har særlig vekt i sistnevnte type saker. Enhver prosesslovgivning vil nødvendigvis bære preg av å være en avveining mellom hensynet til konsentrasjon og kravet om en betryggende saksbehandling.²⁰ Men det er ikke nødvendigvis tale om motsatte hensyn. Kravet om at tvister behandles innen rimelig tid er en del av kravet til rettferdig rettergang, jf. EMK art.6 (1). I forarbeidene er det i den

¹⁸ Robberstad (2009) s.11

¹⁹ NOU 2001:32 A s.345

²⁰ Eckhoff (1962) s.100

forbindelse vist til uttrykket: ”Justice delayed is justice denied.”²¹ Tvistemålsutvalget påpekte i sin utredning konsentrasjonsprinsippets betydning for å oppnå materielt riktige avgjørelser:

”[...] Om behandlingen i større utstrekning konsentreres om de sentrale og omtvistete deler av sakene, er det også grunn til å tro at dette i noen grad generelt vil kunne øke sannsynligheten for materielt riktige avgjørelser. Konsentrasjon av behandlingen kan altså være av betydning både for tidsforbruket, bruken av ressurser ellers og for et riktig utfall av tvisten.”²²

Som uttalelsen i forarbeidene peker på kan konsentrasjon av saksbehandlingen kunne bidra til at rettsavgjørelser får et materielt riktig resultat. Dersom det går lang tid fra et krav oppstår og det blir behandlet i domstolene, vil viktige bevis kunne gå tapt og vitner vil ha vanskeligere for å huske hendelsesforløp som er sentrale i saken.²³

Med bakgrunn i konsentrasjonsprinsippet gir tvisteloven en større adgang til skriftlig behandling av tvister i forhold til tvistemålsloven. Det vil kunne komme i konflikt med prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet. Prinsippet om muntlig forhandling og at bevis føres direkte for den dømmende rett er saksbehandlingskrav som også følger EMK art. 6 (1). Forholdet mellom prinsippene drøftes i punkt 8.

I norsk sivilprosess har vi hatt lang tradisjon for en partsstyrt prosess i motsetning til en dommerstyrt prosess.²⁴ Disposisjonsprinsippet er i den forbindelse en grunnleggende rettsetning. Prinsippet kan karakteriseres ved at det er partene som selv bestemmer over kravet og måten det presenteres på i rettsaken.²⁵ Partenes rådighet over prosessen er i tvisteloven blitt mer begrenset i forhold til tvistemålsloven, ved innføringen av prinsippet om aktiv saksstyring. Prinsippet er i høy grad begrunnet i hensynet til konsentrasjon og

²¹ NOU 2001:32 A s.133

²² *ibid.*

²³ *Civil Justice in Crisis* (1999) s.6

²⁴ NOU 2001:32 A s.133

²⁵ Robberstad (2009) s.14

innebærer en langt mer dommerstyrt prosess. Reglene om aktiv saksstyring behandles i punkt 4.

4 Aktiv saksstyring

4.1 Generelt om aktiv saksstyring

Tvisteloven innførte som nevnt ovenfor et prinsipp om aktiv saksstyring. Hovedformålet med lovreformen og innføringen av prinsippet om aktiv saksstyring, er i følge forarbeidene å sikre en mer effektiv, billigere og raskere tvisteløsning. Konsentrasjonsprinsippet er et bærende hensyn bak reglene om aktiv saksstyring. I forarbeidene er forholdet mellom aktiv saksstyring og konsentrasjon omtalt som følger:

”[...] Aktiv saksstyring er, som påpekt, et helt sentralt, ja kanskje det viktigste ledd i den endring av sivilprosessen som utvalget legger opp til. På dette punkt er det et fundamentalt reformbehov til stede. Det må gis regler om plikt for domstolene til saksstyring, og retten må gis de nødvendige styringsredskaper gjennom prosessreglene for å gripe inn i behandlingen ved frister, bestemmelser om konsentrasjon mv.”²⁶

Flere europeiske land har gjennomført domstolsreformer med den hensikt å redusere saksbehandlingstiden og kostnadene ved sivile tvister. Bakgrunnen for det er blant annet betydelige saksrestanser ved domstolene. Det er også en fellesnevner at kostnadene ved domstolsbehandling har vært for høye.²⁷

Aktiv saksstyring spilte en hovedrolle den engelske domstolsreformen som kom i kjølvannet av et omfattende rapportarbeid. I det engelske regelverket Civil Procedure Rules (CPR), trådt kraft i april 1999, står konsentrasjonsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet sentralt. Reformen fra Storbritannia fungerte som en inspirasjonskilde ved utformingen av

²⁶ NOU 2001:32 A s.115

²⁷ Civil Justice in Crisis (1999) s.42

tvisteloven.²⁸ I dansk og svensk rett er det gitt regler som ligner de bestemmelsene om aktiv saksstyring som følger av tvisteloven.²⁹

Med innføringen av prinsippet om aktiv saksstyring kan det være grunnlag for å si at det er skjedd et skifte fra en partsstyrt prosess til en dommerstyrt prosess. Det synspunktet legges til grunn av Bårdsen og Nordén i artikkelen: ”På talefot med tvisteloven ”(2008) s. 45 :

”Den aktive saksstyring står som et motstykke til den partsstyrte prosessen, eller kanskje mer realistisk; en prosess uten styring. Men en dommerstyrt prosess er i og for seg ikke et mål i seg selv. Hensikten med aktiv saksstyring er å fremme en prosessordning som ivaretar de hensyn som er viktige for en god prosess – ikke minst at saksbehandlingen konsentreres om det sentrale og omtvistete (konsentrasjon), og at den tilpasses tvistens betydning (proporsjonalitet). Ved disse to virkemidler ser man da i neste omgang for seg at saksbehandlingen går raskere og blir rimeligere.”

En fullstendig dommerstyrt prosess vil kunne stride mot disposisjonsprinsippet. I forarbeidene er det imidlertid slått fast at reglene om aktiv saksstyring ikke er ment å gripe inn i det grunnleggende i prinsippet. I den forbindelse uttales det som følger:

”[...] at vi fortsatt vil ha en partsprosess i den forstand vi er vant til å bruke begrepet, er ikke tvilsomt. Partsprosessen vil imidlertid finne sted i et annet juridisk landskap - innen en strammere ramme - enn tidligere, i den forstand at det stilles andre og økte krav og vilkår til prosessen.”³⁰

Prinsippet om aktiv saksstyring kommer til uttrykk i tvl.§ 11-6:

”Retten skal legge en plan for behandlingen av saken og følge den opp slik at saken effektivt og forsvarlig kan bringes til avslutning.”

²⁸ NOU 2001:32 A s.184

²⁹ *ibid.*

³⁰ *ibid.* s.136

Med begrepet ”effektivt” menes det her at behandlingen skal være rask og prosessøkonomisk.³¹ Bestemmelsen er en generell regel som gjelder på alle stadier av saksbehandlingen, fra saksforberedelse til behandling i ankeinstans.³² Det er i tillegg til den generelle bestemmelsen i §11-6, flere særlige bestemmelser i tvisteloven som pålegger retten ansvaret for sakens fremdrift gjennom aktiv saksstyring på de forskjellige stadiene. Det vil bli behandlet i punkt. 4.2 og 4.3.

I tvistemålsloven fantes det ingen tilsvarende generell bestemmelse om aktiv saksstyring. Men det fantes regler som påla dommeren å sørge for fremdrift i saken. Tvml. §327 lød:

”Rettens formand sørger for, at saken blir utredet uten unødige vidtløftighet, og uten at uvedkommende omstændigheder trækkes ind, og at den saavidt mulig blir ført til ende uten avbrytelse.”

Bestemmelsen i tvistemålsloven rettet seg mot hovedforhandlingen og gjaldt ikke som et generelt prinsipp. Regelen ble også praktisert ulikt fra dommer til dommer.³³ I tvisteloven er rettens plikt til aktiv saksstyring i hovedforhandlingen hjemlet i §9-13, jf. punkt 4.3.

Bestemmelsene i tvisteloven legger opp til en mer omfattende saksstyring fra rettens side. Prinsippet om aktiv saksstyring kan deles i to komponenter. Den ene komponenten er planlegging. Retten skal i samråd med partene legge en plan for saksbehandlingen. Den andre komponenten er styring. Retten skal sørge for fremdrift i saken. Bårdsen og Nordén stiller for øvrig opp initiativ som en tredje komponent.³⁴ Det utelates i drøftelsen nedenfor da jeg tar sikte på å drøfte de relevante reglene under punkt 4.2 om planlegging og punkt 4.3 om styring. Oppdelingen har uansett ikke betydning utover oversikten den gir.

³¹ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.541

³² ibid. s.542

³³ ibid. s.437

³⁴ Bårdsen, Nordén (2008) s.46

4.2 Planlegging

4.2.1 Planlegging under saksforberedelsen

Twisteloven legger opp til at saken i større grad enn tidligere skal få en avklaring allerede i saksforberedelsen. I forarbeidene er det begrunnet med at saken så tidlig som mulig må konsentreres om de sentrale spørsmål som retten skal ta stilling til i hovedforhandlingen:

”At retten utviser aktivitet helt fra starten, vil gjøre at partene blir tvunget til å gjøre grundigere forarbeid på et tidligere stadium. Det vil medvirke til at de blir bedre forberedt til hovedforhandlingen og øke sjansene for at det da er avklart hva de er uenige om [...] At dommeren er godt forberedt til hovedforhandlingen, vil legge grunnlaget for at vedkommende vil kunne styre saken med henblikk på en mest mulig konsentrert gjennomføring av hovedforhandlingen.”³⁵ (min utheving)

I tvl.§9-4 første ledd er det stilt opp en særlig bestemmelse om aktiv saksstyring i saksforberedelsen:

”Retten skal aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling.”

Regelen kommer også til anvendelse så langt den passer i lagmannsretten, jf.tvl.§29-14 annet ledd. Tvistemålsloven hadde ingen bestemmelse tilsvarende tvl.§9-4 om aktiv saksstyring i saksforberedelsen.

Etter tvl.§9-4 annet ledd skal retten så snart tilsvar er inngitt, legge en plan for den videre behandlingen. Planleggingen skal skje etter drøfting med partene i saken. Drøfting skal skje i rettsmøte, jf.tvl.§9-4 tredje ledd. Rettsmøtet kan gjennomføres ved at det holdes fjernmøte. I forarbeidene er et uttalt at det kun i større og kompliserte saker vil være

³⁵ Ot.prp.51(2004-2005) s.180

nødvendig at partene, eventuelt med prosessfullmektiger, møter (fysisk) i rettsmøtet.³⁶ Etter min mening vil fjernmøte kunne ha åpenbart gunstige virkninger for sakens tidsbruk og kostnadsnivå. Partene unngår både reisekostnader og reisetid dersom ordningen med fjernmøte brukes. Drøfting etter tvl.§9-4 kan også skje ved skriftlige uttalelser fra partene dersom hensynet til sakens fremdrift tilsier det, jf. tredje ledd, annet punktum. Bestemmelsen oppregner en rekke spørsmål som retten og partene må ta stilling til i planleggingsmøtet. Oppregningen er ikke utømmende, jf.tvl.§9-4 annet ledd bokstav j.

Én hensikt med bestemmelsen er at retten på et tidlig tidspunkt skal få oversikt over hvilke anførsler (faktiske og rettslige) partene vil komme med. Hvilke bevis som ønskes ført og hvorvidt det er nødvendig å oppnevne sakkyndige er også spørsmål som retten må få rede på.³⁷ Retten skal, sammen med partene, også ta stilling til om saken kan løses ved mekling jf. §9-4 (2) bokstav a. Bestemmelsen kan ses i lys av tvl.§8-1 første ledd, som pålegger retten å vurdere muligheten for at saken kan løses i minnelighet gjennom mekling eller rettsmekling på ethvert trinn av saken, jf. punkt 9.1.

I planleggingsmøtet skal også tidspunktet for hovedforhandlingen berammes. Det er i forarbeidene fremhevet at det vil bidra til sakens fremdrift at partene, på så tidlig tidspunkt som mulig, er klar over når hovedforhandlingen skal holdes og innretter seg etter det.³⁸ Hovedforhandlingen skal ikke berammes til senere enn 6 måneder etter at stevning kom inn i saken med mindre særlige grunner taler for det, jf.§9-4 annet ledd, bokstav h. Slike særlige grunner kan være spesielle forhold som nødvendiggjør en forlenget saksbehandlingstid.³⁹ Dersom det for eksempel skal foretas tidkrevende sakkyndigvurderinger vil det kunne berettige berammelse utover fristen i bokstav h.⁴⁰ I forarbeidene er det uttalt at det kun unntaksvis kan være rom for å fravike fristen på seks

³⁶ NOU 2001:32 B s.750

³⁷ NOU 2001:32 A s.134

³⁸ NOU 2001:32 B s.749

³⁹ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.403

⁴⁰ *ibid.*

måneder.⁴¹ Spørsmålet om berømmelse må ses i lys av lovens formål: saker skal avgjøres raskt, jf.tvl.§1-1 første ledd.

4.2.2 Planlegging etter avsluttet saksforberedelse

Tvl. §9-11 annet ledd pålegger retten etter avsluttet saksforberedelse å klarlegge hvordan hovedforhandlingen skal gjennomføres:

”Etter at saksforberedelsen er avsluttet, skal retten sørge for å klarlegge hvordan hovedforhandlingen skal gjennomføres. Dette omfatter blant annet presentasjonsmåten av tvisten, tidspunkt og gjennomføringsmåte for forklaringer, spørsmål om befaring og lengden av ulike innlegg under forhandlingene [...]”

Bestemmelsen er et konkret utslag av rettens plikt til aktiv saksstyring etter avsluttet saksforberedelse, men før hovedforhandling.⁴² I forhold til konsentrasjonsprinsippet er særlig lengden av hovedforhandlingen et sentralt punkt etter §9-11 annet ledd.

Hovedforhandlingens varighet skal tilpasses sakens viktighet og karakter. Forhandlingene skal konsentreres om det vesentlige i saken.⁴³ Berømmelse av hovedforhandlingen skal i utgangspunktet allerede være klarlagt ved planleggingsmøtet, jf. §9-4 annet ledd. Men den etterfølgende saksforberedelsen kan ha synliggjort forhold som gjør at saken er mer komplisert eller omfattende enn først antatt. Det vil igjen kunne ha som konsekvens at hovedforhandlingen trekkes ut i tid. I ytterste konsekvens vil saken måtte omberammes, jf.tvl.§16-3.⁴⁴ Forhold som kompliserer eller utvider saken behøver ikke innebære omberømmelse av hovedforhandlingen. Retten vil ha en plikt til å styre forhandlingene etter reglene om aktiv saksstyring slik at saken kan gjennomføres innen opprinnelig avsatt tid. I den forbindelse er Rt.2008 s.1782 illustrerende. Lagmannsretten besluttet å utvide antall dager med ankebehandling utover de 4 dagene opprinnelig fastsatt med partene i saksforberedelsen. Utvidelsen hadde som konsekvens at ankeforhandlingene måtte

⁴¹ NOU 2001:32 A s.134

⁴² Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.396

⁴³ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.427

⁴⁴ *ibid.* s.428

omberammes. En part anket rettens beslutning om omberammelse da den innebar at saksbehandlingen for lagmannsretten ville ta 1 ½ år. Parten anførte at omberammelsen innebar en stor økonomisk og personlig belastning. I avsnitt 21 uttaler HR som følger:

”Det er vanskelig å se annet enn at saken bør kunne avvikles innenfor fire rettsdager med en rimelig stram og en fornuftig prosessledelse. I noen grad bør retten også være villig til å strekke rettsdagene noe i en situasjon som dette hvor tidsforbruket ikke synes å ha økt vesentlig ut fra det som var kjent på berammelsestidspunktet. For kjæremålsutvalget har det også vært sentralt at et tidsforbruk på 1 1/2 år frem til ankeforhandling - som vil være tilfellet ved en omberammelse - fremtrer som uakseptabelt.”

Et annet viktig aspekt ved planlegging av hovedforhandlingen, er rettens adgang til å fastsette tidsrammer for de enkelte delene av hovedforhandlingen. For eksempel kan retten fastsette hvor mye tid som partene kan bruke på bevisføring eller avsluttende innlegg, jf. §9-15 sjette og syvende ledd. I tvistemålsloven fantes det ingen tilsvarende bestemmelse. I forarbeidene til tvisteloven er behovet for rettens adgang til å fastsette tidsrammer for de enkelte deler av hovedforhandlingen fremhevet som et viktig virkemiddel for å kunne begrense omfanget saksbehandlingen i den enkelte sak.⁴⁵ Dersom tidsrammene fastsatt av retten etter §9-11 annet ledd ikke blir fulgt i hovedforhandlingen kan retten avskjære med hjemmel i §9-13 annet ledd, jf. punkt 4.3.

§9-11 annet ledd stiller ikke opp et krav om at drøfting skal skje i rettsmøte, sml. §9-4 tredje ledd. I forarbeidene er det lagt til grunn at retten kan drøfte gjennomføringen over telefon med partene enkeltvis dersom det er lite som behøves gjennomgått. Det vil ofte være tilfellet i enkle og oversiktlige saker. Her vil retten kunne planlegge hovedforhandlingen på grunnlag av partens sluttinnlegg (se punkt 6.3) og partenes forslag til fremdriftsplan som skal følge med sluttinnlegget, jf. §9-10 annet ledd, siste punktum. I mer kompliserte saker hvor det er mye som skal avklares vedrørende gjennomføringen av

⁴⁵ NOU 2001:32 B s.754

hovedforhandlingen vil det kunne være hensiktsmessig å drøfte det med partene i et rettsmøte.⁴⁶

4.3 Gjennomføring og styring av hovedforhandling.

Selv om retten skal planlegge i samråd med partene har retten et selvstendig ansvar for å sørge for at fremdriftsplanen følges og styringen av sakens fremdrift.⁴⁷ Tvl. §9-13 første og annet ledd er et utslag av det generelle prinsippet om aktiv saksstyring, jf. §11-6 første ledd. Bestemmelsen gir uttrykk for hvordan prinsippet skal gjennomføres i hovedforhandlingen. Første ledd lyder som følger:

”Ved åpningen av hovedforhandlingen kontrollerer retten at det er lagt til rette for at forhandlingene kan foregå slik som fastsatt under saksforberedelsen, og slik hensiktsmessig saksavvikling tilsier.”

Etter første ledd skal retten foreta en kontroll innledningsvis i hovedforhandlingen av at partene vil følge saksopplegget som planlagt. I forarbeidene er en slik kontroll fremhevet som særlig viktig.⁴⁸ Hensikten er å avdekke om det er gjort eventuelle endringer i opplegget slik det ble fastlagt i saksforberedelsen. Retten vil da kunne foreta de nødvendige grep slik at hovedforhandlingen blir gjennomført mest mulig konsentrert.⁴⁹ Det er ikke et krav at retten går igjennom saksopplegget punkt for punkt, slik det er fastlagt med partene før eller etter avsluttet saksforberedelse. Det er tilstrekkelig at retten forhører seg innledningsvis i hovedforhandlingen om opplegget vil bli fulgt.⁵⁰

Første ledd sier videre at forhandlingene skal foregå slik hensiktsmessig saksavvikling tilsier. I forarbeidene til tvisteloven la Justisdepartementet fram konkrete målsetninger om en betydelig kortere hovedforhandling. Hovedforhandlingen skal etter tvisteloven ta 30

⁴⁶ ibid.

⁴⁷ Bårdsen, Nordén (2008) s. 46

⁴⁸ NOU 2001:32 B s.757

⁴⁹ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.437

⁵⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.397

prosent kortere tid enn hva som var praksis etter tvistemålsloven.⁵¹ I den forbindelse legger tvisteloven opp til et ganske forskjellig opplegg i hovedforhandlingen i forhold til tvistemålsloven. Tvl. §9-15 første til tiende ledd regulerer fremgangsmåten i de enkelte ledd i hovedforhandlingen. Bestemmelsen viderefører langt på vei tvistemålsloven regler, men §9-15 har et større fokus på konsentrasjon. I den sammenheng er særlig første til tredje ledd sentrale. Etter bestemmelsens første ledd skal retten ved innledningen av hovedforhandlingen få klarhet i hvilke krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis som skal behandles i hovedforhandlingen. Det skjer ved at retten muntlig går igjennom de faktiske og rettslige anførsler, samt varslet bevisføring som fremgår av partenes sluttinnlegg. Det uttales i forarbeidene at bestemmelsen er ment som et middel for å oppnå klarhet og konsentrasjon om det omtvistede i saksbehandlingen.⁵² Bestemmelsen minner om §9-13 første ledd, jf. ovenfor. Men etter §9-15 første ledd skal retten klargjøre selve de materielle anførselene som partene ønsker å gjøre gjeldende. Etter §9-13 første ledd skal retten kontrollere om opplegget for forhandlingen knyttet til anførselene skal følges slik som fastlagt i saksforberedelsen.

Etter §9-15 annet ledd skal saksøkeren holde et kort innledningsforedrag. Bestemmelsen lyder:

”Saksøkeren gir en konsentrert saksframstilling med gjennomgåelse av dokumentbevis og andre bevis som ikke skal gis gjennom forklaringer eller befaring.”

Bestemmelsen gir eksplisitt uttrykk for at fremstillingen skal være konsentrert. I forarbeidene til tvisteloven er det uttalt at bestemmelsen har som hensikt å fjerne de omfattende innledningsforedragene som var praksis etter tvistemålsloven.⁵³ Det understrekes også i forarbeidene at partene ikke skal begi seg inn på prosedyren i innledningsforedraget.⁵⁴ Prosedyren skal etter tvisteloven skje på et senere tidspunkt i

⁵¹ Ot.prp.nr.74 (2005-2006). s.47

⁵² NOU 2001:32 B s.758

⁵³ *ibid.*

⁵⁴ *ibid.*

forhandlingene, jf. tvl. §9-15 syvende ledd. Tvisteloven bruker ikke uttrykkelig begrepet prosedyre, men begrepet anvendes i praksis og juridisk litteratur. Prosedyren inneholder partenes argumentasjon rundt sakens rettslige og faktiske spørsmål.⁵⁵ Skoghøy mener at opplegget for innledningsforedraget bør tilpasses den konkrete saken. I den forbindelse gjør Skoghøy gjeldende at ordningen etter tvl. §9-15 annet ledd passer best for enkle og oversiktlige saker, men ikke for de større og kompliserte sakene. Skoghøy anfører at innledningsforedragene bør være hovedforedraget i slike saker. Prosedyren vil da kunne innskrenke seg til supplerende bemerkninger til innledningsforedraget.⁵⁶

Etter tvl. §9-15 tredje ledd skal saksøkte gis anledning til å fremstille sitt syn i saken. Det går frem av bestemmelsen at saksøktes fremstilling skal begrenses til korrigeringer og suppleringer av saksøkers innledningsforedrag. Med begrepet begrenses, er det i forarbeidene uttalt at også saksøktes fremstilling etter tredje ledd skal være konsentrert.⁵⁷ Det innebærer mer konkret at saksøkte ikke skal komme med en fullstendig saksfremstilling som gjengir det som saksøker allerede har presentert i sitt innledningsforedrag.⁵⁸

Etter at saksøkte har gitt sin fremstilling av saken kommer bevisføringen, jf. tvl. §9-15 fjerde, femte og sjette ledd. Tvisteloven innebærer ikke noen stor endring i forhold til tvistemålslovens regler om bevisføring og bevisvurdering. For føring av dokumentbevis har tvisteloven imidlertid regler som skiller seg fra tvistemålsloven. Tvl. §26-2 lyder som følger:

”Dokumentbevis føres ved at beviset gjennomgås, og det som er viktig påpekes. Gjennomgåelsen skal ikke være mer omstendelig enn behovet for forsvarlig bevisføring tilsier.”

Gjennomgangen skal konsentreres om de deler av dokumentet som har betydning for å belyse påstandsgrunnlaget. Tvistemålsloven §333 ga en videre adgang til å lese opp

⁵⁵ Robberstad(2009) s.229

⁵⁶ Skoghøy (2010) s.589

⁵⁷ NOU 2001:32 Bs.758

⁵⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.447

dokumenter i forhold til tvl.§26-2. Etter tvisteloven skal omfattende og detaljerte utredninger unngås der det ikke er nødvendig.⁵⁹ Forhandlingsprinsippet tilsier at retten bare kan bygge på bevis som er ført i hovedforhandlingen, jf. tvl.§11-2.⁶⁰ For at dokumentbevis skal anses som ført må det sentrale i dokumentet ha blitt lest opp i hovedforhandlingen, jf.tvl.§11-1 første ledd. Det er ikke tilstrekkelig at dokumentbevisene legges frem samlet uten at det presiseres hva som er av betydning.⁶¹ Et bevis trenger ikke å være uttrykkelig påberopt for at det kan anses som ført. Det holder at beviset er gjort kjent for retten. Følgen av det må være at retten kan bygge på en del av et dokumentbevis som ikke uttrykkelig er blitt lest opp i hovedforhandlingen i henhold til tvl.§26-2. Men dersom retten ønsker å bygge på et bevis eller den del av dette som motparten ikke har fått anledning til å uttale seg om, tilsier kontradiksjonsprinsippet (jf.tvl.§11-1 første ledd) at retten opplyser om det og gir partene mulighet til å ta stilling til beviset.

Tvl.§9-13 annet ledd konkretiserer ytterligere hvordan retten skal sørge for aktiv saksstyring i hovedforhandlingen.⁶² Annet ledd lyder:

”Retten skal sørge for at hovedforhandlingen skjer konsentrert og forsvarlig uten unødig tidsspille for retten, parter, vitner og sakkyndige. Forhandlinger om forhold som er uten betydning for saken, skal nektes. Det samme gjelder unødige gjentakelser, unødig omfattende behandling og ellers for spørsmål som er tilstrekkelig drøftet. Hvis det er avtalt eller fastsatt tidsrammer for innlegg eller bevisføring, påser retten at disse holdes og kan foreta nødvendige avskjæringer.”

Konsentrasjonsprinsippet i kombinasjon med proporsjonalitetsprinsippet er bærende hensyn bak bestemmelsen. Retten har plikt til å sørge for at hovedforhandlingen konsentreres i tid, jf. ordlyden i annet ledd.

Hovedforhandlingen skal også konsentreres i omfang. Tvl.§9-13 annet ledd gir retten en generell kompetanse til å nekte forhandlinger om forhold som er uten betydning i saken.

⁵⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.466

⁶⁰ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.504

⁶¹ NOU 2001:32 B s.978

⁶² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.397

Retten har dels en plikt til å avskjære eller begrense unødvendige gjentakelser og omfattende utredninger fra partene. Dels har retten en adgang til å avskjære innsigelser og anførsler som åpenbart ikke kan føre frem.⁶³ Retten er ikke avhengig av begjæring fra en av partene men kan avskjære forhandlinger av eget tiltak.⁶⁴ Avskjæring etter tvl.§9-13 annet ledd kan for eksempel være aktuelt dersom partenes prosedyre etter tvl.§9-15 syvende ledd får et unødig stort omfang eller inneholder stadige gjentakelser. I motsetning til tvistelovens regler om preklusjon, kreves det altså ikke etter tvl.§9-13 annet ledd at partene har oversittet en frist for at prosesshandlingen skal kunne avskjæres (se punkt 6.3).

Om retten skal avskjære etter tvl.§9-13 annet ledd er en skjønnsmessig vurdering. I forarbeidene er det uttalt at vurderingen vil bero på en avveining mellom hensynet til en forsvarlig saksbehandling og hensynet til en konsentrert saksbehandling.⁶⁵ Dersom en part prosederer eller fører bevis om forhold som ikke har innvirkning for domsresultatet, vil det kunne berettiggje avskjæring. Det var det også hjemmel for etter reglene om avskjæring i tvistemålsloven, jf.tvml.§§327,189. I den forbindelse uttalte HR i Rt.1993 s.440 som følger:

”[...] retten må kunne begrense forhandlingene om innsigelser som den finner ikke kan påvirke domsresultatet, uansett om det skulle være faktisk dekning for dem. Bevisførsel om slike innsigelser vil kunne avskjæres innen rammen av tvistemålsloven § 189. Vidløftig argumentasjon vil kunne begrenses etter tvistemålsloven § 327. ”

I forarbeidene til tvisteloven uttaler Justisdepartementet at det bør være et mål at behovet for avskjæring etter tvl.§9-13 annet ledd blir minst mulig. Konsentrasjon av saken skal heller oppnås ved aktiv saksstyring i saksforberedelsen, blant annet gjennom reglene om sluttinnlegg, jf.tvl.§9-11 annet ledd. I den forbindelse uttaler også departementet at det vil være en forutsetning for vellykket avskjæring etter §9-13 annet ledd, at retten forut for

⁶³ Tvisteloven. Kommentartutgave(2007) s.438

⁶⁴ NOU 2001:32 A s.135

⁶⁵ NOU:2001:32 B s.757

hovedforhandlingen har dannet seg et klart bilde over hva som er de sentrale tvistepunkter i saken.⁶⁶

Foruten avskjæringsadgangen i §9-13 annet ledd har tvisteloven spesielle bestemmelser som gir retten adgang til å avskjære på forskjellig grunnlag og vilkår. Preklusjonsregelen i §9-16 og bestemmelser om bevisavskjæring, jf.tvl.§21-7 er sentrale virkemidler for å kunne konsentrere saken i tid og omfang (jf. henholdsvis punkt 6.3 og punkt 7)

Tvl.§9-13 annet ledd fjerde punktum må ses i sammenheng med tvl.§9-11 annet ledd, som gir retten adgang til å fastsette tidsmessige rammer for partene i hovedforhandlingen. Dersom det er fastlagt faste tidsrammer skal retten påse at de holdes. I forarbeidene er det fremhevet som en særlig viktig del av den aktive saksstyring under hovedforhandlingen:

”Det er viktig at dommeren fører kontroll med at det opplegg som ble fastsatt for saksforberedelsen, faktisk følges. Skjer det avvik eller oppstår det ellers forhold som tilsier inngripen fra dommerens side, må dette gjøres umiddelbart. Det kan i det hele ikke understrekes sterkt nok at det er rettens plikt å kontrollere at saksforberedelsesopplegget som er fastsatt følges, og i det hele at de beslutninger fra rettens side som må treffes, faktisk blir truffet [...]”⁶⁷

Avskjæring etter tvl.§9-13 annet ledd treffes ved beslutning, jf.tvl.§19-1 tredje ledd. Rettens beslutning kan ikke fremmes i særskilt anke, jf.tvl.§29-2 tredje ledd.⁶⁸ Etter min mening er det hensiktsmessig sett ut ifra konsentrasjonsprinsippet. Årsaken er at behandling av særskilt anke over rettens beslutning etter tvl.§9-13 annet ledd, vil sette forhandlingene foreløpig i ro. Det vil igjen ha negative konsekvenser for fremdriften i saken. Loven formål om rask og effektiv avvikling av saker taler også etter min mening for en slik løsning. På den annen side vil avskjæring kunne ha store konsekvenser for parten som blir rammet. Det avhjelpest imidlertid til en viss grad ved at en dom eller kjennelse kan

⁶⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.397

⁶⁷ NOU 2001:32 A s.135

⁶⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.439

ankes dersom parten mener retten har begått en saksbehandlingsfeil, jf. tvl.§29-3 første ledd.

Tvl.§9-13 gjelder også i ankeforhandlingen, jf.tvl.§29-18 første ledd, første punktum. I tillegg er konsentrasjon uttrykkelig fremhevet som et mål for ankeforhandlingen i annet punktum :

”Retten sørger for at forhandlingene konsentreres om det som er tatt opp i anken og er omtvistet.”

I forarbeidene er det fremhevet at reglene om aktiv saksstyring i lagmannsretten må anvendes i lys av ankeinstansens funksjon som overprøvningsorgan. Ankeforhandlingene skal konsentreres om det som ble avgjort i tingretten.⁶⁹

4.4 Ansvar for aktiv saksstyring

Ansvar for sakens fremdrift påhviler dommeren i saken. Under saksforberedelsen er det saksforberedende dommer som har ansvaret for sakens fremdrift, jf.tvl.§11-6 (3). I rettsmøter og rådslagninger hvor retten har flere medlemmer, påligger ansvaret rettens leder, jf.tvl.§11-6 fjerde ledd. Dersom den forberedende dommeren som er ansvarlig for saken ikke oppfyller sin plikt etter tvl.§11-6, kan en part kreve at domstolslederen griper inn jf.tvl.§11-7. I forarbeidene er det oppstilt som eksempel at en dommer over lang tid har ignorert krav fra partene å treffe avgjørelser angående saksbehandlingen.⁷⁰

Domstolslederen har også en selvstendig plikt, etter tvl.§11-7, til å påse at plikten etter tvl.§11-6 blir fulgt opp. Dersom plikten til aktiv saksstyring ikke blir overholdt skal domstolslederen overføre saken til en annen dommer eller overta saken selv. Tvl.§11-7 er ment å gi partene en adgang på et effektivt botemiddel (”effective remedy”) mot at saken ikke behandles med tilstrekkelig hurtighet, jf. EMK artikkel 6 (1), jf. EMK artikkel 13.⁷¹ I forarbeidene at det understreket at retten må sørge for aktiv saksstyring og rask behandling

⁶⁹ NOU 2001:32 B s.783

⁷⁰ NOU 2001:32 A s.136

⁷¹ NOU 2001:32 B s.551

utover de krav som følger av EMK.⁷² Det er også fulgt opp av HR, blant annet i Rt.2009 s.1652 (avsnitt 55).

§11-7 annet ledd stiller som vilkår at plikten er vesentlig tilsidesatt. Hva som kvalifiserer til å være vesentlig tilsidesetting går ikke frem av bestemmelsen. Det er ikke nødvendig at EMK artikkel 6 (1) er krenket for at det foreligger brudd på § 11-6, jf.§11-7. I samme avgjørelse som nevnt ovenfor, uttaler HR i avsnitt 59 :

”Selv om ankeutvalget ikke har funnet grunnlag for å konstatere krenkelse av EMK artikkel 6 nr. 1, foreligger det forsinkelser som har foranlediget pålegg etter tvisteloven §11-7 [...]”

Hvor det går for lang tid fra hovedforhandlingen er avsluttet til dom avsies, vil det kunne få konsekvenser etter tvl.§11-7.⁷³ Etter tvl.§19-4 femte ledd er hovedregelen at avgjørelser skal avsies senest to uker etter avslutning av hovedforhandling i saker med én dommer. I saker hvor retten er satt med flere dommere er fristen fire uker. I tvistemålsloven var fristene det samme som etter tvl.§19-4 femte ledd, jf. tvml.§152. Men i forarbeidene er det fremhevet at fristene må tas mer på alvor enn hva praksis var etter tvistemålsloven, hvor det kunne gå flere måneder fra hovedforhandling var avsluttet til dom forelå i saken.⁷⁴

Dersom det går for lang tid utover fristen i tvl.§19-4 femte ledd vil det innebære brudd på tvl.§11-6 første ledd, jf.tvl.§11-7 annet ledd. Det vil også kunne innebære en saksbehandlingsfeil, jf tvl.§29-21 første ledd.⁷⁵

I en slik situasjon vil domstollederen måtte gripe inn ved å sørge for at vedkommende dommer får skrevet dommen raskest mulig, blant annet ved å frita dommeren fra andre arbeidsoppgaver. Dersom det ikke har ønsket effekt, og andre løsninger ikke lykkes, må domstollederen overføre ansvaret til en annen dommer. Det vil igjen kunne ha som

⁷² ibid s.713

⁷³ ibid.

⁷⁴ NOU 2001:32 A s.570

⁷⁵ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007)s.778

konsekvens at det må holdes ny hovedforhandling, noe som vil medføre betydelig ulempe for partene.⁷⁶ Etter min mening vil en slik løsning vil være i strid med hensynene bak prinsippet om aktiv saksstyring. I forarbeidene er det imidlertid uttalt at ny hovedforhandling bare bør være et alternativ hvor den manglende aktive saksstyring vil bli påberopt som saksbehandlingsfeil og anken trolig vil føre frem. Ny hovedforhandling er ment å være en siste utvei når ingen andre løsninger fungerer.⁷⁷

⁷⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.409

⁷⁷ *ibid.*

5 Rettens veiledningsplikt

Rettens veiledningsplikt er et selvstendig prinsipp i sivilprosessen.⁷⁸ Tvl.§11-5 stiller opp dels en plikt, dels en adgang til å veilede partene i saken. Rettens veiledningsplikt er noe annet enn rettens plikt til aktiv saksstyring. Rettens veiledningsplikt er hovedsakelig et middel for å oppnå materielt riktige avgjørelser, jf.tvl.§11-5 annet ledd.

Tvistemålsloven hadde også regler som gav retten veiledningsplikt om materielle og prosessuelle forhold som var av betydning for partene. Tvisteloven viderefører innholdet i disse bestemmelsene, men rettens veiledningsplikt er samtidig blitt utvidet.⁷⁹ I forarbeidene er utvidelsen av veiledningsplikten begrunnet med hensynet til konsentrasjon:

”Særlig på ett punkt er det imidlertid plass for en reell utvidelse. Det er viktig at sivile saker i langt større grad enn nå gjennom inngripen fra rettens side konsentreres om de punkter i saken som er sentrale, og at man unngår å bruke tid på spørsmål av perifer eller mindre betydning. Det nødvendiggjør at retten gir uttrykk nettopp for hva som er sentralt eller betydningsfullt og hva som ikke er det[...]”⁸⁰

For eksempel kan retten sile ut mindre viktige anførsler og bevilstilbud ved å veilede partene.⁸¹ For å oppnå mest mulig konsentrasjon i saken bør slik veiledning gis på et tidligst mulig tidspunkt i saksbehandlingen. Retten kan i den sammenheng yte slik veiledning i planleggingsmøtet, jf.tvl.§9-4.

⁷⁸ Skoghøy (2001) s.438

⁷⁹ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.528

⁸⁰ NOU 2001:32 As.138

⁸¹ *ibid.* s.139

Det må skilles mellom prosessuell og materiell veiledningsplikt. Prosessuell veiledningsplikt kommer til uttrykk i tvl.§11-5 første ledd. Retten skal gi partene veiledning om regler for saksbehandlingen og andre formelle forhold som er nødvendige for at de skal kunne ivareta sine interesser i saken, jf. første punktum. Hensikten med bestemmelsen er å forhindre at det oppstår rettstap for partene ved at de ikke innretter seg etter prosessuelle regler som det ikke er rimelig at de kjenner.⁸²

Materiell veiledningsplikt går ut på at retten veileder partene ut i fra de faktiske forhold og aktuelle rettsregler slik at saken får en materielt riktig avgjørelse, jf.tvl.§11-5 annet ledd. Veiledningsplikten omfatter at retten skal klarlegge hvilke spørsmål som er omtvistet og hvilke rettslige og faktiske standpunkter partene har i saken, jf. tvl.§11-5 tredje ledd. Bestemmelsen viderefører tvml.§86 annet ledd. En grunnleggende rettsavgjørelse på området er Rt.1963 s.996 (Monteringsfeil). Her var spørsmålet om lagmannsretten hadde overholdt sin veiledningsplikt når den ikke hadde bedt parten om å klarlegge forhold som ikke var påberopt, men var avgjørende for domsresultatet. HR kom til at lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil da den ikke veiledet partene om det faktiske forhold retten la avgjørende vekt på. Det følger av kjennelsen at dersom retten bygger på et annet påstandsgrunnlag som den mener er mer sentralt enn det partene har påberopt, må retten veilede slik at partene kan stilling til dette. Veiledningsplikten må ses i forhold til tvl.§11-1 tredje ledd som gir uttrykk for kontradiksjonsprinsippet. Retten kan ikke bygge avgjørelsen på et faktisk grunnlag partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om. I den forbindelse omfatter rettens prosessuelle og materielle veiledningsplikten bare forhold som har betydning for den avgjørelsen som skal treffes.⁸³

Tvl.§11-5 fjerde ledd gir i utgangspunktet retten en adgang, men ikke plikt, til å gi materiell veiledning til partene. Veiledning etter denne bestemmelsen skiller seg i fra tredje ledd ved at retten etter fjerde ledd kan veilede om relevante påstandsgrunnlag som partene ikke har tenkt på eller anført. Bestemmelsen lyder som følger:

⁸² Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.527

⁸³ Rt.2008 s.1449

”Retten kan oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken.”

Bestemmelsens femte ledd stiller opp en tilsvarende fakultativ adgang til å gi partene materiell veiledning om bevisføring.

Det beror på rettens skjønn om, og i hvilket omfang, materiell veiledning etter femte og fjerde ledd skal gis.⁸⁴ Ved vurderingen skal det på den ene side legges vekt på hensynet til en materielt riktig avgjørelse, jf. tvl.§11-5 annet ledd. Veiledning fra retten kan hjelpe for å unngå at en part lider rettstap. På den andre side må hensynet til rettens nøytralitet tillegges vekt, jf. tvl.§11-5 syvende ledd:

”Retten må utøve sin veiledning på en måte som ikke svekker tilliten til at den er upartisk. Retten kan ikke gi partene råd om hvilket standpunkt de bør innta til tvistes spørsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta.”

Veiledningen må ikke få preg av å være undersøkende eller granskende. Det vil være i strid med disposisjonsprinsippet.⁸⁵ Bestemmelsen innebærer i utgangspunktet at retten ikke kan gi partene råd om hvilke krav, påstander eller påstandsgrunnlag som bør fremmes. I forarbeidene er det imidlertid uttalt at retten bør kunne gi en viss veiledning om hvilke faktiske forhold i saken som kan få betydning, og på den måten indirekte gjøre parten oppmerksom på aktuelle påstandsgrunnlag som kan tenkes å føre frem.⁸⁶ Ved spørsmålet om hvor langt retten kan strekke sin adgang til veiledning før det fremstår som upartisk uttalte departementet som følger:

”Når retten med bakgrunn i en understreking av visse opplysninger i saken gjør oppmerksom på aktuelle påstandsgrunnlag, vil det kunne være vanskelig å unngå at retten oppfattes å gi råd til den

⁸⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.533

⁸⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.406

⁸⁶ ibid.s.407

ene parten om hva som bør påberopes. Veiledningen bør ikke av den grunn unnlates. Det kan til og med oppstå behov for å gå lenger. Dersom parten ikke synes å forstå poenget med veiledningen, bør retten mer direkte kunne si at påberopelse av et angitt påstandsgrunnlag trolig eller sikkert vil utløse en angitt rettsregel, at det vil gi et resultat helt eller delvis i samsvar med påstanden, og at mye derfor taler for at det vil samsvare med partens interesser å påberope seg påstandsgrunnlaget.”⁸⁷

Måten retten ordlegger seg på vil ha betydning for hvorvidt veiledningen fremstår som i strid med syvende ledd.⁸⁸ Retten bør ikke uttrykke seg for spesifikt i veiledningen men heller bruke generelle vendinger.⁸⁹ Dersom retten går for langt i veiledningen på en måte som krenker, disposisjonsprinsippet eller prinsippet om rettens nøytralitet, vil det kunne være en saksbehandlingsfeil jf.tvl.§29-21 første ledd.⁹⁰

Som nevnt stiller fjerde ledd opp en adgang, men ikke plikt, til å opplyse om aktuelle påstandsgrunnlag. I tilfeller hvor partene står i fare for å lide et vesentlig rettstap kan retten imidlertid ha en plikt til å opplyse om påstandsgrunnlag. Unnlatt veiledning i slike tilfeller kan innebære en saksbehandlingsfeil, jf.tvl.§29-21 første ledd.⁹¹ I Rt.1950 s.981 ble en kjennelse om utkastelse fra bolig opphevet, da HR mente lagmannsretten burde opplyst om relevante påstandsgrunnlag som kunne ha betydning for resultatet i saken.

Tvl.§11-5 er som påpekt ovenfor ment å innebære en utvidelse av rettens adgang og plikt til å gi partene veiledning i forhold til tvistemålsloven. Men konsentrasjonsprinsippet kan også være et argument mot at retten gir partene veiledning.

I forarbeidene fremheves det at retten ikke bør gi veiledning i en utstrekning som svekker mulighetene for at saken konsentreres i tid og omfang. En for aktiv veiledning vil kunne gå utover rettens plikt til å påse at saken konsentreres om det sentrale. Retten må ikke oppfordre partene til å trekke inn forhold i saken som ikke er av betydning, og som vil

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.538

⁸⁹ NOU 2001:32 Bs.709

⁹⁰ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.540

⁹¹ NOU 2001:32 Bs.709

kunne føre til økte kostnader for partene og en forlenget saksbehandlingstid.⁹² Dersom retten opplyser om nye påstandsgrunnlag under hovedforhandlingen må partene få mulighet til å uttale seg i henhold til kontradiksjonsprinsippet, jf.tvl.§11-1 tredje ledd. I den forbindelse vil partene muligens måtte innhente nye bevis og bli gitt tid til å forberede sin argumentasjon. Det vil igjen kunne resultere i at hovedforhandlingen må utsettes, jf.tvl.§16-4 første ledd. Hvis utsettelse av hovedforhandlingen er uunngåelig skal retten treffe beslutninger for den videre behandling av saken slik at den blir minst mulig forsinket, jf.§tv1.16-4 første ledd. I den forbindelse er det spesielt viktig at retten setter nytt tidspunkt for hovedforhandlingen så snart som mulig.⁹³

⁹² Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.406

⁹³ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007)s.685

6 Prosessuell preklusjon

6.1 Oversikt/ avgrensning

Prosessuell preklusjon innebærer at en part som ikke foretar en prosesshandling i tide, mister adgangen til å gjøre denne gjeldende på et senere tidspunkt i saksbehandlingen.⁹⁴

Reglene kan ses som utslag av den gamle eventualmaksimen, jf. ovenfor i punkt 2.2.

Prinsippet kommer også til uttrykk i domstolloven §152 første ledd:

”Hvis en processhandling ikke blir foretatt på den tid eller indenfor den frist, som er fastsat, kan den ikke foretages senere, saafremt ikke andet er bestemt ved lov.”

Prosesshandling er et vidt begrep og kan omfatte alt fra å ta ut stevning til å fremsette et nytt påstandsgrunnlag, nye bevis, eller sette frem innsigelser mot saksbehandlingen.⁹⁵

Robberstad definerer prosesshandlinger som all opptreden av partene i rettsaken med mindre den enkelte bestemmelse gir grunnlag for en snevrere forståelse av begrepet.⁹⁶

Prosesshandlinger underlagt preklusjonsreglene kan deles opp i to grupper: Den ene gruppen omfatter innsigelser mot selve saksbehandlingen. Preklusjon av slike innsigelser har som konsekvens at parten mister sin rett til å protestere mot rettens avgjørelser angående saksbehandlingen. Den andre gruppen prosesshandlinger er adgangen til å utvide saken ved å anføre nye faktiske og rettslige grunnlag. Preklusjon av slike prosesshandlinger har som konsekvens at parten mister retten til å fremsette nye krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis.⁹⁷

⁹⁴ Robberstad (2009) s.43

⁹⁵ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.408

⁹⁶ Robberstad (2009)s.40

⁹⁷ Hov(2010) s.526

Avskjæring av de to ulike typer prosesshandlinger reguleres hovedsaklig i to forskjellige bestemmelser i tvisteloven. Bestemmelsene skiller seg vesentlig fra hverandre både med hensyn til anvendelsesområdet og praktisk betydning. For avskjæring av innsigelser mot saksbehandlingen gjelder tvl.§9-6 annet ledd. For avskjæring av nye krav, påstandsgrunnlag, bevis og endring av påstand gjelder tvl.§9-16. I tillegg gjelder det en generell preklusjonsadgang i tvl.§16-6 tredje ledd som supplerer reglene i tvistelovens kap.9, jf. punkt 6.4.

Ved preklusjon avskjæres muligheten til å foreta prosesshandlingen på grunnlag av at en frist ikke er overholdt av parten. Preklusjon skiller seg dermed fra rettens generelle adgang etter tvl.§9-13 annet ledd til å avskjære videre forhandlinger og bevisføring som forhindrer sakens fremdrift uten at en frist er oversittet, jf. ovenfor i punkt 4.3.

En frist kan være spesifikt angitt i lov. For eksempel er frist for å komme med endringer i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis satt til to uker før hovedforhandlingen, jf. tvl.§9-16 første ledd, jf. §9-10 første ledd. Eller det kan dreie seg en relativ frist, som pålegger partene å komme med prosesshandlingen så tidlig som mulig i saksbehandlingen, jf. tvl.§9-6 annet ledd. Hov bruker begrepet skjønsmessige frister for den sistnevnte type frister.⁹⁸

I reglene om prosessuell preklusjon utgjør konsentrasjonsprinsippet det bærende hensyn. Øyen formulerer formålet med preklusjonsreglene som følger:

”Formålet med preklusjonsregler i tilknytning til endring av eget prosessopplegg er å gi partene et sterkt incentiv til å foreta ønskede endringer på et så tidlig tidspunkt i prosessen som mulig. Uten egnede preklusjonsregler kan en sent fremsatt endring medføre at motparten ikke får tilstrekkelig tid til imøtegåelse, eller at hovedforhandlingen eller rettsmøtet for sluttbehandling må utsettes. Godt tilpassede preklusjonsregler er derfor generelt sett viktig for å sikre en rask saksbehandling. Mer spesielt er slike regler et viktig redskap for å hindre at en part kan trenere fremdriften i saken.”⁹⁹

⁹⁸ Hov (2010) s.526

⁹⁹ Øyen (2010) s.77

Etter tvistemålsloven var preklusjonsreglene spredt i forskjellige bestemmelser i loven. Bestemmelsene var vage og ble i liten grad håndhevet.¹⁰⁰ Med tvisteloven er det lagt opp til en snevrere adgang til å foreta endringer i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis (jf.tvl.§9-16) enn hva som gjaldt etter tvistemålsloven.

Bestemmelsene om prosessuell preklusjon får kun anvendelse på preklusive frister. Om en frist har preklusiv virkning beror på en tolkning av bestemmelsen.¹⁰¹ Det må her avgrenses mot andre typer frister i tvisteloven. Som ledd i rettens ansvar for sakens fremdrift kan retten etter tvl.§11-6 annet ledd sette frister for prosesshandlinger som skal foretas av partene. Virkningen av å oversitte slike frister skiller seg fra virkningene etter de lovbestemte spesifikke og relative fristene. I forarbeidene er det uttalt følgende om oversitting av frister etter tvl.§11-6 annet ledd:

”Det er bare i begrenset utstrekning at det vil kunne knyttes rettsvirkninger til oversitting de frister retten fastsetter for å fremme en rask og effektiv saksbehandling. Det vil trolig være mest aktuelt at rettsvirkninger av slike frister kan inntre dersom retten etter fristutløpet utsteder fristforelegg, at fristen etter forelegget deretter oversittes, og at det ikke er gyldig fristoversitting. Da vil konsekvensen kunne bli avvisning eller fraværdom, jf § 16-9 og § 16-10.”¹⁰²

Begrepet ”fristforelegg” som forarbeidene viser til er nytt etter tvisteloven. Det fantes ingen tilsvarende regel i tvistemålsloven. Bakgrunnen bak reglene er behovet for retten å kunne sanksjonere forsinkede prosesshandlinger fra partene.¹⁰³ At fristene for å foreta prosesshandlinger holdes vil være viktig for motparten, men også med hensyn til sakens fremdrift. Fristforelegg er imidlertid ikke prosessuell preklusjon i ordets rette forstand. Virkningene av fristoversittelse etter tvl.§§9-6 annet ledd, 9-16, §16-6 tredje ledd og fristforelegg er forskjellige, jf. nedenfor. Tvl.§16-7 annet ledd lyder som følger:

¹⁰⁰ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s. 451

¹⁰¹ ibid. s.547

¹⁰² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.408

¹⁰³ NOU 2001:32 B s.915

”Har en part unnlatt å foreta en annen prosesshandling som er av vesentlig betydning for motparten eller nødvendig for forsvarlig behandling av saken, kan retten ved forelegg til parten bestemme at det vil bety fravær i saken om prosesshandlingen ikke foretas innen en bestemt angitt siste frist. Skal prosesshandlingen foretas etter krav fra motparten, utstedes forelegg bare etter begjæring fra denne.”

Det går frem av ordlyden at fristforelegg kan gis dersom et av de to alternative vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. En prosesshandling som kan være av vesentlig betydning for motparten er for eksempel at parten fremlegger bevis. Motparten skal få tilgang på bevis så tidlig som mulig for å kunne imøtegå dem og forberede sin argumentasjon. Det er en forutsetning for å gi fristforelegg at den opprinnelige fristen for å foreta prosesshandlingen er oversittet.¹⁰⁴ Dersom fristforelegget oversittes og retten bestemmer at det skal utgjøre fravær vil saken kunne avvises jf.tvl.§16-9 første ledd eller det kan avsies fraværdom, jf.§16-10 første ledd.

6.2 Avskjæring av innsigelser mot saksbehandlingen

For innsigelser mot saksbehandlingen slår tvl.§9-6 annet ledd fast:

“En part må sette frem innsigelser mot prosesshandlinger så snart parten har mulighet for det. Settes innsigelsen frem senere, kan den bare gjøres gjeldende hvis parten ikke var kjent med at det var grunnlag for å gjøre innsigelse, og det vil være urimelig om den ikke kan påberopes.”

Bestemmelsen er et utslag av eventualmaksimen som er gjort rede for ovenfor i punkt 2.3. Tvl.§9-6 annet ledd bygger på tvml.§91 som hadde tilnærmet like vilkår som regelen i tvisteloven.

En part kan etter tvl.§9-6 annet ledd sette fram innsigelser mot prosesshandlinger foretatt

¹⁰⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.697

av retten eller motparten. Innsigelser kan for eksempel gjelde rettens oppnevning av sakkyndig, eller at motparten vil føre et bestemt bevis. Bestemmelsen regulerer partenes adgang til å sette frem innsigelser mot saksbehandlingen i saksforberedelsen. De fleste avgjørelser vedrørende saksbehandlingen vil bli tatt på et tidlig tidspunkt i saksforberedelsen, jf.tvl.§9-6 tredje ledd. Tredje ledd pålegger retten å treffe avgjørelser om saksbehandlingen så tidlig som mulig i saksforberedelsen.¹⁰⁵

Tvl.§9-6 annet ledd stiller krav om at innsigelsen settes frem så snart partene har mulighet for det. I forarbeidene er det lagt til grunn at parten må ha en praktisk mulighet til å områ seg og kunne drøfte saken med sin prosessfullmektig før innsigelse fremmes.¹⁰⁶ Dersom innsigelsen blir fremmet senere kan innsigelsen bare gjøres gjeldende dersom to vilkår er oppfylt. For det første må parten ikke ha vært kjent med at det var grunnlag for å gjøre innsigelsen gjeldende. For det andre må det ikke være urimelig at innsigelsen nektes påberopt.

Dersom en part var klar over at det forelå grunnlag for å komme med innsigelser, vil det at parten unnlater det, i utgangspunktet føre til at retten til å gjøre innsigelsen gjeldende senere er tapt. At en part ikke er kjent med grunnlaget å komme med innsigelser vil særlig være aktuelt dersom parten er selvprosederende. Det første vilkåret må ses i lys av retten veiledningsplikt.¹⁰⁷ Retten har en plikt til å gjøre partene oppmerksom på prosessuelle regler som er nødvendige for at de kan ivareta sine interesser i saken, jf.tvl.§11-5 første ledd. Rettens veiledningsplikt er særlig viktig dersom parten er selvprosederende.¹⁰⁸

Selv om en part ikke var kjent med at det forelå grunnlag for innsigelser, vil retten likevel kunne nekte dersom det er urimelig at innsigelsen fremmes. Dersom det er gått særlig lang tid fra prosesshandlingen ble foretatt og til innsigelse fremmes vil det være et moment som kan tale for at innsigelsene nektes etter tvl.§9-6 annet ledd.¹⁰⁹

¹⁰⁵ NOU 2001:32 B s.751

¹⁰⁶ *ibid.*

¹⁰⁷ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.409

¹⁰⁸ NOU 2001:32 B s.709

¹⁰⁹ *ibid.* s.751

Virkningen av at en innsigelse prekluderes, er at den ikke blir tatt i betraktning av retten. Virkningen blir den samme som om innsigelsen ikke ble fremsatt.¹¹⁰ Hov hevder at retten i utgangspunktet ikke skal treffe beslutning om selve preklusjonen, men at retten kan gjøre det dersom det fremstår som hensiktsmessig. Etter min mening er det synspunktet lite forenlig med ordlyden i tvl.§19-1 tredje ledd. Bestemmelsen gir ganske klart uttrykk for hovedregelen som sier at avgjørelser om saksbehandlingen treffes som beslutning, dersom det ikke uttrykkelig kreves kjennelsesform. Ved at retten treffer beslutning vil avgjørelsen meddeles partene, jf.tvl.§19-5 første ledd, annet punktum. Dersom retten lar innsigelsen føre frem, har det som virkning at prosesshandlingen ikke tillegges virkning.¹¹¹ For eksempel dersom en part protesterer mot utformingen av motpartens stevning eller tilsvare og retten lar innsigelsen føre frem, vil stevningen eller tilsvaret ikke anses for å være gitt. I den forbindelse vil imidlertid retten ha en plikt (ex officio) til å gi parten mulighet til å avhjelpe eventuelle feil, jf.tvl.§16-5 første ledd.

Med et par unntak har retten plikt til å ta stilling til samtlige av prosesshandlinger i tvisteloven av eget tiltak.¹¹² Det innebærer at retten ikke er avhengig av at en part setter frem innsigelser mot motpartens prosesshandlinger for å avskjære disse. Forhold som retten av eget tiltak skal tillegge virkning blir heller ikke reparert av at en part unnlater å sette frem innsigelser etter tvl.§9-6 annet ledd.¹¹³ Preklusjonsregelen i tvl.§9-6 annet ledd har dermed en noe begrenset betydning i praksis. Men dersom retten ikke av eget tiltak sørger for at prosesshandlingen er oppfylt, vil partens adgang til å komme med innsigelser mot saksbehandlingen kunne være viktig.

¹¹⁰ *ibid.*

¹¹¹ Hov (2010) s.531

¹¹² *ibid.*

¹¹³ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s. 409

6.3 Endring i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis

Før avslutning av saksforberedelsen, jf. tvl. §9-10 første ledd, er utgangspunktet at partene står fritt til å foreta endringer i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis. Tvl. §9-16 i tvisteloven regulerer partenes adgang til å sette frem nye krav, påstandsgrunnlag, og bevis, samt endring av påstand i tilknytning til krav etter at saksforberedelsen er avsluttet:

”Etter avsluttet saksforberedelse kan en part ikke mot motpartens protest sette fram nye krav, utvide påstanden til et framsatt krav, sette fram et nytt påstandsgrunnlag eller tilby nye bevis mindre det skjer før hovedforhandlingen og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg, eller retten tillater det[...].”

Som tvl. §9-16 første ledd uttrykkelig angir er skjæringspunktet for å komme med endringer etter avsluttet saksforberedelse. Som hovedregel skal saksforberedelsen etter tvl. §9-10 første ledd avsluttes to uker før hovedforhandlingen. Første ledd må ses i sammenheng med annet ledd som pålegger partene å komme med et sluttinnlegg rett før eller samtidig med at saksforberedelsen avsluttes. Etter tvl. §9-10 annet ledd skal sluttinnlegget kort angi partenes påstand, påstandsgrunnlag, bevisføring og rettgrunnlag som de vil føre i hovedforhandlingen. Tvistemålsloven hadde ingen bestemmelse tilsvarende tvl. §9-10 annet ledd.

Om retten endrer datoen for hovedforhandlingen, går det ikke frem av loven eller forarbeidene hvorvidt det innebærer at saksforberedelsens avslutning etter tvl. §9-10 første ledd blir fremskutt. I dom LB-2010-144299 fra Borgarting lagmannsrett kom spørsmålet på spissen. Her kom retten til at dersom hovedforhandlingen ble fremskutt vil det medføre at også tidspunktet for avsluttet saksforberedelse ble fremskutt. I dommen uttaler retten:

”[...] Forarbeidene til tvisteloven og det regime som loven etablerer for sluttinnlegg og avsluttet saksforberedelse, viser at det praktisk talt i de fleste saker vil være ikke bare sammenheng mellom, men også sammenfall av tidspunktene for fristutløpet for sluttinnlegget og for avslutningen av saksforberedelsen. Men det er ikke rettskildemessig dekning for at fristen for sluttinnlegg ikke kan

endres med endring av tidspunkt for hovedforhandling. Det samme gjelder forskyvning av tidspunktet for avsluttet saksforberedelse.”

Det hadde som konsekvens at også partenes frist for å komme med endringer etter første ledd ble flyttet frem i tid da fristen for det etter tvl.§9-16 er satt til tidspunktet i tvl.§9-10 første ledd. Dersom man legger synspunktet i dommen til grunn vil konsekvensen bli at om hovedforhandlingen blir flyttet, vil også fristen for å komme med endringer etter tvl.§9-16 bli flyttet tilsvarende, jf.tvl.§9-10 første ledd.

Formålet bak tvl.§9-10 annet ledd er tosidig. Ved å pålegge partene å gi sluttinnlegg oppfordres partene til å tenke igjennom hva som gjenstår av saksforberedelsen på et tidlig tidspunkt. For det andre vil retten og partene få et klarere bilde av de faktiske og rettslige anførsler som skal behandles i hovedforhandlingen, slik at den muntlige forhandlingen kan konsentreres om de reelt omtvistede spørsmålene.¹¹⁴ Etter tvl.§9-10 annet ledd skal retten som regel kreve at partene inngir sluttinnlegg. Retten kan unnlate pålegg om sluttinnlegg dersom saken er svært oversiktlig. I enkle og oversiktlige saker vil retten kunne få tilstrekkelig oversikt i saken ved å bygge på de rettlige og faktiske grunnlag partene har anført i stevning og tilsva.¹¹⁵

Dersom preklusjonsregelen i tvl.§9-16 ikke hadde satt sperrer for endringer etter avsluttet saksforberedelse ville regelen i tvl.§9-10 annet ledd ikke effektivt oppnådd sitt formål.¹¹⁶ Regelen har en preventiv effekt: preklusjonsregelen fungerer som et ris bak speilet for partene under og etter saksforberedelsen. Det som partene ikke presenterer i sluttinnlegget vil de kunne risikere avskjæres, dersom det blir forsøkt fremmet i tiden rett før eller under hovedforhandlingen.

Tvl.§9-16 er ikke til hinder for at partene etter avsluttet saksforberedelse kommer med endringer i den rettslige argumentasjon, selv om det innebærer at parten påberoper seg nye

¹¹⁴ NOU 2001:32 B s.754

¹¹⁵ Tvisteloven, kommentarutgave (2007) s.424

¹¹⁶ ibid s.451

rettsregler. Endring av den rettlige argumentasjonen vil kunne innebære en betydelig utvidelse av saken. Dersom en part kommer med nye rettsregler som innebærer at saken blir stilt i et helt nytt lys vil motparten måtte få anledning til å imøtegå disse av hensyn til kontradiksjonsprinsippet. Det vil kunne innebære at retten må utsette hovedforhandlingen, jf.tvl.§16-4.¹¹⁷ I forarbeidene er det lagt til grunn at om ny rettslig argumentasjon bør foranledige utsettelse av hovedforhandlingen må bero på en totalvurdering. I vurderingen må det legges vekt på mange momenter, blant annet ressursbruk og sakens betydning.¹¹⁸ Etter min mening vil hensynet som rask og effektiv saksbehandling, jf. tvl.§1-1 første ledd også måtte tillegges vekt ved vurderingen (jf. ovenfor i punkt 3).

Hovedregelen etter tvl.§9-16 (1) første punktum, er at en part etter avsluttet saksforberedelse ikke kan foreta endringer dersom motparten protesterer. Det er flere unntak fra denne regelen. For det første kan endring foretas dersom motparten samtykker. For det andre kan endring foretas dersom det er foranlediget av motpartens sluttinnlegg, jf.tvl.§9-16 (1) første punktum. Unntaket skal gi en part mulighet til å svare på endringer som motparten har gjort i sluttinnlegget. Slike endringer kan for eksempel kan være føring av nye påstandsgrunnlag eller bevis. Parten vil da nødvendigvis måtte foreta endringer i sitt prosessopplegg for å svare på det. Dersom det foreligger en slik endring i motpartens sluttinnlegg kan parten foreta endring uten at retten må gi tillatelse.¹¹⁹

For det tredje vil endring kunne foretas etter rettens tillatelse. §9-16 (1) annet punktum lyder som følger:

”Slik tillatelse skal gis når

- a) parten ikke kan bebreides at endringen ikke er foretatt tidligere, og det vil være urimelig å nekte endringen,
- b) motparten har tilstrekkelig grunnlag for, uten utsettelse, å ivareta sine interesser etter endringen,

¹¹⁷ NOU 2001:32 B s.761

¹¹⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.400

¹¹⁹ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007)s.452

eller

c) nektelse vil kunne påføre parten et urimelig tap.”

Vilkårene er alternative.¹²⁰ Dersom et av vilkårene er oppfylt har retten en plikt til å gi tillatelse selv om motparten protesterer.

Etter bokstav a skal tillatelse gis dersom parten ikke kan bebreides og det vil være urimelig at endringen nektes. For eksempel kan det ha oppstått omstendigheter i etterkant av saksforeberedelsen som parten ikke har hatt kontroll over. Det kan tenkes at et nytt vitne trer frem rett før hovedforhandling med opplysninger som setter saken i et nytt lys. Her vil det neppe kunne bebreides parten for ikke å ha tatt i betraktning omstendighetene tidligere.

Det går frem av bokstav a at det i tillegg skal foretas en rimelighetsvurdering. I vurderingen vil hensynet til parten som ønsker å foreta endringen ha vesentlig vekt, men også hensynet til motparten vil kunne tillegges vekt.¹²¹ Det kan få konsekvenser for motparten at endring skjer på et sent tidspunkt i saken. Endring av krav påstand, påstandsgrunnlag og bevis tett opp imot eller under hovedforhandlingen, kan komme brått på motparten som kan få for liten tid til å ta stilling til de nye anførselene. Prinsippet om kontradiksjon og likhetsprisnippet (” equality of arms ”) er her sentrale hensyn som må tillegges vekt. Etter min mening må den skjønsmessige vurderingen foretas i lys av lovens formål, jf. §1-1 første ledd. Hensynet til en rask og effektiv saksbehandling vil da kunne tillegges vekt, jf. punkt 3. Hensynet til konsentrasjon kommer dessuten inn med særlig tyngde ved avskjæring etter tvl. §9-16 tredje ledd, jf. nedenfor.

Dersom parten ikke kan bebreides vil det som regel være urimelig å nekte endring. Men dersom endringen innebærer at det oppstår grunnlag for et helt nytt krav uten nær sammenheng med de øvrige krav i saken, vil det kunne tale for at det fremmes i et nytt

¹²⁰ ibid s.453

¹²¹ ibid.

selvstendig søksmål.¹²² Alternativt kan retten beslutte å dele opp kravene eller de forskjellige tvistepunktene til særskilt behandling, jf.tvl.§16-1.

Selv om parten er å bebreide kan endring skje dersom motparten kan ivareta sine interesser i saken på tross av endringen, og det ikke medfører en utsettelse, jf. bokstav b. Dersom endringen har små konsekvenser vil det tale for at endring tillates. For eksempel vil en minimal justering av påstanden eller fremleggelse av et nytt dokumentbevis som ikke inneholder noe nytt, ikke nødvendigvis ha følger for motpartens prosessopplegg.¹²³ Dersom endringen innebærer at saken må utsettes, vil retten kunne avskjære etter tvl.§9-16 tredje ledd , jf. nedenfor.

Etter bokstav c skal retten gi tillatelse til endring dersom nektelse vil kunne påføre parten et urimelig tap. Etter forarbeidene må både risikoen for rettstap for parten og den absolutte størrelsen av et eventuelt tap måtte tas med i vurderingen. Tapet må være av vesentlig betydning for at endring skal kunne tillates.¹²⁴

Om en part ikke får foretatt endring etter første ledd kan endring skje etter §9-16 annet ledd. Bestemmelsen lyder:

”Retten kan, selv om vilkårene etter første ledd ikke er oppfylt, tillate endring på det vilkår at parten pålegges å godtgjøre motpartens merutgifter ved at endringen skjer etter fristen for endringer, dersom ikke andre vesentlige hensyn for motparten taler mot dette.”

Rettens adgang til å tillate endring etter annet ledd er fakultativ, sml. første ledd.

Bestemmelsen fremhever uttrykkelig hensynet til motparten. Det går frem av forarbeidene at det kan være av stor betydning for en part at saken avgjøres raskt. Dersom endringen fører til forsinkelse i saken vil det tale for at endring ikke tillates.¹²⁵

¹²² *ibid.*

¹²³ Hov (2010) s.527

¹²⁴ NOU 2001:32 Bs.760

¹²⁵ *ibid.* s.761

Etter tvl.§9-16 tredje ledd kan retten av eget tiltak nekte endringer dersom hensynet konsentrasjon tilsier det:

”Retten kan, selv om det ikke nedlegges protest mot endring etter første ledd, nekte endring når hensynet til sakens framdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endring ikke bør tillates. Nektelsen skal ikke være urimelig.”

Som ordlyden tilsier er bestemmelsen fakultativ. Bestemmelsen legger opp til en skjønnsmessig vurdering fra rettens side. Hva som er urimelig vil bero på en helhetlig vurdering i det konkrete tilfellet. Det må foretas en avveining av de konsekvensene det vil ha for sakens fremdrift at parten ønsker å foreta endring eller utvidelse på det sene tidspunkt i saken. På den annen side må hensynet til sakens opplysning og et riktig resultat tillegges vekt.¹²⁶ Et moment i vurderingen er på hvilket tidspunkt endringene foretas. Det er mindre betenkelig ut ifra hensynet til sakens fremdrift om endringen blir foretatt etter avsluttet saksforberedelsen men før hovedforhandling. Desto nærmere hovedforhandlingen jo mer vil en utvidelse av saken kunne hindre at saken konsentreres i tid og omfang. Hensynet til motparten vil her også ha betydning. At en part skal kunne få tilstrekkelig tid til å forberede seg og imøtegå det som er endret av motparten taler for at endring skjer så tidlig som mulig i prosessen.¹²⁷

Det går frem av forarbeidene at hensynet til retten ikke i seg selv kan være et tilstrekkelig grunnlag for preklusjon etter tvl.§9-16 tredje ledd. Dersom en endring etter tvl.§9-16 kunne skjedd etter bestemmelsens første ledd selv om motparten motsatt seg det, vil retten ikke kunne avskjære etter tredje ledd.¹²⁸

¹²⁶ Hov (2010) s.533

¹²⁷ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007)s.451

¹²⁸ ibid s.455

Hensynet til parten som vil foreta endringen vil måtte veie tungt i rimelighetsvurderingen.¹²⁹ I den forbindelse vil skyldgraden ha betydning. Dersom parten har hatt som hensikt å trekke ut saken i tid til sin fordel, vil preklusjon fremstå som mer rimelig enn hvor forsinkelsen skyldes at parten ikke har hatt oversikt over saken.¹³⁰ Her aktualiseres rettens veiledningsplikt, jf.tvl.§11-5. Retten har en plikt til å veilede partene om prosessuelle regler som har betydning for deres interesser i saken, jf. punkt 5. Retten må veilede partene om vikningene av og vilkårene for preklusjon etter tvl.§9-16. Særlig gjelder dette for parter som ikke er representert ved prosessfullmektig. De hensyn som tilsier at veiledning bør gis etter tvl.§11-5, kan også være relevante ved avgjørelsen av om endring skal tillates etter tvl.§9-16 tredje ledd.¹³¹

Også her vil risikoen for at partene lider rettstap være et viktig hensyn. I den forbindelse er rettskraftreglene av betydning. Dersom en endring i påstanden, påstandsgrunnlaget eller bevis i tilknytning til et krav blir prekludert etter tvl.§9-16, kan parten ikke gjøre endringene gjeldende i et nytt søksmål om samme rettsforhold (krav).¹³² Et krav er rettskraftig avgjort når det ikke lenger kan angripes med anke eller oppfriskning, jf.tvl.§19-14 første ledd. Et krav som prekluderes vil derimot kunne reises i et nytt søksmål da det ikke vil være rettskraftig avgjort. Det gjør det i utgangspunktet mindre betenkelig at retten prekluderer etter tredje ledd. Men sett i fra et bredere prosessøkonomisk perspektiv er det ikke nødvendigvis hensiktsmessig å avskjære endring av krav etter tredje ledd. Det vil kunne legge ytterligere beslag på domstolsapparatets tid og ressurser dersom et krav reises i nytt søksmål, istedenfor at kravet behandles samtidig med et allerede innbrakt rettsforhold.¹³³

Selv om avskjæring etter tvl.§9-16 kan gi en konsentrasjon av sakens omfang, kan det gå på bekostning av sakens fremdrift. Avgjørelser vedrørende saksbehandlingen kan ta tid. For det første skal partene få anledning til å uttale seg om forhold av betydning i tilknytning til

¹²⁹ NOU 2001:32 B s.760

¹³⁰ Hov (2010) s.534

¹³¹ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.532

¹³² ibid. s.452

¹³³ Hov (2010) s.533

saksbehandlingen, jf. tvl. §9-6 første ledd. I tillegg vil det dersom retten er satt med flere medlemmer, for eksempel med meddommere eller i lagmannsretten, rådslås over spørsmål vedrørende saksbehandlingen, jf. tvl. §19-3 tredje ledd.

Hov trekker frem at for strenge preklusjonsregler vil kunne virke mot sin hensikt ved at partene i frykt for rettstap gjør gjeldende alle mulig tenkelige anførsler med den følge at saken svulmer opp.¹³⁴ Det første momentet Hov gjør gjeldende finnes det også eksempel på har skjedd tidligere i sivilprosessens historie. Som nevnt i punkt 2.3 var en konsekvens av den gamle eventualmaksimen nettopp at sakene svulmet opp i omfang av den grunn at preklusjonsreglene var meget strenge, med stor risiko for rettstap. Men preklusjonsreglene etter tvisteloven er ikke like firkantede som regelen etter den gamle eventualmaksimen. Avgjørelsen om endring skal tillates beror etter tvisteloven i stor grad på rettens skjønn. Forutsatt at retten utøver skjønn på en forsvarlig og balansert måte vil urimelige utslag av preklusjonsreglene kunne unngås. Som nevnt ovenfor i punkt 4.2 kan tvistelovens regler om aktiv saksstyring i saksforeberedelsen, kunne bidra til at saken konsentreres om de sentrale forhold i tvisten på et tidlig stadium i saksbehandlingen. Etter min mening vil tvl. §9-4 være særlig viktig. Irrelevante og perifere faktiske og rettslige anførsler kan lukes ut etter drøfting med partene i planleggingsmøte.

Hov anfører i den forbindelse også at preklusjon av endringer etter tvl. §9-16, ofte har som eneste virkning at problemet skyves opp en instans. Adgangen til å gjøre gjeldende endringer som ble prekludert i tingretten er enda snevrere i ankeinstansene, jf. punkt 6.6. Særlig gjelder dette for krav og påstandsendring, jf. tvl. §29-4. En part kan dermed ikke være sikker på at endring som tingretten prekluderer etter §9-16 uansett kan gjøres gjeldende i lagmannsretten. Men lagmannsretten vil måtte ta stilling til preklusjonsspørsmålet, noe som vil kunne gå på bekostning av sakens fremdrift.

¹³⁴ *ibid* s.534

6.4 Generell preklusjonsadgang

Tvl. §16-6 tredje ledd stiller opp en generell adgang til å avskjære prosesshandlinger. Det fantes ingen tilsvarende bestemmelse i tvistemålsloven. Bestemmelsen lyder:

”Selv om unnlåtelsen ikke betyr fravær i saken, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket. Om endringer av saken etter avsluttet saksforberedelse gjelder §9-16.”

Unnlåtelsen behøver ikke nødvendigvis knytte seg til en spesifisert frist fastsatt i lov eller av retten. Unnlåtelsen kan også være i tilknytning til en relativ frist, som betyr at en prosesshandling må være foretatt så tidlig som mulig.¹³⁵

Vilkårene for preklusjon etter tredje ledd er at et rettsmøtet må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket. Bestemmelsen er etter ordlyden fakultativ, jf. første punktum. Det beror på rettens skjønn hvorvidt prosesshandlingen skal prekluderes. Tvl. §16-6 tredje ledd supplerer preklusjonsreglene i tvl. §9-16 og §9-6 annet ledd. For det første vil §16-6 tredje ledd hjemle en adgang for retten til å avskjære prosesshandlinger før saksforberedelsen er avsluttet, jf. tvl. §9-10 første ledd. Retten kan etter §16-6 tredje ledd avskjære endringer i krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis selv om det skjer *før* saksforberedelsen er avsluttet.

For det andre vil bestemmelsen kunne prekludere prosesshandlinger som partene foretar under hovedforhandlingen som ikke omfattes av §9-16. Som eksempel er det i forarbeidene nevnt oppnevning av nye eller flere sakkyndige, og begjæring om bevisopptak.¹³⁶

Preklusjon etter §16-6 tredje ledd beror på en skjønnsmessig vurdering fra rettens side. Ved vurderingen vil de hensyn som er relevante etter §9-16 være av betydning, jf. punkt 6.3 ovenfor. Endring av krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis før saksforberedelse er

¹³⁵ Øyen (2010) s.76

¹³⁶ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.424

avsluttet er mindre problematisk ut ifra konsentrasjonshensyn enn endringer etter skjæringspunktet i §9-10. I forarbeidene er det uttalt:

”[...]Under saksforberedelsen skal det foreligge atskillig sterkere grunner for å nekte prosesshandlinger som går ut på slike endringer, enn det skal til for å nekte samtykke etter avsluttet saksforberedelse. Men det kan være aktuelt der saken er omfattende og gjelder komplekse spørsmål som partene trenger god tid til å forberede seg på, uten at det av den grunn ses behov for å avslutte saksforberedelsen tidligere enn to uker før hovedforhandlingen.”¹³⁷

6.5 Partenes adgang til å anke rettens avgjørelse om preklusjon

Dersom loven ikke uttrykkelig krever kjennelsesform skal rettens avgjørelser om saksbehandlingen treffes ved beslutning, jf.tvl.§19-1 tredje ledd bokstav a. I den forbindelse kan det nevnes at kjennelser skal begrunnes, jf.§tvl.§19-6 fjerde ledd. Etter §19-1 andre ledd bokstav d skal tvist om bevis avgjøres ved kjennelse. Hva som utgjør tvist om bevis går ikke klart frem av lovens ordlyd eller forarbeidene. Hov anfører at dersom retten avskjærer bevis etter §9-16 må konsekvensen av loven være at avgjørelsen skal gjøres i kjennelsesform og dermed begrunnes.¹³⁸ Rettens avgjørelse om å prekludere etter §16-6 tredje ledd skal også gjøres i kjennelsesform, jf. §16-6 tredje ledd, første punktum.

For preklusjon av krav, påstandsendring eller påstandsgrunnlag etter §9-16 er det ikke i loven krav om kjennelsesform, og avskjæring kan avgjøres etter beslutning. Beslutninger om saksbehandlingen krever ikke begrunnelse, jf.§19-1 tredje ledd, bokstav a.

Forskjellen i avgjørelsesformen for avskjæring av bevis og krav, påstand og påstandsgrunnlag etter §9-16 og §16-6 tredje ledd, får betydning for ankeadgangen. I forhold til kjennelser vedrørende saksbehandlingen, jf. tvl.§29-3 annet ledd er

¹³⁷ ibid.

¹³⁸ Hov(2010) s.529

ankeadgangen for beslutninger betydelig begrenset, jf.tvl.§29-3 tredje ledd. Det har som følge at dersom retten avskjærer endring i krav, påstand eller påstandsgrunnlag etter §9-16 vil parten ha en snevrere ankeadgang enn om retten avskjærere bevis etter §9-16 eller avskjærer prosesshandlinger etter §16-6 tredje ledd.

Skillet innebærer også en forskjell i ankeavgjørelsens innhold i forhold til avskjæring av de ulike prosesshandlingene. Dersom retten avskjærer bevis etter §9-16 eller andre prosesshandlinger etter §16-6 tredje ledd, vil retten måtte begrunne avgjørelsen. Om retten treffer beslutning om avskjæring av krav, påstand, eller påstandsgrunnlag etter §9-16 er det ikke et krav om at avgjørelsen begrunnes.

Som nevnt i punkt 6.3 begrenser tvl.§29-2 tredje ledd partenes mulighet for å anke over rettens avgjørelser vedrørende saksbehandlingen. Når muntlig sluttbehandling er innledet kan anke over avgjørelser om saksbehandlingen ikke fremmes til særskilt behandling. For allmennprosess vil muntlig sluttbehandling innebære hovedforhandling. Regelen er forankret i konsentrasjonsprinsippet. Dersom partene kunne anke særskilt over saksbehandlingen vil forhandlingene, og sakens fremdrift, stoppe opp mens anken blir behandlet.¹³⁹

Bestemmelsen innebærer at dersom retten avskjærer i henhold til §§9-6 annet ledd, 9-16 eller 16-6 tredje ledd vil muligheten for å anke avgjørelsen i særskilt anke være avskåret dersom hovedforhandling er innledet. Som nevnt i punkt 4.3, er en slik løsning etter min mening best egnet til å ivareta lovens formål om en rask og effektiv saksbehandling (jf.tvl.§-1 første ledd). Partene vil for øvrig også her kunne anke over selve dommen eller kjennelsen på grunnlag av saksbehandlingsfeil, jf.§29-3 første ledd.

For kjennelser vedrørende saksbehandlingen som skal avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering er ankeadgangen snevret inn i forhold til første ledd, jf.§29-2 annet ledd. I slike kjennelser skal lagmannsretten foreta en kontroll med at skjønnnet er forsvarlig og rimelig.

¹³⁹ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.1275

Men det skal ikke foretas en detaljkontroll med førsteinstansens skjønnsmessige vurderinger.¹⁴⁰ Det er kun hvor rettens skjønn fremstår som uforsvarlig eller klart urimelig at lagmannsretten skal prøve kjennelser etter annet ledd. Begrensningen i annet ledd er begrunnet med tingrettens innsikt og nærhet til saken. Ved å ha satt seg inn i de rettslige og faktiske anførsler på et tidlig stadium i saksbehandlingen, er det tingretten som er best egnet til å foreta avveininger om saksbehandlingen.¹⁴¹

Tvl. §29-3 annet ledd gjelder både hvor det fremmes særskilt anke og hvor kjennelsen blir brukt som ankegrunn over en senere dom eller kjennelse. I følge forarbeidene omfatter §29-3 annet ledd kjennelser etter §16-6 tredje ledd, men ikke kjennelse om avskjæring av bevis etter §9-16.¹⁴² Dersom man legger uttalelsene i forarbeidene til grunn, har det som konsekvens at det vil være en ulikhet i ankemulighetene med hensyn til de forskjellige preklusjonsbestemmelsene. I hvilken grad lagmannsretten kan prøve tingrettens kjennelser, er avhengig av hvilke preklusjonsregler som er benyttet. Dersom retten prekluderer et bevis etter §16-6 tredje ledd, for eksempel før avsluttet saksforberedelse, vil det være en snevrere mulighet til å få overprøvd avgjørelsen i forhold til om retten prekluderer beviset etter §9-16.

Jeg mener ulikheten i ankereglene er uheldig. Jeg kan ikke se en rasjonell grunn bak et slikt skille, og i forarbeidene er det heller ikke gitt noen begrunnelse eller forklaring på denne forskjellen. For det første vil avskjæring av påstandsgrunnlag kunne ha like store konsekvenser for parten som avskjæring av bevis (se punkt 6.3). For det andre vil ulikheten kunne føre til at reglene blir uklare og virker kompliserende når retten skal ta stilling til preklusjonsspørsmålet. Det vil igjen kunne føre til at retten er mer tilbakeholden med å anvende preklusjonsreglene enn hva som er hensiktsmessig sett ut ifra konsentrasjonsprinsippet.

¹⁴⁰ NOU 2001:32 B s.769

¹⁴¹ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.1278

¹⁴² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s.472

6.6 Preklusjon i ankeinstansene

Tvl. §§9-16 og 9-6 kommer også til anvendelse i ankebehandling i lagmannsretten, jf. tvl. §§29-18 første ledd, 29-14 annet ledd. I forarbeidene er det uttalt at adgangen til å foreta endringer etter §9-16 bør være mer snever i lagmannsretten enn i tingretten.¹⁴³ Det henger sammen med lagmannsrettens overprøvningsfunksjon. Lagmannsretten skal prøve det som er avgjort i tingretten. Det skal ikke legges opp til en helt ny behandling av tvisten.¹⁴⁴ Prinsippet kommer til uttrykk i §29-14 første ledd og §29-18 første ledd som presiserer at saksforberedelsen og ankeforhandlingen skal konsentreres om det som er tatt opp i anken og som er omtvistet. Det vil også være mer betenkelig å tillate endringer i krav, påstand etc. i de siste ukene før ankeforhandling enn før hovedforhandling i tingretten. Det henger sammen med mulighetene for overprøving. Dersom motparten ikke får den nødvendige tid til å ta til motmæle, vil det etter forhandling i lagmannsretten være færre muligheter for å få avgjørelsen overprøvd, i forhold til tingretten.¹⁴⁵

Tvl. §29-18 første ledd, jf. §9-16 får mest betydning for påstandsgrunnlag og bevis. Det skyldes at §29-4 regulerer særskilt utvidelse av krav og påstand i ankeinstansen og gir en snevrere adgang til å foreta endringer i forhold til §9-16.

Etter tvl. §29-4 tredje ledd, første punktum kan en part bare utvide påstanden for et krav som er avgjort dersom endringen er begrunnet i forhold som oppstod, eller parten først ble kjent med, etter avsluttet hovedforhandling i tingretten. Dersom den ankende part etterkant av hovedforhandlingen i tingretten innser at han burde nedlagt en høyere påstand der, er det ikke grunnlag for utvidelse av påstanden etter §29-4 tredje ledd, første punktum. Det fulgte også av rettspraksis etter tvml§366 nr.1 som tvisteloven viderefører. I Rt.1992 s.144 foretok en av partene en utvidelse av påstanden i HR i forhold til hva som hadde blitt nedlagt i lagmannsretten. Det begrunnet parten med opplysninger som hadde kommet frem under ankeforhandlingen i lagmannsretten. Her uttalte HR at en slik utvidelse måtte bli

¹⁴³ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.476

¹⁴⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.1283

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.176

påberopt på et tidligere tidspunkt enn ved forhandling i HR. Utvidelsen ble derfor avskåret.

Tvl.§29-4 tredje ledd, annet punktum stiller opp et annet skjæringspunkt for utvidelse av påstanden sammenlignet med første punktum. Annet punktum innebærer en videre adgang til å utvide påstanden i forhold til tvistemålsloven og første punktum. Etter annet punktum kan utvidelse begrunnes i forhold som parten har blitt kjent med etter avslutning av saksforberedelsen i tingretten dersom endringen ble nektet der. Forutsetningen er at parten ikke er å bebreide for at utvidelsen ikke er kommet tidligere. Videre gjelder annet punktum bare for saker som er ført etter reglene for allmennprosess. Den mindre strenge regelen i annet punktum er i forarbeidene begrunnet med effektiviteten til preklusjonsregelen i §9-16. Dersom mulighetene for å utvide påstanden i ankeinstansen blir for snever, vil man risikere at tingretten foretar færre preklusjoner enn hva som er hensiktsmessig ut ifra konsentrasjonsprinsippet.¹⁴⁶

Det er kun adgangen til å *utvide* påstanden som er begrenset. Partene kan fritt nedjustere påstanden på ethvert stadium i saken.¹⁴⁷ Dersom motparten samtykker kan en part alltid utvide påstanden. Tredje ledd gir ikke retten hjemmel til å nekte utvidelse av eget initiativ.¹⁴⁸

Adgangen til å trekke inn nye krav og utvide påstanden etter §29-4 annet og tredje ledd gjelder før anke og tilsvarefristen har løpt ut, jf.§29-5 første ledd og §29-10 annet ledd. Etter §29-4 fjerde ledd har partene en viss adgang til å utvide påstanden også etter nevnt tidspunkt. Ordlyden stiller opp et vilkår om at det må være rimelig at utvidelsen foretas. Hvorvidt utvidelsen skal tillates beror på en skjønnsmessig avveining fra retten. Dersom motparten samtykker vil det som regel være urimelig om utvidelse av påstanden ikke tillates.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.473

¹⁴⁷ Rt.1997 s.1864

¹⁴⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.1285

¹⁴⁹ NOU 2001:32 B s.771

I ankebehandlingen i lagmannsretten snevres adgangen til å trekke inn nye krav betydelig. Som nevnt ovenfor har lagmannsretten en overprøvningsfunksjon. Lagmannsretten skal hovedsaklig prøve de krav som er avgjort i tingretten, jf. §29-4 første ledd. Tvl. §29-4 annet ledd regulerer partenes adgang til å fremme nye krav, i objektiv kumulasjon med krav som skal behandles etter første ledd. Bestemmelsen viderefører langt på vei tvml. §§366 og 367.

I HR innsnevres partenes adgang til å utvide saken ytterligere. Etter tvl. §30-7 kan nye krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis bare tillates dersom særlige grunner taler for det. Bakgrunnen for det er HR betydning som rettsutviklende organ. Det er først og fremst de saker som er av prinsipiell betydning som skal behandles i HR. I den forbindelse er det i forarbeidene uttalt som følger:

”En sterkere konsentrasjon om prinsipielle rettsspørsmål bør den enkelte sak tjene på, og det vil muliggjøre at Høyesterett vil kunne behandle flere saker - og derfor i større grad bidra til rettsavklaring - enn etter tvistemålslovens regler.”¹⁵⁰

Dersom partene ble gitt en vid adgang til å trekke inn nye krav, påstander etc., ville saken kunne endret karakter når den kom til behandling i HR. Ved vurderingen av om saken kan utvides etter §30-7 første ledd vil det være av betydning om utvidelsen svekker konsentrasjonen om det prinsipielle.¹⁵¹ Bestemmelsen er ikke til hinder for at partene anfører nye *rettslige* anførsler. I Rt.2010 s.291 avsnitt 37 uttaler HR i den forbindelse:

”[...] Domstolene har etter §11-3 et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen og kan innenfor den ramme som følger av §11-2 første ledd, bygge på rettsregler som ikke er påberopt. Så lenge det ikke blir påberopt nye faktiske grunnlag, kan derfor §30-7 ikke være til hinder for at det under behandlingen for Høyesterett blir påberopt nye rettslige synspunkter [...]”

¹⁵⁰ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.242

¹⁵¹ *ibid.* s.310

7 Bevisavskjæring

I norsk rett gjelder prinsippet om fri bevisføring. Alle bevis kan i utgangspunktet føres. I tvisteloven er prinsippet kommet til uttrykk i tvl.§21-3 (1). Som det går frem av ordlyden har partene en rett til å føre de bevis de ønsker. Det gjelder en rekke unntak fra denne hovedregelen. Unntakene er i høy grad begrunnet ut ifra hensynet til konsentrasjon. Som nevnt ovenfor kan bevis prekluderes etter §§9-16 eller 16-6 tredje ledd. Retten har også en generell adgang til å avskjære bevis som ledd i plikten til aktiv saksstyring i hovedforhandlingen, jf.§9-13 (2). Tvl.§21-8 gi retten adgang til å avskjære bevisføring som ikke står i forhold til sakens betydning. Bestemmelsen er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet og vil ikke bli behandlet da den faller utenfor kjernen i oppgaven.

Tvl.§21-7 første ledd gir retten, ikke bare adgang, men en plikt til å avskjære bevis som ikke er av betydning for avgjørelsen som skal treffes. Det er såkalte irrelevante bevis.¹⁵² Paragrafens første ledd er en videreføring av tvml. §189 første ledd nr.1.¹⁵³

Regelen inneholder et relevanskriterium.¹⁵⁴ Hvilke bevis som skal anses for å være av betydning beror på hvilke krav saken gjelder og de påstandsgrunnlag som er fremsatt.¹⁵⁵ Det er ikke tilstrekkelig for avskjæring etter tvl.§21-7 første ledd at beviset er perifert eller antas å ha liten betydning. Kriteriumet er i rettspraksis blitt tolket strengt.¹⁵⁶ Det skal mye til for at bevis avskjæres etter §21-7 første ledd.

¹⁵² Skoghøy 2010 s.756

¹⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.455

¹⁵⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.1011

¹⁵⁵ Skoghøy (2010) s.756

¹⁵⁶ Rt.2002 s. 1563

Det er etter tvl. §21-7 annet ledd bokstav b en videre adgang til å avskjære bevis som ikke kan avskjæres etter første ledd:

”Retten kan nekte ført bevis som ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig.”

Som formuleringen i annet ledd, bokstav b antyder, foreligger det ingen plikt for retten å avskjære bevis sml. §21-7 første ledd. Bestemmelsen er fakultativ. Bestemmelsens ordlyd indikerer en videre adgang etter tvisteloven til å avskjære bevis i forhold til tvistemålsloven. Tvml. §189 første ledd nr.3, som tvl. §21 7 annet ledd bygger på, hadde en strengere ordlyd. Etter tvml. var det et vilkår for avskjæring, at beviset åpenbart ikke hadde beviskraft. I forarbeidene er det også lagt til grunn at tvl. §21-7 annet ledd, bokstav b er ment å innebære en utvidelse av adgangen til bevisavskjæring.¹⁵⁷

Regelen omfatter tilfeller hvor retten finner at det ikke er behov for ytterligere bevisføring. For eksempel hvor det har vært ført nok bevis til at saken blir tilstrekkelig opplyst. I praksis vil tidspunktet for avskjæring i slike tilfeller hovedsakelig være i selve hovedforhandlingen. Det skyldes at det er retten som skal avsi dom, som må ta stilling til hvorvidt saken er tilstrekkelig opplyst.¹⁵⁸

Annet ledd bokstav b kommer også til anvendelse i tilfeller hvor beviset i seg selv ikke har nevneverdig beviskraft. Beviset gjelder for eksempel forhold av perifer betydning i saken. Her vil tidspunktet for avskjæring kunne oppstå allerede i saksforberedelsen. Rettens ansvar for å konsentrere saken i tid og omfang i saksforberedelsen, jf. tvl. §9-4 første ledd, vil i den forbindelse ha betydning. Etter §9-4 annet ledd bokstav f har retten en plikt til å avklare sammen med partene, hvilke bevis som skal føres. Avgjørelsen om bevisavskjæring etter annet ledd bokstav b, beror på en skjønnsmessig vurdering. Også her vil avveiningen bero på en totalvurdering i lys av lovens formål, herunder rask og effektiv, samt forsvarlig saksbehandling. Unødvendig bevisføring vil kunne forlenge og fordyre saksbehandlingen.

¹⁵⁷ NOU 2001:32 B s.949

¹⁵⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.1014

Men som ved preklusjon vil spørsmål om bevisavskjæring også i seg selv kunne trekke saken ut i tid, jf. ovenfor i punkt 6.3. Før retten treffer en kjennelse om bevisavskjæring vil partene måtte få uttale seg, jf.tvl.§9-6 første ledd, og kjennelsen må begrunnes etter tvl.§19-6 fjerde ledd. Dersom retten er satt med flere medlemmer skal det holdes avstemning over spørsmålet før bevis avskjæres , jf.tvl.§19-3.¹⁵⁹

¹⁵⁹ ibid s.1015

8 Behandlingsform

8.1 Forenklet domsbehandling

Etter tvl. §9-8 kan retten, dersom de angitte vilkår er oppfylt, avgjøre et krav etter forenklet domsbehandling. Det fantes ingen tilsvarende regel i tvistemålsloven. Regelen er i forarbeidene begrunnet med behovet for raskt og effektivt å bli kvitt krav som ikke vil kunne føre frem.¹⁶⁰ Bestemmelsen kan dermed ses som et utslag av konsentrasjonsprinsippet. §9-8 første ledd, første punktum lyder som følger:

”Hvis det er klart at et krav som er fremmet, ikke for noen del kan gis medhold, eller det er klart at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare, kan retten etter begjæring avgjøre kravet ved dom etter forenklet domsbehandling.”

Ordlyden i bestemmelsen tiliser at kriteriet for forenklet domsbehandling er strengt. Det følger også av forarbeidene.¹⁶¹ Retten kan ikke av eget tiltak bestemme at kravet skal behandles etter forenklet domsbehandling. Det må foreligge begjæring fra en av partene, jf. §9-8 første ledd. Men retten vil i noen tilfeller ha en plikt til å veilede partene om bestemmelsen, jf. §11-5 første ledd (jf. punkt 5).¹⁶²

Hvorvidt begjæring om forenklet domsbehandling skal tas til følge beror på en vurdering etter rettens skjønn.¹⁶³ Ved vurderingen bør retten legge vekt på hvor mye tid og ressurser

¹⁶⁰ NOU 2001:32 B s.752

¹⁶¹ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.394

¹⁶² Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.416

¹⁶³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.394

som vil spares ved at kravet avgjøres etter forenklet domsbehandling.¹⁶⁴ Hvilket tidspunkt i saksforberedelsen begjæringen blir fremsatt på er relevant i vurderingen. I den sammenheng uttalte departementet i lovforarbeidene:

”Jo mindre saksbehandling som kan påregnes å gjenstå, jo mindre grunn vil det være til å fravike den normale allmennprosessen. Særlig vil forenklingen ved å velge forenklet domsbehandling bli marginal dersom det allerede er avholdt et møte etter § 9-4, og det eventuelt må avholdes et nytt rettsmøte etter regelen i annet ledd annet punktum jf. § 9-6 fjerde ledd.”¹⁶⁵

Som det går fram av departementets uttalelse vil bestemmelsen best kunne oppfylle sitt formål dersom den blir anvendt så tidlig som mulig i saksforberedelsen. I den forbindelse kan det nevnes at retten bare kan avgjøre forenklet domsbehandling under saksforberedelsen, jf. §9-8 annet ledd første punktum.

Det kan ikke ankes særskilt over rettens beslutning om å avvise eller ta til følge begjæring om forenklet domsbehandling, jf. §9-8 første ledd, siste punktum. I forarbeidene er det begrunnet med hensynet til sakens fremdrift:

”En begjæring om dom etter forenklet domsbehandling vil kunne innebære en forsinkelse av fremdriften av saken om den ikke fører frem. Det er i noen grad også grunn til å frykte at et forlangende om slik dom kan bli fremsatt av taktiske grunner, eventuelt også i sjikanehensikt. Disse negative virkningene ville kunne bli forsterket dersom det ble gitt adgang til å få overprøvd særskilt en avgjørelse hvor en begjæring om dom etter forenklet domsbehandling ikke er tatt til følge eller en avgjørelse om ikke å behandle en slik begjæring[...].”¹⁶⁶

Med hensyn til konsentrasjonsprinsippet ville en særskilt ankeadgang over beslutning om forenklet domsbehandling kunne motvirke de virkningene en slik behandling er ment å ha. Dersom en part ønsker å få overprøvd en avgjørelse om forenklet domsbehandling må

¹⁶⁴ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.417

¹⁶⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.394

¹⁶⁶ NOU 2001:32 B s.752

parten vente til dom er avsagt i saken. Dommen kan da ankes etter de alminnelige regler om anke, jf. §9-8 tredje ledd første punktum, jf. kap.29 i tvisteloven. Dersom lagmannsretten finner at vilkårene for forenklet domsbehandling ikke var oppfylt i tingretten kan den oppheve dommen uten at anken fremmes til ankebehandling, jf. § 29-12 annet ledd.

8.1.1 Saksbehandlingen ved forenklet domsbehandling

I forarbeidene er det uttalt at retten må avgjøre det materielle kravet i saken på grunnlag av det som er kommet frem under saksforberedelsen.¹⁶⁷ Det vil nok i slike saker kunne være tilfelle at sluttinnlegg ikke er inngitt, da beslutning om forenklet domsbehandling vil bli tatt på et tidligere stadium i saksforberedelsen. Retten vil da kunne se hva partene anfører av faktiske og rettlige grunnlag i stevning og tilsvær.

Etter §9-8 annet ledd, annet punktum skal §9-6 fjerde ledd gis tilsvarende anvendelse. §9-6 fjerde ledd lyder som følger:

”Avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen treffes etter skriftlig behandling. Muntlig forhandling holdes når hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det. Den muntlige behandling kan begrenses til særlige spørsmål.”

Dersom retten beslutter at saken skal behandles etter forenklet domsbehandling kan altså saken behandles på skriftlig grunnlag. Hovedregelen etter §9-6 fjerde ledd, første punktum er at avgjørelser under saksforberedelsen som angår saksbehandlingen skal avgjøres skriftlig. Muntlig forhandling kan likevel holdes når hensynet til forsvarlig saksbehandling tilsier det, jf. annet punktum. Etter EMK art. 6 (1) er utgangspunktet at saker som omfattes av begrepet borgelige rettigheter (”civil rights and obligations”), skal behandles muntlig med mindre det foreligger særlige omstendigheter(”exceptional circumstances”) som rettferdiggjør skriftlig behandling, jf. Rt.2007 s. 573. Begrepet ”borgerlige rettigheter”

¹⁶⁷ *ibid.*

favner vidt og omfatter i all hovedsak privatrettslige forhold. I EMD- praksis er begrepet blitt tolket slik at det også gjelder offentligrettslige forhold. Det avgjørende er om forholdet gjelder en tvist knyttet til juridisk rettighet som er av borgerlig karakter.¹⁶⁸ For eksempel vil tvister mellom foreldre og barn, arv, konsesjon, og erverv være omfattet av begrepet.¹⁶⁹ Kravet om muntlig behandling etter art.6 (1) gjelder ikke unntaksfritt. I EMD- praksis er det blitt lagt til grunn at hovedregelen om muntlig behandling må ses i sammenheng med kravet om rettferdig rettergang og hensynet til effektivitet og prosessøkonomi.¹⁷⁰ Det springende punkt er om saksbehandlingen samlet sett oppfyller kravet om ”fair trial”, jf. art. 6 (1).¹⁷¹ Synspunktet er fulgt opp av HR. I Rt.2008 s.257 avsnitt 50, uttalte HR i den forbindelse følgende:

”Dette innebærer at kravet om at det må foreligge særlige omstendigheter (« exceptional circumstances ») for å unnlate muntlig forhandling, ikke kan forstås for strengt [...] Hvorvidt et krav om muntlig forhandling skal tas til følge, må bero på sakens karakter, arten og betydningen av de spørsmål retten skal ta stilling til og de bevis som er tilbudt. Selv om faktum er omtvistet, kan det være forsvarlig å avgjøre saken på grunnlag av skriftlig behandling dersom det bevismateriale som er tilbudt, først og fremst består av dokumentbevis. Det sentrale er om det overordnede krav om at rettergangen etter en totalvurdering må fremstå som forsvarlig og rettferdig, vil kunne oppfylles uten at det blir avholdt muntlig forhandling.”

Det gjelder altså ikke et ubetinget krav om muntlig forhandling etter EMK art. 6 (1). Det overordnede tema er om saksbehandlingen totalt sett vil være forsvarlig dersom man velger skriftlig behandlingsform. Grunnleggende krav til saksbehandlingen er i den forbindelse at parten får mulighet til kontradiksjon, at partene får samme tilgang på bevis og bevisføring (likebehandlingsprinsippet). Det følger av forarbeidene at et minimumsvilkår i saksbehandlingen ved forenklet domsbehandling er at partene får mulighet til å uttale seg om begjæringen og sitt syn på saken. Dersom en part fremsetter begjæring om forenklet domsbehandling i rettsmøte vil det være tilstrekkelig at motparten

¹⁶⁸ Høstmølingen (2004) s.191

¹⁶⁹ Ibid s. 192

¹⁷⁰ Skoghøy(2010)s.493

¹⁷¹ EMD , Jussila mot Finland ,avsnitt 41-42

får uttale seg om dette i samme rettsmøte.¹⁷² Dersom en part setter frem en skriftlig begjæring om forenklet domsbehandling vil det normalt måtte avholdes et rettsmøte dersom motparten ber om det.¹⁷³

Som nevnt ovenfor vil den tilsiktede virking av forenklet domsbehandling bli begrenset dersom rettsmøte etter §9-6 fjerde ledd, annet punktum må avholdes. Etter §9-6 fjerde ledd, tredje punktum kan rettsmøtet likevel begrenses til særlige spørsmål. Dermed kan rettsmøtet gjennomføres langt mer konsentrert i tid og omfang enn ved hovedforhandling.¹⁷⁴

8.2 Muntlig eller skriftlig behandling

Muntlighetsprinsippet er en grunnleggende rettssetning i både straffeprosessen og sivilprosessen. I tvisteloven kommer prinsippet generelt til uttrykk i tvl. §9-14 første ledd:

”Hovedforhandlingen er muntlig og bevisføringen umiddelbar etter § 21-9.”

Prinsippet kommer i tillegg til uttrykk i formålsparagrafen, jf. § tvl. 1-1 annet ledd, tredje strekpunkt.

Muntlig saksbehandling vil være hensiktsmessig for å oppnå konsentrasjon i tid og omfang. I den forbindelse uttales det følgende i forarbeidene:

”[...]Muntlighet har mange fortrinn fremfor en rendyrket skriftlig prosess. Det gir retten en nærhet til saken og ikke minst til bevisene som det er vanskelig eller umulig å få gjennom utelukkende

¹⁷² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.395

¹⁷³ *ibid.*

¹⁷⁴ Skoghøy(2010) s.584

skriftlig behandling. Muligheten for konsentrasjon og hurtighet vil gjennomgående være større ved gjennomført muntlighet enn ved ren skriftlighet.”¹⁷⁵

Det samme synspunktet legger Skoghøy til grunn. Dersom det oppstår uklarheter eller spørsmål underveis vil muntlig behandling legge til rette for at de avklares på stedet.¹⁷⁶

Tvl. §9-9 første ledd stiller opp de forskjellige typer sluttbehandling som kan legges til grunn forut for pådømmelse i saken. Behandlingsformene er hovedforhandling, jf. §9-14 første ledd eller skriftlig behandling, jf. §9-9 annet ledd. Behandling kan også skje etter §9-5 fjerde ledd, §9-7 første ledd eller §9-8 (jf. punkt 8.1). Oppregningen er uttømmende.¹⁷⁷ Etter §9-7 kan retten avgjøre et krav når partene er enige i saken. Avgjørelsen kan sies straks enighet er oppnådd. Slik kan man unngå både ytterligere saksforberedelse og hovedforhandling.¹⁷⁸ Etter §9-5 fjerde ledd kan retten avsi dom i saken under saksforberedelsen dersom saken kan avgjøres på forsvarlig grunnlag og partene samtykker. De grunnleggende krav til saksbehandlingen må uansett følges. Partene må få føre bevis, samt få anledning til å imøtegå motpartens anførsler og bevis.¹⁷⁹ §§9-7 og 9-5 fjerde ledd viderefører langt på vei de tilsvarende reglene i tvistemålsloven.

Etter §9-9 annet ledd første punktum kan partene avtale skriftlig behandling dersom retten samtykker. Adgangen til å avtale behandlingsform fantes ikke i tvistemålsloven.

§9-9 annet ledd, annet punktum oppstiller et vilkår om at retten bare kan samtykke hvor det vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling. Som ordlyden antyder er vilkåret absolutt.¹⁸⁰

¹⁷⁵ NOU 2001:32 A s.141

¹⁷⁶ Skoghøy (2010) s.497

¹⁷⁷ Tvisteloven, Kommentartutgave(2007) s.419

¹⁷⁸ ibid s.414

¹⁷⁹ NOU 2001:32 B s.750

¹⁸⁰ ibid s.753

Om samtykke skal gis beror på en skjønnsmessig vurdering. Om hvilke hensyn som skal veies mot hverandre uttales det i forarbeidene som følger:

”Etter utvalgets mening bør valget mellom skriftlig og muntlig behandling, og ikke minst kombinasjoner av skriftlig og muntlig behandling, i dag skje ut fra hensiktsmessighetsvurderinger, hvor blant annet hensynene til forsvarlighet i behandlingen, proporsjonalitet, konsentrasjon og hurtighet inngår som vesentlige elementer[...]”,¹⁸¹

Bevisumiddelbarhetsprinsippet kan tale mot samtykke til skriftlig behandling. Prinsippet står i nær sammenheng med muntlighetsprinsippet og innebærer at bevis skal føres direkte for den dømmende rett. Som drøftet ovenfor stiller EMK art. 6 (1), tolket i lys av rettspraksis, opp en hovedregel om at forhandlinger skal være muntlige. Fra det utgangspunkt gjelder det som nevnt vesentlige unntak. Praksis fra EMD er her relevant. I Kallio mot Finland (22.juli 2008) var spørsmålet om skriftlig behandling i det konkrete tilfellet var i samsvar med kravet om rettferdig rettergang. Saken gjaldt tilleggsskatt og omfattes ikke av begrepet borgelige rettigheter, men under straffesaksalternativet i art. 6 (1). Men retten til muntlig forhandling er den samme etter de to alternativene.¹⁸² I dommen uttalte EMD (avsnitt 49 og 50) at hensynet til effektivitet og prosessøkonomi vil kunne tale for at sakene ble behandlet skriftlig. Et sentralt vurderingstema i saken var troverdigheten til klagerens forklaringer og troverdigheten til fire vitner i saken. Domstolen kom til at bevisumiddelbarhetsprinsippet, som en del av kravet om fair trial, måtte tillegges avgjørende vekt i saken. I avsnitt 50 uttalte EMD følgende:

“[...]The Court finds that, in the circumstances of the present case, the question of the credibility of the written statements could not, as a matter of fair trial, have been properly determined without a direct assessment of the evidence given in person by the applicant and by the witnesses proposed.”

¹⁸¹ NOU 2001:32 A s.141

¹⁸² Skoghøy (2010)s.493

EMD kom til samme resultat i Lehtinen mot Finland (22. Juli 2008). Det avgjørende etter EMK art. 6 (1) vil være om saksbehandlingen i det hele er forsvarlig. Det vil bero på en totalvurdering i den konkrete sak.

Dersom partene har fri rådighet i saken vil det tale for at samtykke gis. Når begge parter ønsker skriftlig behandling i slike saker skal det etter forarbeidene mye til for at retten motsetter seg det begrunnet i hensynet til forsvarlig saksbehandling.¹⁸³ Skriftlig behandling, eller en kombinasjon av muntlig og skriftlig behandling, vil særlig være hensiktsmessig i kompliserte forretningsjuridiske saker.¹⁸⁴ Men skriftlig behandling er ikke nødvendigvis kun reservert denne type tvister. Robberstad anfører at selv om ordlyden i bestemmelsen åpner for det, bør samtykke ikke gis i saker uten fri rådighet.¹⁸⁵ I rettspraksis er det imidlertid eksempler på at samtykke kan gis også i saker hvor partene ikke er underlagt fri rådighet. I en dom fra Borgarting lagmannsrett ble det gitt samtykke etter §9-9 annet ledd, selv om saken gjaldt sak om tvangsvedtak i psykisk helsevern, jf, tvisteloven kap.36:

”Lagmannsretten forstår partenes standpunkt til grunnlaget for avgjørelse av saken som en avtale om at saken kan avgjøres på grunnlag av skriftlig behandling, jf. tvisteloven § 9-9 annet ledd jf. § 29-16 fjerde ledd. Lagmannsretten har ikke funnet holdepunkter for at disse bestemmelsene ikke også kan brukes i saker som i utgangspunktet behandles etter tvistelovens kapitel 36. Etter dette samtykker lagmannsretten i slik behandlingsform, i det partenes felles standpunkt til realiteten i saken og deres felles påstand tillegges betydelig vekt.”¹⁸⁶

Saksforholdet skiller seg vesentlig fra det i Kallio- saken. Som det går frem av siste punktum i sitatet la retten betydelig vekt på at partene var enige om de faktiske forhold i saken og hadde lagt ned samme påstand. Hensynet til bevisumiddelbarhet, som en del av kravet til forsvarlig saksbehandling, hadde ikke avgjørende vekt i lagmannsrett- dommen.

¹⁸³ NOU 2001:32 B s.753

¹⁸⁴ *ibid.*

¹⁸⁵ Robberstad (2009) s.173

¹⁸⁶ LB-2008-132768 (Lovdata)

Offentlighetsprinsippet kan være et annet moment som taler mot skriftlig behandling.¹⁸⁷ Allmennheten skal ha tilgang til rettsmøter, jf. domstolloven §124. Dersom behandlingsformen i hovedsak var skriftlig ville allmennheten ikke fått innsyn i domstolene, noe som ville vanskeliggjort offentlighetens kontroll og kritikk av rettsapparatet.¹⁸⁸ Dette avhjelpes for det første ved at dommer er offentlige, jf. §14-2 første ledd. For det andre vil majoriteten av saker i praksis etter all sannsynlighet behandles muntlig i hovedforhandling, jf. §9-14 første ledd.

Dersom retten har samtykket til skriftlig behandling etter §9-9 annet ledd, kan det stilles spørsmål om hvorvidt rettens ansvar for sakens fremdrift, jf. §11-6 første ledd, tiliser at retten kan omgjøre samtykket. I forarbeidene er dette spørsmålet besvart bekreftende:

”Når retten har gitt sitt samtykke, må det kunne trekkes tilbake dersom retten mener det vil gi en mer effektiv og prosessøkonomisk behandling å avholde hovedforhandling i stedet for den behandling som partene har avtalt.”¹⁸⁹

Etter ordlyden i §9-9 første ledd er muntlig og skriftlig behandling formelt likestilt.¹⁹⁰ Det er i forarbeidene likevel understreket at muntlighet er hovedregelen også etter tvisteloven.¹⁹¹

¹⁸⁷ Robberstad(2009) s.173

¹⁸⁸ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s. 620

¹⁸⁹ Ot.prp.nr.51(2004-2005)s.395

¹⁹⁰ Robberstad(2009) s.174

¹⁹¹ NOU 2002:32 A s.141

9 Andre utslag av konsentrasjonsprinsippet i tvisteloven

9.1 Minnelig løsning/mekling

Tvistelovens regler om minnelig løsning og mekling har som formål å redusere antall saker som går til alminnelig behandling i domstolene. Å bringe en tvist til domstolene kan bli en langvarig og kostbar prosess for partene. Det kan derfor være hensiktsmessig å forsøke å løse tvisten utenfor rettsapparatet. At partene kommer til minnelig løsning er også av interesse for domstolene og samfunnet for øvrig. Man unngår at ressurser blir brukt på tvister som kunne vært løst uten statens innblanding.¹⁹² Reglene kan dermed ses som utslag av konsentrasjonsprinsippet, med særlig vekt på begrensning av kostnadsnivået i sakene.

Etter tvl.§5-4 har partene en plikt til å forsøke å løse tvisten uten at det blir nødvendig å bringe saken inn for de alminnelige domstoler. Tvistemålsloven hadde ingen tilsvarende bestemmelse. Bestemmelsen innebærer ikke at partene er forpliktet til å komme frem til mellomløsninger eller godta tilbud fra motparten.¹⁹³ Dersom en part nekter å gå rimelige forslag til løsning i møte, kan det imidlertid få betydning ved utmåling av sakskostnadene ved en behandling i tingretten, jf. tvl.§20-2 første ledd bokstav b.

Dersom partene ikke kommer til en minnelig løsning seg i mellom, kan partene gå til mekling. Mekling er mer tids- og kostnadseffektivt i forhold til tvisteløsning i allmennprosess.¹⁹⁴ Mekling foregår ved at en nøytral tredjepart forhandler mellom partene slik at det kan oppnås et forlik. Mekling skiller seg i fra alminnelig tvisteløsning, da partene ved mekling bestemmer hvorvidt de vil gå med på en løsning og hva innholdet i den skal

¹⁹² NOU 2001: 32 A s.208

¹⁹³ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007) s.244

¹⁹⁴ Ot.prp.nr.51(2004-2005) s.113

være.¹⁹⁵ Mekling kan skje i forliksråd og i de alminnelige domstoler eller ved utenrettslig mekling.

Tvl. §8-1 pålegger retten en plikt til å vurdere muligheten for at tvisten kan løses ved mekling på ethvert stadium av saken, om ikke sakens karakter eller forholdene for øvrig taler imot en slik løsning. Ved at mekling blir innledet på et tidlig stadium av saken vil en langvarig saksforberedelse og hovedforhandling kunne unngås. Det vil spare partene og retten betydelig tidsbruk og kostnader.¹⁹⁶ Bestemmelsen kan ses som et utslag av rettens generelle plikt til aktiv saksstyring. Plikten omfatter ikke tilfeller der sakstypen utelukker en minnelig løsning, for eksempel saker om administrative tvangsvedtak, jf. tvl.kap.36.¹⁹⁷

9.2 Kumulasjon av krav og gruppesøksmål

Kumulasjon innebærer at flere krav forenes til felles behandling i samme sak.

Det må skilles mellom objektiv og subjektiv kumulasjon. Objektiv kumulasjon innebærer at saksøker retter flere krav mot saksøkte i en og samme sak, jf. tvl. §15-1 første ledd.

Subjektiv kumulasjon innebærer at det rettes flere krav fra flere forskjellige saksøkere mot saksøkte i samme sak, jf. tvl. §15-2 første ledd. Kumulasjon har som konsekvens at saken blir utvidet underveis i saksbehandlingen.¹⁹⁸

Kumulasjon, i likhet med reglene om mekling, kan ses som et utslag av konsentrasjonsprinsippet. Kumulasjon av krav kan på den ene side gi konsentrasjon i bred forstand. Hvis krav som står i nær sammenheng med hverandre behandles i samme sak, vil det kunne spare partene og rettsapparatet for tid og ressurser i forhold til hvor kravene blir avgjort i flere saker. På den andre side vil det kunne innebære en utvidelse av den enkelte

¹⁹⁵ Skoghøy (2010) s.30

¹⁹⁶ NOU 2001:32 A s.217

¹⁹⁷ NOU 2001:32 B s.720

¹⁹⁸ Hov (2010) s.426

saken, noe som vil kunne komme i konflikt med konsentrasjonsprinsippet.¹⁹⁹

Konsentrasjonsprinsippet, jf. lovens formål om en effektiv og hurtig saksbehandling, vil kunne tilsi at muligheten til å forene krav underveis i saken begrenses.

Beslektet med subjektiv kumulasjon er gruppesøksmål. Gruppesøksmål er søksmål som føres av eller mot en gruppe på samme eller vesentlig likt faktisk og rettslig grunnlag, og som er godkjent av retten som gruppesøksmål, jf.tvl.§35-1 annet ledd. Gruppesøksmål er et nytt institutt i norsk sivilprosess. Prosessformen har sitt forbilde i angloamerikanske prosessregler.²⁰⁰ Som ved kumulasjon vil en forening av krav i gruppesøksmål være kostnadsbesparende både for partene og for samfunnet for øvrig. I forarbeidene er det i den forbindelse uttalt følgende:

”Samfunnsmessig vil det selvsagt være en fordel om ressurser kan spares gjennom et kollektivt eller kollektivt preget søksmål. For samfunnet vil sparte ressurser også ha en side til utnyttelsen av domstolsressursene. Generelt vil en konsentrasjon gjennom færre søksmål innebære en sparing av knappe ressurser for domstolene som da kan utnyttes til andre saker, og det vil også kunne være sparte ressurser blant annet til fri rettshjelp som kan få annen utnyttelse.”²⁰¹

En felles behandling vil ofte være billigere enn om tilnærmet like krav skal behandle hver for seg i flere enkeltsaker. Det er fremhevet i forarbeidene at dersom felles spørsmål behandles i én sak, vil det kunne anvendes større ressurser på saksbehandlingen i den ene saken enn ved en oppstyking i flere enkeltsaker.²⁰² Ved gruppesøksmål fordeles sakskostnadene på flere saksøkte eller saksøkere som innebærer at prosessen blir billigere for hver enkelt.²⁰³

¹⁹⁹ Eckhoff (1962) s.102

²⁰⁰ Tvisteloven, Kommentartutgave (2007)s.1597

²⁰¹ NOU 2001:32 A s.487

²⁰² ibid s.490

²⁰³ ibid s.489

10 Litteraturliste

Eckhoff, Torstein. *Sivilprosess* 2.utg. Oslo, 1962

Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære* 5. utg. Oslo, 2001

Hov, Jo. *Rettergang* 1 Ny utg. Oslo, 2010

Schei, Tore [et al.]. *Twisteloven Kommentarutgave* Bind 1 og 2 1. utg. Oslo, 2007

Skeie, Jon. *Den Norske Civilprosess* Bind 1 2. utg. Oslo, 1939

Skoghøy, Jens Edvin A. *Twistemål* 2. utg. Oslo, 2001

Skoghøy, Jens Edvin A. *Twisteløsning* 1.utg. Oslo, 2010

Robberstad, Anne. *Sivilprosess* 1 utg. Oslo, 2009

Zuckerman, Adrian A. S. [et al.] *Civil Justice in Crisis* 1.utg. New York, 1999

Juridiske artikler

Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge. *På talefot med tvisteloven*. I: Jussens Venner 2008 s.1 (Sitert fra Lovdata)

Øyen, Ørnulf. *Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen*. I: Lov og Ret 2010 s.76 (Sitert fra Lovdata)

Lov- og forarbeidsregister

Norske lover:

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17.06.2005 nr.90

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) 13.08.1915 (opphevet)

Lov om domstolene (domstolloven) 13.08.1915

Utenlandske lover:

Civil Procedure Rules (CPR) 1998 No. 3132 (L.17)

Forarbeider:

NOU 2001:32 Rett på sak Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang (tvisteloven)

Ot.prp.nr.74 (2005-2006) Om lov om endringer i Tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)

Domsregister:

Høyesterett:

Rt.1950 s.981

Rt.1963 s.996 (Monteringsfeil)

Rt.1992 s.144.

Rt.1993 s.440

Rt.2002 s. 1563

Rt.2007 s. 573.

Rt.2008 s.257

Rt.2008 s.1782

Rt.2009 s.1652

Rt.2010 s.291

Lagmannsrett:

LB-2008-132768 (Lovdata)

LB-2010-144299 (Lovdata)

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD):

EMD Jussila mot Finland 2006-11-23 (Rettsdata)

EMD Kallio mot Finland 2008-07-22 (Rettsdata)

EMD Hannu Lehtinen mot Finland 2008-07-22 (Rettsdata)

