



UiT

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Småkravsprosessen

Funksjoner og virkemidler

—

Christina Jensen

Avhandling levert for graden philosophiae doctor – januar 2018



Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| Kapittel 1. Innledning..... | 1 |
| 1.1. Opptakt..... | 1 |
| 1.2. Avhandlingens problemstilling | 3 |
| 1.3. Metode..... | 5 |
| 1.4. Rettskildesituasjonen..... | 8 |
| 1.4.1. Rettskilder om småkravsprosessen..... | 8 |
| 1.4.2. Bruken av tingrettspraksis | 10 |
| 1.4.3. Forholdet mellom EMK, SP og Grunnloven..... | 11 |
| 1.5. Avhandlingens videre oppbygging..... | 12 |
| Kapittel 2. Småkravsprosessen og sivilprosessens funksjoner..... | 15 |
| 2.1. Sivilprosessens funksjoner | 15 |
| 2.1.1. Generelt om funksjonene | 15 |
| 2.1.2. Prosessens funksjoner fra et individperspektiv | 17 |
| 2.1.3. Prosessens funksjoner fra et samfunnsperspektiv | 19 |
| 2.2. Prosessrisikoen ved saksanlegg om tvister med lav verdi..... | 22 |
| 2.3. Ujevne partskonstellasjoner | 24 |
| 2.4. Rask, billig, enkel, men samtidig rettferdig prosess | 28 |
| Kapittel 3. Ulike tilnærminger til småkravsproblematikken | 31 |
| 3.1. Utgangspunkter for småkravsreguleringer | 31 |
| 3.1.1. Virkemidler i småkravsreguleringer..... | 31 |
| 3.1.2. En proporsjonal og forsvarlig rettergang | 32 |
| 3.1.3. Menneskerettslig vern som minstestandard | 37 |
| 3.2. Alternativ tvisteløsning | 39 |
| 3.2.1. Mekling i tvister om mindre verdier | 39 |
| 3.2.2. EU-forordningene om mekling og online tvisteløsning..... | 41 |

| | |
|--|----|
| 3.3. Tilrettelegging av prosessen for selvprosederende | 42 |
| 3.4. Ulike strukturelle tilnæringer til småkravsproblematikken..... | 47 |
| 3.4.1. Opprettelse av særdomstoler for små krav | 47 |
| 3.4.2. Fleksible prosessregler | 48 |
| 3.4.3. Egne prosessregler for små krav | 49 |
| 3.5. Effektivisering av prosessen..... | 50 |
| 3.5.1. Forsterket saksforberedelse | 50 |
| 3.5.2. Aktiv dommer | 52 |
| 3.5.3. Skjematiske fremstillinger..... | 55 |
| 3.6. Partenes kostnadsrisiko | 57 |
| 3.6.1. Rettsgebyr..... | 57 |
| 3.6.2. Rettshjelp..... | 58 |
| 3.6.3. Advokatutgifter | 59 |
| 3.7. Begrenset ankeadgang | 60 |
| Kapittel 4. Den norske småkravsreguleringen | 63 |
| 4.1. Behovet for en småkravsprosess i norsk prosessrett | 63 |
| 4.2. Kort om tidligere forsøk på særreguleringer for mindre krav | 64 |
| 4.3. Småkravsprosessen som en sekundær prosess | 66 |
| 4.3.1. Alternative tvisteløsningsmekanismer | 66 |
| 4.3.2. Forlikrådsbehandling | 67 |
| 4.3.3. Nemndsbehandling..... | 70 |
| 4.3.4. Betydningen for småkravsregelverket..... | 71 |
| 4.4. Småkravsprosessens anvendelsesområde..... | 73 |
| 4.4.1. Den typiske småkravssaken | 73 |
| 4.4.2. Unntak på grunn av betydning eller forsvarlighet..... | 77 |
| 4.4.3. Gruppeprosessen som et alternativ til småkravsprosessen..... | 80 |
| 4.4.4. Småkravsprosessens forhold til tvistelovens alminnelige deler | 81 |

| | |
|---|-----|
| 4.5. Forenklet saksforberedelse | 82 |
| 4.5.1. Utgangspunkter for saksforberedelsen | 82 |
| 4.5.2. Mekling | 84 |
| 4.5.3. Kommunikasjon mellom retten og partene | 86 |
| 4.5.4. Saksforberedelsens avslutning | 88 |
| 4.6. Forenklet sluttbehandling | 90 |
| 4.6.1. Sluttbehandlingens struktur | 90 |
| 4.6.2. Utvidet adgang til fjernmøte | 91 |
| 4.6.3. Bruk av fagkyndige meddommere | 92 |
| 4.7. Begrensing av partenes kostnadsrisiko | 93 |
| 4.7.1. Rettsgebyr..... | 93 |
| 4.7.2. Erstatning for sakskostnader | 95 |
| 4.7.3. Forholdet til påløpte kostnader under forliksrådsbehandling..... | 97 |
| 4.8. Forenklet domsavsigelse | 98 |
| 4.8.1. Tidspunktet for domsavsigelsen | 98 |
| 4.8.2. Begrunnelse av rettens avgjørelse | 99 |
| 4.9. Begrenset ankeadgang | 101 |
| 4.9.1. Adgang til å nekte realitetsprøving | 101 |
| 4.9.2. Adgang til å oppheve tingrettens avgjørelse | 102 |
| Kapittel 5. Komparative blikk på småkravsreguleringer..... | 105 |
| 5.1. Utvalget av land | 105 |
| 5.2. Dansk småsagsproces | 106 |
| 5.2.1. Småsagsprocessen | 106 |
| 5.2.2. Rettens rolle i prosessen | 110 |
| 5.2.3. Adgang til å avskjære prosesshandlinger | 115 |
| 5.2.4. Skriftlig sluttbehandling | 118 |
| 5.3. Svensk regulering av mindre krav | 120 |

| | |
|---|-----|
| 5.3.1. «Förenklade tvistemål» | 120 |
| 5.3.2. Dommerens rolle i prosessen | 123 |
| 5.3.3. Adgang til å avskjære prosesshandlinger | 127 |
| 5.3.4. Skriftlig sluttbehandling | 131 |
| 5.4. Den europeiske småkravsforordningen | 133 |
| 5.4.1. Forordningens bakgrunn | 133 |
| 5.4.2. Forordningens innhold | 134 |
| 5.4.3. Dommerens rolle i prosessen | 136 |
| 5.4.4. Adgang til å avskjære prosesshandlinger | 138 |
| 5.4.5. Skriftlig behandling av saken | 138 |
| 5.5. Sammenligning..... | 140 |
| Kapittel 6. Dommerens ansvar for prosessen..... | 143 |
| 6.1. Problemstillingen | 143 |
| 6.2. Generelle utgangspunkter for dommerens rolle | 146 |
| 6.2.1. Dommerens verktøy og rammene for anvendelsen av disse | 146 |
| 6.2.2. Aktiv saksstyring..... | 148 |
| 6.2.3. Prosessuell veiledning | 150 |
| 6.2.4. Klarleggingsplikten | 152 |
| 6.2.5. Materiell veiledning | 153 |
| 6.2.6. Ytterrammene for dommerens aktiviteter | 156 |
| 6.3. Selvprosederende parter i småkravsprosessen | 159 |
| 6.3.1. Selvprosederendes betydning for dommerens veiledning og saksstyring..... | 159 |
| 6.3.2. Særlig om selvprosederende under sluttbehandlingen | 163 |
| 6.4. Saksforberedelsen..... | 164 |
| 6.4.1. Forberedelsens formål i småkravssaker | 164 |
| 6.4.2. Stevning og tilsvaret..... | 165 |
| 6.4.3. Saksforberedelsen er skriftlig..... | 168 |

| | |
|--|-----|
| 6.4.4. Forberedelsen mangler klare rammer | 174 |
| 6.5. Sluttbehandlingen | 176 |
| 6.5.1. Saksforberedelsens betydning for sluttbehandlingen | 176 |
| 6.5.2. Forenkling av sluttbehandlingen | 177 |
| 6.6. Særlig om dommerens rolle i forbrukersaker | 181 |
| 6.6.1. EØS-avtalen og prosessretten | 181 |
| 6.6.2. Utviklingen hos EU-domstolen | 183 |
| 6.6.3. Betydningen for norsk rett | 185 |
| 6.7. Følgen av manglende dommeraktivitet | 189 |
| 6.7.1. Manglende saksstyring | 189 |
| 6.7.2. Manglende prosessuell og materiell veiledning | 191 |
| 6.8. Oppsummeringer og vurderinger | 193 |
| 6.8.1. Saksforberedende møter | 193 |
| 6.8.2. Klargjøring av saken til sluttbehandling | 197 |
| Kapittel 7. Avskjæring av prosesshandlinger | 201 |
| 7.1. Utgangspunkter | 201 |
| 7.1.1. Begrepsavklaringer og veien videre | 201 |
| 7.1.2. Jakten på et materielt riktig resultat | 203 |
| 7.1.3. Særlig om begrunnelsen for preklusjonsregler | 205 |
| 7.2. Preklusjon av prosesshandlinger | 208 |
| 7.2.1. Rettsgrunnlaget for preklusjon i småkravsprosessen | 208 |
| 7.2.2. Det må være tale om en unnlatt prosesshandling | 212 |
| 7.2.3. Rettsmøtet blir vesentlig forsinket eller det må utsettes | 216 |
| 7.2.4. Rettens skjønnsmessige adgang til å prekludere | 217 |
| 7.3. Preklusjon av partenes prosessuelle innsigelser | 222 |
| 7.3.1. Tvisteloven § 9-6 andre ledd som rettslig utgangspunkt | 222 |
| 7.3.2. Fristen for å fremsette innsigelser | 225 |

| | |
|---|-----|
| 7.3.3. Parten må ikke være kjent med grunnlaget for innsigelse | 226 |
| 7.3.4. Å prekludere innsigelsen må ikke fremstå urimelig..... | 229 |
| 7.4. Avskjæring av bevis grunnet proporsjonalitetsbetraktninger..... | 230 |
| 7.4.1. Litt om rettsgrunnlaget for avskjæring..... | 230 |
| 7.4.2. Beviset må ha betydning for avgjørelsen som skal treffes..... | 232 |
| 7.4.3. Avskjæring på saksforberedelsestadiet | 236 |
| 7.4.4. Avskjæring under sluttbehandlingen..... | 239 |
| 7.5. Oppsummering og vurderinger | 242 |
| 7.5.1. Økt preklusjonsadgang | 242 |
| 7.5.2. Proporsjonalitetshensyn som begrunnelse for avskjæring av bevis | 246 |
| Kapittel 8. Skriftlig sluttbehandling | 249 |
| 8.1. Rettsgrunnlaget for skriftlig sluttbehandling i småkravssaker | 249 |
| 8.2. Fordelene og ulempene med muntlig behandling | 250 |
| 8.3. Retten til muntlig sluttbehandling etter grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1 | 254 |
| 8.3.1. Retten til muntlig sluttbehandling | 254 |
| 8.3.2. Vilkår for å akseptere skriftlig behandling..... | 256 |
| 8.3.3. Partenes rett til å avstå fra muntlig sluttbehandling | 258 |
| 8.4. Partenes avtale..... | 262 |
| 8.4.1. Avtalen som forutsetning for skriftlig sluttbehandling | 262 |
| 8.4.2. Adgangen til muntlig avtaleinngåelse | 263 |
| 8.4.3. Binding ved passivitet | 264 |
| 8.4.4. Avtale inngått forutfor saksanlegg | 267 |
| 8.5. Rettens samtykke til skriftlig sluttbehandling..... | 269 |
| 8.5.1. Forholdet mellom rettens avgjørelse og partenes avtale | 269 |
| 8.5.2. Utgangspunkter for rettens vurdering av samtykke | 271 |
| 8.5.3. Selvprosederende parter | 274 |
| 8.6. Oppsummering og vurderinger | 276 |

| | |
|---|-----|
| Kapittel 9. Avsluttende bemerkninger..... | 281 |
| 9.1. Oppsummeringer | 281 |
| 9.2. Avhandlingens funn | 284 |
| 9.3. Forslag til løsninger..... | 286 |
| Kildeliste | i |

Kapittel 1. Innledning

1.1. Opptakt

I hverdagen oppstår hyppig situasjoner som kan ende i rettssaker. En forbruker kan være misfornøyd med en vare eller tjeneste og får ikke gehør for reklamasjon. Skader på personer og gjenstander kan oppstå som en følge av et uhell. Partene er uenige om størrelsen på erstatningssummen. En borger betaler ikke nok skatt, og Skatteetaten krever oppgjør. En utleier holder tilbake depositum, mens leietakeren mener depositumet skal tilbakebetales.

Som regel finner tvistene sin løsning uten hjelp fra domstolsapparatet. Partene blir enige. Temaet for denne avhandlingen er hvordan prosessapparatet legger til rette for at småkravstvister som ikke løses utenrettslig, sikres en avgjørelse hos domstolene.

Individets rett til å få prøvd rettslige tvister for domstolene er sett på som en grunnleggende menneskerettighet.¹ For småkrav har ivaretagelsen av denne rettigheten vært ansett som problematisk, både nasjonalt og internasjonalt.² Til tross for eksisterende regelverk som *formelt* åpner for domstolsprøving av også denne type krav, har den *reelle* prøvingsadgangen vært ansett som smal. Det har vært en gjennomgående oppfatning om at domstolsprosessen er for dyr og tidkrevende til at det lønner seg å gå til sak der tvistesummen er lav, som illustrert gjennom velkjente sitater som eksempelvis: «Justice is open to all, like the Ritz Hotel».³

¹ Se Kongeriket Norges Grunnlov 17.mai 1814 (grl.) § 95, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950, ETS nr. 5 (EMK) art. 6 nr. 1 og Charter of Fundamental Rights of The European Union, 18. desember 2000, C-346/01 (EUs menneskerettscharter) art. 47, der det i alle regelsettene fremgår en rett til domstolsprøving. At domstolstilgang er en grunnleggende rettighet uttales også i NOU 2001:32 A Rett på sak, s. 127 andre spalte.

² Nasjonalt er problematikken presentert i lovforarbeider, eks. NOU 1983:48 Småkravsprosess (som ikke medførte noen lovendring for småkrav), NOU 2001:32 A, s. 317 første spalte og Ot.prp. nr.51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile saker, s. 194 første spalte. Internasjonalt er tilsvarende presentert blant annet i Mauro Cappelletti, Access to justice: A world survey Book 1, Sijthoff and Noordhoff (Alphenaandenrijn 1978), s. 13, der det uttales at det må anses som klart at småkravsprobatikken krever særlig oppmerksomhet dersom domstolstilgang skal oppnås. I senere tid har dette blant annet kommet til uttrykk hos Lord Woolf, Access to Justice – Final report (1996), s. 2 og 3, Neil Andrews, English Civil Procedure: Fundamentals of the new civil justice system, Oxford University Press (Oxford 2003), s. 528 og Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, «Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity», H. Pekcanitez, N. Bolayir & C. Simil (Eds.), XVth International Association of Procedural Law World Congress, Istanbul: Oniki Levha Yayıncılık 2016 (s. 121-225), s. 4 i pdf-format. I tillegg hadde 44 av 47 medlemsstater i Europarådet i 2012 innført forenklete regler for mindre krav, jf. rapport utformet av CEPEJ, «European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice», s. 260, noe som taler for et reelt behov for en særordning for småkrav, noe som indikerer et forutgående problem. Problematikken drøftes ytterligere i avhandlingens kapittel 2.

³ Dette er visstnok uttalt av en irsk dommer, Sir James Matthews, og skulle illustrere at selv om dørene til

Tematikken har blitt gradvis mer aktuell fra 1700-tallet og frem til i dag. I 1700-tallets Europa pliktet staten kun å legge til rette for at det enkelte individet formelt skulle kunne gå til domstolene for å ivareta egne rettigheter.⁴ Utover å opprette et formelt regelsett som muliggjorde tilgangen til domstolene, kunne staten for øvrig forholde seg passiv. Selv om retten til domstolstilgang ble ansett som en grunnleggende rettighet, var det ikke ansett som statens oppgave også å sikre faktisk tilgang.⁵ Dette var den rådende oppfatningen av problematikken til etter andre verdenskrig.⁶

På slutten av 1940-tallet kan en se tendenser til et tilnærmet paradigmeskift for borgernes domstolstilgang, fra en aksept av staten som en passiv tilskuer, til et krav om aktivitet fra staten. Et av de klareste uttrykk på endringen var utarbeidelsen av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1950, blant annet ved at artikkel 13 ble inntatt. Av bestemmelsen fremgår individets rett til «effective remedy» for konvensjonsbrudd.⁷ Dette utgjorde en, i alle fall i teorien, utvetydig norm for samtlige innbyggere i konvensjonsstatene. I henhold til artikkelen hadde de krav på domstolsbehandling for konvensjonsbrudd, uavhengig av økonomi og status. Til tross for at artikkelen ikke ga tilsvarende rett for samtlige sakstyper, var det en indikator på at forventningene til statene var i endring.

På 1970-tallet ble det rettet et større fokus på reell, i motsetning til kun formell, tilgang til domstolene. Dette skyldtes i stor grad et verdensomspennende komparativt prosjekt, kalt «the Florentine 'Access to Justice Project'».⁸ Ansvarlige var Mauro Cappelletti og Bryant Garth.⁹ Prosjektet tok utgangspunkt i at det måtte være et mål med prosessretten å legge til rette for

Ritz (eller rettssystemet) ikke var låst, var den reelle muligheten for å leie rom (eller gå til søksmål) begrenset av økonomi, jf. Maurice Hayes, «Access to Justice», *Studies: An Irish Quarterly Review* vol. 99 nr. 393 (2010) (s. 29-42), s. 29.

⁴ Dette er tidspunktet da det ble en større bevissthet om at, i alle fall faktisk, tilgang til domstolene var en nødvendighet, jf. Per Henrik Lindblom, *Grupptalan i Sverige: bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång*, Norstedts juridik (Stockholm 2008), s. 33 og Per Henrik Lindblom, *Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, Iustus (Uppsala 2000), s. 306/307.

⁵ Mauro Cappelletti, «Access to Justice», *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 40. Jahrg., H 3/4 (1976) (s. 669-717), s. 671 og Per Henrik Lindblom, *Progressiv process* (2000), s. 307.

⁶ Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1976), s. 671/672 og Francesco Francioni, «The Rights of Access to Justice under Customary International Law», Francesco Francioni (red.), *Access to Justice as a human right*, Oxford University Press (Oxford 2007) (s. 1-55), s. 1.

⁷ Med «effective remedy» forstås «'effective' in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or omissions of the authorities of the respondent State», jf. *Mitovi mot Den tidligere Jugoslaviske republikken Makedonia*, dom 16. april 2015, avsnitt 71.

⁸ Betegnelsen ble brukt av Cappelletti, jf. Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1976), s. 670 (original kursivering).

⁹ Prosjektet i seg selv har blitt betegnet som «ingenting mindre än ett paradgimskifte», jf. Ulla Jacobsson, «Argumentation i civilprocessen», Olle Höglund, m.fl. (red.), *Festskrift til Lars Welamson*, Norstedts (Stockholm 1987) (s. 349-368), s. 367. Som vist i brødteksten mener jeg at paradigmeskiftet startet på et noe tidligere tidspunkt, uten at dette har større praktisk betydning.

reell domstolstilgang, på like vilkår, for alle individer.¹⁰ Tilgangen til domstolene ble altså forutsatt å være for snever for den allmenne befolkningen, og dette ble ansett å være et grunnleggende problem med sivilprosessen på verdensbasis.

Som en respons på problematikken har de fleste land i Europa innført en eller annen form for særlig regulering av prosessen der sakens omhandler en forholdsvis lav tvistesum.¹¹ Norges mest omfattende forsøk på å gjøre domstolstilgangen for mindre krav reell kom i 2005, da det ble innført et eget prosesspor for mindre krav, «småkravsprosess», som et kapittel i den nye tvisteloven.¹² Lovendringen trådte i kraft 1. januar 2008.¹³

Småkravsprosessen er inntatt i tvisteloven kapittel 10. Reglene anvendes hovedsakelig i saker vedrørende krav med verdi under kr 125 000.¹⁴ Prosessformen er i korte trekk ment å sikre proporsjonal ressursbruk hos domstolene og hos partene basert på kravets verdi, jf. tvl. § 10-1 første ledd.¹⁵ Småkravsprosessens regelverk er det rettslige utgangspunktet for denne avhandlingen.

1.2. Avhandlingens problemstilling

Problemstillingen denne avhandlingen skal besvare, er hvorvidt de virkemidlene som lovgiver har valgt for småkravsprosessen utgjør et bidrag til å sikre sivilprosessens funksjoner. Sivilprosessen skal sikre konfliktløsning mellom partene, håndhevelse av materielle rettigheter, rettsavklaring og rettsutvikling samt kontroll med det offentlige. Disse funksjonene var førende ved utarbeidingen av tvisteloven.¹⁶ Alle reglene i loven har som målsetning å tilrettelegge for at funksjonene sikres. At dette er en målsetning kommer også til uttrykk i den etterfølgende evalueringen av tvisteloven samt senere endringsforslag til tvisteloven.¹⁷ Når det gjelder

¹⁰ Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1976), s. 669.

¹¹ Se avhandlingens kapittel 3 og 5.

¹² Lov om mekling og rettergang i sivile tvister av 17.juni 2005 nr. 90 (heretter tvl.). Etter tvistemålsloven eksisterte det en obligatorisk ordning med «forenklet rettergang» for tvister under kr 20 000. Svært få saker ble imidlertid behandlet etter reglene, jf. NOU 2001:32 A, s. 318 andre spalte.

¹³ Forskrift om ikraftsetting av lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) og om overgangsregler til tvisteloven, 26. januar 2007 nr. 88 § 1.

¹⁴ For mer om hvilke saker som behandles etter småkravsprosessen, se avhandlingens punkt 4.4.

¹⁵ Se også tvistelovens formålsparagraf, tvl. § 1-1 andre ledd, der det fremgår at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning».

¹⁶ Se NOU 2001:32 A, Del 2, punkt 3.1 «Tvisteloven og domstolene – funksjoner og oppgaver» samt Del 2, punkt 8.1 og 8.4.

¹⁷ Se henholdsvis Justis- og beredskapsdepartementets rapport «Evaluering av tvisteloven», s. 7: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/evaluering_tvisteloven.pdf?id=2149677 og Justis- og beredskapsdepartementets «Forslag til endringer i tvisteloven – tvistelovevalueringen» sendt på høring i juli 2018 (høringsnotatet), s. 9:

småkrav har funksjonene tradisjonelt ikke blitt ivaretatt. Dette skyldes primært at prosessrisikoen ved saksanlegg har vært for høy, da kostnadene ved prosessen blir uforholdsmessig store.¹⁸ Småkravsprossens formål er å legge til rette for at funksjonene skal oppnås for småkravene.¹⁹ Måten dette er gjort på er å innta enkelte virkemidler, som har som formål å redusere kostnadene i prosessen, uten at det går på bekostning av en forsvarlig rettergang.

Avhandlingens problemstilling skal besvares gjennom en kritisk analyse av hvordan, eller om, utvalgte virkemidler i småkravprosessen bidrar til oppnåelse av sivilprosessens funksjoner. Dette forutsetter for det første en analyse av sivilprosessens funksjoner, noe som gjøres i kapittel 2. Virkemidlene som behandles er hvilken rolle dommeren har i en småkravssak, hvilken adgang dommeren har til å avskjære prosesshandlinger samt adgangen til å avholde sluttbehandlingen skriftlig. Begrunnelsen for at akkurat disse tre virkemidlene analyseres er at samtlige har som formål å sikre en prosessøkonomisk, herunder effektiv, rettergang. Alle tre knytter seg til spørsmålet om hvilke tiltak dommeren kan iverksette under prosessen, for å sikre at gjennomføringen skjer raskest mulig. I tillegg er det noen felles utfordringer med anvendelsen av disse virkemidlene. Problemstillingene påvirkes alle av at småkravprosessen har en begrenset saksforberedelse, og at det er potensiale for flere selvprosederende.

De utvalgte virkemidlene varierer mellom å være inntatt eksklusivt for småkrav, og å være ment som effektiviserende bidrag i prosessretten generelt. Variasjonen gir grunnlag for å trekke slutninger om både småkravsprossens regler inntatt i kapittel 10 samt hvordan de generelle bestemmelsene i tvistelovens øvrige deler skal angripes i en småkravssak. Da det ikke er rom for å behandle samtlige av virkemidlene som skal sikre funksjonsoppnåelse i denne fremstillingen, er det formålstjenlig at i alle fall virkemidler fra begge måter å regulere prosessen på, analyseres.

Med avgrensingen til de tre nevnte problemstillingene faller enkelte spørsmål naturlig utenfor avhandlingens tema. Eksempelvis behandles ikke spørsmålet om anvendelsesområdet til småkravprosessen er hensiktsmessig, da det ikke knytter seg til hvordan en småkravssak skal håndteres. Konsekvensen av et endret anvendelsesområde påvirker ikke gjennomføringen av prosessen, men hvorvidt prosessformen overhodet skal benyttes.

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a810bd3445cd4f89a0d8368955f41e2f/horingsnotat----tvistelovevalueringen.pdf> (begge sist sett 25. januar 2019).

¹⁸ Årsakene til dette behandles nærmere i avhandlingens kapittel 2.

¹⁹ NOU 2001:32 A, s. 337 første spalte.

Basert på drøftelsene av de tre angitte virkemidlene vurderes det også om det er grunnlag for å trekke noen slutninger om småkravsprosessen på et mer overordnet plan, og hvorvidt småkravsprosessen faktisk utgjør et bidrag til funksjonsoppnåelse for småkrav. Dette gjøres avslutningsvis i kapittel 9.

I tillegg behandles ikke spørsmålet om sakskostnader, som tradisjonelt har blitt viet mye plass i debatten om hvordan kostnadene med en rettsprosess skal holdes nede. Sakskostnadsreglene kan ha innvirkning på prosessen, men da mer indirekte, ved at parter avstår fra representasjon. Reglene regulerer imidlertid ikke hvordan saken skal gjennomføres, og behandles således ikke inngående her.²⁰ Likevel må problemstillingene som behandles analyseres i lys av det omkringliggende systemet samt øvrige regler. Det gis dermed en oversikt over den norske småkravsprosessen i kapittel 4.

Problemstillingen drøftes også i lys av andre reguleringer av småkrav. Småkravsreguleringene som drøftes her er den danske, den svenske og EUs småkravsforordning.²¹ Den nærmere begrunnelsen for avgrensingen behandles i kapittel 5, der regelverkene behandles. Virkemidlene analyseres også i sammenheng med den internasjonale «access to justice»-debatten. Spørsmålet i kapittel 3 er hvilke virkemidler som generelt er fremhevet som gunstige for å bekjempe problemene med småkrav og funksjonsoppnåelse og hva den teoretiske begrunnelsen bak virkemidlene er. De faktorene som identifiseres i kapittel 3 og 5 er ment å danne et grunnlag for vurderinger og kritikk av de norske reglene, noe som er en forutsetning for å besvare avhandlingens problemstilling, samt å være et bidrag for den nærmere forståelsen av tankene bak småkravsreguleringer generelt.

1.3. Metode

Siktemålet med avhandlingen er å foreta en analyse av nærmere angitte virkemidler i småkravsprosessen, noe som primært gjøres med rettsdogmatisk metode i vid forstand. Analysene av det enkelte virkemiddel gjennomføres ved å drøfte rammene for den (eller de) bestemmelsene som regulerer anvendelsen av virkemiddelet, eller unntak fra dette.²²

²⁰ Se likevel avhandlingens punkt 4.7.2.

²¹ Se henholdsvis rettsplejeloven, lovbekendtgørelse 14. november 2018 nr. 1284 (rpl.), kapittel 39, SFS 1942:740 Rättegångsbalk (RB) kapittel 1 § 3d og Regulation (EC) No 861/2007 of The European Parliament and of The Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure (småkravsforordningen).

²² *Peczenik* fremholder at «[e]tt erkänt rättsdogmatiskt mål är att framställa rättsordningen som ett koherent nätverk av huvudregler och undantag», jf. Aleksander Peczenik, «Juridikens allmänna läror», *Svensk Juristtidning* (2005) (s. 249-272), s. 249.

Avhandlingen tar dermed sikte på å være et bidrag til å avklare gjeldende rett, og å foreta en kritiske analyse av gjeldende rett.²³ Avhandlingens fremstilling tar utgangspunkt i alminnelige juridiske metoderegler.²⁴ For rettsvitenskapelig arbeider er det likevel noen metodiske poenger som bør understrekes, også der rettsdogmatikk anvendes. Det tas utgangspunkt i generelle problemstillinger.²⁵ Dette i motsetning til domstolene, der det primært tas utgangspunkt i konkrete rettsspørsmål. I et rettsvitenskapelig arbeid må også bestemmelsene tolkes med det formål å identifisere det beste tolkningsalternativ innenfor rammene av domstolens handlingsrom, noe som krever en dyptgående forståelse av de bakenforliggende «verdimessige premissene».²⁶ Forskeren må se bestemmelsen i en videre kontekst enn det som kreves av en praktiker. I tillegg må analysene skje på en etterprøvbar og fullstendig måte.²⁷

Avhandlingen baserer seg som sagt på rettsdogmatikk i *vid* forstand.²⁸ Dette innebærer at det ikke er tale om en rettsdogmatisk fremstilling med et strengt rettspositivistisk preg.²⁹ Avhandlingens problemstilling forutsetter en kritisk analyse av småkravsprosessens virkemidler, og hvordan disse svarer på problemene med småkrav og oppnåelse av sivilprosessens funksjoner. En drøftelse av gjeldende rett er således ikke tilstrekkelig.

For å kunne foreta en kritisk analyse av regelsettet må det også ses til internasjonale debatter knyttet til småkravsreguleringer, for å identifisere hvilke alternativer som eksisterer, og hvordan bidrag disse er ment å utgjøre for funksjonsoppnåelse. Uten at det foreligger alternative løsninger er det begrenset mulighet for kritikk. Drøftelsene er innenfor rettsdogmatikken i *vid* forstand, men er noe mer teoretisk preget enn den tradisjonelle analysen av gjeldende rett.

²³ At dette er et formål med rettsdogmatiske avhandlinger er fremholdt av blant annet Jan Kleineman, «Rättsdogmatisk metod», Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur (Lund 2018) (s. 21-46), s. 26, Claes Sandgren, «Är rättsdogmatiken dogmatisk?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4-5 (2005) (s. 648-656), s. 649 og 650, Martin Hennig, *Frihandel med helseskadelige rus- og næringsmidler: EU- og EØS-rettens rammer for nasjonalt vern av folkehelsen*, Universitetsforlaget (Oslo 2015), s. 40 og Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning*, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2016), s. 26.

²⁴ Se Synne Sæther Mæhle, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* nr. 5 og 6 (2004) (s. 329-342), s. 329 og Jorun I. Rui, *Mistenktes innsyn i straffesaken: I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*, Universitetsforlaget (Oslo 2017), s. 23.

²⁵ Synne Sæther Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* (2004), s. 333.

²⁶ Synne Sæther Mæhle, *Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?* (2004), s. 333. Her uttales det at det for «rettsdogmatikkens del er [...] en forventning om at spenningsfeltet mellom de verdimesige premissene, tydeliggjøres på en måte som både er mer *overordnet*, mer *dyptgripende* og mer *fyllestgjørende* enn tilfellet vil være for konkret rettslig argumentasjon».

²⁷ Se Jan Kleineman, *Rättsdogmatisk metod* (2018), s. 26 (kursiv i original).

²⁸ Dette er også kalt rettsanalytisk metode, se Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 26.

²⁹ Jf. Torben Spaak, «Rättspositivism och juridisk metod», Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära* (Lund 2018) (s. 47-78), s. 54.

Det er også benyttet komparativ metode.³⁰ Komparative metoder anvendes for å kunne sammenligne ulike rettssystemers regler.³¹ Hvilken komparativ metode som benyttes avgjøres av objektet for sammenligningen. Her ses det på hvordan den enkelte småkravsreguleringen legger til rette for å sikre sivilprosessens funksjoner. Det er således tale om komparasjon med anvendelse av funksjonell metode.³² Forutsetningen for den funksjonelle metoden er at:

«the function of law lies in responding to social problems and that all societies face essentially the same problems».³³

Funksjonell metode fokuserer altså på hvordan man gjennom juridisk regulering håndterer samfunnsproblemer.³⁴ Det er altså ikke enkeltregler som står i fokus for sammenligningen. Utgangspunktet gjør funksjonell metode anvendelig her, da det interessante i sammenligningen er å hente inspirasjon fra hvordan andre land har håndtert samfunnsproblemet med småkrav og domstolstilgang.

Komparasjonen brukes som illustrasjonsmateriale og grunnlag for sammenligning i avhandlingens øvrige kapitler.³⁵ Ved å se hen til andre lands løsninger, er det lettere å identifisere fordeler og ulemper med den norske løsningen. Andre lands rett har imidlertid ikke betydning for spørsmålet om hva som er gjeldende rett i Norge. Det benyttes i tillegg utenlandsk litteratur løpende i avhandlingen, også i kapitlene som primært omhandler norske regler. Formålet er å henvise til gode argumenter som, eksempelvis på grunn av lignende prinsipielle grunnlag det aktuelle land, også er relevante i norsk prosessrett. Argumentenes relevans avhenger likevel av at de kan underbygges av norske rettskilder.

Basert på analysene foretas det vurderinger av regelsettet *de lege ferenda*. Med dette menes vurderinger av småkravsprosessens virkemidler, så vel som selve regelsettet, basert på relevante hensyn og kilder, men utenfor det som er gjeldende rett.³⁶ Vurderinger og kritikk av regelsett

³⁰ Se avhandlingens kapittel 5.

³¹ Se Jon Petter Rui, «Komparasjon innen strafferett og -prosess», Tidsskrift for strafferett nr. 4 (2009) (s. 434-468), s. 434.

³² Se Mathias Siems, *Comparative Law*, Cambridge University Press (Cambridge 2014), s. 25-28.

³³ Jf. Margaret Woo, «Comparative Law: A Plurality of Methods», Loïc Cadiet, Burkard Hess og Marta Requejo Isidro (red.), *Approaches to Procedural Law: The pluralisms of Methods*, Nomos Verlagsgesellschaft (Baden-Baden 2017) (s. 47-64), s. 52.

³⁴ Se også Mathias Siems, *Comparative Law* (2014), s. 27. Forutsetningen er også kritisert, jf. samme bok, s. 37-38.

³⁵ Se Jan Kleineman, *Rättsdogmatisk metod* (2018), s. 41 og Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 29.

³⁶ Se Markus Hoel Lie, *Kommunalrettslig representasjon: Binding og erstatning*, Universitetsforlaget (Oslo 2011), s. 29.

er nærmest forutsatt i rettsvitenskapelige arbeider.³⁷ Når det gjelder målestokken regelverket skal vurderes etter, ses det hen til den norske standarden for en forsvarlig rettergang, som tar utgangspunkt i minstestandardene som følger av Grunnloven § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14.³⁸

1.4. Rettskildesituasjonen

1.4.1. Rettskilder om småkravsprosessen

Kildene som avhandlingens drøftelser baseres på, kan gjenfinnes i samtlige norske metodebøker. Dette innebærer blant annet lov, forarbeider, rettspraksis, internasjonale instrumenter og andre lands rett.³⁹ Avhandlingen krever således ikke en generell gjennomgang og drøftelse av alt kildemateriale som er anvendt. Det er likevel behov for enkelte bemerkninger til særlige kildespørsmål tilknyttet småkravsprosessen.

Småkravsprosessen er et relativt nytt prosesspor, og de nasjonale kildene som benyttes i avhandlingen er derfor primært av nyere dato. Eldre litteratur har liten betydning for analysene av dagens regler, da tilsvarende reguleringer ikke eksisterte i særlig grad før tvisteloven. Der tidligere litteratur anvendes, er det som hovedregel tilknyttet spørsmål om alminnelig prosessrett, og hvordan historisk bakteppe enkeltregler har.⁴⁰

Småkravsprosessen anvendes kun av tingrettene, noe som i sammenheng med begrenset ankeadgang for småkravssaker, medfører at høyesterettspraksis er mangelvare. Det er også begrenset med litteratur om småkravsprosessen. Per nå eksisterer det ingen inngående analyse av regelverket.⁴¹ Årsaken til dette kan være at kun 10 % av tvistesakene hos tingrettene er

³⁷ Petter Asp, «Om relationalistisk metod eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap», Petter Asp og Kimmo Nuotio (red.), *Konsten att Rättsvetenskap*, Iustus forlag (Uppsala 2004) (s.47-67), s. 48 og Jan Kleineman, *Rättsdogmatisk metod* (2018), s. 33-34. Se også Per Henrik Lindblom, *Sena Uppsatser: Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen*, Norstedts Juridik (Stockholm 2006), s. 140, der det uttales at å avklare gjeldende rett er den primære oppgaven til dommeren, men at rettsforskerens rene fremstilling av *de lege lata* risikerer «att hela forskningsgärningen successivt förvandlas till oavsiktlig rättshistoria».

³⁸ Se også avhandlingens punkt 3.1.2.

³⁹ Se blant annet Jan Fridtjof Bernt og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati*, Gyldendal (Oslo 2007), s. 218/219, Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget (Oslo; Bergen 2004), s. 30/31, Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, Universitetsforlaget (Oslo 2001), s. 23 og Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget (Oslo 2018), s. 38-45.

⁴⁰ Se tilsvarende begrunnelse hos Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, Suomalainen Lakimiesyhdistys (Helsinki 2006), s. 12.

⁴¹ Eksempelvis er temaet særskilt behandlet over ca. ni sider i Anne Robberstad, *Sivilprosess*, Fagbokforlaget (Bergen 2018), jf. s. 211-220, over ca. fire sider i Jens Edvin Skoghøy, *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget (Oslo 2017), jf. s. 669-673, over ca. 4 sider i Inge Lorange Backer, *Norsk*

småkravssaker, og at prosessregelverkets aktualitet dermed ikke fremstår stor.⁴² På grunn av et relativt begrenset nasjonalt kildetilfang er det eksempelvis et særlig behov for å se til andre lands løsninger.⁴³

I 2014 ble tvisteloven, herunder småkravprosessen, evaluert. Målet var å vurdere hvorvidt de ønskede formålene med reformen var nådd, og om det var behov for lovendringer. Evalueringen tok utgangspunkt i advokater og dommeres erfaringer med tvisteloven. Den ble fulgt opp i et høringsnotat fra 2018, som per tiden ikke har resultert i noen lovendringer.⁴⁴ Metodisk er forslaget kun etterarbeider, med begrenset vekt.⁴⁵ Den primære anvendelsen av høringsnotatet er derfor som argument i vurderingene av hvorvidt dagens preklusjonsregelverk bidrar til funksjonsoppnåelse, i avhandlingens punkt 7.5.1. I tillegg gir endringsforslaget en pekepinn på hvilke utviklinger som kan skje i fremtidens småkravprosess samt bidrag til konklusjoner om dagens regelverk, da begrunnelsen for endringene indikerer hvilken forståelse av dagens regler lovgiver legger til grunn. Høringsnotatet gjør også at temaet har fått en ekstra dimensjon av aktualitet.

De største endringene som er foreslått av betydning for småkravprosessen er for det første en betydelig økning av anvendelsesområdet for prosessporet, fra en tvistesum inntil kr 125 000 til en tvistesum inntil kr 200 000 eller kr 250 000.⁴⁶ For det andre er det foreslått å innføre en mer eksplisitt preklusjonsbestemmelse for småkravssaker, som behandles nærmere i kapittel 7.⁴⁷ I tillegg er tidsfristene for gjennomføringen av en småkravsak foreslått revidert.⁴⁸ Det er imidlertid ikke foreslått større endringer i saksforberedelsen av småkravssaker, eller gjennomføringen av småkravssaker for øvrig, noe som reduserer betydningen av forslaget i avhandlingen.

sivilprosess, Universitetsforlaget (Oslo 2015), jf. s. 188-191, og fire sider i Jo Hov, Rettergang i sivile saker, Papinan (Oslo 2017), jf. s. 354-357. Den mest omfattende fremstilling finnes i Erik Eldjarn, Materieell prosessledelse (2016), s. 278-293. Her er altså 15,5 side dedikert til småkravprosessen. Fokuset er imidlertid noe begrenset, da boken primært omhandler dommerens rolle i prosessen.

⁴² Dette fremkommer av Domstolsadministrasjonens årsrapport for 2017, «Saksavvikling i domstolene», punktet Innkomne saker 2013-2017: <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-13/domstolene-i-2017/> (sist sett 25. januar 2019).

⁴³ Se avhandlingens kapittel 3 og 5.

⁴⁴ Jf. høringsnotatet (2018).

⁴⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse (2018), s. 80-81. Se også Erik Magnus Boe, Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære, Universitetsforlaget (Oslo 2010), s. 292.

⁴⁶ Se Høringsnotatet (2018), s. 38-39.

⁴⁷ Se høringsnotatet (2018), s. 19-20.

⁴⁸ Se høringsnotatet (2018), s. 36-37.

I det videre skal det knyttes noen bemerkninger til bruken av tingrettspraksis i avhandlingen samt hvordan Grunnloven § 95, EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 fremstilles.

1.4.2. Bruken av tingrettspraksis

Småkravsprosessen er kun anvendelig for tingrettens behandling av småkrav. Dette har noen implikasjoner for kildebruken i analysene av den enkelte småkravsregel. Av særlig betydning er at det foreligger begrenset med avgjørelser fra Høyesterett som omhandler småkravsprosessen, noe som er en naturlig følge av snevre ankeregler for småkrav.⁴⁹ De dommer som finnes, omhandler primært småkravsprosessens anvendelsesområde, samtykke til anke og sakskostnadsregler, som tematisk faller utenfor denne avhandlingens tema.⁵⁰

Det foretas løpende henvisninger til tingrettspraksis gjennom avhandlingen. Henvisningene er ikke ment som et substitutt for høyesterettspraksis. De er primært ment som illustrasjonsmateriale. Formålet er da enten å vise problemstillingers praktiske betydning, eller for å illustrere at dommere har forstått bestemmelsene som omtales på forskjellig måte. I tillegg brukes tingrettspraksis for å identifisere forskjeller mellom gjeldende rett og fungerende rett, noe som kan brukes som argumenter for at loven ikke ivaretar praktiske behov.⁵¹ Slike forskjeller er med på å danne utgangspunkter for en kritisk analyse av loven. Avgjørelsene tillegges imidlertid ikke selvstendig vekt av betydning i analysene av det enkelte virkemiddel.

Dersom det fremkommer gode argumenter av underrettspraksis, likestilles disse med argumenter fra litteraturen. Dommene brukes da som «inspirasjonskilde og argumentbærer».⁵² Heller ikke her tillegges altså praksisen større vekt.

I enkelte noter vises det til Lovdatas database. Jeg har gjennomgått de 170 tingrettssakene som er publisert der per 26. januar 2019, tilknyttet søkeordene «småkravsprosess» og «småkravprosess».⁵³ De faktorene jeg har sett etter i dommene er hvilke rettsområder de omhandler, om det er en dommer eller dommerfullmektig som har administrert saken, om det fremgår av dommen at det har vært avholdt planmøte eller annet saksforberedende møte og hvorvidt sluttbehandlingen har vært gjennomført muntlig eller skriftlig. Materialet som er

⁴⁹ Se avhandlingens 4.9. Her fremkommer det at småkrav primært søkes løst i førsteinstans, med den følge at anke kun aksepteres unntaksvis.

⁵⁰ Se eksempelvis HR-2016-712-U, Rt. 2011 s. 29 og HR-2018-679-U.

⁵¹ Skillet mellom gjeldende og fungerende rett beskrives eksempelvis av Trond Welstad, «Nils Kristian Sundbys *Om normer* 30 år etter. En ny generasjon jurister – fortsatt aktuell?», *Kritisk juss* nr. 2 (2013) (s. 83-106), siste avsnitt i punktet «Kommunisierende rett».

⁵² Se Markus Hoel Lie, *Kommunalrettslig representasjon*, s. 31.

⁵³ Her henvises det til lovdatas database delt inn i rettskilder: rettsavgjørelser – tingretter – sivile.

tilgjengelig er ikke omfattende nok til å kunne kartlegge et mønster. Henvisningene til disse undersøkelsene er således kun ment som illustrasjoner til poenger i brødteksten, eller som et bidrag til å aktualisere problemstillinger som behandles.

1.4.3. Forholdet mellom EMK, SP og Grunnloven

I 2014 ble det foretatt en reform av Grunnloven, som tok sikte på å «styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang».⁵⁴ For domstolsprosessen er innføringen av grl. § 95 av særlig betydning. Den oppstiller et krav om at «[r]ettergangen skal være rettferdig [...]». Bestemmelsen er utformet etter mønsteret til Norges menneskerettslige forpliktelser, og da særlig EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14 nr.1. Førstnevnte pålegger statene å sikre partene en «fair trial», herunder en «fair hearing», og sistnevnte oppstiller kun et krav om «fair hearing». Retten til rettferdig rettergang er altså kodifisert i de, for norsk prosessretts, mest sentrale instrumentene med rang over vanlig lovgivning. Dette skyldes at retten til en rettferdig rettergang anses som en «helt grunnleggende rettssikkerhetsgaranti i moderne rettsstater».⁵⁵

Det at retten til en rettferdig rettergang ble inntatt i Grunnloven skulle ikke medføre noen endring i rettstilstanden. Dette gjenspeiles blant annet ved at det ved tolkningen av Grunnloven § 95 skal ses hen til:

«nasjonal rettspraksis på området og den omfattende internasjonale praksis på dette området, særlig praksis fra EMD».⁵⁶

Videre har Høyesterett, ved tolkningen av grl. § 102, uttalt at:

«Jeg legger til grunn at § 102 skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser».⁵⁷

⁵⁴ Dokument nr. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven. Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011, s. 11.

⁵⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012), s. 118. Tilsvarende er uttalt av Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD), om betydningen av EMK art. 6 nr. 1. Se eksempelvis *Fröbrich mot Tyskland*, dom av 16. mars 2017, avsnitt 34.

⁵⁶ Dok. nr. 16 (2011-2012), s. 122.

⁵⁷ Rt. 2015 s. 250, avsnitt 57.

Høyesterett legger her til grunn et generelt norsk metodeperspektiv – det er Høyesterett som skal tolke Grunnloven. Selv om dommen omhandlet grl. § 102, fremstår uttalelsen generell, og er ikke utformet slik at den avskjærer lignende forståelse av de øvrige grunnlovsbestemmelsene som ble inntatt ved grunnlovsreformen.⁵⁸ Dette innebærer at der EMD og Høyesterett har ulike oppfatninger av innholdet i standarden, må Høyesteretts oppfatning ha forrang. Problemstillingen har imidlertid ikke blitt aktualisert i forbindelse med grl. § 95.

I praksis innebærer dette at Grunnloven ikke gir et svakere vern enn det som følger av de menneskerettslige forpliktelsene. Det er imidlertid mulig at Grunnloven over tid kan gi et bedre og mer ytterliggående vern, enn konvensjonen. Per i dag er det likevel få holdepunkter for en tolkning som går utover det som følger av EMK art. 6 nr. 1.⁵⁹ For å kartlegge hva som menes med en rettferdig rettergang etter Grunnloven § 95 må det altså enda ses hen til forståelsen som følger av EMK art. 6 nr. 1, herunder EMDs fortolkning av artikkelen og SP art. 14 nr. 1.⁶⁰ Det er imidlertid ingen nevneverdig forskjell i det materielle vernet etter EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14, i alle fall ikke av relevans for denne avhandlingen. SP art. 14 behandles derfor ikke særskilt i det videre.

1.5. Avhandlingens videre oppbygging

Den videre fremstillingen kan deles i to. Kapittel 2 til 5 skal utgjøre bakteppet for drøftelsene av de tre utvalgte virkemidlene, som behandles i kapittel 6-8. Første del fokuserer således på problemstillinger om småkravsreguleringer mer generelt, både fra et nasjonalt og internasjonalt perspektiv, før fokuset konkretiseres til kun norsk rett i del to.

⁵⁸ Tilsvarende er lagt til grunn av Jens Edvin A. Skoghøy i «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», Lov og Rett, nr. 4 (2015) (s. 195-196), s. 196.

⁵⁹ Dette utgangspunktet må imidlertid differensieres noe basert på hvilken rettighet det er tale om. Eksempelvis følger det av Kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling at Grunnloven § 95 gir rett til anke, jf. Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, s. 11, sammenholdt med s. 19. Her skiller altså Grunnloven seg fra EMK, all den tid det er sikker rett at EMK art. 6 nr. 1 ikke oppstiller noen ankerett, jf. *Andrejeva mot Latvia*, dom 18. februar 2009, avsnitt 97. Se tilsvarende hos Jens Edvin A. Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», Jussens Venner nr. 4 (2014) (s. 297-339), s. 335.

⁶⁰ Også EUs menneskerettscharter kan få indirekte betydning via EØS-avtalen. Charteret er for de prosessuelle rettigheter svært likt utformet som EMK art. 6. Det er ingen holdepunkter for at vernet etter charteret går lengre enn det som følger av EMK. Charteret behandles derfor ikke nærmere her, da det interessante er minstevilkårene til rettergangen. Se likevel Halvard H. Fredriksen, «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», Jussens Venner nr. 6 (2013) (s. 371-399), særlig s. 397-399.

Avhandlingens kapittel 2 omhandler sivilprosessens funksjoner. Først gjennomgås innholdet i den enkelte funksjon. Deretter drøftes problemene som har medført at sivilprosessens funksjoner ikke har vært oppnådd i småkravssaker.

I kapittel 3 drøftes internasjonale tendenser knyttet til «access to justice»-bevegelsen og småkrav. Kapitlet skal illustrere at det er mange ulike måter å håndtere problematikken med småkrav og domstolstilgang på. Fremstillingen knyttes ikke til et enkelt lands rett. Det ses heller på det teoretiske fundamentet, eller begrunnelsen, for at det enkelte virkemiddel anses som et bidrag til funksjonsoppnåelse på et overordnet plan. Det rettes et særlig fokus mot fordeler og ulemper med de enkelte virkemidlene, sett i lys av prosessrettens funksjoner. Drøftelsene er ment som et bidrag til analysen i de senere kapitlene, da alternative virkemidler kan gi et grunnlag for vurderinger og forbedringer av de valgte virkemidlene i tvisteloven.

Kapittel 4 vies til den norske småkravprosessen. Her gis en oversikt over småkravsregelverkets særegenheter. For å kunne vurdere hvorvidt det enkelte virkemiddel i småkravprosessen faktisk utgjør et bidrag til funksjonsoppnåelse, må de tre utvalgte virkemidlene ses i sammenheng med småkravprosessen sine øvrige regler og systemet småkravprosessen eksisterer i. Målet er ikke å gi en fullstendig fremstilling av småkravsregelverket, men heller å bidra til å kontekstualisere virkemidlene som skal analyseres i de senere kapitler. Kapitlet har også en pedagogisk funksjon, da det forenkler senere drøftelser. Særlig reglene om sakskostnader samt ankebegrensningene har betydning for forståelsen av de konkrete virkemidlene som blir drøftet i senere kapitler.

I kapittel 5 skal det danske og svenske småkravsregelverket drøftes, samt EUs småkravsforordning. Målsetningen er å ta lærdom av de enkelte reguleringsinnfallsvinkler til problemene med småkrav og sivilprosessens funksjoner. Fokuset er på hvordan småkravsproblematikken blir håndtert i regelverkene, forskjeller og ulikheter mellom disse samt erfaringer som har påvirket reglene. Det er særlig regelverkernes løsninger på de tre utvalgte virkemidlene som behandles i kapittel 6-8 som analyseres.

I kapittel 6 drøftes dommerens plikt og adgang til aktiv saksstyring samt veiledning. Dommerens ansvar for prosessen er fremholdt som et av de viktigste virkemidler for å effektivisere prosessen, og er således en naturlig problemstilling å starte de nærmere analysene med. Dommerens saksstyring og veiledning er også sentralt for å oppnå en effektiv rettergang i allmennprosessen. Målet med kapitlet er å identifisere innholdet og omfanget av dommerens plikter i en småkravssak, med fokus på hvilke særlige utfordringer som kan oppstå her.

Kapittel 7 omhandler adgangen retten har til å avskjære prosesshandlinger, og har dermed en nær link til problemstillingen i kapittel 6. Begge omhandler dommerens verktøy for å tilrettelegge for en effektiv prosess. Formålet er å kartlegge hvilke premisser som må være tilstede for at avskjæring skal kunne finne sted i en småkravssak. Både spørsmålet om avskjæring på grunn av fristoversittelser, preklusjon, og avskjæring på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger behandles.

Nest siste kapittel, kapittel 8, omhandler rettens adgang til å avsi dom på bakgrunn av skriftlig sluttbehandling. Dette er en problemstilling av interesse, da endring av behandlingsform fra muntlig til skriftlig medfører et brudd med muntlighetsprinsippet, som har en solid forankring i det norske rettssystemet. Problemstillingen er særlig egnet til å stille spørsmål ved hvor langt man kan gå i å forenkle behandlingen av en sak, uten å gå på bekostning av grunnleggende prosessuelle rettigheter.

I kapittel 9 foretas vurderinger av regelsettet og det fremsettes forslag til forbedringer. Tilsvarende er gjort avslutningsvis i kapittel 6 til 8. Målsetningen er at de konklusjoner som stammer fra analysene av det enkelte virkemiddel, skal legge til rette for noen generelle slutninger om småkravprosessens system.

Kapittel 2. Småkravsprosessen og sivilprosessens funksjoner

2.1. Sivilprosessens funksjoner

2.1.1. Generelt om funksjonene

Småkravsprosessens primære formål er å gjøre domstolene tilgjengelig for innehavere av småkrav.⁶¹ I forarbeidene til tvisteloven begrunnes dette med behovet for å få tvister løst, behovet for rettsavklaring for spørsmål som omhandler småkrav, behovet for kontroll med forvaltningen samt behovet for håndhevelse av materielle regler.⁶² Dette er samsvarende med det som tradisjonelt har blitt betegnet som *sivilprosessens funksjoner*.⁶³ Med sivilprosessens funksjoner menes målsetningene med sivilprosessen, og de hensyn som sivilprosessen skal ivareta.

Småkravsprosessen er et eget prosesspor. Spørsmålet er om dette innebærer at prosessformen har egne funksjoner. Jeg vil besvare dette negativt. Det primære problemet med småkrav i en prosessuell kontekst, som fremholdt i blant annet tvistelovens forarbeider, er at sivilprosessens generelle funksjoner ikke ivaretas for denne type krav.⁶⁴ Småkravsprosessen er ment å bøte på problemet, og er dermed kun et virkemiddel for å ivareta sivilprosessens funksjoner for innehavere av småkrav. Det eksisterer således ingen egne funksjoner for småkravsprosessen. Når det i det videre tales om «funksjoner» er det følgelig en henvisning til sivilprosessens funksjoner.

Funksjonene kan deles i to grupper, alt etter hvilket perspektiv de knytter seg til. Konfliktløsning er betegnet som individorientert, da fokuset er på partenes interesse i å få løst saken. De øvrige er samfunnsmessige funksjoner. Dette er gjennomføringen av den materielle lovgivningen, kontrollfunksjonen samt rettsavklaring og rettsutvikling.⁶⁵ Funksjonene henger

⁶¹ NOU 2001:32 A, s. 337 første spalte.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 193 andre spalte, s. 41 andre spalte og s. 42 første spalte.

⁶³ Se Erik Eldjarn, *Materiell Prosessledelse* (2016), s. 59-71, Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 69-78, Per Henrik Lindblom, «En struntsak – Om prosess och execution rörande småbelopp», Per Henrik Lindblom (red.), *Process och exekution: vänbok till Robert Boman, Iustus* (Uppsala 1990) (s. 253-274), s. 260, og Erik Björling, *Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*, Juridiska institutionens skriftserie (Göteborg 2017), s. 150-157. Peter Westberg, *Civilrättskipning*, *Norstedts juridik* (Stockholm 2013) betegner det samme som «oppgifter», altså sivilprosessens oppgaver, jf. s. 56. Lindblom poengterer at begrepet «funksjon» er upresist, og presenterer begrepene oppgave, mål og domstolens rolle som synonymmer, jf. Per Henrik Lindblom, *Progressiv process* (2000), s. 45.

⁶⁴ NOU 2001:32 A, s. 337 første spalte.

⁶⁵ Det kan også diskuteres om prosessretten har ytterligere funksjoner. Se eksempelvis Per Henrik

likevel sammen, og glir over i hverandre.⁶⁶ Det er således ikke tale om noe skarpt skille, og en funksjon kan ha sider til både det individuelle og det samfunnsmessige perspektivet. Uansett er det ikke et skille som er tillagt noen praktisk betydning, utover å tilrettelegge for en pedagogisk fremstilling av funksjonene. Oppdelingen benyttes også her.

I de nordiske landene har det vært en pågående diskusjon om hva som er den primære funksjonen til sivilprosessen.⁶⁷ At samtlige funksjoner er av relevans, og til og med kan komplementere hverandre, fremstår det å være enighet om.⁶⁸ Av tvistelovens forarbeider følger det imidlertid at løsning av konflikter er den høyst rangerte funksjonen etter norsk sivilprosess.⁶⁹ Særlig gjelder dette for småkrav, noe som eksempelvis kommer til uttrykk ved at småkravssaker, i de aller fleste tilfeller, må gjennom en alternativ tvisteløsningsmekanisme før tingrettsbehandling kan finne sted.⁷⁰ I motsetning til der en tvist avgjøres ved dom, så bidrar ikke utenrettslig løsning av tvister til eksempelvis dannelse av kilder med rettskildemessig betydning utenfor det konkrete partsforholdet. Fokuset på å oppnå en løsning mellom de konkrete partene fremstår derfor som mer fremtredende, enn ønsket om håndhevelse av materielle regler og rettsavklaring og utvikling. Diskusjonen er altså av mindre betydning her, og vil således ikke følges videre.⁷¹

For å kunne vurdere hvorvidt småkravprosessen utgjør et bidrag til å ivareta sivilprosessens funksjoner, og altså besvare avhandlingens problemstilling, er det nødvendig å identifisere problemene med funksjonsoppnåelse for småkrav. Problemene med småkrav og funksjoner kan for det første bidra til å belyse begrunnelsen for opprettelsen av et eget prosesspor. Problemene

Lindblom, *Progressiv process* (2000), s. 58 mv. Her reises blant annet spørsmålet om ønsket om et materielt riktig resultat kan anses å være en funksjon, jf. s. 63. Se også Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser* (2006), s. 435, der «kommunikativa funktioner» omtales.

⁶⁶ Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 68 med videre henvisninger og Per Henrik Lindblom, *Sena Uppsatser* (2006), s. 136.

⁶⁷ Se Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 68, Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten till domstolsprövning, Norstedts juridik* (Stockholm 2015), s. 74-76 samt Henrik Bellander, *Rättegångskostnader: Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål*, Iustus forlag (Uppsala 2017), s. 88-90. Tilsvarende debatter fremkommer også på et europeisk plan, noe som kommer til uttrykk hos Alan Uzelac, «Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World – Global Developments – Towards Harmonisation (and Back)», *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Springer (Sveits 2014) (s. 3-31), s. 5-12.

⁶⁸ Se eksempelvis Per Henrik Lindblom, *En Struntsak* (1990), s. 259 samt s. 266.

⁶⁹ NOU 2001:32, A, s. 127 første og andre spalte. Tilsvarende er fremholdt utenfor Norden, eksempelvis i Tyskland, se Peter L. Murray og Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press (Durham N.C. 2004), s. 152-153.

⁷⁰ Dette fremgår av tvl. § 6-2 andre ledd andre punktum bokstav a, lest antitetisk. Se også avhandlingens punkt 4.3.

⁷¹ Hva som betegnes som den primære funksjon kan imidlertid ha betydning for hvordan enkelte regler skal anvendes, jf. Per Henrik Lindblom, *En struntsak* (1990), s. 259/260. All den tid spørsmålet er avklart i norsk rett, øker ikke dette debattens betydning her.

er også et naturlig utgangspunkt for en analyse av hvorvidt formålet med prosessen oppnås, nemlig å sikre funksjonsoppnåelse også for småkrav.⁷²

I tillegg har funksjonene betydning for tolkningen av den enkelte rettsregel. *Eldjarn* fremholder to ulike måter dette kan skje på:

«For *det første* kan formålet ha betydning som en *rettskildefaktor*, altså som kilde ved fastlegging av innholdet i en rettsregel. For *det andre* kan formålet gis betydning som *rettskildeprinsipp*, altså som prinsipp som styrer tolkningen av de ulike rettskildefaktorene. Dette ved at formålet styrer tolkningen av de enkelte rettskildefaktorer og slik fungerer som en ramme for hvilket innhold som kan innfortolkes i loven».⁷³

Dette kapitlets fremstilling vil derfor ha generell, så vel som konkret, betydning for avhandlingens videre fremstilling.

Perspektivet i det videre vil ikke være knyttet isolert til det norske regelsettet. Fokuset er også på problemet med småkrav og funksjonene på et mer grenseoverskridende plan. Først vil funksjonene presenteres, før de ulike hindringene for småkrav og funksjonsoppnåelse analyseres.

2.1.2. Prosessens funksjoner fra et individperspektiv

Konfliktløsning mellom partene, som en av sivilprosessens funksjoner, kan forstås på ulike måter.⁷⁴ Her skal det ikke foretas noen inngående analyse av de ulike forståelsene. Fokuset ligger på hva som er partenes ønske med prosessen, all den tid dette betegnes som en individorientert funksjon.⁷⁵

Når et individ går til sak, er det som oftest med siktemål om å få en endelig avgjørelse, i egen favør, som kan tvangsfullbyrdes.⁷⁶ Fra dette perspektivet er det ikke stort som kreves av prosessen, utover at domstolene treffer en bindende avgjørelse. Det er heller ikke sikkert at det er behov for domstolsbehandling overhodet, all den tid alternative tvisteløsningsmekanismer

⁷² Se tilsvarende fremgangsmåte hos Adrian A. S. Zuckerman, «Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure», Adrian A. S. Zuckerman (red.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press (Oxford 1999), s. 10.

⁷³ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 53/54 med videre henvisninger (noter i sitat er fjernet, kursiveringer i original).

⁷⁴ Se eksempelvis Anna Nylund, *Tillgangen till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 69-71.

⁷⁵ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 59/60.

⁷⁶ Som uttalt om småkrav: «Incitamentet att gå till process är nog knappast ett faktiskt ekonomiskt behov, snarare en personlig drivkraft att inte tåla någon oförrätt, om än bagatellartad», jf. Per Henrik Lindblom, *En struntsak* (1990), s. 269.

også kan treffe bindende avgjørelser.⁷⁷ Dette er en forståelse av konfliktløsning i snever forstand.

Det er imidlertid sikkert at partene ikke vil være tilfreds med enhver form for prosess. Konfliktløsningsfunksjonen kan derfor ikke forstås slik at prosessregelverket kun skal tilrettelegge for at det kan treffes en avgjørelse. Det må også være en god prosess forut for avgjørelsen. Prosessen må beskytte partenes rettssikkerhet.⁷⁸ Partene må få fremme saken sin, og oppfatte at de blir tatt på alvor.

Konfliktløsning fra et videre perspektiv har også en side til de prosessuelle kravene som kan utledes av grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1. Eksempelvis må prosessen ivareta partenes rett til kontradiksjon, partene må behandles likt – også der det innebærer en ulik behandling – og prosessen må være effektiv.⁷⁹ Først der slike prosessuelle rettigheter er ivaretatt er det tale om reell konfliktløsning.

Partene må oppleve at de har fått «procesretfærdighed» fra et videre perspektiv.⁸⁰ Det er ikke kun tale om å ivareta grunnleggende rettigheter, men også å sikre at partenes subjektive oppfatning av domstolsprosessen blir god. Partene må eksempelvis oppleve at retten behandler dem med respekt, også der tvistesummen er lav.⁸¹

Behovet for en god prosess frem mot dom må også ses i lys av at prosessretten skal legge til rette for at domstolsapparatet har tillit hos befolkningen.⁸² Konfliktløsning har således en side til samfunnet, og dets krav til prosessretten. Dette illustrerer samspillet mellom individual- og samfunnsperspektivet, ved at funksjonens innhold kan begrunnes fra begge perspektiver.

Konfliktløsningsfunksjonen dreier seg altså ikke kun om å sikre partene et resultat. For at det skal være tale om konfliktløsning må avgjørelsen som treffes være tuftet på en god prosess.⁸³ Dette utgangspunktet gjelder også i småkravssaker.

⁷⁷ Et eksempel på dette er forliksrådets avgjørelseskompetanse etter tvl. § 6-10 (særlig andre ledd), jf. § 6-12. At domstolsbehandling ikke nødvendigvis vil være det mest gunstige virkemiddel for å avgjøre småkravssaker, fra et kost-nytte-perspektiv, er også fremholdt av Per Henrik Lindblom, i En struntsak (1990), s. 269.

⁷⁸ NOU 2001:32 A, s. 127 første spalte og s. 335 andre spalte. Se også Peter L. Murray og Rolf Stürner, German Civil Justice (2004), s. 153-154.

⁷⁹ Se avhandlingens punkt 3.1.3.

⁸⁰ Lin Adrian, «Procesretfærdighed – det er også måden, der teller», Juristen nr. 3 (2013) (s. 107-116), s. 107.

⁸¹ Lin Adrian, Procesretfærdighed (2013), s. 109.

⁸² NOU 2001:32 A, s. 129 første spalte.

⁸³ En god prosess har eksempelvis vist seg å gjøre at parter slår seg til ro også med negative resultatet. I tillegg har prosessens kvalitet hatt betydning for hvorvidt parter har opptrådt i tråd med domresultatet, jf. Lin Adrian, Procesretfærdighed (2013), s. 109. I småkravssaker kan altså en god prosess være særlig

2.1.3. Prosessens funksjoner fra et samfunnsperspektiv

Sivilprosessen skal også legge til rette for at de materielle reglene skal kunne håndheves. Begrunnelsen er at den materielle lovgivningen må gjennomføres, slik at regelbrudd medfører konsekvenser for personer, fysiske så vel som juridiske.⁸⁴ Dette er, i tillegg til konfliktløsningsfunksjonen, tradisjonelt sett på som den mest grunnleggende funksjonen til sivilprosessen.⁸⁵

Selve gjennomføringen av den materielle lovgivningen har nær tilknytning til konfliktløsningsmekanismen, og kan sies å være en samfunnsparallell til denne. Her er det imidlertid ikke viktigheten av å løse den enkelte saken som er det sentrale, men viktigheten av at domstolsystemet generelt reagerer mot handlinger som strider mot lovgivningen.⁸⁶ Dersom dette ikke blir gjort, har ikke lovverket noen reell funksjon, og de materielle reglene vil i ytterste konsekvens undergraves. Samfunnet har altså et behov for at det ikke bare blir laget regler, men at de også anvendes i praksis.⁸⁷ Det må fremstå som mer hensiktsmessig å avstå fra adferd som strider mot loven, enn det motsatte.⁸⁸ Ideen er at personer vil unngå å opptre på en måte som påvirker det negativt, noe som medfører at individene opptrer i overensstemmelse med lovgivningen.⁸⁹ Tilsvarende tankerekke gjør seg utvilsomt gjeldende også for materielle regler som typisk vil behandles i en småkravsprosess.⁹⁰ Også her er det sentralt at prosessen er god.⁹¹

gunstig, da en potensielt unngår en anke eller en etterfølgende sak om tvangsfullbyrdelse, som kan medføre tilleggskostnader.

⁸⁴ Hazel Genn, «What Is Civil Justice For? Reform ADR, and Access to Justice», *Yale Journal of Law and Humanities*, Wntr, Vol. 24(1) (2012) (s. 397-417), s. 398.

⁸⁵ Hugo Fridén, «Exekution, funktion och bevekelsegrund för att betala i tid», Torbjörn Andersson og Bengt Lindell (red.), *Festskrift til Per Henrik Lindblom, Iustus* (Uppsala 2004) (s. 163-195), s. 165. Dette er i litteraturen også betegnet som den «handlingsdirigerandre funktion», se eksempelvis Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten til domstolsprövning* (2015), s. 76.

⁸⁶ Viktigheten av sanksjonsmuligheter og prosessregler som muliggjør gjennomføring av lovenes formål er i rettsosologien sett på som faktorer av betydning for rettsreglers virkning, jf. Jørgen Dalberg-Larsen, *Lovene og livet: et rettsosologisk grundbok, Jurist- og Økonomforbundets forlag* (København 2014), s. 234.

⁸⁷ Dette kan leses ut av eksempelvis tvistelovens formålsbestemmelse, tvl. § 1-1, første ledd. Her fremgår det at loven skal ivareta «samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene» (min kursivering).

⁸⁸ Hensiktsmessig kan forstås både som moralsk ønskelig, eller økonomisk ønskelig, kalt et «cost-internalizationsynspunkt», jf. Per Henrik Lindblom, *En struntsak* (1990), s. 260 med videre henvisninger. I småkravssaker er det nok primært sistnevnte som vil bidra til handlingsdirigering, uten å avskjære moralske ideer helt, jf. Per Henrik Lindblom, *En struntsak* (1990), s. 270.

⁸⁹ NOU 2001:32 A, s. 127 første spalte og Ot.prp. nr. 41 (2004-2005), s. 41 andre spalte. Se også Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 76.

⁹⁰ Det er reist spørsmål om manglende håndhevelse på rettsområder som primært omhandler småkrav, også kan medføre en «smitteeffekt» til andre rettsområder, slik at manglende håndheving kan få konsekvenser utover det aktuelle området. Se Per Henrik Lindblom, *En struntsak* (1990), s. 269.

⁹¹ Se Lawrence B. Solum, «Procedural Justice», *Southern California Law Review*, 78 (2004) (s. 181-321), s. 184.

Prosessretten skal videre sikre rettsavklaring og rettsutvikling. Med rettsavklaring forstås at uavklarte rettsspørsmål må kunne finne sitt svar innenfor domstolsystemet. Dette kan skyldes at det er tvil om hvordan en bestemmelse skal forstås, eller at lovgiver med intensjon har lagt detaljregulering av et spørsmål til domstolsapparatet.⁹² Samfunnet som sådan vil nyte godt av at spørsmål blir avgjort, slik at den enkelte vet hva som er regelen på et område. Fra dette perspektivet har rettsavklaringsfunksjonen en nær link til gjennomføringen av den materielle lovgivningen. Uten avklaring av usikre rettsspørsmål vil gjennomføringen av den materielle lovgivningen vanskelig medføre handlingsdirigering på et samfunnsplan. En kan ikke forvente at individer selv skal kunne gjette seg til hva som er den korrekte forståelsen av en tvetydig regel, for så å opptre deretter.

Domstolsystemet skal også tilrettelegge for rettsutvikling.⁹³ Fra et statsrettslig perspektiv kan dette fremstå problematisk, sett i lys i maktfordelingsprinsippet.⁹⁴ I norsk prosessrett er det imidlertid ikke tvilsomt at rettsutvikling som funksjon har stor betydning.⁹⁵ Norsk lovgivning er bygd opp på en dynamisk lest, der lovteksten som regel forblir uendret, og utvikling (i alle fall grunnet mindre samfunnsendringer) håndteres løpende av domstolene. Det er i stor grad lagt til domstolene å sørge for at lovgivningen følger samfunnsutviklingen.⁹⁶

Småkravprosessen anvendes imidlertid kun i førsteinstans. Det kan derfor påstås at rettsavklaring og rettsutvikling ikke har stor betydning for reglene her.⁹⁷ På rettsområder som er dominert av typiske småkravssaker vil imidlertid rettsavklaring og - utvikling bare kunne skje ved at sakene faktisk kommer for domstolene.⁹⁸ Også en sak som behandles hos Høyesterett har startet med en behandling hos tingretten.

⁹² Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 4.

⁹³ Anna Nylund, *Tillgangen till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 77 med videre henvisninger.

⁹⁴ For en gjennomgang av uenigheten om Høyesteretts rolle, se Hans Petter Graver, «Høyesterett og rettsutviklingen – førti år etter», Hans Chr. Bugge, Hilde Indreberg, Aslak Syse og Arnulf Tveberg (red.), *Lov, liv og lære: Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget (Oslo 2016) (s. 242-254), s. 243-244.

⁹⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 41 første og andre spalte.

⁹⁶ NOU 2001:32 A, s. 127 første spalte.

⁹⁷ Dette synspunktet kommer blant annet til uttrykk hos Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 5, der det uttales at «domstolene i første og andre instans først og fremst har konkret tvisteløsning som formål, har Høyesterett først og fremst som formål å sørge for rettsenhet, rettsavklaring og rettsutvikling». I land der retten er preget av en streng forståelse av «civil law»-tradisjonen, vil rettsutviklingsfunksjonen kunne ha mindre betydning, da rettsutvikling primært er tillagt lovgivningsmyndighetene.

⁹⁸ Som eksempler på avgjørelser vedrørende mindre summer, med stor betydning for rettsavklaring, og også –utvikling, er eksempelvis Høyesteretts avgjørelser inntatt i Rt. 2006 s. 179 (Skoletthældommen), samt Rt. 1998 s. 774 (Videospillerdommen). Avgjørelsene har blitt sentrale for innholdet i reklamasjonsretten etter forbrukerlovgivningen. Det er imidlertid en mulighet for at disse sakene ikke ville blitt behandlet i småkravprosessen i dag, men heller bli overført til allmennprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Se avhandlingens punkt 4.4.2.

I tillegg kan underinstansenes avgjørelser tjene som eksempler ved behandling av tilsvarende spørsmål ved en senere anledning, noe som kan bidra til større rettsenhet, og igjen i alle fall til rettspresisering, om ikke avklaring.⁹⁹ Som departementet formulerte det: «de rettsreglene som for det meste knytter seg til mindre og mellomstore krav, blir gjenstand for en domstolspraksis».¹⁰⁰

Det er likevel ikke tvilsomt at dette er de funksjonene som har minst betydning for småkravsprosessen. For at det skal bli tale om reell rettsavklaring og rettsutvikling, må en sak nå Høyesterett. Dette skyldes for det første den rettskildemessig verdi som (ikke) tillegges førsteinstansavgjørelser. I rettsanvendelsesprosessen er det ingen metodisk plikt til å følge det som er uttalt i underrettspraksis.¹⁰¹

For det andre er det ikke slik at alle underinstansavgjørelser er lett tilgjengelig.¹⁰² Det er altså vanskelig å vurdere hvorvidt det har dannet seg en ensartet praksis hos tingrettene, noe som må være en forutsetning for at det skal bli tale om rettsavklaring hos førsteinstans. Uten enighet på tvers av domstolene, kan ingenting anses som avklart. Så lenge ikke alle underrettsavgjørelser publiseres, kan slik oversikt vanskelig oppnås. Etter mitt skjønn er dette et moment som taler med vekt mot at underrettspraksis kan sies å bidra til rettsavklaring, og i alle fall rettsutvikling.

Betydningen av rettsavklarings og –utviklingsfunksjonen blir med dette begrenset i småkravsprosessen. Primært vil altså funksjonene ha betydning fra et prosessuelt helhetsperspektiv, ved at det åpnes for at flere saker kommer til tingrettene, som igjen kan medføre at flere saker blir anket videre, sammenlignet med alternativet, som er ingen prosess. Funksjonenes betydning for den enkelte småkravssak, og de problemstillinger som behandles i denne avhandlingen, er imidlertid liten.

En siste funksjon av samfunnsmessig betydning er kontrollfunksjonen. Denne går ut på at domstolene skal drive kontroll med de øvrige maktorganene i samfunnet. Dette skjer for det første ved at vedtak og andre former for myndighetsutøvelse kan prøves av domstolene, noe som skal motvirke feilaktige beslutninger.¹⁰³ For det andre driver domstolene med lovkontroll,

⁹⁹ At dette er mulig fremholdes blant annet av *Nygaard*, som gir uttrykk for at underrettspraksis kan bidra til «festna praksis», jf., Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004), s. 210.

¹⁰⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 42 første spalte.

¹⁰¹ Underrettspraksis har ingen «rettsnormerende kraft», jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2018), s. 227.

¹⁰² På lovdata er det eksempelvis kun et utvalg førsteinstansavgjørelser som publiseres, og databasen er altså ikke egnet til å gi et fullstendig bilde av førsteinstanspraksis. Dette fremkommer på informasjonssiden tilknyttet «Tingretter – sivile»: <https://lovdata.no/pro/#rettskilder> (sist sett 25. januar 2019).

¹⁰³ Anna Nylund, *Tillgangen till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 78.

ved å vurdere hvorvidt lovbestemmelser strider mot Grunnloven eller menneskerettslige forpliktelser. Et ikke ubetydelig antall saker i småkravsprosessen knytter seg til partsforhold mellom stat og individ, noe som medfører at funksjonen har praktisk betydning også her.¹⁰⁴

2.2. Prosessrisikoen ved saksanlegg om tvister med lav verdi

En forutsetning for at sivilprosessen skal kunne sikre at domstolenes funksjoner oppnås for småkrav, er at småkravssaker faktisk anlegges hos domstolene. Historisk har dette vært et problem.¹⁰⁵ Problemet skyldes flere faktorer, som også har betydning for spørsmålet om hvordan reguleringen av prosessregler for småkrav skal skje i dag. Mest fremtredende er risikoen partene tar ved å gå til sak. Risikoen knyttet seg til rent økonomiske kostnader, så vel som den tiden som låses til prosessen ved saksanlegg.

Det første problemet er at partene vurderer rettsprosessen som å være for dyr, sammenlignet med kravets verdi. De samlede utgifter som påløper ved en domstolsprosess, vil fort kunne gjenspeile eller, like sannsynlig, overstige tvistesummen.¹⁰⁶ Særlig for småkrav vil dette innebære en ikke ubetydelig økonomisk risiko for partene i saken. Verste scenario kan bli å tape saken, og således miste det en har oppfattet som et legitimt krav, og i tillegg belastes motpartens, så vel som egne sakskostnader.¹⁰⁷

I tillegg har rettsprosessen blitt oppfattet som for tidkrevende.¹⁰⁸ Tiden en part risikerer å måtte vente fra stevning blir inngitt til en rettskraftig avgjørelse foreligger, har blitt betraktet som uforholdsmessig. Tidsbruken har også en nær link til de økonomiske kostnadene.¹⁰⁹ Jo lengre prosessen varer, desto dyrere blir den gjerne. Igjen gjør problemet seg særlig gjeldende for småkrav. En lavere tvistesum tilsier at den gjennomsnittlige person formodentlig ønsker å investere mindre tid på domstolsprosessen, enn der det er større verdier som står på spill. Der prosessen står i fare for å bli langdryg, vil det kanskje bli sett på som enklere å bare la egne

¹⁰⁴ Se eksempelvis TNERO-2015-20846, TOSLO-2015-68581, TSTAV-2014-134627, TOSLO-2014-55236, TKISA-2011-160942, og TOSLO-2016-44279, som alle omhandler spørsmål om skatt.

¹⁰⁵ Se avhandlingens punkt 1.1.

¹⁰⁶ Som eksempel på et land der denne faren gjenspeilet seg ble tidligere Tyskland fremhevet som eksempel, der det ville kostet 150 USD for å få dom i en sak om et krav på 100 USD, jf. Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1978), s. 13. Også i Norge har dette vært et problem, jf. NOU 2001:32 A, s. 115 første spalte.

¹⁰⁷ Dette fremholdes også av Ruth Anker Høyér, i intervju skrevet av Tore Letvik 22.juni 2016, *Juristkontakt* nr. 5 2016, s. 24.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 35 andre spalte sammenholdt med s. 41 første spalte.

¹⁰⁹ Zuckerman fremholder flere konsekvenser av en langvarig prosess, utover økonomi, blant annet svekking av bevis, jf. Adrian A. S. Zuckerman, *Justice in Crisis* (1999), s. 6. I denne avhandlingen er imidlertid fokuset på tilgangsbegrensninger.

småkravsrettigheter gå tapt, i stedet for å måtte låse seg til en prosess over lengre tid. Når prosessen først er i gang, er det ikke uten risiko å frafalle kravet dersom en skulle mene at prosessen blir for langtekkelig.¹¹⁰ Dette er således ikke en praktisk anvendelig sikkerhetsventil for småkravsinnhavere.

At prosessen blir for langtekkelig er også ansett som et rettssikkerhetsproblem, noe som kommer til uttrykk gjennom grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, som begge oppstiller et krav om at rettergangen skal skje innen «rimelig tid». Hva som anses som rimelig, kan påvirkes av tvistesummens størrelse.¹¹¹

Samlet utgjør faktorene en risiko for at kravsinnehavere kan oppfatte at risikoen ved saksanlegg overstiger en eventuell gevinst, og derfor ikke tar saken sin til domstolene. Dette umuliggjør funksjonsoppnåelse. Forutsetningen for at prosesslovgivningen skal kunne legge til rette for at sivilprosessens funksjoner ivaretas er jo at saker faktisk kommer til domstolene.

Konsekvensene ved å la rettergangskostnadene stå i et misforhold til kravets verdi har imidlertid ikke kun betydning for den enkelte part som ikke får dom for kravet sitt. Også på et samfunnsnivå er dette en barriere som anses som viktig å eliminere. På rettsområder som i stor grad omhandler mindre verdier, eksempelvis forbrukersaker og husleietvister, vil et mindre tilfang av saker for domstolene kunne hindre rettsavklaring, og hemme utviklingen på rettsområdet. Utviklingen må da skje eksklusivt fra lovgivers side.¹¹² Rettsenhet hos førsteinstans, som igjen kan bidra til noen grad av rettsavklaring, forutsetter domstolstilgang. Også rettsavklaring og –utvikling gjennom Høyesteretts praksis, forutsetter at saker faktisk blir anlagt for tingrettene. Skjer ikke dette, er disse funksjonene uten betydning for denne saksgruppen.

Det vil heller ikke være tilstrekkelig med formell lovgivning for å oppnå prosessrettens mål om handlingsdirigering, dersom det ikke er sanksjonsmuligheter for overtredelse. Rettsreglenes preventive effekt vil reduseres der kravsinnehaver ikke har en reell domstolstilgang. Dette kan medføre at (ressurssterke) parter kan «gamble» på at en rettsprosess blir for dyr for motparten, og derfor fortsette med en praksis som strider mot regelverk. En butikkjede kan eksempelvis

¹¹⁰ Den som frafaller et krav, kan bli ansvarlig for motpartens sakskostnader, jf. tvl. § 20-2 andre ledd, i tillegg til at kravet går tapt, jf. tvl. § 18-4 første ledd.

¹¹¹ Se *Kudla mot Polen*, dom 26. oktober 2000, avsnitt 124, der det uttales at «what is at stake for the applicant» er relevant i vurderingen av en saks kompleksitet, som igjen er relevant i vurderingen av om saken er avsluttet innen «a reasonable time».

¹¹² Et paradoks er at lovgiver nok mer sjelden vil komme på banen der en ikke får saker for domstolene, da de uten praksis ikke nødvendigvis vil bli gjort kjent med problemer ved den eksisterende lovgivningen.

avstå fra å akseptere reklamasjoner i henhold til forbrukerregelverket. Uten konsekvenser kan det være mer ressursbesparende å håpe på at ingen forbrukere reagerer, enn å endre praksis. Sanksjonering gjennom domstolsystemet er således en nødvendighet for at den materielle lovgivningen skal få gjennomslag i samfunnet, og også dette krever at parter faktisk tør anlegge sak.

En tilleggsdimensjon er at en for treg prosess kan gjøre at prosessen mister sin betydning. Dersom en prosess blir for langtekkelig kan partene miste behovet for en løsning, eksempelvis ved at tvistegjenstanden forvitrer. Også dette medfører en begrensning for konfliktløsning. Partene vil neppe oppfatte domstolens behandling av en sak som konfliktløsning, dersom avgjørelsen kommer for sent. Som et velkjent sitat lyder: «Justice delayed is justice denied».¹¹³

Et annet problem, i forlengelsen av manglende domstolstilgang for småkrav, er at domstolene kan miste tillit i befolkningen. Dersom hverdagslige rettskonflikter ikke kan løses rettslig, vil det kunne oppstå en oppfatning om at «rettsapparatet svikter sine oppgaver».¹¹⁴ Personer med småkrav er en gruppe kravsinnehavere som potensielt er stort i antall. For høy prosessrisiko for småkrav kan således påvirke oppfatningen av domstolsapparatet som en helhet.

2.3. Ujevne partskonstellasjoner

Saker om mindre verdier innebærer ofte partskonstellasjoner preget av ujevne styrkeforhold, eksempelvis forbrukersaker og skattesaker, der enkeltindividers motpart kan være større bedrifter eller staten.¹¹⁵ Dette kan gi seg utslag i forskjeller av økonomisk art og forskjeller i partenes prosessuelle ressurser, herunder ulikheter i erfaring med rettssystemet.¹¹⁶

Økonomiske ulikheter kan gi seg utslag først ved at parten med best økonomi i større grad har en mulighet til å tåle varige rettsprosesser. I slike tilfeller kan motparten enten oppfatte det som tryggere å oppgi kravet, eller en part kan føle seg tvunget til å inngå et dårlig forlik i saken.¹¹⁷

En trussel om å gå til sak, i en verden der rettsprosess er synonymt med omfattende prosess, vil

¹¹³ Sitert av Per Henrik Lindblom, Sena uppsatser (2006), s. 135.

¹¹⁴ NOU 2001:32 A, s. 337 første spalte.

¹¹⁵ For mer om asymmetri i typiske småkravssaker, se Eva Storskrubb og Jacques Ziller, «Access to Justice in European Comparative Law», Francesco Francioni (red.), Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press (New York 2007) (s.177-203), s. 188-191. Dette gjelder selvsagt ikke i alle småkravssaker, se Per Henrik Lindblom, Sena uppsatser (2006), s. 437 note 47.

¹¹⁶ Prosessuelle ulikheter ble fremhevet som en av flere elementer i begrunnelsen for tvistelovsreformen, se NOU 2001:32 A, s. 90 og s. 115-116. Se også Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 38 første spalte, Mauro Cappelletti, Access to Justice (1978), s. 15 og Per Henrik Lindblom, Progressiv prosess (2000), s. 310.

¹¹⁷ Også departementet så på dette som en potensiell fare, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 50 første spalte.

effektivt kunne hindre motpartens tilgang til domstolene.¹¹⁸ Parten som har best økonomi får dermed et «pressmiddel» som, kanskje særlig for småkrav, hindrer kravsinnehaveren domstolstilgang.

Videre vil den parten med best økonomi i større grad ha mulighet til å søke juridisk bistand.¹¹⁹ Det er ikke alltid like enkelt å fremstille egen sak klart og tydelig i en juridisk kontekst, uten nødvendige forkunnskaper. Et typisk trekk ved særlige småkravsreguleringer er at det gjerne legges opp til at prosessen skal være mulig å håndtere selv, uten bistand, nettopp fordi bistand raskt blir kostnadskrevene.¹²⁰ Der motparten møter med advokat eller annen juridisk bistand, oppstår det nok likevel en uønsket forskjell.

Et skille knyttet til partenes forutsetninger, blir gjerne fremstilt som en kamp mellom «'One-Shot' Litigants v. 'Repeat Player' Litigants».¹²¹ Dette baserer seg i all hovedsak på hvor ofte en part har måtte forholde seg til rettsprosessen i forkant av den aktuelle saken. En part som har frekventert domstolene tidligere, vil høyst sannsynlig ha gjort seg noen erfaringer som kan komme denne til gunst. Dette kan gå på bekostning av motparten, som i dette scenarioet ikke har tilsvarende bakgrunn. Vedkommende vil da gjerne starte prosessen med tilnærmet blanke ark, og følgelig ha større potensial for å begå både prosessuelle og materielle feil, eller å foreta mindre fordelaktige valg. Som problem blir dette særlig fremtredende i dagens rettssamfunn, preget av «økende rettsliggjøring, detaljregulering og spesialisering».¹²²

Dersom en sak lider av en svært ujevn fremstilling fra partene, uavhengig av om dette skyldes egne erfaringer eller juridisk bistand, kan grunnlaget for avgjørelsen retten skal treffe, bli mangelfullt. Dette kan igjen påvirke resultatet. Særlig i saker med selvprosederende parter kan dette bli et problem.¹²³ Dommeren kan, uten intensjon, bli påvirket av manglende bruk av juridiske begreper, og manglende evne til å fremstille saken sin i en juridisk kontekst.¹²⁴ I tillegg

¹¹⁸ Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1978), s. 15. At slike «skremselstaktikker» faktisk anvendes, fremholdes av blant annet Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 58.

¹¹⁹ Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1976), s. 677 samt Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 293 mv.

¹²⁰ For Norges del fremkommer dette implisitt av NOU 2001:32 A, s. 338 første spalte. Tilsvarende er lagt til grunn etter dansk rett, jf. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje*, Hans Reitzels (København 2017), s. 403.

Se også avhandlingens punkt 3.3 og 3.6.3.

¹²¹ Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1976), s. 679 med videre henvisninger samt Per Henrik Lindblom, *Progressiv process* (2000), s. 311.

¹²² Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 295. Dette er også uttrykt i NOU 2003:19 *Makt og demokrati*, s. 30.

¹²³ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 294-295.

¹²⁴ Fabien Gélinas, «Judicial Architecture and Rituals», Fabien Gélinas mfl. (red.), *Foundations of Civil Justice*, Springer (Sveits 2015) (s. 1-37), s. 27. Se også Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 284 som omtaler dette som et problem på grunn av «juristenes stammespråk». *Bårdsen* har i samme

er advokatene gjerne kjent med hvilke faktorer som gir positive utslag i retten, eksempelvis hvor detaljerte fremstillingen av saken bør være, som kan medføre en strategisk fordel på bekostning av den selvprosederende.¹²⁵

Danner det seg et inntrykk i samfunnet om at domstolsprosessen ikke legger til rette for at ulikheter skal utjevnes, og dette inntrykket ikke blir korrigert av rettssystemet, kan det bidra til at individer velger å avstå fra domstolsbehandling. Det har formodningen mot seg at en part tar en sak til retten dersom utfallet fremstår avgjort før start. Dersom en part har et inntrykk av at motparten har større rettslig kompetanse, uten at parten selv kan få bistand, fra retten eller fra en advokat, kan saken oppfattes som tapt. Her fremkommer kanskje problemet noe indirekte, men det er likeså en potensiell hindring for domstolstilgang, som igjen kan hindre funksjonsoppnåelse for småkrav.

Videre kan også ulikheter i partenes prosessuelle ressurser innvirke på domstolsadgangen. Dette gjør seg gjerne gjeldende der ulikhetene stammer fra forskjeller i utdanning, bakgrunn og sosial status. Ulikheter på dette nivået kan først gi seg utslag ved at en part ikke evner å identifisere hvilke materielle rettigheter denne innehar eller kan inneha, og således ikke blir bevisst det faktum at det foreligger en rett som kan prøves for domstolene.¹²⁶ Igjen ender man opp med at saker ikke anlegges for domstolene. Dernest kan også parter kapable til å identifisere hvilke materielle rettigheter de innehar stille dårlig i en juridisk sak grunnet ressursdifferanser. Mangel på kunnskap om hvilke muligheter vedkommende har for håndhevelse av krav som foreligger, kan altså gjøre at saker ikke kommer for domstolene.¹²⁷ Dette er imidlertid problemstillinger som vanskelig kan bøtes på gjennom prosessregelverket, da det knytter seg til ballast partene har forutfor rettsprosessen tar til.¹²⁸

retning uttalt at «Formen – språket – og innholdet – retten – er simpelthen uløselig knyttet sammen: Det er gjennom språket vi forstår retten. Det er gjennom språket vi gjør retten, og vårt syn på den, forståelig for andre», jf. Arnfinn Bårdsen, «Å forstå og bli forstått», Johnny Herre (red.), Festskrift till Stefan Lindskog, Jure Förlag (Stockholm 2018) (s. 87-99), s. 90.

¹²⁵ Eric Bylander, «Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), Muntlighet vid domstol i Norden, Iustus (Uppsala 2005), s. 40.

¹²⁶ Hazel Genn, «Do-it-yourself law: access to justice and the challenge of self-representation», *Civil Justice Quarterly* (2013) (s. 411-444), s. 414.

¹²⁷ Anna Nylund, «Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation*, Springer (Sveits 2014) (s. 325-344), s. 327 og Anna Nylund, «Conclusions on the Future of Civil Litigations in the Nordic Countries», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation*, Springer (Sveits 2014) (s. 409-428), s. 421.

¹²⁸ Se likevel Eva Storskrubb og Jacques Ziller, *Access to Justice in European Comparative Law* (2007), s. 191-192, som omtaler ulike virkemidler som skal tilrettelegge for at parter blir gjort kjent med sine rettigheter før en sak er anlagt. I «access to justice»-debatten ses det også til hvordan informasjon om rettigheter skal nå ut, jf. Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser* (2006), s. 115.

Problemstillingene som er reist hittil har også en side til EMK art. 6 nr. 1, og retten til «equality of arms».¹²⁹ Dette er en rett til prosessuell likhet mellom partene. Uavhengig av hvem partene er, så skal de få presentere saken sin på like premisser. Eksempelvis er det ikke rom for at én part får forklare seg muntlig, uten at motparten blir gitt tilsvarende mulighet.¹³⁰ Tilsvarende vern må antas å gjelde etter grl. § 95.¹³¹ Også etter SP art. 14 er det et krav om likhet mellom partene. Dette fremgår av artikkelens nr. 1 første punktum, som lyder: «[a]ll persons shall be equal before the courts and tribunals». Menneskerettighetskomiteen har uttalt seg om innholdet i vilkåret «equal», i General Comment No. 32.¹³² Her fremgår det at «equality of arms» naturlig må innfortolkes også her.¹³³

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har formulert utgangspunktet for vurderingen som at partene skal:

«be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent».¹³⁴

Med bruken av begrepet «substantial», viser EMD at det ikke er enhver forskjell som kan kreves utlignet. Det må være en forskjell som har direkte betydning for mulighetene til å få gjennomslag i saken, ikke et krav om full faktisk likhet. Partene må tåle noe differanse, eksempelvis i økonomi, uten at dette innebærer at retten til «equality of arms» er krenket.¹³⁵

Tilknytningen til EMK gir problemet med ujevne partskonstellasjoner ytterligere relevans, i alle fall for statene som har ratifisert EMK. De nasjonale prosessreglene må tilrettelegge for å utjevne forskjeller som kan medføre en krenkelse av «equality of arms» for å unngå å krenke menneskerettslige forpliktelser. Dette er således et problem som ikke kun knytter seg til

¹²⁹ Første gang EMD eksplisitt oppstilte kravet til «equality of arms» i en dom var i *Neumeister mot Østerrike*, dom 27. juni 1968, avsnitt 22. Nå er det ansett som en sentral rettighet utledet av EMK art. 6 nr. 1. Se eksempelvis Jon Fridrik Kjølbro, *Den europeiske menneskerettighetskonvention: for praktikere*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2017), s. 622 mv. og David J. Harris, M. O'Boyle og Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (Oxford 2014), s. 413 mv.

¹³⁰ Se eks. *Palchik mot Ukraina*, dom 2. mars 2017, avsnitt 31.

¹³¹ Se avhandlingens punkt 1.4.3.

¹³² FNs menneskerettighetskomite, General Comment No. 32, 23. august 2007.

¹³³ FNs menneskerettighetskomite, General Comment No. 32, 23. august 2007, avsnitt 8.

¹³⁴ *Kress mot Frankrike*, dom 7. juni 2001, avsnitt 72. Tilsvarende formulering kan ses i eksempelvis *Regner mot Den tjekkiske republikk*, dom 19. september 2017, avsnitt 146. Formuleringen har således blitt anvendt til å beskrive innholdet i «equality of arms» i en årrekke.

¹³⁵ Se Ola Johan Settem, *Applications of the «Fair Hearing» Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings*, Springer (Tyskland 2016), s. 114.

sivilprosessens funksjoner isolert, men også til den overnasjonale retten til en rettferdig rettergang.

2.4. Rask, billig, enkel, men samtidig rettferdig prosess

Prosessretten har lenge vært preget av ulike former for særregler for småkrav, som har supplert de alminnelige prosessreglene. Etter tvistemålsloven hadde vi i Norge regler om «forenklet rettergang», som la opp til en svært summarisk prosess.¹³⁶ Det kunne eksempelvis avsies dom uten hovedforhandling, og adgangen til å uttale seg kunne begrenses.¹³⁷ I USA eksisterer det også særregler for småkrav, men fokuset har i for liten grad vært på at behandlingen skal være rettferdig.¹³⁸ Man er altså bare kommet halvveis på veien mot tilretteleggelse for funksjonsoppnåelse. Domstolene har blitt gjort mer tilgjengelige, men prosessen som sådan har ikke alltid vært god.¹³⁹

Det primære formålet med særreguleringene for småkrav har vært å tilrettelegge for at denne type saker skal kunne avgjøres raskt, billig og enkelt. Sett i lys av det som ble konstatert ovenfor, at det primære problemet med småkrav og domstolstilgang er manglende effektiv behandling, kunne det jo antas at slike summariske behandlingsformer var tilstrekkelig for å sikre småkrav en god behandling. Problemet med denne tilnærmingen er at reglene gjerne baserer seg på en idé om at krav vedrørende mindre verdier er enkle saker.

Hvor enkel eller komplisert en sak er, knytter seg imidlertid ikke til tvistesummen, men til hva som er det rettslige spørsmålet som søkes besvart samt sakens faktum. En svært summarisk prosess for småkrav vil derfor kunne gjøre at prosessen blir rask, billig og effektiv, uten at dette utgjør en forsvarlig behandling av saken. Dette spenningsfeltet, med effektiv og proporsjonal behandling på den ene siden, og forsvarlig saksbehandling på den andre, er i kjernen av problemet med småkrav.¹⁴⁰ Eksempelvis vil et for stort fokus på en hurtig prosess kunne medføre at det faktiske grunnlaget for avgjørelsen blir svekket, eller at partenes argumenter ikke blir artikulert presist nok, noe som kan øke potensialet for feil ved avgjørelsen.¹⁴¹

¹³⁶ Se lov om rettergangsmåten i tvistemål 13. august 1915 nr. 6 (tvml.) 22. kapittel romertall V samt avhandlingens punkt 4.2.

¹³⁷ Se tvml. § 322a nummer 2, 3 og 6.

¹³⁸ Deborah L. Rhode, *Access to Justice*, Oxford University Press (New York 2004), s. 17.

¹³⁹ Deborah L. Rhode, *Access to Justice* (2004), s. 133 til 135.

¹⁴⁰ Spørsmålet har også en side til den generelle «access to justice»-diskusjonen, se Per Henrik Lindblom, *Sena Uppsatser* (2006), s. 125.

¹⁴¹ Adrian A. S. Zuckerman, *Justice in Crisis* (1999), s. 6.

Motsetningsvis vil en for omfattende utredning av en sak, kunne gå på bekostning av hensynet til effektivitet, og medføre at parter avstår fra domsbehandling.

Uten at prosessen tilrettelegger for en proporsjonal behandling, som også ivaretar retten til en forsvarlig behandling, kan det ikke være tale om en reell funksjonsoppgåelse. Som vist, forutsetter både konfliktløsning, gjennomføring av materiell lovgivning, rettsavklaring og kontrollfunksjonen, at prosessen har vært god. Det største problemet med småkrav og funksjoner, er altså å finne prosessuelle virkemidler som ivaretar hensynet til proporsjonal behandling av en sak, herunder å bidra til å effektivisere prosessen, samtidig som prosessen betegnes som forsvarlig. Disse faktorene er gjennomgangstemaet i den videre fremstillingen.

Kapittel 3. Ulike tilnæringer til småkravsproblematikken

3.1. Utgangspunkter for småkravsreguleringer

3.1.1. Virkemidler i småkravsreguleringer

På bakgrunn av problematikken gjennomgått i forrige kapittel har det de siste tiår vært en økende tendens til særreguleringer for rettergang knyttet til mindre krav. Målsetningen har gjennomgående vært å sikre en rask, enkel og billig prosess.¹⁴² For at målene skal nås, må særreguleringene legge til rette for en proporsjonal ressursbruk og en forsvarlig prosess. Enkelte prosessuelle virkemidler for å oppnå en proporsjonal og forsvarlig prosess har vist seg å være anvendt i større grad enn andre, på tvers av landegrensene. Spørsmålet er hva som er begrunnelsen bak virkemidlene. I motsetning til avhandlingens senere kapitler tas det her ikke utgangspunkt i en analyse av enkelte staters regelverk. Hensikten er ikke å se på den konkrete anvendelsen av ulike virkemidler. Det er det enkelte virkemiddels teoretiske begrunnelse og fundament som er det interessante her. Spørsmålet er hvordan et angitt virkemiddel er ment å være effektiviserende for prosessen, slik at denne blir proporsjonal og forsvarlig.

Virkemidlene som gjennomgås, er heller ikke alltid enestående for småkravsreguleringer. Som regel har virkemidlene for å sikre i alle fall økt proporsjonalitet i småkravssaker også vært benyttet, i mer eller mindre grad, i den alminnelige prosessen. Dette henger sammen med et generelt fokus på proporsjonalitet i prosessretten. All den tid det er begrunnelsen for hvordan det enkelte virkemiddel er ment å være effektiviserende som er i fokus, er dette et poeng av mindre betydning her. Rent praktisk innebærer det imidlertid at litteraturhenvisninger i dette kapitlet ikke begrenser seg til fremstillinger vedørende småkrav isolert.

Et virkemiddel forsøkt anvendt i enkelte land for å effektivisere prosessen for mindre krav er såkalte «order for payment procedures».¹⁴³ Denne form for forenklet prosess vil ikke behandles

¹⁴² Se eksempelvis den danske betenkning 2004 nr. 1436 om adgang til domstolene: reform av den civile retspleje III, s. 446, NOU 2001:32 A, s. 631 første spalte, den engelske utredningen til Lord Woolf, Access to Justice, s. 20 punkt 1, og EUs småkravsforordning, fortalens avsnitt 14. Hvilket av disse målene som vektet tyngst kan variere, og således ha betydning for hvordan det enkelte land utformer konkrete regler, jf. Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity (2015), s. 37 i pdf-format. Slike forskjeller gir imidlertid utslag på et relativt detaljert nivå, og problemstillingen vil ikke behandles ytterligere her.

¹⁴³ Begrepet brukes eksplisitt i en EU-forordning, jf. Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure (Order for payment-forordningen). Se også Zivilprozessordnung 30. januar 1877 (ZPO) § 688 mv. for lignende regulering i Tyskland.

her. Dette skyldes at forutsetningen for anvendelse av denne form for prosess er at det er tale om et uimotsagt pengekrav, som det fremstår som sikkert at kreditor har rett på.¹⁴⁴ Prosessen er således noe helt annet enn småkravsprosessen i Norge, slik at overføringsverdien av begrunnelsen bak er begrenset.¹⁴⁵

I det videre vil det først knyttes noen bemerkninger til hva som forstås med betegnelsene «proporsjonal» og «forsvarlig» samt hvilke prosessuelle minstekrav som følger av Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Deretter drøftes begrunnelsen for økt fokus på alternativ tvisteløsning i punkt 3.2. I punkt 3.3 presenteres ulike strukturelle tilnærminger til småkravsproblematikken. Her er det ikke konkrete virkemidler som er i fokus, men hvilken rettsstruktur småkrav behandles i.

Fra punkt 3.4 behandles konkrete virkemidler i selve domstolsprosessen. Først behandles tilrettelegging for selvprosederende. Deretter behandles virkemidler tilknyttet saksbehandlingen, begrensning av partenes kostnadsrisiko og ankebegrensninger suksessivt i punkt 3.5 til 3.7.

3.1.2. En proporsjonal og forsvarlig rettergang

En effektiv rettergang er av enkelte sett på som synonymt med domstolstilgang. Å sikre domstolstilgang har vært et mål med særreguleringene for småkrav.¹⁴⁶ For at rettergangen skal anses som effektiv, er det også antatt at den må være proporsjonal.¹⁴⁷ Samtidig er det et av prosessrettens grunnprinsipper at rettergangen skal være forsvarlig. I dette punktet skal ulike faktorer som er styrende for innholdet i ideen om proporsjonalitet og forsvarlighet drøftes samt problemene som oppstår i krysningpunktet mellom disse.

En proporsjonal prosess er en prosess der det oppnås balanse mellom ressursene som legges i en sak, og sakens betydning.¹⁴⁸ De særlige reglene som anvendes for småkrav, skal legge til

¹⁴⁴ Dette kommer eksempelvis til uttrykk i Order for payment-forordningen artikkel 1, der det uttales at forordningen omhandler «ubestridte pengekrav».

¹⁴⁵ I norsk rett har vi lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86 § 7-2 bokstav f, der det fremgår at en «[s]kriftlig meddelelse som fordringshaveren selv har sendt skyldneren og som viser kravets grunnlag og omfang» kan benyttes som tvangsgrunnlag. Dersom kravet er ubestridt kan altså kreditor bruke debtors erkjennelse som tvangsgrunnlag, uten å måtte gå til retten. Småkravsprosessen har således mindre betydning for disse kravene.

¹⁴⁶ Se avhandlingens punkt 2.1.

¹⁴⁷ Se Clément Camion, «Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution», Karim Benyekhlef, Jane Bailey, Jacquelyn Burkell og Fabien Gélinas (red.), eAccess to Justice, University of Ottawa Press (2016) (s. 317-335), s. 318.

¹⁴⁸ Se eksempelvis Brenda Tronson, «Towards Proportionality – The ‘Quick, Cheap and Just’ Balance in Civil Litigation», Colin B. Picker og Guy Seidman (red.), The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments, Springer (2016) (s. 183-202), s. 185.

rette for at det ikke blir brukt mer ressurser på saken enn nødvendig. Selve vurderingen avhenger av hva som forstås med ressurser og sakens betydning.

Det første som må stadfestes, er hvilke ressurser som er relevante å innta i proporsjonalitetsvurderingen.¹⁴⁹ Et naturlig utgangspunkt er partenes direkte utgifter ved saken, altså sakskostnadene. Dette gjenspeiles ved at spørsmålet om begrensning av muligheten til å få erstattet sakskostnader løper som en rød tråd i den internasjonale debatten om småkrav og domstolstilgang.¹⁵⁰

Også partenes tidsbruk kan være en ressurs, gjerne sammenholdt med de økonomiske aspektene med en sak.¹⁵¹ Det at en sak krever mye forberedelse, og da også tid, under saksforberedelsen og sluttbehandlingen, kan være et moment som gjør at en sak blir betegnet som ressurskrevende. Eksempelvis kan det legges til grunn at en sak som krever reise for å gjennomføre en befarings, er en klar indikator på at saken vil være ressurskrevende, både fra et økonomisk perspektiv og et tidsperspektiv. Dette skyldes at det i slike saker gjerne kan gå en hel rettsdag til reise til og fra og selve befaringsen.

En rettsprosess fører også til kostnader for samfunnet, gjennom de kostnadene som påløper domstolene under sakens behandling. Også slike kostnader er relevant i vurderingen, all den tid prosessregelverket skal legge til rette for at samfunnsfunksjonene ivaretas.¹⁵² At samfunnets kostnader ved prosessen samtidig skal ses bort fra fremstår lite koherent. Tilsvarende er lagt til grunn i litteraturen.¹⁵³

På den andre siden må sakens betydning vurderes. Jo større betydning en sak har, desto større ressursbruk kan legitimeres i den enkelte sak. Primært ses det til tvistesummen. Jo høyere sum det tvistes om, desto større betydning kan det presumeres at saken har.¹⁵⁴ Særreglene for småkrav omhandler per definisjon små krav, og det kan da naturlig slutes at småkravssaker anses å ha liten økonomisk betydning. Momentet er imidlertid langt fra irrelevant. Det er rom

¹⁴⁹ For et rettsøkonomisk perspektiv på ressursproblemet, se Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi*, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2018), s. 547-549.

¹⁵⁰ Se avhandlingens punkt 3.6 samt 4.7.2.

¹⁵¹ Tidsbruken i en sak er eksempelvis fremholdt som en faktor i proporsjonalitetsvurderingen av *Uzelac*, jf. Alan Uzelac, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World* (2014), s. 12.

¹⁵² Se avhandlingens punkt 2.1.3. Se også Henrik Bellander, *Rättegångskostnader: Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål* (2017), der det uttales at fra 1990-tallet har vært en tydeligere målsetning å legge til rette for en rettergang som fra statlig side er ansett å være proporsjonal, jf. s. 141.

¹⁵³ Se eksempelvis Brenda Tronson, *Towards Proportionality* (2016), s. 187 med videre henvisninger.

¹⁵⁴ Anne Robberstad, «Hagerup, prosessen og den nye tvistemålsloven», Sverre Blandhol og Dag Michalsen (red.) *Rettsforsker, politiker, internasjonalist: Perspektiver på Francis Hagerup*, Oslo Studies in Legal History no. 25 (2007) (s. 193-203), s. 199. Dette fremkommer også implisitt av at småkravsreguleringer, og hvorvidt disse kommer til anvendelse, typisk knytter seg til størrelsen på tvistesummen.

for forskjell i tvistesum fra sak til sak.¹⁵⁵ Også en småkravssak kan derfor ha ulik betydning basert på sakens tvistegjenstand.

Tvistesummen kan imidlertid ikke alene avgjøre hvorvidt en tvist skal anses å ha stor eller liten betydning. Ikke rent sjelden kan saker også ha en ideell side, der partene tillegger tvisten stor følelsesmessig betydning.¹⁵⁶ Dette kan skyldes så mangt, eksempelvis at rettergangen medfører et omdømmetap, uopprettelig skade på personlige relasjoner, eller at en blir tvunget til å utlevere informasjon som ellers ville blitt holdt privat.¹⁵⁷ Slike faktorer må også kunne ha betydning når sakens betydning skal vurderes, om enn ikke med stor vekt. Ideelle faktorer kan naturlig nok vanskeligere kvantifiseres på samme måte som en pengesum.

Ideelle faktorer kan påstås å ha særlig betydning i småkravssaker. Dette da tvistens sum allerede er betegnet som liten. Det som naturlig kan påvirke sakens betydning ut over dette, er da mer ideelle faktorer.

Det er i tillegg mulig at betydningen basert på tvistesummen må differensieres alt etter hva tvistesummen knytter seg til, altså en kronebasert vurdering med innslag av ideelle faktorer. Eksempelvis kan to saker med tvistesum på kr 50 000 vurderes ulikt. Hvis den ene knytter seg til oppreisningserstatning, mens den andre knytter seg til skadeserstatning for en gjenstand, må nok den første saken presumtivt antas å ha størst betydning på grunn av oppreisningens kompensasjonsformål.¹⁵⁸ At en slik faktor kan ha relevans kommer som en naturlig følge av at både tvistesum og ideelle faktorer er relevante i vurderingen. Det er da ingenting i veien for at kombinasjonen også er relevant.

Det er også fremhevet at en kan se til den enkelte parts økonomiske forhold i vurderingen av hvorvidt den konkrete tvistesummen må anses som høy eller lav.¹⁵⁹ Dette er i randsonen mellom

¹⁵⁵ I Norge er spennet fra 0-124.999 kr. jf. tvl. § 10-1 andre ledd, i Sverige fra 0-1/2 grunnbeløp, jf. RB 1. kapittel § 3 d første ledd, i Danmark 0- 50 000 DKK, jf. rpl. § 400, i Tyskland 0-600 euro, jf. ZPO § 495a og etter EUs småkravsforordning 0-5000 euro, jf. småkravsforordningens art. 2 nr. 1. Det er altså relativt store spenn fra de minste til de største sakene som havner innenfor småkravsreguleringene.

¹⁵⁶ At tvister kan ha stor betydning på partenes emosjonelle liv kommer blant annet til uttrykk i en artikkel om nytten av mekling, se Jan Malte von Bargen, «In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation*, (2014) (s. 77-95), s. 89.

¹⁵⁷ Brenda Tronson, *Towards Proportionality* (2016), s. 184 og Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (2018), s. 533. Disse faktorene kan også medføre økonomiske konsekvenser. Eksempelvis er det ikke tvilsomt at omdømmetap kan gjøre det vanskeligere for et individ å finne arbeid, eller vanskeligere for en bedrift å sikre seg kunder.

¹⁵⁸ Se Peter Lødrup, «Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt», *Tidsskrift for erstatningsrett* (2006) (s. 211-237), s. 218.

¹⁵⁹ Shelley McGill, «Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures», *Canadian Business Law Journal* Vol. 49 (2010) (s. 213-255), s. 220.

økonomiske og ideelle faktorer. Argumentet baserer seg på en forutsetning om at enkelte er vanskeligere stilt økonomisk, og således blir mer påvirket av tvister om mindre verdier, sammenlignet med en ressurssterk person. Her ses det derfor bort fra storsamfunnets alminnelige klassifisering av en angitt sum.

Også sakens prinsipielle betydning kan ha innvirkning på hvordan tvistens betydning evalueres i en småkravsprosess. Dersom en sak omhandler uavklarte rettslige problemstillinger, vil det øke tvistens betydning, og igjen legitimere en økt ressursbruk. Hvor viktig moment dette vil være i en proporsjonalitetsvurdering, avhenger av den enkelte stats regelsett, og hvorvidt prinsipielt viktige saker aksepteres fremmet etter småkravsregelverk.¹⁶⁰

Basert på de nevnte faktorene, og en ikke ubetydelig mengde dommerskjønn, brukes proporsjonalitet som begrunnelse for diverse prosessuelle avgjørelser og instrumenter. Det kan tenkes at å oppnå en fullstendig proporsjonal prosess er mulig. Dette er imidlertid ikke et mål i seg selv, og et slikt mål ville nok uansett kunne betegnes som en utopi. Som gjennomgått tidligere, er det også nødvendig at prosessen må anses å være forsvarlig, noe som sterkt begrenser muligheten for en fullt ut proporsjonal prosess. Dette kommer blant annet til uttrykk hos *Torafson*, som har sagt at:

«Om man må slutte ved nærmere betraktning, at formålene med en småsaksprosess innenfor de alminnelige domstoler ikke kan oppnås uten en vesentlig svekkelse av den rettssikkerhet som hører med til sakens domstolsmessige behandling, må man heller se bort fra prosessen og søke andre alternativer til lettelse av behovet for løsningen av rettstvister om de såkalte mindreverdige saker».¹⁶¹

Dersom det skal være tale om reell funksjonsoppnåelse, må altså prosessen også ivareta grunnleggende prosessuelle prinsipper, herunder prinsippet om en forsvarlig rettergang. Hva som skal forstås med en forsvarlig behandling avhenger av den konkrete saken. Et gjennomgangstema er imidlertid at prosessen må gjennomføres på en måte som tilrettelegger for et mest mulig korrekt resultat.¹⁶² Eksempelvis må partenes rett til kontradiksjon ivaretas, prosessen må gjennomføres innen rimelig tid og partene må få lik adgang til å presentere saken

¹⁶⁰ For norsk rett, se avhandlingens punkt 4.4.2.

¹⁶¹ Hjörtur Torafson, «Småsaksprosess», Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet Del 1 (Oslo 1999) (s. 53-76), s. 55/56.

¹⁶² Se eksempelvis Colleen M. Hanycz, «More access to less justice: efficiency, proportionality and costs in Canadian civil justice reform», *Civil Justice Quarterly* (2008) (s. 98-122), s. 101. Her fremholdes viktigheten av at det i rettssystemet oppnås en balanse mellom «efficiency of inputs and accuracy of outputs», altså at proporsjonalitet ikke kan gå på bekostning av kvaliteten på avgjørelsene som treffes.

sin. I stor grad overlapper prinsippet om en forsvarlig rettergang de rettigheter partene har etter EMK art. 6 nr. 1. Det er vanskelig å se for seg et scenario der det kan konstateres at prosessen er rettferdig, men ikke forsvarlig.

For småkravssaker har forsvarlighetsprinsippet størst betydning som en ramme for den proporsjonalitetsvurderingen som må foretas. Et gjennomgangstema for prosessregler i småkravsreguleringer er at reglene er mindre formelle, og følgelig tillegger retten et større skjønn, gjerne med fokus på proporsjonalitet.¹⁶³ Det kan selvfølgelig ikke settes de samme krav til en prosess som omhandler krav av liten verdi, som der verdiene som står på spill, er store. Ved at proporsjonalitetsprinsippet knyttes til forsvarlighetsprinsippet er likevel intensjonen at småkravsreguleringene ikke skal medføre at partene blir stående med «Svarte Per», i en prosess uten prosessuelle sikkerhetsnett.

Balansegangen mellom proporsjonalitet og forsvarlighet er vanskelig i alle saker. I småkravsreguleringer kan den være særlig utfordrende, da et av hovedformålene bak særreguleringene er å holde prosesskostnadene lave, noe som har medført et svært stort fokus på proporsjonalitet. I enkelte stater er det reist kritikk mot det økende fokuset på proporsjonalitet, både fra et konkret og generelt perspektiv, på grunn av en oppfatning om at det er fare for at rettergangen oppgir for mange grunnleggende prinsipper.¹⁶⁴ Beskrivelsen «forsvarlig» trues, til tross for at også denne gjerne er inntatt i målsetningen med småkravsreguleringene.

Et element i kritikken er at det er fare for mindre fokus på rettens beslutningsgrunnlag.¹⁶⁵ Fokuset på en proporsjonal rettergang, med særlig fokus på en rettergang som avvikles mest mulig effektivt, kan medføre at rettens beslutningsgrunnlag blir svakere. Dette kan igjen medføre at ønsket om materielt riktige resultater nedprioriteres, slik at rettergangen ikke lengre kan omtales som forsvarlig.

¹⁶³ Se avhandlingens punkt 3.5.

¹⁶⁴ Se eksempelvis Clément Camion, *Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution* (2016), s. 317, som illustrerer problematikken med en henvisning til Batman, The Joker og Two-Face: «Both Batman and the Joker are involved in strategic thinking based on substantive values and thus, at times, both must delay decision-making. Two-Face's decision-making process, however, is purely procedural in nature. This villain goes about his affairs by reducing fundamental dilemmas to a binary choice, and resolving them by flipping a coin. By surrendering his fate to a coin flip (and at times, bending complex questions into a false dichotomy), he achieves extreme efficiency. In other words, pure efficiency in decision-making is achieved through a ritual where no value of justice intervenes». Dette er ment som en illustrasjon på problemet med å la effektivitet bli for styrende i avgjørelsesprosessen. Følgen kan bli at grunnleggende verdier begrenses eller tilsidesettes i en for stor grad.

¹⁶⁵ Clément Camion, *Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution* (2016), s. 319.

Kritikken må imidlertid ikke forstås slik at proporsjonalitet blir fremhevet som et negativt aspekt ved småkravsreguleringer. Heller må det forstås som et varsku mot å miste fokus på forsvarlighet i søken etter en prosess som kan benyttes for alle former krav. Igjen er fokuset på reell funksjonsoppnåelse for småkrav, noe som forutsetter både tilgang til domstolsystemet og en kvalitetsrettergang.

3.1.3. Menneskerettslig vern som minstestandard

Prosessreglene til medlemsstatene i Europarådet, uavhengig av om de er alminnelige eller særskilt for småkrav, må legge til rette for at kravene til en rettferdig rettergang etter EMK art. 6 nr. 1 ikke krenkes. Det er tale om en vurdering av om prosessen som en helhet holder den ønskede standarden, altså om det er tale om en «fair trial».

I vurderingen av om rettergangen er «fair», er det flere relevante momenter. Noen fremkommer eksplisitt av EMK art. 6 nr. 1, mens andre rettigheter er utledet av EMD. Det foreligger flere omfattende fremstillinger av rettighetene.¹⁶⁶ Det sentrale i denne sammenhengen er hvorvidt rettighetene kan relativiseres i småkravssaker. I tillegg er det for det meste et overlapp mellom faktorene i forsvarlighetsvurderingen, presentert ovenfor, og de rettigheter som utledes av EMK art. 6 nr. 1.

Av EMK art. 6 nr. 1 første setning fremgår det en eksplisitt rett til en offentlig høring, foran en uavhengig og upartisk domstol, innen rimelig tid. Videre har EMD uttalt at retten til en offentlig høring må innebære en rett til muntlig forhandling,¹⁶⁷ samt at rettferdig rettergang forutsetter en rett til domstolsprøving i én instans.¹⁶⁸ I tillegg er det utledet en rett til «equality of arms», altså likebehandling av partene.¹⁶⁹ Utover dette er også rettighetenes detaljer samt unntak fra rettighetene, utpenslet gjennom EMDs praksis. Samtlige av rettighetene er i utgangspunktet tillagt også parter i en småkravssak.

¹⁶⁶ Se eksempelvis Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention (2017), s. 463-636 samt s. 711-732, Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks og Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey – The European Convention on Human Rights, Oxford University Press (2014), kapittel 12, David J. Harris M. O’Boyle og Colin Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, (2014), kapittel 9 samt Ola Johan Settem, Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings (2016).

¹⁶⁷ *Göç mot Tyrkia*, dom 11. juli 2002, avsnitt 47.

¹⁶⁸ *Golder mot Storbritannia*, dom 21. februar 1975, avsnitt 36. Se Jon Fridrik Kjølbro, Den europeiske menneskerettighedskonvention (2017), s. 590-594, for mer om retten til ankebehandling etter EMK art. 6 nr. 1.

¹⁶⁹ *Regner mot Den Tsjekiske Republikk*, dom 19. september 2017, avsnitt 146.

I 2016 uttalte EMD seg for første gang om EMK art. 6 nr. 1 sin betydning i en forenklet prosess for mindre krav, i saken *Pönkä mot Estland*.¹⁷⁰ Saken omhandlet erstatning for skade på inventar, taksert til omtrent 1800 EUR, noe som gjorde at estlandsk småkravsprosess fikk anvendelse.¹⁷¹ Den forenklete prosessen medførte at saken skulle avgjøres etter skriftlig behandling, så fremt ingen av partene aktivt krevde muntlig behandling. Også da kunne retten, på nærmere angitte vilkår, nekte muntlig behandling. Saksøkte ønsket muntlig behandling, men retten brukte sin rett til å nekte slik gjennomført. Saksøkte anket saken, men den ble avvist både hos andreinstans og hos øverste instans. Det ble dermed aldri avholdt noen høring. Deretter ble saken påklaget til EMD, med påstand om at saksøktes rett til en «fair and public hearing» var krenket i henhold til EMK art. 6 nr. 1.

Saken ble inntatt til realitetsbehandling for EMD. En av anførselene til klager var at hensynet til prosessøkonomi ikke kunne være tilstrekkelig til å fravike retten til muntlig behandling. Denne argumentasjonen fremstår ikke som akseptert av EMD, i alle fall ikke på generelt grunnlag. Det uttales i dommen at:

«The Court recognices at the outset that member States may find it useful to introduce a simplified procedure for the adjudication of small claims. Such a simplified procedure may be in the interest of the parties as it facilitates access to justice, reduces the costs related to the proceedings and accelerates the resolution of disputes».¹⁷²

Uttalelsen gir uttrykk for en aksept av forenklet behandling av småkrav, og at dette kan innebære at enkelte nedjusteringer av prosesskravene kan aksepteres. Likevel fremheves det at:

«Such a simplified procedure for the adjudication of small claims must of course comply with the principles of a fair trial as guaranteed in Article 6 § 1. The domestic provisions and their application in the domestic courts must therefore ensure respect for the right to a fair trial [...]».¹⁷³

Ses uttalelsene i sammenheng gis det et inntrykk av at vurderingen av prosessen som en helhet får enda større betydning i småkravssaker. Det fremstår som om medlemsstatenes forenkling av prosessen aksepteres som et positivt tilskudd, og at det må være opp til statene selv å

¹⁷⁰ *Pönkä mot Estland*, dom 8. november 2016. Småkravssaker har også tidligere vært behandlet av EMD, men da uten generelle bemerkninger om småkravsreguleringer, se eksempelvis *Scarth mot Storbritannia*, dom 22. juli 1999.

¹⁷¹ *Pönkä mot Estland*, dom 8. november 2016, avsnitt 9 samt 12.

¹⁷² *Pönkä mot Estland*, dom 8. november 2016, avsnitt 30.

¹⁷³ *Pönkä mot Estland*, dom 8. november 2016, avsnitt 30.

identifisere hvilke forenklinger som vil bidra til en rimeligere og mer effektiv behandling, så fremt behandlingen som en helhet er rettfærdig.

Det kan altså fremstå som om det i småkravssaker i noen grad åpnes for en slags relativisering av kravet til en rettfærdig rettergang, hva gjelder den enkelte rettssikkerhetsgaranti. Naturlig nok er det enkelte av garantiene som ikke kan relativiseres, eksempelvis retten til en upartisk og uavhengig domstol. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av den enkelte sak, der momentene i den ovenfor gjennomgåtte proporsjonalitetsvurderingen kan spille inn i vurderingen av hvorvidt terskelen for krenkelse skal økes noe.¹⁷⁴

3.2. Alternativ tvisteløsning

3.2.1. Mekling i tvister om mindre verdier

Alternativ tvisteløsning er en fellesbetegnelse på ulike tvisteløsningsmekanismer som faller utenfor det alminnelige domstolsystemet. Noen generelt sett praktiske eksempler er voldgift og mekling. Voldgift er imidlertid ikke av stor praktisk betydning for småkrav.¹⁷⁵ Mekling har derimot blitt tillagt større relevans som virkemiddel for at småkrav skal få en løsning, og vil presenteres i det videre.

Hvilke retningslinjer ulike land har for mekling varierer. Allerede på meklingsstrukturen er det ulikheter. Mekling kan skje privat, gjennom nemnds-system, frivillig ved henvisning fra retten, frivillig hos retten, eller obligatorisk.¹⁷⁶

Hovedtrekkene i meklingsordningene baserer seg likevel i stor grad på samme lest. Målet med meklingen er å tilrettelegge for at partene skal kunne enes om et resultat, ved hjelp av en mekler.¹⁷⁷ Mekleren kan være en dommer eller en privat aktør. Det er heller ikke slik at det nødvendigvis er egne meklingsinstitutter for småkrav.

¹⁷⁴ Dette samsvarer med lignende tendenser i straffeprosessen, jf. *Jussila mot Finland*, dom 23. november 2006, avsnitt 42. Her ble det lagt til grunn at nasjonale domstoler måtte kunne se til effektivitet og økonomi i enkelte straffesaker.

¹⁷⁵ Eller som *Lindblom* sier det, «skiljeförfarandet – är naturligvis i praktiken stängd för alla småborgenärer som inte är ute efter att begå ekonomisk harakiri», jf. Per Henrik Lindblom, En struntsak (1990), s. 253. Tilsvarende er lagt til grunn av Tvistelovsutvalget, jf. NOU 2001:32 A, s. 335 andre spalte.

¹⁷⁶ Masahiko Omura, «General Report – Effective Access to Justice: The Right to Access to Justice and Public Responsibilities», International Association of Procedural Law 2014 (s. 233-245), s. 241.

¹⁷⁷ Se Lin Adrian, «The Role of Court-Connected Mediation and Judicial Settlement Efforts in the Preparatory Stage», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (2014) (s. 209-231), s. 210.

Begrunnelsen for mekling som virkemiddel kan spores tilbake til en av prosessrettens funksjoner, nemlig konfliktløsning mellom individer. Vellykket mekling medfører at konflikten mellom partene avsluttes. Fokuset skiftes vekk fra det juridiske aspektet, og over til at begge parter skal få et resultat de kan leve med.¹⁷⁸ Blant annet mot denne bakgrunn har det vært en debatt om hvorvidt mekling faktisk er et legitimt alternativ til rettergang på generell basis.¹⁷⁹

Også prosessøkonomi kan bidra til å begrunne mekling på bekostning av rettergang. Meklingsprosessen er gjerne billigere, og det er langt på vei lagt opp til at partene skal kunne møte uten representasjon. Formålene er altså i stor grad overlappende med de formål særregler for småkrav gjerne har. I tillegg viser forskning at parter opplever løsninger knyttet til mekling som mer rettferdige, enn det som følger av en dom. Partene er således mer villig til å opptre i henhold til resultatet.¹⁸⁰ Dette vil være gunstig for en småkravsinnehaver, som da slipper å bruke ressurser på å tvangsfullbyrde kravet sitt. Også dette medfører at mekling kan være å foretrekke, på bekostning av rettergang. En unngår i større grad eventuelle konflikter ved gjennomføring av kravet, noe som er ressursbesparende.

En ulempe med mekling som virkemiddel for småkrav er at forutsetningen for at mekling skal sikre proporsjonal ressursbruk, er at meklingen faktisk medfører enighet. Uten enighet må saken anlegges ved retten for å få en avgjørelse. Da har meklingen medført et ekstra prosessledd, med potensielle tilleggskostnader som vedheng. Dette innebærer at mekling ikke alltid kan anses som ressursbesparende. Denne problematikken kan begrunne at meklingen ikke alltid er obligatorisk, eller at partene kun er pålagt en plikt til å motta informasjon om mekling.¹⁸¹

I tillegg er det reist kritikk mot et for aktivt meklingsinstitutt. Dersom tvister på enkelte rettsområder kun undergår mekling, og ikke rettergang, kan det medføre mindre rettsikkerhet på det aktuelle området.¹⁸² I litteraturen er det også uttalt at:

¹⁷⁸ Sue Prince, «Mediating small claims: are we on the right track?», *Civil Justice Quarterly* (2007) (s. 328-340), s. 329.

¹⁷⁹ Masahiko Omura, *General Report – Effective Access to Justice* (2014), s. 241.

¹⁸⁰ Se Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis* (2010), s. 237 med videre henvisninger. Se også Lorig Charkoudrian, Deborah Thompson Eisenberg og Jamie L. Walter, «What Difference Does ADR Make? Comparison of ADR and Trial Outcomes in Small Claims Court», *Conflict Resolution Quarterly* nr. 1 (2017) (s. 7-45), s. 34.

¹⁸¹ Se Debbie De Girolamo, «Rhetoric and civil justice: a commentary on the promotion of mediation without conviction in England and Wales», *Civil Justice Quarterly* (2016) (s. 162-185), s. 169-170.

¹⁸² Felix Maultzsch, «National Report: Germany – The Right to Access to Justice and Public Responsibilities», *International Association of Procedural Law* 2014 (s. 247-264), s. 256 og Stephan Landsman, «Pro Se Litigation», *Annual Review of Law and Social Science*, nr. 8 (2012) (s. 231-253), s. 238. Se også Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser* (2006), s. 419, sammenholdt med s. 436-441.

«the main thrust of modern civil justice reform is about neither more access nor more justice. It is simply about diversion of disputants away from the courts. It is essentially about less law and the downgrading of civil justice».¹⁸³

Sett i lys av funksjonene er det ikke tvilsomt at mekling favoriserer konfliktløsning, på bekostning av de samfunnsmessige funksjonene. Forlik etter mekling, legger i begrenset (om noen) grad opp til etterlevelse av materielle regler, og er heller ikke et godt grunnlag for rettsavklaring eller rettsutvikling. Det er således ikke slik at mekling er et fullgodt alternativ til rettsprosess for småkravssaker.

3.2.2. EU-forordningene om mekling og online tvisteløsning

Også EU har fattet interesse for alternativ tvisteløsning som alternativ til rettergang. I 2013 kom EU-direktivet om alternativ tvisteløsning for forbrukertvister, som pålegger medlemsstatene å tilrettelegge for en eller annen form for mekling på forbrukerrettens område, jf. Direktiv 2013/11/EU av 21. mai 2013.¹⁸⁴ Begrunnelsen for direktivet var blant annet å tilrettelegge for at forbrukere enklere skulle kunne få løst tvister, jf. direktivets art. 1. Direktivet knytter seg ikke spesifikt til små krav. All den tid en stor andel av forbrukersaker vil være små av verdi, har likevel direktivet en nær tilknytning til små krav.

På samme tidspunkt kom forordningen om «online dispute resolution» for forbrukertvister.¹⁸⁵ Dette er ikke en løsning knyttet til domstolene, men til uavhengige tvisteløsningsorgan, og hører dermed naturlig under betegnelsen alternativ tvisteløsning.¹⁸⁶ Forordningen er bindende for Norge.¹⁸⁷

Den overordnede hensikten med forordningene er å tilrettelegge for en enkel, effektiv, rask, rettfærdig, uavhengig og billig utenrettslig tvisteløsning, for slik å stimulere til handel nasjonalt

¹⁸³ Hazel Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press (Cambridge 2009), s. 69.

¹⁸⁴ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) (heretter ADR-direktivet).

¹⁸⁵ Regulation No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) (heretter ODR-forordningen).

¹⁸⁶ Også private aktører har tilrettelagt for å løse forbrukertvister via internett. Se til eksempel Ebay: <https://www.ebay.com/help/buying/default/ask-ebay-to-step-in?id=4701> (sist sett 25. januar 2019).

¹⁸⁷ Se lov om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker 17. juni 2016 nr. 29 § 28 første ledd.

og på tvers av landegrensene.¹⁸⁸ For å oppnå dette ble det opprettet en «ODR-plattform».¹⁸⁹ Denne tilrettelegger for at forbrukere, og også profesjonelle, enkelt skal kunne klage på forhold rundt et forbrukerkjøp.¹⁹⁰ Forutsetningen for at forordningen, og herunder portalen, skal få anvendelse er at det er tale om internettkjøp.¹⁹¹ Denne forordningen henger nært sammen med ADR-forordningen all den tid ODR-forordningens hovedmål er å tilrettelegge for ADR i forbrukertvister.

Portalen, hvis vellykket, skal tilrettelegge for at småkravsinnhavere enklere skal kunne forfølge forbrukerkrav både nasjonalt og regionalt. Til tross for at det her ikke er tale om å oppnå en bindende avgjørelse, kan det å forenkle tilgangen til meklingsinstitusjoner medføre at flere småkravsinnhavere i alle fall oppnår forlik i saker, og således opplever konfliktløsning.¹⁹² Særlig gjør dette seg gjeldende for den aktuelle formen for forbrukertvister, nemlig tvist om kjøp over internett. Dette øker sannsynligheten for at det er tale om en grenseoverskridende tvist, som det kan oppfattes som vanskeligere å oppnå konfliktløsning i.¹⁹³ Tilsvarende som for ordinær meklings er ikke dette et fullgodt alternativ til rettergang, men heller et nyttig supplement i de saker der partene ikke er interesserte i en prosess.

3.3. Tilrettelegging av prosessen for selvprosederende

Partskonstellasjonen i saker om små verdier varierer. Dette gjelder også saker om større verdier. Et fremhevet kjennetegn med konstellasjonene i saker etter særreguleringer for småkrav er imidlertid et økt antall selvprosederende.¹⁹⁴ Begrunnelsen for den presumerte (eller i flere land bekreftede) økningen i antallet selvprosederende skyldes flere faktorer.

¹⁸⁸ Jf. ODR-forordningens artikkel 1, sammenholdt med forordningens fortale, avsnitt 8. Se også Pablo Cortés, «The online court: filling the gaps of the civil justice system?», *Civil Justice Quarterly* (2017) (s. 109-126), s. 110. Her fremholdes det imidlertid at forordningens primære anvendelsesområde vil være på transnasjonale tvister, med den følge at enkelte medlemsland har opprettet nasjonale internettløsninger som supplement, jf. s. 111.

¹⁸⁹ ODR-forordningens artikkel 5, særlig første og andre ledd.

¹⁹⁰ Portalen er tilgjengelig fra Europakommisjonens hjemmeside: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.show> (sist sett 25. januar 2019). Se også Henry J. Brown og Arthur L. Marriott, *ADR principles and practice*, Sweet & Maxwell (London 2011), s. 588.

¹⁹¹ ODR-ordningens artikkel 2 første ledd.

¹⁹² Både ADR-direktivet og ODR-forordningen er ment å komplementere eksisterende nasjonale konfliktløsningsmekanismer, jf. Pablo Cortés, *The online court: filling the gaps of the civil justice system?* (2017), s. 116.

¹⁹³ Rettergang på tvers av landegrensene kan fort koste langt mer enn en nasjonal rettergang, særlig hvis saken krever oppmøte.

¹⁹⁴ Eksempelvis er selvprosederende «common» i småkravssaker i Belgia, jf. Stefaan Voet, «Relief in Small and Simple Matters in Belgium», *Erasmus Law Review* nr. 4 (2015) (s. 147-158), s. 157, i England er det en økning i antall selvprosederende, jf. John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and*

For det første, som presentert nedenfor i punkt 3.7.2, har flere stater begrenset adgangen til å bli representert av advokat i saker som behandles etter særregler for mindre krav. Uten tillatelse til å bli representert av advokat har ikke parten noe annet valg enn å representere seg selv. Også der det er tillatt å få bistand begrenses gjerne sakskostnadene som kan fås erstattet. Dette bidrar også til at flere kan ønske å avstå fra advokatbistand.¹⁹⁵ Når småkravsreguleringer har som formål å senke den enkeltes kostnader knyttet til rettergangen, er et økt antall selvprosjederende en forventet konsekvens.

For det andre har det etter finanskrisen i 2007 vært en tendens til mindre subsidiering av rettergangen fra offentlig hold.¹⁹⁶ Tendensen er at det blir mindre rom for rettshjelp, og økte domstolsgebyrer. Tilleggs kostnader i form av advokatutgifter kan da fremstå enda mer uforholdsmessig knyttet til saker om mindre verdier enn før. At flere velger å avstå fra å søke profesjonell bistand, er en naturlig følge av dette.¹⁹⁷

Et velkjent sitat, ikke minst fra amerikansk popkultur, er at «the man who serves as his own lawyer has a fool for a client».¹⁹⁸ Sitatet indikerer intet mindre enn at det å representere seg selv er lite gunstig. At flere velger å opptre i retten uten representasjon, er imidlertid ikke et onde i seg selv. I flere land er det tvert imot sett på som en grunnleggende rett. I teorien er det eksempelvis fremholdt at:

«we would be likely to say that the right to act in person is about access to justice. Indeed, we might think that this right is the ultimate expression of access to justice; that every citizen – no matter what means or position in society – has the right of access to court, and to be heard by a judge in pursuit or defence of their legal right».¹⁹⁹

Wales : the bargain basement of civil justice?, Clarendon Press (New York 1997), s. 9 og John Sorabji, «Austerity's Effect on English Civil Justice», *Erasmus Law Review* nr. 4 (2015) (s. 159-173), s. 172, og i den canadiske provinsen Quebec må man som hovedregel være selvprosjederende i småkravssaker, jf. Jonathan Silver og Trevor C. W. Farrow, «Canadian Civil Justice: Relief in Small and Simple Matters in an Age of Efficiency», *Erasmus Law Review* nr. 4 (2015) (s. 232-244), s. 241.

¹⁹⁵ Dette er tilfellet i blant annet England, se John Sorabji, *Austerity's Effect on English Civil Justice* (2015), s. 165.

¹⁹⁶ John Sorabji, «The Crisis of Legal Aid and Alternative Solutions», *International Association of Procedural Law* (2014) (s. 341-367), s. 343.

¹⁹⁷ Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 418.

¹⁹⁸ Paula Hannaford-Agor og Nicole Mott, «Research on Self-Represented Litigation: Preliminary Results and Methodological Considerations», *The Justice System Journal*, vol. 24, nr. 2 (2003) (s. 163-181), s. 163.

¹⁹⁹ Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 423. Her fremkommer det også at retten til å representere seg selv visstnok kan spores helt tilbake til Magna Carta.

Sitatet illustrerer viktigheten av en adgang til å opptre som selvprosederende i rettssystemet. Det vil være i strid med «access to justice»-tankegangen å nekte parter adgang til å anlegge sak på egne vegne.²⁰⁰

Et økt antall selvprosederende medfører imidlertid enkelte belastninger på domstolsystemet som har betydning for hvilke virkemidler som må anvendes for å sikre funksjonsoppnåelse for småkravsinnhavere.²⁰¹ I det videre skal problemene med selvprosederende drøftes samt hvilke virkemidler som er benyttet for å begrense effekten problemene skal ha i prosessen.

Som et utgangspunkt kan det legges til grunn at selvprosederende kan ha urealistiske forventninger til prosessen, herunder hvilken bistand fra retten som er tilgjengelig.²⁰² Det skjer at selvprosederende tropper opp i rettens lokaler og forventer at rettens ansatte skal hjelpe til med praktiske og også materielle sider ved dennes sak. Dette er et problem som i liten grad gjør seg gjeldende der en part er representert ved advokat.

Selvprosederende parter er gjerne også mer uforutsigbare enn representerte parter. Dette skyldes for det første manglende kjennskap til prosessuelle regler. Partene forholder seg eksempelvis i mindre grad til preklusive frister, da de ikke nødvendigvis er kjent med følgene knyttet til en preklusiv frist. Det kan følgelig fremkomme nye bevis under sluttbehandling av en sak.²⁰³ Sen fremsettelse av nye bevis er uheldig, da det kan medføre at prosessen dras ut i tid. Motparten har en rett til kontradiksjon, slik at alt for sen bevisfremsettelse i verste fall kan gjøre at sluttbehandlingen av saken må utsettes.

Det er også slik at selvprosederende parter gjerne ikke er kjent med skillet mellom hva som er juridisk relevant og irrelevant.²⁰⁴ Dette kan medføre en «føre-var»-tankegang, der eksempelvis alle bevis som tenkelig kan være relevant fremmes, som igjen kan medføre at prosessen dras ut i tid.²⁰⁵ I motsetning til representerte parter har selvprosederende heller ikke fått instruksjoner om hvordan utspørring av vitner skal foregå, eller hvordan egen forklaring best bør gis for å få frem

²⁰⁰ Under den forutsetning at parten kan sikres en forsvarlig rettergang på egen hånd. Se for eksempel tvl. § 3-2, som gir retten adgang til å pålegge en part å opptre med prosessfullmektig, dersom parten «ikke kan framstille saken på en forståelig måte».

²⁰¹ Men dette gjelder ikke uten unntak. Se eksempelvis Richard Marcus, «The Right of Access to Justice – The Experience of the U.S. since the 1960s», *International Association of Procedural Law* (2014) (s. 277-287), s. 278/279.

²⁰² Paula Hannaford-Agor og Nicole Mott, *Research on Self-Represented Litigation* (2003), s. 165.

²⁰³ Se eksempelvis til England, jf. Civil Justice Council rapport «Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants)» (2011), s. 22.

²⁰⁴ Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 434.

²⁰⁵ At dette krever store ressurser har blitt erfart i eksempelvis Norge, når eventualmaksimen gjaldt for fullt, jf. Jon Skeie, *Den norske civilproce*s Bind 1, O.Norli (Oslo 1939), s. 444.

det som er viktig. Det kan være vanskelig å få frem koblingen mellom faktum og juss på en måte som gjør at retten forstår partens argument. Dette medfører at prosessen gjerne kan bli mindre juridisk fokusert dersom en selvprosederende er delaktig.²⁰⁶

Et annet problem med selvprosederende kan være at prosessen kan bli over gjennomsnittet aggressiv. Med dette mener jeg at prosessen preges av unødvendige prosesser, både knyttet til grunnlaget for å overhodet gå til sak, men også spørsmål som kan oppstå under en ellers legitim sak.²⁰⁷ Årsakene til dette kan enten knyttes til problematikken med manglende forståelse for hva som gjør en sak vellykket, eller til personlighetstrekk hos den enkelte part. I tillegg er det gjerne vanskeligere å holde et objektivt perspektiv når saken som behandles, direkte påvirker en selv.

I enkelte land ville retten vanligvis forholdt seg relativt passiv, og latt eventuelle uklarheter stå for partens egen regning. Nå er det imidlertid en tendens til at retten i småkravssaker tillegges et større ansvar for å oppklare betydningen av et bevis eller en anførsel.²⁰⁸ Et økt antall selvprosederende parter har således vært en faktor som har påvirket dommerens rolle. Retten kan ikke lenger sitte tilbakelent og ignorere det faktum at en part i verste fall kan lide rettstap på grunn av manglende fremstillingsevne.

Et siste problem som har særlig tilknytning til selvprosederende, er dommerens personlige håndtering av sakene, særlig der motparten er representert. I litteraturen er det fremholdt at dommere tidvis kan opptre på grensen til respektløst mot selvprosederende parter, som en følge av at de gjerne har en annen opptreden enn den garvede advokat.²⁰⁹ Selvprosederende har fått på seg et rykte som forlengere av prosessen.²¹⁰ Dette er imidlertid ikke et problem som har medført egne virkemidler, men heller interne retningslinjer og for øvrig generelle

²⁰⁶ John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 4 der det fremgår at småkravprosessen i England, gjennom å tilrettelegge for selvprosederende, gjerne blir «less legalistic».

²⁰⁷ Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 427/428.

²⁰⁸ Dette behandles nærmere nedenfor i punkt 3.6.2.

²⁰⁹ Stephan Landsman, *Pro Se Litigation* (2012), s. 240. Dette er imidlertid uttalt om amerikanske forhold. Her har det visstnok vært hendelser som kan ha medført en særlig negativ innstilling til selvprosederende. Forfatteren nevner eksempelvis tilfeller der selvprosederende parter har opptrådt voldelig: «While one incident provides little basis for judicial worry, the 2005 murder of two members of the family of a Chicago federal judge by a pro se litigant does stand as a troubling precedent for those in the judiciary inclined to be concerned about such questions». Jeg er ikke kjent med lignende ekstreme forhold fra andre land.

²¹⁰ Dette er fremholdt av eksempelvis Paula Hannaford-Agor og Nicole Mott, *Research on Self-Represented Litigation* (2003), s. 165.

habilitetsregler. Også i saker om små krav er det viktig at partene oppfatter at de blir tatt på alvor, og at de opplever prosessuell rettferdighet.²¹¹

Dommeren håndtering av saken kan imidlertid også medføre problem motsatt vei, dersom retten må yte mye bistand til den selvprosederende, mens den andre parten har advokat, og ikke har tilsvarende behov. Bistanden kan da rokke ved den representerte parts inntrykk av rettens uavhengighet, noe som heller ikke er heldig.

I forlengelsen av ovennevnte kan man se (i alle fall i enkelte land) en gjennomgående tendens til at selvprosederende har en statistisk dårligere mulighet for å vinne en sak.²¹² Dette er en faktor som må inntas i vurderingen av hvilke virkemidler det er behov for i en småkravsprosess. Uten at slike skjevheter tas tak i, kan det ikke tales om reell funksjonsoppnåelse for småkravsinnhavere i rettssystemet.

I tillegg vil en selvprosederende part kunne føle seg underlegen i prosessen, særlig der motparten er representert ved advokat. I flere land er det slik at rettsaktørene har på kappe eller lignende, i alle fall når det er tale om rettsmøter i en rettsal. En respons på dette har vært å gjøre prosessen mer uformell enn det som gjelder for alminnelige saker. Rettsaktørene unntas kappeplikt, og møter kan avholdes i mindre formelle omgivelser.²¹³ Hensikten er å fjerne synlige elementer i rettsprosessen som kan fremheve forskjeller mellom aktørene som har erfaring med rettsvesenet og selvprosederende.

Hittil har jeg omtalt «selvprosederende» som én gruppe. Det er imidlertid ikke tale om en ensartet gruppe.²¹⁴ Også en advokat som går til sak på egne vegne, kan betegnes som en selvprosederende part. Til tross for at selvprosederende som regel ikke har juridisk kompetanse, må muligheten for det motsatte ikke ses bort fra.²¹⁵ De gjennomgåtte problemene aktualiseres i større eller mindre grad avhengig av den konkrete partens kompetanse. Det er således ikke

²¹¹ Se Lin Adrian, *Procesretfærdighed*, (2013), s. 109.

²¹² John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 47. Det er også sagt at «while law without lawyers is an increasing possibility for many Americans, it is frequently law without justice», jf. Deborah L. Rhode, *Access to Justice* (2004), s. 134. Uttalelsen indikerer at selvprosederende parter ikke nødvendigvis sikres den ideelle rettergangen.

²¹³ Se eksempelvis til England, der eksempelvis dommeren og eventuelle advokater ikke skal benytte parykk i småkravssaker, jf. John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 3. I tillegg kan rettsmøtet avholdes på dommerens kontor, jf. John Sorabji, «An Examination of the Influence of European Union Law», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019) (s. 89-100), s. 94.

²¹⁴ Se Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 426-427.

²¹⁵ Hazel Genn, *Do-it-yourself law* (2013), s. 427. Eksempelvis kan bedrifter ha ansatte jurister eller advokater som håndterer eventuelle rettsvister, eller en part kan av andre grunner være vant med rettsaker.

hensiktsmessig å utforme egne regler for samtlige selvprosederende parter. Lovteknisk har dette medført at selvprosederende gjerne heller er en faktor som har fått sin plass i mer skjønnsmessige prosessuelle vurderinger.

3.4. Ulike strukturelle tilnæringer til småkravsproblematikken

3.4.1. Opprettelse av særdomstoler for små krav

Håndteringen av småkravsproblematikken kan komme til uttrykk på ulike måter i prosessstrukturen. Valg av struktur baserer seg på en oppfatning av hvordan sivilprosessens funksjoner best kan ivaretas. Her skal ulike strukturer presenteres samt fordeler og ulemper ved disse sammenholdt med sivilprosessens funksjoner og prinsipper.

Problematikken med småkrav, og manglende domstolstilgang, kan forsøkes løst med egne domstoler. Dette er gjort i eksempelvis Canada og Belgia.²¹⁶ Her er det egne domstoler som utelukkende behandler småkrav, typisk kalt «small claims court».²¹⁷ Det er imidlertid vanskelig å beskrive hvordan småkravsdomstoler generelt fungerer, da prosessen avhenger av hvilken stat eller provins domstolen tilhører. Eksempelvis har Canada egne prosessregler for hver enkelt provins.²¹⁸ I tillegg opererer enkelte land med egne småkravsdomstoler uten at det innebærer at disse anvender egne prosessregler. Formålet med å skille ut egne domstoler er primært av praktisk art, eksempelvis knyttet til spørsmål om bemanning og lokasjon.²¹⁹

En fordel med denne ordningen er at dommerne i de aktuelle domstolene blir kjent med særegenheter knyttet til det å behandle småkravssaker. Det oppnås en form for spesialisering. Dette vil presumptivt medføre at saker kan håndteres mer effektivt, noe som tilrettelegger for

²¹⁶ Se henholdsvis Jonathan Silver og Trevor C. W. Farrow, *Canadian Civil Justice* (2015), s. 240 og Stefaan Voet, *Relief in Small and Simple Matters in Belgium* (2015), s. 157/158.

²¹⁷ Det er likevel ikke slik at betegnelsen brukes på alle småkravsdomstoler. I Belga betegnes småkravsdomstolene for «Justices of the Peace», jf. Stefaan Voet, *Relief in Small and Simple Matters in Belgium* (2015), s. 147. Betegnelsen «small claims court» brukes også på småkravsreguleringene i England, men her er det i realiteten ikke tale om noen adskilte småkravsdomstoler. Det er kun tale om egne reguleringer for småkrav for de ordinære domstolene, jf. John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 5.

²¹⁸ Eksempelvis opererer ulike kanadiske provinser med ulike terskelverdier for småkrav. I Ontario er grensen maks 25 000 kanadiske dollar, mens det i Quebec er 15 000 kanadiske dollar, noe som gjør at sakstilfanget kan bli ulikt. Se henholdsvis <https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/scc/> og <https://www.justice.gouv.qc.ca/en/your-disputes/small-claims/maximum-amount-of-claim/#> (begge sist sett 25. januar 2019).

²¹⁹ Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, *Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity* (2015), s. 14 i pdf-format. Belgiske og iranske småkravsdomstoler fremheves her som eksempler på at småkravsdomstolene er opprettet for å tilrettelegge for småkravsbehandling fra et praktisk perspektiv, og ikke nødvendigvis et prosessuelt.

konfliktløsning ved at domstolene blir mer tilgjengelig. En mer effektiv behandling av saker, åpner for et større sakstilfang.

Spesialisering kan også være en ulempe. Dersom retten kun forholder seg til forenklet prosess, er det mulig at dette over tid vil svekke rettergangen i småkravssaker. Det kan bli et for ensartet fokus på forenkling, all den tid den enkelte dommer ikke får erfaringer fra en mer omfattende prosess, og kan således få et annet inntrykk av hva som inngår i en forsvarlig minstestandard for prosessen.

3.4.2. Fleksible prosessregler

En alternativ løsning på småkravsproblematikken er å tillegge ansvaret for prosessen på dommeren i den konkrete saken. I stedet for å operere med særregler for småkrav tas det utgangspunkt i den ordinære prosesslovgivningen, og en fleksibel anvendelse av denne.

Bruken av fleksible regler kan illustreres med de tyske prosessreglene. Småkravssaker behandles i første instans ved «Amtsgericht», som behandler blant annet formueskrav inntil 5000 euro.²²⁰ Dette er den ordinære førsteinstans, som behandler flere ulike sakstyper, og er derfor ingen småkravsdombstol.²²¹ I utgangspunktet behandles alle saker etter de samme prosessreglene, og systemet baserer seg dermed på en fleksibel tolkning av reglene, som skal tilrettelegge for at prosessen forenkles der det er nødvendig.²²²

Småkrav av svært lav verdi, under 600 euro, er undergitt en ekstra grad av fleksibilitet. Dette fremgår av ZPO § 495 a, som lyder:

Das Gericht kann sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen, wenn der Streitwert 600 Euro nicht übersteigt. Auf Antrag muss mündlich verhandelt werden.²²³

Bestemmelsen legger ansvaret for prosessopplegget i saker om verdier under 600 euro på dommeren. Det fremstår som om det er tilnærmet full fleksibilitet, slik at dommeren selv kan

²²⁰ Gerichtsverfassungsgesetz, 27. januar 1877 § 23 nr. 1.

²²¹ Gerichtsverfassungsgesetz § 23 nr. 2. Se Peter L. Murray og Rolf Stürner, German Civil Justice (2004), s. 48-49.

²²² Peter L. Murray og Rolf Stürner, German Civil Justice (2004), s. 50.

²²³ ZPO 1877. Den engelske oversettelsen av bestemmelsen er «The court may decide at its equitably exercised discretion on how to implement its proceedings if the value of the claim does not exceed the amount of 600 euros. Upon corresponding application being made, the matter must be dealt with in oral argument», se https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (sist sett 25. januar 2019).

vurdere hva den enkelte sak behøver.²²⁴ Dette tilrettelegger for at prosessen fullt ut kan skreddersys til den enkelte sak, under den forutsetning at grunnleggende rettigheter ivaretas.²²⁵

En noe tilsvarende løsning er brukt i Sverige, der det kun er tre særregler for mindre krav, og for øvrig er det lagt opp til at de ordinære prosessreglene skal anvendes fleksibelt. Særreglene omhandler antall dommere som skal behandle saken, begrensinger for hvilke sakskostnader som kan erstattes, en utvidelse av jurisdiksjon i forbrukersaker og krav om at småkravssaker krever tillatelse, «prövningstillstånd», før anke.²²⁶ Hvordan prosessen skal gjennomføres, er imidlertid ikke regulert særskilt, men skjer etter de ordinære reglene. Dette har sammenheng med endringen fra en egen småmålslag, til én generell lov for tvistemål. Småmålslagen ble brukt som inspirasjon ved endringen av rättegångsbalken i 1987, slik at rättegångsbalken i sin helhet skulle basere seg på en mer fleksibel lest.²²⁷

En fordel med denne form for prosessregulering, er at prosessen i den enkelte sak enkelt kan tilpasses den aktuelle tvisten. Det legges til rette for at ressursbruken skal bli proporsjonal til tvistens betydning, da det åpnes for at behandlingen av saken kan reguleres basert på sakens vanskelighetsgrad.

En prosess basert på fleksible regler gjør imidlertid prosessen mindre forutberegnelig for partene.²²⁸ Særlig der det er tale om selvprosederende, kan dette vise seg å være et problem, da det kan være vanskelig å utlede handlingsalternativer innenfor reglene. Det er ikke gitt hvordan den enkelte sak vil håndteres. Da det kan presumeres at en rettsprosess kan oppfattes som skremmende for selvprosederende i seg selv, kan det være grunn til å frykte at en uforutsigbar prosess kan øke frykten og bidra til at enkelte avstår fra rettergang.

3.4.3. Egne prosessregler for små krav

En annen løsning, som er valgt i eksempelvis England, Norge og Danmark, er at småkravssaker behandles hos de ordinære domstolene, men etter egne prosessregler. Her tas det utgangspunkt

²²⁴ Se Jürgen Beier, «The Woolf Report and German Civil Procedure», *The Liverpool Law Review* vol. XIX (1) 1997 (s. 67-88), s. 71 samt Felix Maultzsch, *National Report: Germany – The Right to Access to Justice and Public Responsibilities* (2014), s. 253.

²²⁵ Eksempelvis må partene, hvis de ber om det, få uttale seg muntlig, jf. Peter L. Murray og Rolf Stürner, *German Civil Procedure* (2004), s. 50, note 65. At skreddersøm av prosessen er effektiviserende er også fremholdt av Anna Nylund i «The structure of civil proceedings – convergence through the main hearing model?», *Civil Procedure Review* nr. 2 (2018) (s. 13-39), s. 24.

²²⁶ RB kapittel 1 § 3 d, kapittel 10 § 8 a og kapittel 18 § 8 a. Den svenske småkravsreguleringen behandles nærmere i avhandlingens punkt 5.3.

²²⁷ Prop. 1986/1987:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande, s. 75 (prop. 1986/87:89).

²²⁸ Alan Uzelac, *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World* (2014), s. 11.

i et eget sett med regler, som suppleres med alminnelige regler, gjerne kalt «spor» eller «track». Dersom en sak faller under det enkelte lands beskrivelse av en småkravssak anvendes dette regelsettet. Denne reguleringsformen vil behandles nærmere i senere kapitler, da den er anvendt i norsk rett. Uten å gå inn på de enkelte rettssystemers løsninger i dybden, er strukturen generelt sett ment å være noe fastere enn det som følger av en ordning basert på fleksible regler. Dette er en relativt forutsigbar løsning, da partene enkelt kan identifisere hvilke regler som kommer til anvendelse i den aktuelle saken.

Det fremstår imidlertid som at denne løsningen gjerne suppleres med mer fleksible regler. Hvor forutsigbart løsningen i realiteten er, er derfor usikkert. En innvending mot egne, forenklete, prosessregler for mindre krav kan virke å basere seg på en forutsetning om at mindre krav er enkle krav.²²⁹ Dette er langt fra alltid korrekt.

Et gjennomgående problem med alle reguleringsformene for småkrav er at parter kan forsøke å presse prosessen inn i det forenklete spor, for å utnytte begrensingene prosessformen medfører til egen vinning. Dette er blant annet betegnet som «The hijack theory».²³⁰ I enkelte stater har store firmaer lært seg å utnytte den forenklete prosessen som en gjeldsinnkrevingsmekanisme. Problemet har imidlertid ikke vært påvist i Norge, mulig som en følge av at småkravprosessen enda er relativt ny her. Problematikken vil dermed ikke behandles ytterligere.

3.5. Effektivisering av prosessen

3.5.1. Forsterket saksforberedelse

Forutsetningen for å begrense kostnadene med en småkravssak er at gjennomføringen av prosessen skjer mest mulig effektivt. Det er flere ulike virkemidler som er ment å skulle bidra til økt effektivisering. Her skal tre av dem behandles. Først skal begrunnelsen for saksforberedelsens fremvekst gjennomgås. Deretter skal dommerens økende aktivitetsplikt drøftes. Til slutt skal formålet bak bruken av skjemaer i prosessen presenteres.

Historisk har ikke saksforberedelsen alltid stått i fokus. Tidligere var det mer vanlig med langtekkelige sluttbehandlinger, med flere rettsmøter over lengre tid. I dag har imidlertid «the

²²⁹ Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity, 2016, s. 15 sammenholdt med s. 12 og 13 i pdf-format.

²³⁰ Paul Lewis, «The consumer's court? Revisiting the theory of the small claims procedure», Civil Justice Quarterly (2006) (s. 52-69), s. 55.

main hearing model», eller tretrinnsmodellen, fått fotfeste.²³¹ Modellen deler prosessen i tre faser: Stevningsfasen, saksforberedelsen og sluttbehandling.²³² Saksforberedelsens plass i prosessen er således stadfestet.²³³ Det interessante her er det teoretiske bakteppe for hvorfor en forsterket forberedelse av en sak er ansett å være effektiviserende. Fremstillingen i det videre tar utgangspunkt i tretrinnsmodellen.²³⁴

Hensikten med en saksforberedelse er å forberede saken til sluttbehandling.²³⁵ Dette innebærer blant annet at sakens tvistesporsmål skal klarlegges, og at sakens fremdrift skal fastsettes. Et av formålene er at man skal unngå at nye spørsmål oppstår under sluttbehandlingen av en sak, slik at denne må utsettes.

I tillegg er det antatt at en sak er bedre egnet for tilskjæring på et forberedende stadium, enn under sluttbehandlingen.²³⁶ Dette kan særlig gjøre seg gjeldende for en småkravssak. Under sluttbehandlingen skal saken presumtvt være ferdig forberedt. Dersom uproblematiske spørsmål ikke er avskjært på dette tidspunktet har partene, og kanskje også retten, brukt ressurser på å utrede spørsmål som kunne vært unngått. I småkravssaker som skal undergå en proporsjonal behandling blir problematikken særlig aktuell.²³⁷ Jo tidligere avskjæring foretas, desto mindre ressurser avsettes til det aktuelle spørsmålet. All den tid det skal lite til for at ressursbruken blir uforholdsmessig stor der tvistesummen er liten er effektivitetsgevinsten stor dersom saken skjæres til på et tidligst mulig tidspunkt.

²³¹ Betegnelsen «main hearing model» kommer av at sluttbehandlingen av en sak skjer i ett sammenhengende møte, i motsetning til tidligere, der sluttbehandlingen skjedde gjennom flere sporadiske møter, jf. Anna Nylund, «Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016) (s. 1-15), s. 7. At denne modellen kan sies å være foretrukket i dag kan eksempelvis illustreres ved ALI-UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure punkt 9.1.

²³² C. H. van Rhee, «Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective», X.E. Kramer og C. H. van Rhee (red.), *Civil Litigation in a Globalising World*, T. M. C. Asser Press (Nederland 2012) (s. 39-63), s. 59.

²³³ Anna Nylund, *Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings* (2016), s. 1/2.

²³⁴ Et alternativ til tretrinnsmodellen er den italienske prosessmodellen. Her er det også tre stadier, men forberedelsesstadiet etterfølges av et bevisinnhentes stadium. Det er imidlertid mindre fokus på hurtig gjennomføring, noe som har medført at hvert av disse stadiene kan vare i opptil et år, jf. Elisabetta Silvestri, «Italy: Civil Procedure in Crisis», C.H. van Rhee og Fu Yulin (red.), *Civil Litigation in China and Europe* (s. 235-255), s. 242. Modellen er således ikke hensiktsmessig dersom målsetningen med prosessen er å oppnå en proporsjonal rettergang.

²³⁵ Anna Nylund, *Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings* (2016), s. 7.

²³⁶ Anna Nylund, *Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings* (2016), s. 7.

²³⁷ Anna Nylund, «Preparatory Proceedings in Norway: Efficiency by Flexibility and Case Management», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016) (s. 57-79), s. 73.

Videre skal sluttbehandlingen av småkravssaker gjennomgående være kort. Målsetningen er som regel at sluttbehandlingen skal gjennomføres i løpet av timer.²³⁸ Dersom dette skal være en reell mulighet må saken være ferdig forberedt i forkant av møtet. Prosessen i småkravssaker må antas å være særlig sårbar for forsinkelser, sammenlignet med alminnelig prosess.

Det er imidlertid ikke kun fordeler knyttet til innføring av en forsterket saksforberedelse. Hvor vellykket følgene av et skift fra fokus på sluttbehandling til saksforberedelse blir, henger nært sammen med rettshistorien til den enkelte stat. Der det tidligere ikke har vært tradisjon for en felles forberedelse, kan manglende kulturendring hos rettsaktørene medføre at saksforberedelsen kun blir et tillegg til prosessen, uten å bidra til en mer effektiv sluttbehandling.²³⁹ Saksforberedelsen kan da medføre en totalt sett mer ressurskrevende prosess. Dette er imidlertid ikke et viktig moment mot saksforberedelse som et effektiviserende moment, men heller mot måten den innføres på.

3.5.2. Aktiv dommer

En forutsetning for at saksforberedelsen skal være et effektiviserende bidrag, er at dommeren inntar en aktiv rolle. Problemet med at rettergangen tidligere, og tidvis også i dag, ble for omfattende, knyttes gjerne til at partene sto relativt fritt til å ekspandere saken. For at småkravssaker skal kunne få sin avslutning innenfor proporsjonale rammer, er dommeren gjerne gitt et større ansvar for prosessen.²⁴⁰ I litteraturen er dette også betegnet som at prosessen er blitt mindre partsstyrt, eller «adversarial».²⁴¹ Det er tillagt retten å avgjøre tidsplanen for rettergangen.²⁴²

Hva det innebærer at dommeren skal være mer aktiv varierer. Én forståelse knytter seg til de praktiske sidene av rettergangen, såkalt «case management», eller aktiv saksstyring. Under

²³⁸ I USA finnes det til og med eksempler på at småkravssaker skal avsluttes innen 15 minutter, jf. informasjonsskriv fra byretten i East Liverpool, Ohio, punkt 6: http://www.elcourt.org/Forms/small_claims.pdf (sist sett 25. januar 2019).

²³⁹ Se eksempelvis Aleš Galič, «The Preparatory Stage of Civil Proceedings in Slovenia, the Czech Republic and Slovakia: Halfway There Yet?», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016) (s. 111-140), s. 137.

²⁴⁰ Dette er imidlertid ingen nyvinning. Også tidligere har dommeren hatt kontroll på prosessen, se Barbara Yngvesson og Patricia Hennessey, «Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature», *Law & Society Review*, vol. 9, 1975 (s. 219-274), s. 223 med videre henvisninger, og C.H. van Rhee, «Introduction: In within a Reasonable Time – The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation», *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Vol. 28 (2010) (s. 7-33), s. 10. Dette kan dermed heller betegnes som en tilbakevendende trend.

²⁴¹ John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 3.

²⁴² Dette er eksempelvis fremhevet som et effektiviserende element i Belgia, jf. Stefaan Voet, *Relief in Small and Simple Matters in Belgium* (2015), s. 148.

arbeidet med reformering av den engelske prosesslovgivningen uttalte Lord Woolf at dette innebar at retten skulle:

«Identify [...] the issues in the case; summarily disposing of some issues and deciding in which order other issues are to be resolved; fixing timetables for the parties to take particular steps in the case; and limiting disclosure and expert evidence».²⁴³

Dette er en beskrivelse av fenomenet som i mer eller mindre grad passer for de fleste stater.²⁴⁴ Dommeren skal ha en mer «hands on»-håndtering av sakene enn det som var tilfellet tidligere. Som vist ovenfor er det i flere land slik at dommeren er gitt tilnærmet frie tøyler for hvordan prosessen skal gjennomføres når det gjelder småkravssaker. Dette henger nært sammen med at prosessen i småkravssaker må skreddersys.²⁴⁵

Dommeren tillegges typisk også større skjønn i vurderingen av hvordan saken skal gjennomføres, som et ledd i å gjøre prosessen mer fleksibel.²⁴⁶ Dette anses som en forutsetning for at sakens behandling skal kunne tilpasses sakens betydning. Rammene for skjønnet henger gjerne nært sammen med målet om å oppnå en forsvarlig og proporsjonal prosess.²⁴⁷ *Legg og Higgins* formulerer dette som at det eksisterer:

«an express objective for a civil justice system of not only ‘doing justice’ but achieving that aim without undue cost or delay, acting as guide to the interpretation of rules of civil procedure and as a consequence being the fulcrum upon which case management pivots».²⁴⁸

²⁴³ Lord Woolf, *Access to Justice*, s. 14 punkt 4.

²⁴⁴ I eksempelvis Italia det imidlertid leddommere som administrerer småkravssaker, jf. Elisabetta Silvestri, *Italy: Civil Procedure in Crisis*, s. 239. Dette kan medføre at den aktive saksstyringen blir mer illusorisk. Saksstyring krever presumptivt en grad av kunnskap om de rettslige faktorene en sak består av.

²⁴⁵ Behovet for skreddersøm av saker som et effektiviserende moment er drøftet generelt av *Galič*, se Aleš Galič, «The Aversion to Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-Communist Countries: Can the Influence of EU Law Change it?», Michal Bobek (red.), *Central European judges under the European influence: the transformative power of the EU revisited*, Hart Publishing (Oxford 2015) (s. 99-124), s. 100.

²⁴⁶ Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, *Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity* (2015), s. 26 i pdf-format.

²⁴⁷ Michael Legg og Andrew Higgins, «Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?», Colin B. Picker, Guy I. Seidman (red.), *The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments*, Springer (Cham, Sveits 2016) (s. 157-181), s. 158 med videre henvisninger. Dette er gjort i eksempelvis England, Australia, Norge og USA. Se også Aharon Barak, «The Nature of Judicial Discretion and its Significance», Ola Wiklund (red.) *Judicial Discretion in European Perspective*, Norstedts juridik og Kluwer Law International (Stockholm/Haag 2003), s. 20.

²⁴⁸ Michael Legg og Andrew Higgins, *Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?* (2016), s. 158. Sitatet knyttes ikke til et enkelt lands rett, men er et uttrykk for en generell tendens. Se også Aleš Galič, *The Aversion to Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-Communist Countries* (2015), s. 100-101.

Proporsjonalitet og forsvarlighet er altså formalisert som styringsmekanismer for hvordan den enkelte dommer skal legge opp prosessen. Dette kommer direkte til uttrykk i enkelte lands lovgivning.²⁴⁹

Et element i begrunnelsen for at økt dommerkontroll over prosessen er en flittig brukt mekanisme, skyldes en av følgene som gjerne kommer med småkravsreguleringer, nemlig et økt antall selvprosederende.²⁵⁰ Det presumeres at det da blir et økt behov for en dommerstyrt prosess, sammenlignet med de saker der begge parter er representert av advokater. Dersom parter som ikke er bevisst de juridiske aspektene av en sak, skal få full frihet til å overlesse den med prosesshandlinger, vil ikke småkravsreguleringene oppnå det oppgitte mål.

At det her har vært en utvikling, blir tydeliggjort ved å se til «common law»-land, og da særlig England.²⁵¹ Historisk har den engelske prosessen vært strengt partsstyrt. I henhold til dette utgangspunktet skulle dommeren være tilbakeholden under rettsmøtene, og ikke bidra utover å være en ordstyrer. For småkravssaker er dette i stor grad fraveket.²⁵² I litteraturen er dommerens rolle nå beskrevet som delvis inkvisitorisk.²⁵³ Dommeren er nå gitt muligheten til å styre høringene slik vedkommende finner det passende, inkludert å stille egne spørsmål til partene eller vitner før partene starter utspørringen sin, under den forutsetning at prosessen som helhet fremstår rettfærdig.²⁵⁴

Det er også fremholdt at dommere som administrerer småkravssaker må kunne se forbi de rent juridiske aspektene ved en sak for at småkravsreguleringene skal fungere til sitt formål. Ideen er at dommeren i en småkravssak også får ansvar for at partene oppnår «social justice», og må som en følge tolke materielle og prosessuelle regler på en mer fleksibel måte for å sikre

²⁴⁹ Se eksempelvis til England, jf. Civil Procedure Rules 1998, nr. 3132 part 1.1 andre ledd, og Norge, jf. tvl. § 1-1 andre ledd.

²⁵⁰ Se eksempelvis til Nederland, der dommerens rolle er styrket i samtlige sivile saker, jf. C.H. van Rhee og R.R. Verkerk, «The Netherlands: a no-nonsense approach to civil procedure reform», C.H. van Rhee og Y. Fu. Dordrecht (red.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, Springer (Dordrecht 2014) (s. 259-280), s. 267.

²⁵¹ Xandra Kramer, «The structure of civil proceedings and why it matter: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure», *Uniform Law Review* (2014), (s. 218-238), s. 230/231.

²⁵² Civil Procedure Rules 1998, nr. 3132, part 27.8, første ledd.

²⁵³ John Sorabji, *Austerity's Effect on English Civil Justice* (2015), s. 169 og John Baldwin, *Small Claims in the County Courts in England and Wales* (1997), s.9.

²⁵⁴ Alisdair Gillespie og Siobhan Weare, *The English Legal System*, Oxford University Press (Oxford 2015), s. 527 og John Sorabji, *An Examination of the Influence of European Union Law* (2019), s. 93-94.

rettferdige løsninger, utover det som fremkommer av en streng juridisk forståelse.²⁵⁵ Dette er imidlertid ikke en oppfatning som gjenspeiles i formelle regler eller virkemidler.²⁵⁶

Etter hvert som konseptet med en aktiv dommer har fått fotfeste, og ulike stater har gjort seg egne erfaringer, har det også kommet kritikk. Ulemper med den norske reguleringen behandles i kapittel 6. Her vil kun hovedtrekkene fra kritikken internasjonalt presenteres.

Hvorvidt en aktiv dommer anses som et gode eller ikke, har gjerne sammenheng med hvordan dommerrollen historisk har vært. I stater der dommeren tradisjonelt har vært passiv, som eksempelvis i USA, har det vært kritikk mot en aktiv dommer på et generelt plan. Her er det eksempelvis fremholdt at en for aktiv dommer på saksforberedelsestadiet kan medføre at prosessen blir av lavere kvalitet. Fokuset blir skiftet fra å faktisk forberede saken, til å få avsluttet saken uten en sluttbehandling.²⁵⁷ Dette ses i sammenheng med en økt forventning om bruk av alternativ tvisteløsning og et økt press fra retten om at partene må forlike saken.

Et annet element i kritikken er at dommerskjønn og aktivitetsplikt kan medføre at behandlingen av saker ikke blir konsekvent, noe som anses som stridende mot prinsippet om en forsvarlig rettergang.²⁵⁸ Gjennomføringen av en sak avhenger av den enkelte dommer, og ikke prosessreglene som sådan. Sett i lys av begrensede overprøvningsmuligheter i småkravssaker er dette særlig problematisk, da det er vanskeligere å få rettet opp eventuelle feilvurderinger som foretas i førsteinstans.

3.5.3. Skjematiske fremstillinger

Et siste virkemiddel for å effektivisere prosessen er å la skjemaer være førende for prosessens fremdrift. Dette er relativt enestående for småkravssaker. Ideen er at partene kan finne skjemaer på internett, og bruke disse som utgangspunkt for fremstillingen av saken sin. I motsetning til veiledende skjemaer, som kan anvendes i flere typer prosesser, er det her tale om en obligatorisk fremgangsmåte.²⁵⁹

²⁵⁵ John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 46.

²⁵⁶ For mer om dette, se John Baldwin, «Small claims hearings: the “interventionist” role played by district judges», *Civil Justice Quarterly* (1998) (s. 20-34), s. 30.

²⁵⁷ Hazel Genn, *Judging Civil Justice* (2009), s. 174.

²⁵⁸ Hazel Genn, *Judging Civil Justice* (2009), s. 174. Se også Judith Resnik, «Managerial Judges: The Potential Costs», *Public Administration Review* nr. 45 (1985) (s. 686-690), s. 688-689, sammenholdt med Elizabeth G. Thornburg, «The Managerial Judge Goes to Trial», *University of Richmond Law Review* nr. 4 (2010) (s. 1261-1325), s. 1267-1271.

²⁵⁹ I Norge har eksempelvis tingrettene maler for hvordan stevning og tilsvar skal utformes, men som partene ikke er forpliktet til å bruke. Se Norges Domstolers skjemaside, under «Sivile saker og straffesaker»: <https://www.domstol.no/no/arv-og-skifte/dodsfall-og-arv/skjema/> (Sist sett 25. januar 2019).

Fordelene med skjemaer er at de orienterer partene om hvilken informasjon som må formidles motpart og retten, og at de er enkle å bruke.²⁶⁰ For særlig selvprosederende legger skjemabruk til rette for å gjøre fremstillingen av saken tydeligere, og mer oversiktlig. Partene sparer også ressurser dersom advokat benyttes, ved at advokaten slipper å måtte utarbeide fullstendige prosesskriv. Skjemaene har allerede bidratt til å klarlegge saken, ved å stille spørsmålene som prosesshandlingene skal besvare.

I tillegg presumeres det at skjemaer vil gjøre det enklere å håndtere informasjonen partene formidler administrativt.²⁶¹ All den tid informasjonen fremkommer gjennom et ferdig strukturert skjema, er det presumtivt enklere å få tak på hvilken informasjon partene mener er relevant for sakens ulike aspekter. Dette er særlig en fordel i saker der prosesskrivene alternativt ville blitt utformet av selvprosederende uten en klar forståelse av det juridisk relevante. Rettens arbeidsbyrde lettes således ved at partene blir tvunget til å strukturere saken sin skjematisk.²⁶²

Det er også ulemper ved å bruke skjemaer. Utformingen av skjemaene har betydning for hvilken informasjon som partene formidler hverandre og retten. Dersom skjemaene ikke gir tilstrekkelig presis informasjon, er det en fare for at partene kan begrense fremstillingen sin for mye, noe som kan øke behovet for etterfølgende kommunikasjon. Dette er ikke en ønskelig effekt.

For lange skjemaer kan gjøre at partene ikke oppfatter informasjonen skjemaene er ment å gi. Dette kan være gunstig for personer eller bedrifter med erfaring fra rettssystemet, som ikke behøver forklaringene for å fremstille saken sin, på bekostning av den uerfarne.²⁶³ Sett i lys av at et av målene med særlige reguleringer for småkrav er å begrense ulikheter mellom partene, er dette uheldig. Et annet problem er hvilken frekvens skjemaene skal ha. For mange skjemaer vil motarbeide hensynet til effektivitet. For få skjemaer, kan hindre sakens opplysning.

Som nevnt er det heller ikke slik at alle småkravssaker er enkle av natur. Dette kan medføre at skjematisk fremstillinger ikke alltid vil egne seg for alle typer saker. Problemet kan imidlertid minimeres ved at partene eksempelvis kan sende inn tilleggskriv ved behov, eller at det kan inntas fritekstrubrikker.

²⁶⁰ Se Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis* (2010), s. 234.

²⁶¹ Se Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis* (2010), s. 234.

²⁶² Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, *Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity* (2015), s. 25 i pdf-format.

²⁶³ Se Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis* (2010), s. 235.

Basert på fordelene og ulempene med skjematiske fremstillinger er forutsetningen for at skjemaer skal innebære et effektiviserende element, at de er vel utarbeidet. Dette er således ingen enkel og rask løsning på småkravsproblematikken, men en løsning som krever stor arbeidsinnsats i forkant av gjennomføring fra den som pålegges å utarbeide skjemaene.

3.6. Partenes kostnadsrisiko

3.6.1. Rettsgebyr

Den største hindringen på veien mot domstolene for småkravsinnhavere er at prosessen er dyr. Det er dermed ikke uventet at flere virkemidler knytter seg direkte til ulike utgiftsposter som oppstår i rettergangen. Først skal begrensinger av rettsgebyrets størrelse drøftes. Deretter knyttes noen bemerkninger til rettskjøpsordninger, før punktet avsluttes med den tradisjonelt største kostnaden, advokatsalæret.

Småkravsinnhaveres tilgang til domstolene henger nært sammen med kostnadene ved å gå til sak. Som et ledd i å begrense disse, har flere land valgt å sette ned rettsgebyret som partene må betale for å få anlegge sak.²⁶⁴ Hvor virksomt dette er som kostnadsregulerende virkemiddel, avhenger av det enkelte land. I land med allerede lave rettsgebyrer, er det nok av mindre betydning, enn der rettsgebyrene tradisjonelt er høye.²⁶⁵

Rettsgebyret er en utgift som partene ikke kan bidra til å redusere selv. Å sette gebyret ned medfører i alle fall at utgiftene partene må betale til domstolene begrenses. Hvorvidt øvrige kostnader skal påløpe avgjøres av partene selv. Det er jo eksempelvis mulig å avstå fra å bruke advokat, og slik begrense tilleggskostnader. Lavere rettsgebyr kan dermed bidra til å senke terskelen for å anlegge søksmål, da i alle fall de umiddelbare kostnadene ved saksanlegg fremstår mindre.

²⁶⁴ Dette gjelder blant annet Tyskland, Iran, Israel, Litauen, Polen og Spania, jf. Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, *Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity* (2015), s. 24 i pdf-format.

²⁶⁵ Størrelsen på rettsgebyret henger nært sammen med hvilken begrunnelse det enkelte rettssystem har for rettsgebyr. Rettsgebyrene kan være av mer symbolsk karakter, og således være lave, eller de kan være en primær inntektskilde for domstolene. Sistnevnte har vært tilfellet i England, der rettsprosess blir sett på som en «service» som partene må betale for, se John Sorabji, *Austerity's Effect on English Civil Justice* (2015), s. 160.

3.6.2. Rettshjelp

Ulikheten i prosessuelle ressurser er et problem som har blitt forsøkt reparert ved rettshjelp.²⁶⁶ Ideen er at ved å gi subsidier til parter uten økonomiske midler, så tilrettelegger man for juridisk bistand, som igjen vil utjevne ulikhetene.²⁶⁷ Rettshjelp er imidlertid ikke tilstrekkelig for å sikre at sivilprosessens funksjoner ivaretas for småkrav generelt.

For det første er vilkårene for å få rettshjelp primært basert på individets personlige økonomiske status, noe som gjenspeiles i for eksempel den norske og svenske rettshjelpsordningen, der forutsetningen for hjelp er et lavt inntekts- og formuesnivå.²⁶⁸ Dette kan bidra til at enkelte småkravsinnhavere får hjelp til å fremme en sak på en forsvarlig måte, noe som vil bedre muligheten for funksjonsoppnåelse i den konkrete saken. Det er imidlertid ikke slik at småkrav kun oppstår hos fattige, eller at problemet med småkrav og funksjonsoppnåelse begrenser seg til individer med lavt inntektsnivå. Småkravssaker kan oppstå hos de aller fleste, uavhengig av økonomisk status, eksempelvis ved reklamasjon på hverdagslige kjøp. Det er dermed ikke tilstrekkelig å knytte løsningen av domstolsadgangen for mindre krav til kravshavers økonomi, og bestemte typer saker. Også en person med normal til god økonomi kan ende opp med å gi opp et krav dersom prosessen blir uforholdsmessig lang og kostbar.

I tillegg gjelder ikke rettshjelpsøsningene for alle typer krav, men gjerne en positivt angitt gruppe krav, der mange typiske småkrav vil falle utenfor. Eksempelvis er det i Norge typisk familiesaker, oppsigelsessaker og klagesaker til NAV, som aktualiserer krav om rettshjelp. Dette er saker som ikke skal behandles etter småkravsregelverket.²⁶⁹ Tilsvarende restriksjoner gjelder i Danmark, jf. rpl. § 327 og i Sverige, jf. rättshjälpslagen § 11.

Sist blir det et spørsmål om hvem det er som skal legge til rette for rettergangen. Det kunne tenkes at samfunnet valgte å prioritere rettshjelp til de fleste. Økonomisk ville dette sikret at de som ønsket det, kunne gå til sak. Dette er imidlertid ikke et mål i seg selv. Det er ikke samfunnsøkonomisk forsvarlig å la staten ta alle utgifter ved alle saksanlegg. Særlig gjelder dette småkrav, som gjerne primært omhandler formuesverdier. Her er statens interesse i den

²⁶⁶ Anna Nylund, *Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance* (2014), s. 326.

²⁶⁷ Dette kan spores tilbake til *Cappelletti's* bølgeanalogi fra 1970-tallet. Bruken av rettshjelp for å tilrettelegge for «access to justice» var den første bølgen, se Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1978), s. 22 mv.

²⁶⁸ For fritt rettsråd og fri rettshjelp må enkeltpersoner ha under kr 246.000 i inntekt og under kr 100.000 i formue, jf. Rettshjelpsforskriften av 12. desember 2005 nr. 1443 § 1-1. Tilsvarende gjelder også i eksempelvis Sverige, jf. Rättshjälpslag (1996:1619) § 6, der grensen er satt til 260 000 SEK i årslønn.

²⁶⁹ Se avhandlingens punkt 4.4.1.

enkelte sak begrenset, i motsetning til det som er tilfelle for såkalte indispositive saker. Dersom en part vil gå til sak for å få sin rett, er det rimelig at denne må stå for kostandene ved saksanlegg.

Retts hjelp er altså et virkemiddel som legger til rette for at personer med begrenset økonomi skal kunne fremme sak, herunder enkelte småkravsinnhavere, og er således et bidrag til ivaretagelse av sivilprosessens funksjoner. Retts hjelp kan imidlertid ikke anses som et virkemiddel som alene ivaretar funksjonene for småkrav.

3.6.3. Advokatutgifter

Den største utgiften ved en rettsprosess, på tvers av landegrensene, er påløpte saks kostnader. I denne gruppen er utgifter til advokat klart størst. Flere stater har som utgangspunkt en regel om at vinnende part skal få erstattet sine kostnader fullt ut, uten særlige begrensninger.²⁷⁰ Dette kan medføre store kostnader, i alle fall for tapende part. For at ressursbruken skal holdes proporsjonal når kravet som behandles er lite, er det i flere land innført begrensninger på hvilke kostnader som kan kreves erstattet av den vinnende motparten.²⁷¹

Hvilke begrensninger som anvendes varierer. En variant er å begrense adgangen til å benytte advokat. Dette kan eksempelvis gjøres ved at advokatbistand forbys.²⁷² Andre begrensninger knytter seg til selve utgiftene som kan kreves erstattet, uten å (i alle fall formelt) begrense adgangen til å bruke advokat.²⁷³

Det er imidlertid ikke kun fordeler med å begrense kostnadsrisikoen til partene. Mindre risiko kan som sagt medføre at flere saker bringes for domstolene. Dersom antallet blir for høyt, så vil prosessen hos domstolene presumtivt blir tregere. Da står man igjen med en prosess som

²⁷⁰ Utgangspunktet gjelder eksempelvis i England, jf. Civil Procedure Rules part 44.2 andre ledd, Norge, jf. tvl. § 20-2 første ledd, og i Sverige, jf. RB kap. 18 § 1.

²⁷¹ Dette gjelder imidlertid ikke unntak. I Spania er det påbudt med bistand også i småkravssaker, jf. Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity (2015), s. 27 i pdf-format.

²⁷² Advokatforbud er eksempelvis hovedregelen for småkrav i Quebec, Canada, jf. Jonathan Silver og Trevor C. W. Farrow, Canadian Civil Justice (2015), s. 241.

²⁷³ Noe som kan motvirke behovet for begrensninger er retts hjelpsforsikringer, eller «legal expences insurance». Dette er privatrettslige forsikringer som skal dekke eventuelle rettskostnader som en part pådrar seg. I Norge er slike forsikringer knyttet til eksempelvis eiendomsoverdragelse, gjennom eierskifteforsikring eller boligkjøperforsikring. Saker som går etter småkravsprosessen har ingen særlig tilknytning til denne formen for forsikring, og forsikringsvarianten behandles følgelig ikke nærmere her. For mer om dette, se til eksempelvis Matthias Kilian og Francis Reagan, «Legal expences insurance and legal aid—two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden», International Journal of the Legal Profession vol. 11 (2004) (s. 233-255).

nok er rimelig, men lite effektiv. Forholdet mellom kostnader og tid illustrerer at det ikke er et mål i seg selv å fjerne all risiko ved å anlegge sak.

Som nevnt medfører sakskostnadsbegrensingene et økt antall selvprosederende i småkravssaker. De problemer som dette igjen medfører, er gjennomgått ovenfor. Særlig aktuelt i denne konteksten er den økte belastningen på retten, som en følge av en prosess som preges av selvprosederende. I forlengelsen av dette er det reist spørsmål om hva dommerens veiledningsrolle skal være i en prosess som regelmessig er utformet med tanke på selvprosederende.²⁷⁴

En ytterligere konsekvens er at kvaliteten på den eventuelle bistand som gis, kan senkes. Der det er en øvre kostnadsgrense, kan én måte å få mest mulig bistand på innenfor grensen være å benytte seg av mindre erfarne advokater med lavere timesatser. Dette er ikke et problem i seg selv, men kan bli et problem dersom alle saker ført etter prosessformen preges. Rettsaktørens begrensede erfaring i en prosess der det legges stort fokus på effektivitet kan gi uheldige utslag for partene. I tillegg skal jo partene i utgangspunktet stå fritt til å velge hvem som skal representere dem, men valgfriheten kan bli illusorisk dersom muligheten til å få erstattet kostnadene reduseres for mye.

3.7. Begrenset ankeadgang

De fleste rettssystemer gir parter i sivile tvister rett til anke av avgjørelser. For småkrav er dette en rett som ofte blir begrenset. Hvor omfattende begrensningene er, varierer fra stat til stat. Et generelt trekk er imidlertid at krav under en viss sum må få særskilt tillatelse for å få en andre realitetsbehandling.²⁷⁵

Begrunnelsen for at flere lands prosesslovgivning har valgt å begrense ankeadgang for småkrav skyldes proporsjonalitetsbetraktninger.²⁷⁶ I motsetning til de øvrige virkemidler, som fokuserer på den løpende prosessen hos førsteinstans, anlegges et helhetsperspektiv for dette. En ekstra omgang med realitetsbehandling av en sak vil raskt øke de totale utgiftene partene, og også samfunnet for øvrig, påføres med en rettssak. Det hjelper ikke stort med småkravsreguleringer

²⁷⁴ Se John Baldwin, *Small claims in the county courts in England and Wales* (1997), s. 47.

²⁷⁵ I enkelte land er det ikke adgang til anke over småkravsavgjørelser overhodet. Et eksempel er Belgia, der det ikke er adgang til å anke dersom tvistesummer er under 1 860 euro, jf. Stefaan Voet, *Relief in Small and Simple Matters in Belgium* (2015), s. 148.

²⁷⁶ Shelley McGill, *Small Claims Court Identity Crisis* (2010), s. 243.

som skal holde tidsbruken og kostandene nede, dersom ankebehandlingen er like lett tilgjengelig som i saker om større summer.

Den primære begrunnelsen for at flere land velger å begrense ankeadgangen er å legge til rette for at en endelig avgjørelse skal komme på et tidligst mulig tidspunkt, for slik å hindre langtekkelige prosesser.²⁷⁷ Begrenset ankeadgang kan således betraktes som et virkemiddel som bidrar til domstolstilgang.²⁷⁸ Ubegrensede ankemuligheter kan skremme småkravsinnhavere fra å gå til sak, da muligheten for flerinstansbehandling forlenger og fordyrer prosessen. Dette er jo de faktorene som tradisjonelt har avskrekket småkravsinnhavere fra domstolene.

En ulempe som følger av færre anker er at småkravssaker i mindre grad enn alminnelige saker undergår en kvalitetskontroll. Noe avhengig av hvor absolutt begrensingen er kan småkravssaker ende opp med å lide av prosessuelle feil, uten at rettssystemet legger opp til å rette dem opp. Igjen oppstår faren for at småkravsbehandling ender opp som mindre forsvarlig rettergang, noe som ikke er intensjonen med særreguleringen.²⁷⁹

Et ytterligere problem med anke av småkravssaker, er at prosessen for førsteinstans og ankeinstans gjerne blir betydelig ulik. Særlig selvprosederende vil kunne få det vanskeligere i en sak etter alminnelig ankeprosess, enn etter en småkravsprosess særlig tilpasset selvprosederende. Småkravsreguleringer begrenser seg tradisjonelt til førsteinstans, slik at anke av en småkravssak behandles på samme måte som en alminnelig sak.

Dette virkemiddelet illustrerer også hvordan det å oppnå en endelig avgjørelse av en sak prioriteres på bekostning av rettsavklaring og rettsutvikling. I de fleste land er det nok slik at en sak må behandles av høyere instanser enn førsteinstans for at utvikling og avklaring skal finne sted. Når småkravssaker enten forbys anke, eller kun tillates anke på begrenset grunnlag, så innebærer det at avklaring av rettsspørsmål samt utvikling, vanskeliggjøres. Dette er imidlertid et nødvendig onde, dersom prosessutgiftene skal holdes på et proporsjonalt nivå. Full anketilgang ville begrenset den positive gevinst øvrige virkemidler medfører på førsteinstansnivå.

²⁷⁷ Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity (2015), s. 29 i pdf-format.

²⁷⁸ Shelley McGill, Small Claims Court Identity Crisis (2010), s. 243.

²⁷⁹ Det må skilles mellom ønsket med småkravsreguleringer, som er å tilrettelegge for en mindre omfattende prosess, og en prosess som går på bekostning av retten til en rettferdig rettergang. Se avhandlingens punkt 2.4.

Kapittel 4. Den norske småkravsreguleringen

4.1. Behovet for en småkravsprosess i norsk prosessrett

Tvisteloven baserer seg på et gjennomgående ønske om å tilrettelegge for en proporsjonal og forsvarlig tvisteløsning. Dette kommer blant annet til uttrykk i tvistelovens formålsbestemmelse.²⁸⁰ Også småkravsprosessen skal sikre en proporsjonal og forsvarlig behandling av mindre tvister, herunder en effektiv saksbehandling, slik at partene gis tilgang til domstolene.²⁸¹ Når proporsjonalitet og forsvarlighet er sentralt for prosesslovgivningen generelt, kan behovet for en egen småkravsprosess problematiseres.

Som vist i avhandlingens punkt 3.4, er det ulike måter å behandle problematikken med småkrav på. Et alternativ til en egen småkravsregulering kunne også i Norge vært å ha større fleksibilitet i de alminnelige prosessreglene.²⁸² På samme måte som etter småkravsprosessen kunne da rettergangen skreddersys til den enkelte sak.²⁸³

Et prosesspor med fleksible regler ble imidlertid ikke ansett som en ønskelig løsning på småkravsproblematikken av tvistemålsutvalget, og heller ikke av departementet. Hovedargumentet for at det måtte opprettes en egen småkravsprosess, var at prosessformen måtte synliggjøres.²⁸⁴ Dette skyldtes tidligere erfaringer med forenklet rettergang, tvistemålslovens særregulering for mindre krav, som ikke hadde fungert i praksis.²⁸⁵

Ved at prosessreglene for småkrav ble skilt ut i et eget kapittel fremstår det som om ønsket var å bevisstgjøre rettsaktører om prosessformens eksistens. Dette skulle sikre at den faktisk ble

²⁸⁰ Se tvl. 1-1 første ledd første punktum samt andre ledd fjerde strekpunkt. Proporsjonalitetsvurderingen er også sentral i andre bestemmelser, eksempelvis tvl. § 3-8, om fastsetting av prosessfullmektigens godtgjørelse, tvl. § 10-1 første ledd, om viktigheten av en proporsjonal behandling av småkravssaker, tvl. § 20-5 første ledd andre setning, om utmåling av erstatning for sakskostnader, tvl. § 21-8 første ledd, om bevisavskjæring basert på proporsjonalitetshensyn, tvl. § 21-10 første ledd tredje punktum, om fjernavhør, tvl. § 21-11 første ledd bokstav c, om bevisopptak samt tvl. § 25-3 første ledd andre punktum, om oppnevning av sakkyndige.

²⁸¹ Jf. tvl. § 10-1 første ledd, sammenholdt med andre ledd bokstav c. Se også avhandlingens kapittel 2. Det er imidlertid også fremholdt at småkravsprosessen er et tiltak som skal bidra til å begrense antall saker som kommer for retten, i alle fall fra et rettsøkonomisk perspektiv, se Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (2018), s. 553.

²⁸² Se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 211.

²⁸³ Allmennprosessen er for eksempel ansett å være tilstrekkelig fleksibel for svært store krav, da vi ikke har særregler for prosessen for disse. Om dette er en vellykket løsning for større krav er imidlertid omdiskutert. Se Lov og Rett nr. 4 2016, der omtrent hele volumet omhandler spørsmålet, sammenholdt med Amund Bjøranger Tørum og Ingvald Falch, «Bør tvisteloven legge bedre til rette for «storkravprosess», Lov og Rett nr. 5 (2015), s. 315-317.

²⁸⁴ NOU 2001:32 A, s. 341 første spalte.

²⁸⁵ Se avhandlingens punkt 4.2.

anvendt, noe som er en forutsetning for at småkravsprosessen skal kunne bidra til funksjonsoppnåelse. Det fremstår dermed som at et eget prosesspor var det eneste reelle alternativ for å sikre domstolstilgang for mindre krav, sett i lys av norsk prosessretts forhistorie med småkravsreguleringer.²⁸⁶

I det videre skal virkemidlene som er valgt for å ivareta prosessens funksjoner for småkrav i Norge fremstilles. De primære virkemidlene innført med småkravsprosessen er en effektiv saksforberedelse, en forenklet sluttbehandling, en forenklet domsavsigelse, en mer aktiv dommer samt begrenset adgang til å få dekket sakskostnader.²⁸⁷ I tillegg vil de øvrige småkravsreglene gjennomgås. Fremstillingen vil bli noe konsentrert, da det grunnet avhandlingens omfang ikke er rom for å foreta vurderinger av alle småkravsreglene. I tillegg er målet med dette kapitlet primært å danne en kontekst for senere analyser av utvalgte virkemidler som gjennomgås i dybden fra kapittel 6 og utover. Dette skyldes at det ikke er mulig å se det enkelte virkemiddel isolert; de må ses i en sammenheng.

4.2. Kort om tidligere forsøk på særreguleringer for mindre krav

Allerede i 1975 var tanken om en særskilt prosessform for krav av mindre verdier oppe til vurdering i norsk rett.²⁸⁸ Den 6. juni 1975 oppnevnte Justis- og politidepartementet et utvalg som skulle vurdere «en forenkling av rettergangsreglene for visse rettssaker, først og fremst saker om mindre økonomiske verdier».²⁸⁹ Utvalgets arbeid munnet ut i NOU 1983:48 Småkravsprosess, der det ble foreslått å innta en egen prosessregulering for mindre krav i tvistemålsloven. Hovedtrekkene i forslaget var at stevning skulle settes opp ved bruk av skjema, prosessen skulle ikke kreve prosessfullmektig, dommeren skulle veilede (særlig selvprosederende) aktivt, og det skulle som hovedregel kun avholdes ett rettsmøte.²⁹⁰

²⁸⁶ All den tid norsk prosesslovgivning ikke baserer seg på særdomstoler, er det lite sannsynlig at en ordning med egne småkravsdomstoler ville blitt vurdert. Spørsmålet om opprettelse av særdomstoler er imidlertid i vinden, så muligheten for også småkravsdomstoler kan aktualiseres i fremtiden, jf. eksempelvis NOU 2017:8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker, s. 20.

²⁸⁷ Se særlig NOU 2001:32 A, punkt 11.8.2, der det drøftes hva hovedtrekkene i en småkravsprosess bør være.

²⁸⁸ Også tidligere eksisterte det prosessregler for krav om mindre verdier, eksempelvis Bagatelprosessen. Prosessen var tematisk avgrenset til gjeldssaker som ikke oversteg 120 kroner, og skulle være muntlig. I tillegg hadde dommeren et ansvar for veiledning. Se Francis Hagerup, Forelæsninger over den norske civilproces 2, Aschehoug (Kristiania 1899), s. 138 mv. Bagatelprosessen ble ikke videreført til tvistemålsloven, se Ernst Nordtveit, «Småkrav – summarisk inndrivning og retts hjelp», Jussens Venner (1976) (s. 327-346), s. 331.

²⁸⁹ NOU 1983:48, s. 3.

²⁹⁰ NOU 1983:48, s. 7 og 8.

Departementet var imidlertid ikke enig i at det var behov for en egen prosess for mindre krav, blant annet da det ikke var «naturlig å prioritere saker om mindre økonomiske verdier når dette må gå på bekostning av domstolenes behandling av andre saker».²⁹¹ Forslaget medførte som kjent ingen småkravprosess.

Også etter tvistemålsloven eksisterte det likevel særlige prosessregler for mindre krav. Regelsettet gikk under navnet «forenklet rettergang», jf. tvml. § 322. Prosessformen kom til som en følge av NOU 1983:48. Departementet valgte å innføre forenklet rettergang som et substitutt for den foreslåtte småkravprosessen. Lovendringen trådte i kraft 1. januar 1987. Forutsetningen for at prosessreglene skulle anvendes var imidlertid at partene måtte avtale dette, jf. tvml. § 322.²⁹² Dette medførte at prosessreglene i svært liten grad ble benyttet.²⁹³ I 1990 ble loven endret, slik at forenklet rettergang ble obligatorisk for gjeldssaker under kr. 20 000.²⁹⁴ I 2000 ble prosessreglene nok en gang endret, slik at forenklet rettergang ble obligatorisk i alle formuessaker under kr 20 000.²⁹⁵

Proessen etter reglene om forenklet rettergang var primært skriftlig.²⁹⁶ Det kunne også avsies dom uten hovedforhandling dersom det var avholdt andre muntlige møter, jf. tvml. § 322 a nr. 6, partene kunne ikke kreve meddommere, jf. § 322 a nr. 2, og dommens begrunnelse skulle være mer kortfattet, jf. § 322 a nr. 7. I tillegg var ankereglene begrenset i de tilfellene at partene hadde avtalt forenklet rettergang, jf. tvml. § 322 b.²⁹⁷

Forenklet rettergang ble kun benyttet i 1 % av sivile saker.²⁹⁸ Hva dette skyldes er uklart, da de nevnte endringene av reglenes obligatoriske karakter ikke virker å ha medført noen nevneverdig

²⁹¹ Ot.prp. nr. 47 (1985-1986) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen, s. 19. I tillegg ble forslaget ikke ansett å gjøre tilstrekkelig med forenklinger i rettergangen, samtidig som lovutkastet ble ansett å reise «prinsipielle og praktiske problemer som etter departementets mening er av vesentlig betydning for vurderingen av forslaget. Dette gjelder forslaget om å pålegge retten en utvidet vegledningsplikt og et selvstendig ansvar for sakens opplysning og forslaget om hurtig behandling av småsaker».

²⁹² Henvisningen viser til versjonen av bestemmelsen som følger av lov 27. juni 1986 nr. 48 Endringslov til rettergangslovgivningen II, V.

²⁹³ Hans M. Michelsen, *Sivilprosess, Ad notam Gyldendal* (Oslo 1999), s. 103.

²⁹⁴ Se. tvml. § 322 fjerde ledd, jf. lov 24. august 1990 nr. 54 om endringer i rettergangslovgivningen II.

²⁹⁵ Jf. lov 28. april 2000 nr. 34 Endringslov til rettergangslovgjevninga I.

²⁹⁶ Dette fremgår implisitt av tvml. § 322 a nr. 2, der det fremgår at retten som et utgangspunkt skulle avgjøre hvorvidt det skulle avholdes muntlig forhandling.

²⁹⁷ Anke kunne kun skje dersom «det ikke forelå gyldig avtale om forenklet rettergang, eller at dommen [avgjorde] en rettstvist som ikke var omfattet av avtalen for så vidt anken [gjaldt den delen] av avgjørelsen» eller «at det [forelå] en feil ved saksbehandlingen som [skulle] tillegges virkning etter § 384». I tillegg måtte saker med en tvistesum under kr. 20 000 uansett ha lagmannens tillatelse for å kunne ankes, jf. tvml. § 356.

²⁹⁸ NOU 1999:22 Domstolene i første instans, punkt 3.8, og NOU 2001:32 A, s. 318 andre spalte. I sistnevnte fremkommer det at i løpet av 1998 ble kun 71 av 12 134 sivile saker avgjort ved forenklet rettergang, noe som tilsier at ordningen faktisk ble anvendt i under 1 % av sivile saker.

økning i antall saker. Når en endring av rettergangslovgivningen skulle skje var det dermed behov for en større reform av prosessreglene for mindre krav.²⁹⁹ Reglene om forenklet rettergang opphørte dermed ved innføringen av tvisteloven, herunder småkravsprosessen, 1. januar 2008. Til sammenligning benyttes småkravsprosessen i omtrent 10 % av tvistesakene for tingretten, noe som må sies å være en markant økning fra den tidligere forenklete rettsprosessen.³⁰⁰

4.3. Småkravsprosessen som en sekundær prosess

4.3.1. Alternative tvisteløsningsmekanismer

Tingretten omtales gjerne som «førsteinstans». Naturlig skulle en da tro at tvister hadde sin første behandling her. Dette er ikke alltid tilfellet. Etter norsk rett må de aller fleste saker, i alle fall småkravssaker, behandles av et annet tvisteløsningsorgan før tingrettsbehandling kan skje.³⁰¹ Enten må en sak inn for forliksrådet, undergå utenrettslig mekling, eller behandles hos en offentlig godkjent nemd.³⁰²

Adgangen, og også plikten, til å forsøke alternativ tvisteløsning før domstolsbehandling i saker om små verdier, kan ses i sammenheng med småkravsprosessens funksjoner. I de fleste tilfeller vil den mest effektive behandlingen av en sak være å oppnå et forlik mellom partene. Der forlik oppnås, ivaretas sivilprosessens konfliktløsningsfunksjon også gjennom utenrettslig behandling. Småkravsprosessen skal følgelig ikke åpne for domstolsbehandling av alle krav, men skal åpne for domstolsbehandling der tvisten ikke blir løst gjennom andre tvisteløsningsmekanismer.³⁰³

Spørsmålet er hvordan småkravsprosessens utforming påvirkes av reglene om forliksråds- eller nemndsbehandling. En avgjørelse truffet av de ulike organene kan bidra til en presisering av

²⁹⁹ Se eksempelvis NOU 2001:32 A, s. 244 andre spalte.

³⁰⁰ Dette fremkommer av Domstolsadministrasjonens årsrapport for 2017, «Saksavvikling i domstolene», punktet Innkomne saker 2013-2017: <https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-13/domstolene-i-2017/> (sist sett 25. januar 2019).

³⁰¹ I tillegg plikter alle parter å «undersøke om det er mulig å løse tvisten i minnelighet før sak reises» uavhengig av om plikten til å oppsøke alternative tvisteløsningsorganer foreligger, jf. tvl. § 5-4. Dette er imidlertid ikke en prosessforutsetning. Dersom en part anlegger sak uten å forsøke å oppnå en minnelig løsning, kan det likevel få betydning for sakskostnadsfordelingen, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 37.

³⁰² Dette følger implisitt av tvl. § 6-2 andre ledd første setning, sammenholdt med andre setning bokstav a, b og c, jf. tvl. § 4-2.

³⁰³ Dette fremgår blant annet av NOU 2001:32 A, s. 335 andre spalte sammenholdt med s. 336 andre spalte.

saken før den overhodet er anlagt for tingretten. Dette da avgjørelsene truffet av forliksrådet eller annen offentlig godkjent nemd kan brukes som substitutt for stevning. For å vurdere hvorvidt avgjørelsene faktisk kan bidra til presisering, må det ses hen til hvilke premisser som må være tilstede for at de ulike organene kan treffe en avgjørelse. Adgangen til utenrettslig mekling behandles derfor ikke nærmere her, da denne formen for tvisteløsning aldri vil innebære at det treffes en avgjørelse som deretter kan bringes inn for tingretten. Forutsetningen for at en sak som har undergått utenrettslig mekling skal behandles hos tingretten, er nettopp at det ikke oppnås enighet.³⁰⁴

4.3.2. Forliksrådsbehandling

Av tvl. § 6-2 andre ledd følger det at forliksrådsbehandling, i alle fall som hovedregel, må gjennomføres for saker om formuesverdier under kr 125 000, før saken kan tas til behandling av tingretten.³⁰⁵ Beskrivelsen passer de fleste småkravssaker, jf. tvl. § 10-1, og i utgangspunktet må derfor småkravssaker behandles hos forliksrådet før saken kan anlegges ved en tingrett.³⁰⁶ Dette må ses i lys av at det primære formålet med småkravprosessen er å tilrettelegge for en effektiv konfliktløsning, noe også forliksrådet kan bidra til.

Til tross for begrenset statistikk om forliksrådet må det kunne konstateres at en god del av sivile tvister avsluttes her. Samarbeidsutvalget for forliksråd og namsmenn har uttalt at «[f]orliksrådene avlastet resten av rettssystemet med 77 265 forlikssaker i 2017».³⁰⁷ Om antallet gjelder innkommende saker, eller saker som er behandlet, er usikkert. Uansett er tallet langt større enn tingrettenes antall innkommende saker i 2017, 15 532, og antall behandlede saker, 15 767.³⁰⁸ Forliksrådene bidrar altså til at et stort antall tvister får en løsning, og er således med på å ivareta konfliktløsningsfunksjonen.³⁰⁹ I tillegg bidrar forliksrådet til å gi tvangsgrunnlag i tilfeller hvor det ikke er foreligger en reell tvist om kravets eksistens.

³⁰⁴ I tillegg er informasjonen som fremkommer under utenrettslig mekling taushetsbelagt, og kan dermed ikke brukes i en eventuell etterfølgende retts sak, jf. tvl. § 7-3 sjettede ledd, jf. tvl. § 8-6.

³⁰⁵ Skattesaker, som kan behandles etter småkravprosessen, er et eksempel på saker som forliksrådet ikke er kompetent til å behandle, jf. tvl. § 6-2 første ledd bokstav b.

³⁰⁶ Forliksrådet skal være en «buffer mot tingretten», særlig etter småkravprosessen, inntog, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 75 andre spalte.

³⁰⁷ Se hjemmesiden til Samarbeidsutvalget for forliksråd og namsmenn, under punktet Folkets egen domstol: http://www.forliksradet.no/index.php?page_id=30 (sist sett 25. januar 2019).

³⁰⁸ Dette fremgår av domstolsadministrasjonens årsoversikt s. 1 og 2, som kan finnes her: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/domstoladministrasjonen/statistikk/statistikk-2018/arsstatistikk--forsteinstans-2017.pdf> (sist sett 25. januar 2019).

³⁰⁹ Se også NOU 2010:11 Nemndsbehandling av forbrukertvister, punkt 3.1.2.1, der dette fremholdes særskilt for forbrukertvister.

I denne konteksten er det interessante hvilken myndighet forlikrådet har til å avsi dom. Dette da småkravsprosessen som hovedregel kun aktualiseres der forlikrådsbehandlingen ikke medfører et forlik.

Forlikrådet har imidlertid også adgang til å innstille en sak, jf. tvl. § 6-11. Innstilling skjer der forlikrådet enten mener at «det er lite sannsynlig at saken vil egne seg for videre behandling i forlikrådet»,³¹⁰ saken er brakt inn for en nemd i samsvar med tvl. § 6-2 annet ledd bokstav c, at mekling ikke har medført forlik og forlikrådet ikke har myndighet til å avsi dom, eller der rettsmøtet varer over tre timer, jf. tvl. § 6-11 første til fjerde ledd. Den primære følgen av innstilling er at det begynner å løpe en frist på et år, hvor en av partene, for ikke å miste retten til å forfølge kravet sitt, må sende inn stevning til tingretten, eller anlegge ny sak for forlikrådet. Der innstilling skjer, har behandlingen mindre relevans for småkravsprosessen, da det i liten grad genereres noen presiserende dokumenter som kan bidra til en klarlegging av sakens tvistesporsmål.³¹¹

Tvisteloven § 6-10 regulerer når forlikrådet kan avsi en dom. Særlig bestemmelsens andre ledd er relevant her:

Gjelder saken formuesverdier med tvistesum under kr 125 000, kan forlikrådet avsi dom når en av partene ber om det.

I saker som skal behandles etter småkravsprosessen ved en potensiell etterfølgende tingrettsbehandling, er det altså kun behov for at én av partene ønsker dom. I tillegg kan forlikrådet avsi dom dersom vilkårene for fraværdom er oppfylt, eller i saker om pengekrav, dersom klagemotparten ikke gjør gjeldende annet enn manglende betalingsevne eller andre åpenbart uholdbare innsigelser, jf. tvl. § 6-10 tredje ledd. Dersom forlikrådet har domsmyndighet, avsies dommen basert på det som fremkommer under møtet, jf. tvl. § 6-8 sjette ledd. I møtet skal partene fremstille saken, herunder presentere bevis samt imøtegå motpartens syn på saken, jf. tvl. § 6-8 andre og tredje ledd. Forlikrådets grunnlag for å avsi dom avhenger således av partenes evne til å fremstille saken.

En ytterligere forutsetning for at dom skal kunne avsies, er at forlikrådets medlemmer, basert på partenes fremstilling, «er enige om at grunnlaget er tilstrekkelig».³¹² Hva dette innebærer, er ifølge forarbeidene at:

³¹⁰ For mer om dette, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 383 første spalte til 384 andre spalte.

³¹¹ Se avhandlingens punkt 4.3.4.

³¹² Jf. tvl. § 6-10 fjerde ledd.

«medlemmene må mene at det som er av vesentlig betydning, er tilstrekkelig opplyst, og at det er tilstrekkelig avklart hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og hva disse går ut på».³¹³

I litteraturen er det fremholdt at et slikt grunnlag nok kun er tilstede i relativt enkle og oversiktlige saker.³¹⁴ Dette er en beskrivelse som passer mange, men ikke alle, småkravssaker.

Hva som skal inntas i en eventuell dom fra forliksrådets fremgår av tvl. § 6-12 tredje ledd. I bestemmelsen står det at:

«begrunnelsen skal [...] kort forklare hva saken gjelder, gjengi partenes påstander og redegjøre for de momenter forliksrådet har lagt avgjørende vekt på ved avgjørelsen».

Presumptivt skal altså en dom fra forliksrådet ha presisert hvilket faktum som er lagt til grunn for avgjørelsen, hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og hvorvidt vilkårene for den påståtte rettsfølgen er oppfylt eller ei. I utgangspunktet fremstår det dermed som om en dom avsagt av forliksrådet gir et godt grunnlag for presisering av saken når den anlegges hos tingretten.

Til tross for at forliksrådet er gitt en relativt vid myndighet til å avsi dom, anses behandlingen ikke å være en tilstrekkelig tvisteløsningsmekanisme for små krav. Begrunnelsen knyttes primært til kravet om en forsvarlig rettergang.³¹⁵ Det er eksempelvis begrenset adgang til å føre bevis, noe som vanskeliggjør en fullstendig opplysning av saken.³¹⁶

Forliksrådet er heller ikke sammensatt av jurister.³¹⁷ Den prøving som saken gjennomgår, og den avgjørelse som potensielt treffes hos forliksrådet, har derfor ikke alltid et juridisk holdbart fundament. Målet med forliksrådsbehandling er, som navnet tilsier, å oppnå forlik mellom partene.³¹⁸ Det som fremstår som den materielt riktige avgjørelsen fra et juridisk perspektiv, har dermed noe mindre betydning her. Kravet om at medlemmene skal avklare hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og hva disse går ut på, uten at de selv har juridisk kompetanse,

³¹³ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 98 andre spalte.

³¹⁴ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 109.

³¹⁵ NOU 2001:32 A, s. 336 første spalte.

³¹⁶ Se tvl. § 6-8 fjerde ledd, sammenholdt med tredje ledd. Her fremgår det at det primært er mulig å påberope dokumenter som bevis.

³¹⁷ Se lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5 § 56 (heretter domstolloven). Av bestemmelsen følger det at medlemmene må «anses særlig egnet til oppgaven», og må beherske norsk muntlig og skriftlig godt. Det er ingen øvrige kompetansekrav.

³¹⁸ *Skoghøy* betegner mekling som forliksrådets primære oppgave, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 106.

fremstår ikke realistisk, sett bort fra i svært enkle saker. Det kan dermed diskuteres hvor god kvalitet en avgjørelse fra forlikrådet vil ha fra et systemorientert perspektiv.³¹⁹

4.3.3. Nemndsbehandling

I stedet for å starte en sak hos forlikrådet, kan en part heller bringe en sak inn for en nemnd, jf. tvl. § 6-2 andre ledd bokstav c. Kravet er at tvisten må ha blitt realitetsbehandlet i den aktuelle nemnden, og at nemnden enten er offentlig godkjent eller at motparten samtykker til behandlingen. Er disse vilkårene oppfylte, fortrenger altså nemndsbehandlingen forlikrådet som førinstans.

Det er flere aktuelle nemder for sakstyper som kan behandles etter småkravprosessen hos tingretten. Noen eksempler er Finansklagenemda, Husleietvistutvalget, Forbrukerklageutvalget og Pakkereisenemnda. Presumptivt vil flere småkravssaker kunne finne sin tilhørighet hos én av nemndene. Dette skyldes at et flertall av nemndene knytter seg til saksområder preget av ujevne styrkeforhold, noe som også kan påstås å være riktig for den typiske småkravssaken.

Det er ikke rom for en fremstilling av alle relevante nemnders prosess i denne avhandlingen. I det videre begrenser jeg derfor fremstillingen til Forbrukerklageutvalget, som er klagenemnden for forbrukersaker knyttet til forbrukerkjøp, håndverkertjenester, angrerett, både mellom private og profesjonelle, og to private.³²⁰ Dette skyldes en presumsjon om at småkravssaker ofte vil ha tilknytning til forbrukerspørsmål.

Fra 1. mars 2017 ble Forbrukertvistutvalget erstattet med Forbrukerklageutvalget. Vilårene for at en sak skal tas til behandling av utvalget er at saken omhandler et spørsmål innenfor nemndens saklige virkeområde, som gjengitt ovenfor, og at saken har vært forsøkt meklet for Forbrukerrådet, jf. fkl. § 4 første ledd. I tillegg er det en rekke avvisningsgrunner, jf. fkl. § 5.³²¹

Behandlingsmåten av saker for Forbrukerklageutvalget er skriftlig, og partene har ikke møterett, jf. fkl. § 6 første ledd. Utvalget ber dermed partene skriftlig om den informasjon som oppfattes som nødvendig for å treffe vedtak, innenfor partenes krav, påstander og påstandsgrunnlag. Loven baserer seg på at saken skal være presisert allerede ved klagetidspunktet, slik at ytterligere innhenting av informasjon ikke alltid er nødvendig, da saken

³¹⁹ Det er også andre betenkeligheter med spesielt obligatorisk forlikrådsbehandling. Eksempelvis kan det diskuteres hvordan forlikrådets obligatoriske karakter i enkelte saker påvirker kravet om en avgjørelse innen «rimelig tid» etter EMK art. 6 nr. 1 og grl. § 95. Det er det imidlertid ikke rom for å drøfte her.

³²⁰ Se lov om Forbrukerklageutvalget 17. februar 2017 nr. 7 (heretter fkl.) § 1 første og andre ledd.

³²¹ Eksempelvis på grunn av litispensens, jf. fkl. § 5 første ledd bokstav b, at klagen er grunnløs, jf. fkl. første ledd § 5 bokstav e, eller at klageren ikke har rettslig interesse, jf. fkl. § 5 andre ledd bokstav d.

skal være godt opplyst under behandlingen hos Forbrukerrådet.³²² Vedtaket som treffes, er bindende for partene, og kan kun endres ved å anlegge sak for tingretten. Vedtaket skal også begrunnes, jf. fkl. § 7 andre ledd. Hva begrunnelsen skal inneholde er ikke nærmere regulert.

I 2017 ble 1996 saker avgjort av Forbrukerklageutvalget, og 163 saker ble henlagt.³²³ Til sammenligning behandlet forliksrådene 77 265 saker samme år.³²⁴ Det kan dermed fremstå som at betydningen til Forbrukerklageutvalget er liten. Det lave antallet kan mulig knyttes til lang saksbehandlingstid. Eksempelvis var den gjennomsnittlige saksbehandlingstiden i 2017 på syv måneder.³²⁵ I tillegg har Forbrukerrådet gjennomført mekling før Forbrukerklageutvalget behandler saken, noe som gjør at en del saker allerede har blitt løst innad i nemndssystemet.

En styrke med Forbrukerklageutvalget er likevel at dets leder og nestleder eller nestledere må være jurister, jf. fkl. § 2 andre ledd, jf. domstoloven § 53 første ledd og 54 andre ledd. Det er altså mulig å anta at vedtak truffet av utvalget vil ha et mer solid juridisk fundament, basert på juridisk metode, sammenlignet med utenrettslige organer uten krav om juridisk eksamen for dets medlemmer, eksempelvis forliksrådet.

I tillegg er det grunn til å tro at spesialiserte nemnder, som Forbrukerklageutvalget, vil oppnå en høy kompetanse på sitt område. Også dette gir grunn til å tro at avgjørelsene som treffes, har et mer solid rettslig avgjørelsesgrunnlag, sammenlignet med mer generaliserte organer. Den særlige kompetansen kommer blant annet til uttrykk gjennom Forbrukerklageutvalgets medlemssammensetning, der syv av de ordinære medlemmer skal ha særlig innsikt i næringsdrivendes interesser, og syv skal ha særlig innsikt i forbrukerens interesser.³²⁶

4.3.4. Betydningen for småkravsregelverket

Både forliksrådsbehandling og nemndsbehandling skal tilrettelegge for at småkravstvister skal finne sin løsning utenfor domstolsapparatet. Først der dette ikke går, skal domstolene behandle saken. Det som skjer før inngivelsen av stevning i en sak, har ikke direkte betydning for håndteringen av en småkravssak. At saken har undergått en form for behandling, kan likevel påvirke hvordan saken gjennomføres hos tingretten.

³²² Dette kan utledes av at bestemmelsen sier at Forbrukerklageutvalget «kan» be partene om å legge frem ytterligere informasjon, sammenholdt med prop. 145 L (2015-2016), s. 64.

³²³ Se Forbrukerklageutvalgets årsrapport for 2017, s. 7: <https://www.forbrukerklageutvalget.no/om-forbrukerklageutvalget/arsrapport-og-regnskap-2017/> (sist sett 25. januar 2019).

³²⁴ Dette fremgår av forliksrådets egen hjemmeside, under punktet «Folkets egen domstol»: http://www.forlikssraadet.no/index.php?page_id=2032 (sist sett 25. januar 2019).

³²⁵ Se Forbrukerklageutvalgets årsrapport for 2017, s. 12.

³²⁶ Se forskrift om Forbrukerklageutvalget 17. februar 2017 nr. 100 § 1.

For det første har saken allerede undergått en form for mekling, både der det er tale om forlikråds- og nemndsbehandling. Tidligere mekling kan ha betydning for hvor mye ressurser retten skal legge i det å prøve å oppnå forlik mellom partene, som er et mål også under rettsprosessen.³²⁷ Uansett hvilken forbehandling saken har hatt, har formålet vært å oppnå enighet mellom partene.

For det andre kan kvaliteten på avgjørelsen som treffes hos nemnd eller forlikråd, ha betydning. Partene kan sende inn avgjørelsen som alternativ til stevning, med en presisering av hva en ønsker endret.³²⁸ På denne bakgrunn skal retten innhente øvrige dokumenter i saken. Dette kan, hvis saken har blitt godt forberedt under den første behandlingen, være et effektiviserende moment. Ideelt sett har sakens tvistesporsmål blitt tydeliggjort før saken starter hos tingretten, noe som vil kunne korte ned saksbehandlingstiden. Det fremstår som om dette også i praksis har blitt fremholdt som en fordel med nemnder som spesialiserer seg på konkrete saksområder.³²⁹

Motsetningsvis, dersom saken ikke har fått behørig utredning under første behandling, kan behandlingen medføre en ressursbelastning for domstolen. Faren for dette er mulig større der saken har vært behandlet hos forlikrådet, sammenlignet med nemndsbehandling. Dette skyldes for det første at det i forlikrådet ikke er jurister som treffer avgjørelsen som sendes til tingretten, noe som kan medføre at tyngdepunktet i begrunnelsen ikke er lagt til det som er mest juridisk relevant for den etterfølgende tingrettsbehandlingen. Da vil retten ikke bare måtte be partene klarlegge sine standpunkter, men muligens også endre tankesettet deres, noe som kan kreve mer ressursbruk gjennom eksempelvis veiledning. Poenget er av mindre betydning der en part er representert ved advokat, men kan få relativt stor betydning hvis en part er selvprosederende.

For det tredje kan bevisreglene ha innvirkning på betydningen forbehandling har for småkravsprosessen. Under forlikrådsbehandling er det opp til partene å sørge for bevis i saken, og da primært dokumentbevis. Forlikrådet tar ingen egen vurdering av om det er økt behov for bevis, utover at det må foreligge et «tilstrekkelig» grunnlag. Hos Forbrukerklageutvalget er opplysningen av saken lagt til utvalget selv. All den tid sistnevnte er en spesialisert nemnd, så vil det presumtivt medføre at de bevis som bes innhentet, er relevant for det juridiske

³²⁷ Se tvl. § 8-1 første ledd samt tvl. § 10-2 andre ledd.

³²⁸ Tvl. § 9-2 fjerde ledd.

³²⁹ Se LB-2010-43786 (RG-2010-456). Her ble det uttalt at «Saken har vært behandlet i Forsikringskadenemnda, og dette bidrar til å «spisse» sakens rettslige spørsmål. Det vises til nemndas uttalelser på side 1. Tilsvarende problemstilling vil etter alt å dømme bli sentral i tingretten».

tvistetemaet. Umiddelbart fremstår det dermed som om sakens bevisbilde vil være noe mer presisert gjennom nemndsbehandling, sammenlignet med forlikrådsbehandlingen.

En eventuell påvirkning fra førbehandlingen til tingrettsbehandlingen avhenger således av om den er behandlet hos forlikrådet eller en spesialisert nemnd. Sistnevnte er å foretrekke. Likevel er ikke førbehandlingen noe som småkravsregelverket legger opp til at skal ha stor betydning. Poengene som er gjennomgått har dermed størst praktisk betydning som faktorer i dommerens vurdering av hvor mye veiledning og klarlegging en småkravssak krever.

4.4. Småkravsprosessens anvendelsesområde

4.4.1. Den typiske småkravssaken

På grunn av at effektivitet vektes tyngre i småkravssaker enn i alminnelige tvistesaker, er ikke prosessporet anvendelig for alle sakstyper. Lovgiver har derfor tatt eksplisitt stilling til hvilke sakstyper som typisk vil kunne behandles mer effektivt enn andre, innenfor forsvarlighetens rammer, og som således anses egnet for småkravsprosessen.³³⁰

Småkravsprosessen er den ordinære behandlingsmåten for «små krav» i førsteinstans.³³¹ En konsekvens av dette er at retten for slike saker ikke trenger treffe noen særskilt avgjørelse om behandling etter prosessformen, da den vil benyttes automatisk.³³²

Betegnelsen «små krav», indikerer at det er tale om krav av lav verdi.³³³ I norsk rett er terskelen satt til kr 125 000, jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav a.³³⁴ Om den økonomiske grensen er

³³⁰ Se særlig NOU 2001:32 A, Del 2 punkt 11.8.3, som i sin helhet omhandler småkravsprosessen anvendelsesområde.

³³¹ Spørsmålet om en sak skal behandles etter småkravsprosess eller allmennprosess er sort/hvitt. Det er ikke adgang til å behandle deler av en sak etter småkravsprosess og det resterende etter allmennprosess, jf. Tore Schei mfl., *Tvisteloven: Kommentartutgave Bind I, 2. utgave*, Universitetsforlaget (Oslo 2013), s. 357. Dette er en naturlig slutning, all den tid forutsetningen for at en sak skal kunne behandles etter småkravsprosessen er at saken som en helhet skal kunne få en forsvarlig behandling etter prosessformen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d.

³³² Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 354.

³³³ Hvorvidt betegnelsen «småkrav» var egnet ble diskutert under arbeidet med tvisteloven. Det ble konstatert at de store småkravene neppe ville passe beskrivelsen som småkrav. Likevel ble betegnelsen benyttet, for å «understreke betydningen av proporsjonalitet mellom krav og utgifter til behandling som sentralt», jf. NOU 2001:32 A, s. 339 andre spalte. Også tidligere har betegnelsen «småkrav» blitt kritisert. Se eksempelvis Ot.prp. nr. 47 (1985-1986), s. 28 og 29, der det i høringsuttalelsen fra Sorenskriveren i Eidsvoll, ble uttalt at det var positivt at lovforslaget om forenklet rettergang «opphever det nye forslag «småkrav»-begrepet, som hadde mange uheldige trekk ved seg: Neppe for noen part er hans sak noen liten sak eller hans krav noe lite krav».

³³⁴ I Tvistemålsutvalgets utredning ble det foreslått å knytte terskelen til folketrygdens grunnbeløp, jf. NOU 2001:32 B, s. 762 andre spalte. Løsningen ble imidlertid ansett som lite forutberegnelig, og ble valgt bort til fordel for et eksakt kronebeløp, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 198 andre spalte. Om grensen kan

overtrådt eller ikke, avgjøres basert på tvistelovens regler om verdifastsettelse, inntatt i lovens kapittel 17.

Det første som må vurderes før en sak kan behandles etter småkravsreglene, er om saken omhandler en formuesverdi. At grensen for anvendelse av småkravsprosessen er oppstilt i kroner, gjør at saker om ideelle verdier i utgangspunktet ikke skal behandles etter prosessformen. Som regel vil konklusjonen fremstå relativt klar. En sak om eierskap til familiebilder omhandler ideelle verdier, og motsetningsvis er et erstatningskrav etter en tingsskade, et spørsmål om formuesverdier. Der en sak innehar begge disse elementene, kommer spørsmålet på spissen i vurderingen av om det er tale om en småkravssak eller ei.

I forarbeidene til tvl. § 17-1 fremgår det at skillet mellom økonomiske og ideelle verdier i utgangspunktet skal foretas etter objektive kriterier.³³⁵ Partenes subjektive oppfatning avgjør dermed ikke klassifiseringen. Vurderingen skal ta utgangspunkt i «hva folk flest vil føle i en tilsvarende situasjon», jf. Rt. 2005 s. 1036.³³⁶ Likevel kan det, hvis det foreligger en reell tvil om klassifiseringen, legges vekt på saksøkers oppfatning av tvistegjenstanden.³³⁷

En ytterligere presisering av skillet fremkommer av Rt. 2000 s. 1599. Her var temaet et krav om fast arbeidstid, en ideell verdi samt et mindre økonomisk krav. Her ble spørsmålet om fast arbeidstid vurdert som hovedkravet, og saken ble derfor ansett som en sak om ideelle verdier.³³⁸ Kommer det økonomiske kravet i bakgrunnen, kan saken altså ikke behandles etter småkravsprosessen. For øvrig må det foretas en konkret vurdering av kravet.³³⁹

Hvis retten kommer til at det er tale om en ideell verdi, kan saken likevel føres etter småkravsprosessen. Dette forutsetter for det første at retten finner at prosessformen «vil være forsvarlig og hensiktsmessig», jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav c. Også her ser man hvordan

betegnes som et realistisk bilde på hva som er et lite krav er diskutert. Robberstad sier at med denne grensen «er Norges stilling som et meget rikt land blitt lovfestet, for hvor ellers i verden er 124 999 norske kroner en liten sum?», jf. Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 211/212. At grensen er høy, sammenlignet med andre land, er også fremholdt av Ruth Anker Høy og Jon Bonnevie Høy, «Small claims world wide juss», *Rett på sak nr. 4* (2007) (s. 30-31), s. 30.

³³⁵ NOU 2001:32 B, s. 809 første spalte.

³³⁶ Rt. 2005 s. 1036 avsnitt 17.

³³⁷ NOU 2001:32 B, s. 809 andre spalte og s. 810 første spalte. Se også Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 575/576.

³³⁸ Rt. 2000 s. 1599, s. 1602. Dette er også et praktisk viktig poeng i småkravssaker, da flere av disse omhandler nettopp arbeidsrettstvister. Av 170 saker tilgjengelig på lovdata per 26. januar 2019, omhandler 14 av sakene arbeidsrett.

³³⁹ For mer om vurderingen se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 215-218, og Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 342-344.

forsvarlighet som standard for rettens behandling er fremtredende, og at småkravsprosessen er ikke er ment å skulle gå på akkord med dette.³⁴⁰

For det andre må «ikke begge parter motsette[...] seg slik behandling» for at saker om ideelle verdier skal kunne behandles etter småkravsreglene.³⁴¹ Hov gir uttrykk for at det i tillegg må aksepteres en forhåndsavtale mellom partene om ikke å motsette seg småkravsbehandling, og anser det uproblematisk sett i lys av at retten vil foreta en vurdering opp mot hensiktsmessigheten ved bruk av prosessformen.³⁴² Spørsmålet er ikke behandlet av domstolene eller i forarbeidene og er dermed uavklart.³⁴³

Dersom retten kommer frem til at saken gjelder formuesverdier, er neste skritt å vurdere om terskelen på kr 125 000 er overtrådt. I utgangspunktet har det ingen betydning for vurderingen hva tvisten for øvrig omhandler.³⁴⁴ Det økonomiske kravet kan altså knytte seg til alt fra skatterett, erstatningsrett, forvaltningsrett eller forbrukerkjøpsrett.³⁴⁵

Verdifastsettelsen baserer seg på «den verdi kravet har for saksøkeren på det tidspunkt kravet bringes inn», jf. 17-2 første ledd første punktum. Fastsettelsen skal altså ha som mål å identifisere hvilken verdi tvistegjenstanden har for saksøker, ikke saksøkte.³⁴⁶

Terskelverdien for anvendelse av småkravsprosessen retter seg kun mot den omtvistede verdien av kravet, jf. tvl. § 17-2 første ledd andre punktum. Kreves det eksempelvis prisavslag på kr 1 500 000, og motparten erkjenner et prisavslag på kr 1 400 000, vil den omtvistede summen være på kr 100 000. Da skal saken føres etter småkravsprosessen.³⁴⁷

Også saker som omhandler omtvistede formuesverdier over kr 125 000, kan behandles etter småkravsprosessen. Dette er imidlertid mer atypisk. Forutsetningen er at begge parter samtykker til slik behandling, og at retten beslutter det, jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav b. Det

³⁴⁰ For kommentarer til forholdet mellom tvl. § 10-1 andre ledd bokstav c og tredje ledd bokstav d, se Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 189 i petit.

³⁴¹ Se eksempelvis TOSLO-2010-174742, der kun én av partene i sak om ideell verdi ønsket behandling etter småkravsprosessen, mens den andre motsatte seg det. Unntaket i tvl. § 10-1 andre ledd bokstav c ble her benyttet. Avgjørelsen ble stadfestet i LB-2011-8872. Dersom det er flere parter på en side, må samtlige av partene være enig i at saken skal føres etter småkravsprosessen, jf. Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 212.

³⁴² Jo Hov, *Rettergang I, Papinan* (Oslo 2010), s. 560.

³⁴³ Spørsmålet reises heller ikke i Hovs nye utgave av boken, se Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 354-356.

³⁴⁴ Så fremt det ikke er tale om forhold som aktualiserer unntakene i tvl. § 10-1 tredje ledd.

³⁴⁵ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 354.

³⁴⁶ Se Rt. 2005 s. 1350 og Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 355.

³⁴⁷ Det er påstått at denne regelen kan føre til «underbydning» ved delvis erkjennelse av krav, for at småkravsreglene skal få anvendelse, jf. Andreas Nordby, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg, «Tvisteloven ti på topp og ti på bunn», *Lov og Rett nr. 1* (2012) (s. 3-22), s. 12.

er ingen formkrav til partenes samtykke.³⁴⁸ Unntakene illustrerer at det ikke nødvendigvis kun er krav om lave summer som behandles etter småkravsprosessen.

Uavhengig av reglene gjennomgått hittil, er det enkelte sakstyper som aldri skal behandles etter småkravsprosessen. Disse fremgår av tvl. § 10-1 tredje ledd. Bestemmelsen må anses som ufravikelig, da bestemmelsen første punktum lyder: «[v]ed småkravsprosess behandles likevel ikke». Begrunnelsen for unntakene kan knyttes til ideen bak småkravsprosessen; Behovet for at enkle saker skal behandles enkelt, for å sikre at også innehavere av småkrav får domstolstilgang.

For det første kan ikke gruppesøksmål etter tvisteloven kapittel 35 kunne føres etter småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav a.³⁴⁹ Tilsvarende gjelder for saker som skal gå etter spesialprosess,³⁵⁰ eksempelvis reglene om prosessen for tvangsfullbyrdelse,³⁵¹ så fremt det ikke kommer eksplisitt til uttrykk i den aktuelle loven at småkravsprosessen skal anvendes, jf. § 10-1 tredje ledd bokstav b.³⁵² Unntakene kan begrunnes i at disse reglene selv skal tilrettelegge for en enkel og effektiv behandling av denne type saker, da prosessreglene i særlige prosessformer er spesialtilpasset for dette konkrete saksforholdet.

Heller ikke indispositive saker kan behandles etter småkravsprosessen, jf. 10-1 tredje ledd bokstav c. Dette innebærer saker om «[...] personstatus, barns rettsforhold etter barneloven,³ administrative tvangsvedtak etter kapittel 36 og [...] andre saker hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet i søksmålet», jf. tvl. § 11-4.³⁵³ I disse sakene er domstolen i utgangspunktet bundet av partenes prosesshandlinger som ordinært,³⁵⁴ men kun så langt de er «forenlig med de offentlige hensyn».³⁵⁵ Dette tilsier at retten vil ha en mer omfattende undersøkelsesplikt knyttet til sakens faktum, som nok krever en ressursbruk det ikke er rom for

³⁴⁸ Jo Hov, Rettergang I (2010), s. 560.

³⁴⁹ Naturlig nok, all den tid også begrunnelsen for gruppesøksmål er domstolstilgang og effektivitet, jf. NOU 2001:32 A, s. 487 første og andre spalte. Se også avhandlingens punkt 4.4.3.

³⁵⁰ Det er ikke tilstrekkelig for at det skal kunne tales om «spesialprosess» at det er gitt unntak fra enkelte saksbehandlingsregler, eks. unntak fra forlikrådsbehandling. Da må småkravsprosessens regler anvendes for det øvrige så fremt saksforholdet ellers oppfyller vilkårene etter tvl. § 10-1 andre ledd.

³⁵¹ Tore Schei mfl., Tvisteloven Bind I (2013), s. 358. Eksempler på lover som hjemler spesialprosess er konkursloven 8. juni 1984 nr. 58 og skifteloven 21. februar 1930.

³⁵² I HR-2018-679-U uttalte eksempelvis Høyesterett at arbeidsmiljølovens særregler i kapittel 17 ikke er å anse som «spesialprosess», og at småkravsprosessen tvert imot er velegnet til å løse mindre arbeidsrettslige tvister, jf. avgjørelsens avsnitt 14 og 17. Tilsvarende er fremholdt av Stein Owe, «Særregler for arbeidsrettslige tvister og ved begjæring om konkurs fra arbeidstaker», Arbeidsrett nr. 1 (2016) (s. 127-136), s. 130.

³⁵³ Denne løsningen står i motsetning til uttalelsene i Ot.prp. nr.47 (1985-1986), der en slik generell regel om indispositive saker ble ansett som å være retsteknisk uheldig, se s. 32.

³⁵⁴ Se tvl. § 11-1 mv.

³⁵⁵ Tvl. § 11-4.

etter småkravsprosessen.³⁵⁶ I tillegg er indispositive saker ansett som særlig inngripende i individers rettsstilling, noe som tilsier at det ikke er forsvarlig å anvende småkravsprosessen.³⁵⁷

Det er etter dette ikke mulig å snakke om én form for småkravssak. Avhengig av partenes avtalemulighet og av om unntakene fra småkravsprosessen får anvendelse, så kan en småkravssak omhandle til dels store verdier. Hovedregelen må imidlertid sies å være klar; I småkravsprosessen er det tale om krav om formuesverdier, som er verdsatt under kr 125 000. Dette gjør at den typiske småkravssaken omhandler eksempelvis forbrukertvister, arbeidsrettstvister, husleietvister, nabotvister, eller øvrige pengekrav.

Det må likevel kunne konstateres at ikke alle småkravssaker vil være av liten betydning for personene involvert i saken. Saker om bostedet sitt, eller en tvist som medfører krangling med naboen, kan medføre en stor belastning på personene involvert. En ytterligere konsekvens av at småkravssaker ikke er en ensartet gruppe, er at man må være varsom med å anta at en småkravssak er enkel.³⁵⁸ Det er rom for at også en relativt komplisert sak kan behandles etter småkravsregelverket. Noen begrensinger for hvor komplisert en småkravssak kan være er det likevel, noe som behandles i neste punkt.

4.4.2. Unntak på grunn av betydning eller forsvarlighet

Enkelte formuessaker med en verdi under kr 125 000 er unntatt behandling etter småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Dette gjelder for saker som «for en part har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist», eller der «hensynet til forsvarlig behandling nødvendiggjør behandling ved allmennprosess». Felles for begge unntakene er at de kun er ment som snevre unntaksregler. Terskelen for at de skal gis anvendelse, er derfor høy.³⁵⁹

Det første unntaket knytter seg til saker der en part går til sak om et spørsmål som har vesentlig betydning for en av partene utover den konkrete tvisten.³⁶⁰ Et eksempel er der en forening går til sak om et spørsmål som med jevne mellomrom aktualiseres i driften. Da vil den konkrete saken få betydning for hvordan foreningen håndterer spørsmålet neste gang det oppstår. Et

³⁵⁶ Se tvl. § 21-3 andre ledd første punktum, samt Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 595.

³⁵⁷ Der en sak har både dispositive og indispositive sider er det antatt at saken er avskåret fra behandling etter småkravsprosessen, jf. Jo Hov, *Rettergang I* (2010), s. 561.

³⁵⁸ Dette har vært lagt til grunn i lange tider. Se eksempelvis Ernst Nordtveit, *Småkrav – summarisk inndrivning og rettshjelp* (1976), s. 333.

³⁵⁹ NOU 2001:32 B, s. 763 første spalte og Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 358. Se tilsvarende i LB-2015-157729.

³⁶⁰ Saken må ha betydning for den aktuelle parten. Det er ikke tilstrekkelig at saken kan ha mer allmenn betydning for en partshjelper, jf. HR-2018-1369-U avsnitt 14, 17 samt 18.

eksempel fra praksis der unntaket er anvendt, finnes i en avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett avsagt i 2014. Problemstillingen for retten var hva som prinsipielt måtte anses som et «kunstverk» etter merverdiavgiftsloven. Spørsmålet ble ansett å ha generell betydning for en kunstner som regelmessig innførte egne arbeider, potensielle kunstverk, fra utlandet.³⁶¹ Partens behov for avklaring gjaldt således ikke kun i den aktuelle saken.

En annen dom fra Borgarting lagmannsrett kan illustrere et tilfelle der en part ikke fikk gehør for at saken skulle overføres til allmennprosessen.³⁶² Spørsmålet var hvorvidt Ruter AS hadde anledning til å ilegge gebyr grunnet manglende gyldig billett. Retten kom til at sakens løsning knyttet seg til de faktiske forhold i saken alene, og at avgjørelsen således ikke ville ha betydning for Ruter AS utover den konkrete saken.

Også saker hvor «hensynet til forsvarlig behandling nødvendiggjør behandling ved allmennprosess» skal ikke behandles etter småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Dette må ses i sammenheng med det som er sagt tidligere, om at prosessen må fremstå rettferdig også i småkravssaker. Det er ikke tilstrekkelig å kun avgjøre en sak billig og raskt. Avgjørelsen må være basert på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag for at småkravsprosessen skal bidra til funksjonsopptak. Hva dette innebærer, må i all hovedsak bero på en konkret vurdering.

Av praksis følger likevel noen vurderingsmomenter. Stor enighet om faktum kan tale for at det er forsvarlig å anvende småkravsprosessen.³⁶³ Tilsvarende gjelder dersom saken har vært behandlet hos en spesialisert nemd, da det presumptivt har bidratt til å klarlegge tvistens spørsmål.³⁶⁴ Også spørsmålet om hvor lang tid som må avsettes til rettsmøte, har vært inntatt i vurderingen.³⁶⁵ Må det forventes at saken må behandles utover normen på én dag, så kan det ha betydning for forsvarlighetsvurderingen. I tillegg har det at en sak «ikke reiser særlige bevismessige utfordringer eller kompliserte juridiske problemstillinger», blitt brukt som argument for at det ikke er nødvendig med allmennprosess for en forsvarlig behandling.³⁶⁶

³⁶¹ Se LB-2014-195567.

³⁶² Se LB-2009-122119 (RG-2009-1034).

³⁶³ Se LB-2010-43786 (RG-2010-456). Ved uenighet om faktum er det også lagt vekt på behovet for befarung. Dersom dette er tilfelle, taler det mot at småkravsprosess vil være en forsvarlig behandlingsmåte, jf. LH-2010-52417. Befarung gjennomføres likevel i småkravssaker, se eksempler i en sak for Sandefjord tingrett, TSAFO-2010-129574 samt i en sak for Sør-Gudbrandsdal tingrett, TSGUD-2014-147988.

³⁶⁴ LB-2010-43786 (RG-2010-456).

³⁶⁵ LH-2010-52417.

³⁶⁶ LG-2013-24065, under «Lagmannsretten bemerker». Se også HR-2018-679-U, der Høyesterett uttalte *obiter dictum* at «dersom tingretten mener det er behov for oppnevning av arbeidslivskyndige meddommere, vil hensynet til forsvarlig saksbehandling normalt tilsi at saken i stedet bør gå etter reglene

I teorien har det blitt stilt spørsmål om det er rom for å innta hensynet til eventuell prejudikatsverdi en dom kan ha, i vurderingen av om bokstav d skal komme til anvendelse. Vilkåret om at en sak må ha vesentlig betydning for «en part» utover den konkrete tvisten innebærer formodentlig at det ikke er adgang til å forflytte en sak fra småkravsprosessen til allmennprosessen kun begrunnet i den generelle prejudikatsverdien en sak kan ha.³⁶⁷ Noen slik begrensning følger imidlertid ikke av vilkåret knyttet til forsvarlig behandling av saken. Det er eksempelvis fremholdt av *Schei*, at:

«[e]n sak skal for øvrig ikke behandles etter reglene for småkravsprosess dersom tvisten reiser et praktisk rettsspørsmål hvor rettsavklaring gjennom et prejudikat fra Høyesterett vil være av betydning, se tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav d».³⁶⁸

Her fremstår det som om det legges til grunn at generell prejudikatverdi har relevans, uten at det knyttes til et konkret vilkår. Sett i lys av det første alternativets begrensning til «en part», er det imidlertid naturlig å knytte uttalelsen til forsvarlighetsalternativet. All den tid det ikke foreligger rettskilder som utelukker at prejudikatsverdi kan være et relevant argument i forsvarlighetsvurderingen, må det kunne inntas i vurderingen.³⁶⁹

Vekten av momentet kan imidlertid diskuteres. Småkravsprosessen skal tilrettelegge for at småkravsinnhavere skal kunne anlegge sak, og få en avgjørelse. Dersom alle saker som kan ha prejudikatsverdi skal overføres til allmennprosessen, kan det bidra til at flere velger å trekke søksmålet sitt, noe de har anledning til uten kostnadsbelastning, jf. tvl. § 10-1 fjerde ledd andre punktum. Når avgjørelsen uansett ikke vil få prejudikatsverdi gjennom behandlingen i førsteinstans, er det grunn til å vise varsomhet med å la en eventuell prejudikatsverdi få for stor betydning i vurderingen etter tvl. § 10-3 bokstav d. Dersom saken forsvarlig kan behandles etter småkravsprosessen, er det ingen grunn til at allmennprosessen skal være å foretrekke. Prejudikatsverdien oppnås jo kun dersom avgjørelsen fra første instans ankes, både for saker

om allmennprosess». Bruken av sakkyndige meddommere kan altså være en indikator på at saken omhandler juridiske problemstillinger på et nivå som ikke egner seg for småkravsbehandling.

³⁶⁷ *Hov* gir uttrykk for at en forståelse av lovens ordlyd som utelater generell prejudikatsverdi ikke vil være rimelig, jf. Jo Hov, Rettergang i sivile saker (2017), s. 355. Det kan i tillegg virke som om det etter dansk rett, som har et noe tilsvarende unntak, er blitt akseptert å trekke inn en saks generelle betydning, se U.2010.963/1V. Se imidlertid Anne Robberstad, Sivilprosess (2018), s. 213, Jo Hov, Rettergang i sivile saker (2017), s. 355 og Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess, s. 189, som konkluderer med at dette er den korrekte måten å forstå bestemmelsen på.

³⁶⁸ Tore Schei, «Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet», Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øye (red.), Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Norges Høyesterett 200 år, Universitetsforlaget (Oslo 2015) (s. 1-42), s. 15.

³⁶⁹ Se motsetningsvis Anne Robberstad, Sivilprosess (2018), s. 213, som legger til grunn at den relevante prejudikatsinteressen kun «må foreligge hos parten selv».

etter småkravsprosessen og allmennprosessen.³⁷⁰ Etter mitt skjønn har dermed den generelle prejudikatsverdien til en sak sekundær betydning som moment i vurderingen av om en sak forsvarlig kan behandles etter småkravsprosessens regler.

Skulle retten komme til at tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d kommer til anvendelse, gis saksøker anledning til å trekke saken uten å frafalle kravet, og uten å bli ansvarlig for motpartens saksomkostninger.³⁷¹ Dette skyldes at overføringen til allmennprosessen (potensielt) øker prosessrisikoen betraktelig.³⁷²

4.4.3. Gruppeprosessen som et alternativ til småkravsprosessen

Med innføringen av tvisteloven ble også en annen prosessform som skulle tilrettelegge for domstolstilgang opprettet, nemlig gruppeprosess, inntatt i lovens kapittel 35. Prosessformen skal gjøre at prosess kan føres av en gruppe, for slik å utligne prosessrisikoen noe.³⁷³ Prosessen er ment å være billigere og mer effektiv, sammenlignet med den situasjon at hver kravsinnehaver må gå til eget søksmål.³⁷⁴ Gruppeprosess er ikke innenfor avhandlingens tema. Likevel vil jeg knytte noen korte bemerkninger til prosessformens betydning for småkrav.

Det er ingen saklig begrensning for hvilke krav som kan føres etter gruppeprosess, utover at prosessformen må fremstå som det beste alternativ.³⁷⁵ Det saklige virkeområdet hverken begrenser seg til, eller avgrenses mot, småkrav. Like fullt er nok det typiske gruppesøksmålet bestående av krav som alene ville blitt behandlet etter småkravsprosessens regler. Eksempler fra praksis er saker om prisavslag,³⁷⁶ pensjonsberegning,³⁷⁷ erstatning grunnet forsinket flyavgang,³⁷⁸ og skatteberegning.³⁷⁹ Med forbehold om at kravene ikke er unormalt store, er dette saksområder som også preger småkravsprosessen.

³⁷⁰ Se også Christian Reusch, «*Anne Robberstad: Sivilprosess*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen 2009. 365 s.», Tidsskrift for Rettsvitenskap nr. 1 (2010) (s. 193-208), s. 202.

³⁷¹ Dette i motsetning til i prosessen for øvrig, jf. tvl. § 18-4 og § 20-4, for reglene om henholdsvis oppgivelse av krav og saksomkostningsansvar.

³⁷² Sml. saksomkostningsreglene i tvl. § 10-5 for småkravsprosessen med den alminnelige saksomkostningsregelen i tvl. § 20-2, der førstnevnte har et kostnadstak uten parallell i sistnevnte.

³⁷³ I tillegg skal gruppesøksmål gjøre det mulig å gå til sak om kollektive rettigheter, jf. NOU 2001:32 A, s. 467 første spalte samt Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 236. Se også Per Henrik Lindblom, *Grupptalan i Sverige* (2008) for mer om gruppesøksmål generelt.

³⁷⁴ NOU 2001:32 A, s. 487 første spalte.

³⁷⁵ Tvl. § 35-2 første ledd bokstav c.

³⁷⁶ Rt. 2010 s. 267.

³⁷⁷ HR-2016-1446-A.

³⁷⁸ HR-2016-2406-U.

³⁷⁹ Rt. 2014 s. 193.

Formålene med prosessformene er også for det meste overlappende. Tradisjonelt er småkravsreguleringer og gruppeprosess begge ansett som virkemidler for å tilrettelegge for domstolstilgang, og da også for ivaretagelse av prosessrettens funksjoner.³⁸⁰

Likevel har ikke prosessformen noen betydning for hvordan småkrav skal behandles etter småkravsprosessens regler. Den nærmeste tilknytning er at gruppeprosess er et alternativ, dersom flere småkravsinnhavere mener å ha krav mot samme part, på samme grunnlag.³⁸¹

4.4.4. Småkravsprosessens forhold til tvistelovens alminnelige deler

Utgangspunktet etter småkravsprosessens er at det er et fullt ut alternativt spor til allmennprosess. Kapitlet står i utgangspunktet på «egne bein». Tvistelovens regler om allmennprosess, inntatt i lovens kapittel 9, kommer kun til anvendelse gjennom direkte henvisning fra kapittel 10, se eksempelvis tvl. § 10-2 første ledd.³⁸² Lovens generelle deler, altså første, fjerde og femte del, får som utgangspunkt anvendelse også i småkravssaker.³⁸³ Dette gjelder blant annet regler om bevis, rettsmøter, og rettsmidler.

De generelle delene av loven har med få unntak ikke egne regler for småkrav.³⁸⁴ Dette er naturlig, da det tale om kapitler som skal anvendes under behandlingen av en sak etter begge prosessformene. Likevel kan det ikke uten videre legges til grunn at samme regel skal forstås på samme måte i alle tilfeller. Spørsmålet har særlig betydning for hvilken vekt som skal tillegges kilder som omtaler bestemmelser fra tvistelovens alminnelige deler, i saker etter allmennprosessens.

I forarbeidene til tvisteloven er det under vurderingen av småkravsreguleringens form, uttalt at:

³⁸⁰ Gruppesøksmål ble eksempelvis fremhevet som et element i *Cappellettis* andre bølge, som skulle ivareta domstolstilgang for diffuse og kollektive rettigheter. Se Mauro Cappelletti, *Access to Justice* (1978), s. 44 mv.

³⁸¹ Se eksempelvis TOSLO-2016-105341, der det var tale om et gruppesøksmål der hvert enkelt krav hadde en verdi på gjennomsnittlig 4000 kr, noe som av retten ble betegnet som «små krav».

³⁸² Dette fremkommer av forarbeidene til bestemmelsen, Ot.prp. nr.51 (2004-2005), s. 401 første spalte, jf. s. 200 første spalte. *Hov* mener imidlertid at denne slutningen ikke fremstår som klar, men legger likevel samme oppfatning til grunn, jf. Jo Hov, *Rettergang I* (2010), s. 562 samt Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 354, der problemstillingen ikke reises. Reglene dette gjelder er tvl. §§ 9-2, 9-3, 9-6, 9-7, 9-8, 9-12 tredje ledd første og annet punktum, 9-14 annet ledd første til femte punktum, 9-15 og 9-17.

³⁸³ Dette da tvistelovens kapittel 10 skal være et fullgodt alternativ til kapittel 9, ikke de øvrige delene av tvisteloven. Se også Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 354 samt Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 218.

³⁸⁴ Eksempelvis er tvl. § 21-12 første ledd bokstav a og c, som omhandler adgang til bevisopptak, eksplisitt unntatt anvendelse i småkravsprosessens, jf. tvl. § 10-3 sjette ledd.

«[I]angt på vei er reglene for allmennprosessen gitt tilsvarende anvendelse, men slik at det er gjort unntak og fremhevet forskjeller og hensyn som særlig skal ivaretas ved behandlingen».³⁸⁵

Dette er den eneste uttalelsen som eksplisitt sier noe som hvordan de alminnelige reglene skal forstås. Uttalelsen åpner for bruk av «forskjeller og hensyn» i tolkningsprosessen, noe som taler for at det må foretas en konkret tolkning av den enkelte bestemmelsen. Forutsetningen er at den aktuelle bestemmelsen åpner for en avveining eller vurdering. Hvis det er tilfellet, må det vurderes hvorvidt forskjeller mellom småkravprosessen og allmennprosessen har betydning for forståelsen av den aktuelle regelen. Eksempelvis veier hensynet til effektivitet og proporsjonalitet tungt i småkravprosessen, noe som kan medføre at proporsjonalitetsvurderingen etter tvl. § 21-8 må forstås ulikt her, sammenlignet med det som vil være tilfellet etter allmennprosessen. Motsetningsvis vil ikke disse hensynene influere forståelsen av bevisforbudsregelen på grunn av rikets sikkerhet i tvl. § 22-1.

En vurdering av hensyn og forskjeller mellom småkravprosessen og allmennprosessen, hører naturlig hjemme i en tolkning av bestemmelsene i tvistelovens alminnelige deler. For at småkravprosessen skal kunne tilrettelegge for domstolstilgang, må samtlige regler som kan ha betydning for formålet, tolkes fra et småkravsperspektiv. Således må ovennevnte medføre at den enkelte regel i de alminnelige delene må tolkes i lys av de særlige hensyn som småkravprosessen baserer seg på. Dette medfører at praksis knyttet til regler i tvistelovens alminnelige deler i saker etter allmennprosessen, ikke kan legges blindt til grunn i småkravssaker.

4.5. Forenklet saksforberedelse

4.5.1. Utgangspunkter for saksforberedelsen

Småkravprosessen, så vel som allmennprosessen, baserer seg på den prosessuelle tretrinnsmodellen, med tre formelle stadier: Stevningsfasen, forberedelsesfasen og sluttbehandlingsfasen.³⁸⁶ Skal en sak gå etter småkravprosessens regler starter altså behandlingen som en vanlig tvistesak, med inngivelse av stevning og etterfølgende tilsvaret, jf. tvl. § 10-2 første ledd, jf. tvl. § 9-2 og § 9-3. Det som fremkommer av stevningen og tilsvaret danner utgangspunktet for saksforberedelsen. I tillegg er det mulighet for partene å bruke

³⁸⁵ NOU 2001:32 A, s. 341 første spalte.

³⁸⁶ Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 21-22.

forenklet stevning, jf. tvl. § 9-2 fjerde ledd, under forutsetning om at saken har vært behandlet hos en nemd eller forliksrådet.

Der partene er selvprosederende, kan de velge å møte hos en domstol, og der få hjelp til å utforme henholdsvis stevning og tilsvaer,³⁸⁷ en nødvendighet da det legges opp til at personer forsvarlig skal kunne skjømte egen sak som selvprosederende etter småkravsprosessens regler.³⁸⁸

Der det er en dommer som bidrar ved oppsett av stevning eller tilsvaer, er denne avskåret fra å delta i den etterfølgende behandlingen av saken, jf. tvl. § 12-1 fjerde ledd. Dette må ses i sammenheng med reglene om dommeres habilitet, og da spesielt hvordan dommeren oppfattes utad og av partene.

Utgangspunktet for forberedelsen av småkravssaker, er at denne skal være «forenklet sammenlignet med allmennprosessens».³⁸⁹ Dette må ses i lys av ønsket om at småkravsprosessens skal være en rimeligere prosess enn allmennprosessens. I dette ligger blant annet en forenkling av prosessen, for å kunne legge bedre til rette for selvprosederende parter, som potensielt bidrar til at advokatkostnader unntas fra det totale kostnadsbildet i småkravssaker.

Forenkling av prosessen gir seg utslag i reglene gjennom fleksibilitet. Når det gjelder forberedelsen i en småkravssak er loven relativt taus om hvordan denne skal gjennomføres. Tvisteloven § 10-2, som regulerer saksforberedelsen i småkravsprosessens, legger opp til en forberedelse uten klare retningslinjer. De av allmennprosessens regler som er gitt anvendelse i småkravssaker, knytter seg til saksbehandlingsavgjørelser, uttalelser og innsigelser knyttet til prosesshandlinger og –avgjørelser,³⁹⁰ avgjørelse ved enighet og adgang til forenklet domsbehandling. Dette er imidlertid ikke regler som er særlig styrende for saksforberedelsens gjennomføring i den alminnelige småkravssak.

Reglene som er av større betydning, fremgår av tvl. § 10-2 andre og tredje ledd. Andre ledd pålegger retten å «gjennom kontakt med partene og ved nødvendig veiledning etter § 11-5 legge særlig vekt på raskt å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen [...]». Veiledningsplikten drøftes i avhandlingens kapittel 6, og behandles ikke ytterligere her. Bestemmelsens tredje ledd sier at

³⁸⁷ Se tvl. § 12-1 andre ledd.

³⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 198 første spalte. At dette skal være en mulighet fremgår også av domstolenes informasjonsside om småkravsprosess, under punktet «Slik går du frem»:
<https://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Smakravsprosess/> (sist sett 25. januar 2019).

³⁸⁹ Innst. O. nr. 110 (2004-2005), s. 41 første spalte.

³⁹⁰ Tvl. § 9-6 vil behandles nærmere i avhandlingens kapittel 7.

«Partene plikter innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det».

Betydningen av fristen for bevisfremsettelse behandles i avhandlingens kapittel 7, og heller ikke dette behandles nærmere her.

Det som kan sies, er at utover dommerens plikt til veiledning, og den oppstilte ukesfristen, er det ingen regler som regulerer hvordan saksforberedelsen skal gjennomføres. Dette i kontrast til allmennprosessens regler, som preges av preklusive frister, og tilnærmet obligatoriske prosessskritt på saksforberedelsestadiet. En følge av dette er at retten får et særlig stort ansvar for sakens fremdrift når saken skal behandles etter småkravprosessen. I det videre skal noen av elementene fra saksforberedelsestadiet i småkravprosessen presenteres, nemlig hvordan retten og partene kan kommunisere og når saken går fra forberedelsestadiet til sluttbehandling, all den tid tvl. § 9-10 ikke får anvendelse i småkravssaker. Først skal det knyttes noen korte bemerkninger til rettens adgang og plikt til å bedrive mekling.

4.5.2. Mekling

En av dommerens plikter under forberedelsen av en småkravssak er å vurdere om det «kan være grunnlag for en minnelig ordning», jf. tvl. § 10-2. Dommerens mulighet for å vurdere dette kompliseres imidlertid av at saksforberedelsen skal være skriftlig. *Camilla Bernt* har uttalt at:

«[v]ed aktiv saksstyring følger dommeren saken tett, og han kan dermed vurdere om saken kan egne seg for minnelig løsning, og når den kan være moden for eventuelle meklingsforsøk. Dette vil være vanskeligere i den type saksforberedelse, hvor det normalt ikke var noe saksforberedende møte. [...] Det er selvsagt lettere å foreta gode vurderinger av muligheten for forlik når dommeren følger saken tettere og har direkte kontakt med partene».³⁹¹

Småkravprosessen forberedelse er tilforlåtelig lik den forberedelse som beskrives her. Slutningen som kan trekkes av sammenligningen, er at det også i småkravssaker presumptivt vil være vanskeligere å vurdere muligheten for forlik under saksforberedelsen. Denne vurderingen, under slike forhold, fremstår mest aktuell dersom prosesskrivene gir uttrykk for at uenigheten knytter seg til annet enn det som er relevant for den juridiske problemstillingen.

³⁹¹ Camilla Bernt, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Fagbokforlaget (Bergen 2011), s. 245.

I ønsket om å kartlegge muligheten for en minnelig ordning kan det også innfortolkes en adgang for retten til å forespeile partene muligheten for mekling, og da primært ordinær mekling og ikke rettsmekling.³⁹² I motsetning til ordinær mekling, er rettsmekling noe som skjer etter egne prosessregler, jf. tvl. 8-3 første ledd. Rettsmekling er derfor antatt å være av liten praktisk betydning i småkravssaker.³⁹³ Dette må ses i sammenheng med at småkravprosessen skal bidra til å sikre en proporsjonal ressursbruk i saker om mindre verdier. De aller fleste småkravssaker har undergått behandling hos forliksråd eller nemd før tingrettsbehandlingen. Et ekstra ledd i prosessen vil raskt medføre ressurser som ikke kan forsvares sammenlignet med tvistesummen.³⁹⁴ Rettsmeklingsinstituttet behandles derfor ikke nærmere her.

At retten skal vurdere muligheten for mekling i småkravssaker samsvarer med tvistelovens alminnelige bestemmelse om mekling, tvl. § 8-1, der det fremgår at mekling skal være i fokus på ethvert trinn av saken. Også gjennomføring av ordinær mekling vil nok likevel rent unntaksvis være aktuelt, sett fra et prosessøkonomisk perspektiv, da forliksråds- eller nemndsbehandling som regel allerede er gjennomført.³⁹⁵ Dersom partene likevel er åpne for muligheten er dette et spørsmål som bør avklares tidligst mulig under planleggingen av saken. Forlik er som regel gunstig for partene og samfunnet, både fra et konfliktløsende og et prosessøkonomisk perspektiv, og gevinsten blir større jo tidligere dette skjer.³⁹⁶

Problemet med mekling i en skriftlig forberedelse, som småkravprosessen har, er at det kan være vanskelig for retten å vurdere hvorvidt det er potensiale for mekling når all kommunikasjon med partene av betydning for saken skal skje skriftlig.³⁹⁷ Skriftlig kommunikasjon blir raskt mer distansert, noe som kan gjøre det vanskelig for retten å vurdere om eksempelvis tvisten egentlig knytter seg til personlige relasjoner i stedet for en faktisk juridisk tvist.³⁹⁸ I tillegg kan partene vegre seg for skriftlig å gi uttrykk for muligheten til å finne en minnelig løsning, da de kan frykte at dette svekker deres eventuelle argumentasjon dersom saken går til doms. Dette gjelder nok særlig der en eller begge parter er selvprosederende, og

³⁹² Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 361. Se også Kristin Kjelland-Mørdre mfl., *Konflikt, mekling og rettsmekling*, Universitetsforlaget (Oslo 2008), s. 109.

³⁹³ NOU 2001:32 A, s. 342 første spalte. Se motsetningsvis Kristin Kjelland-Mørdre m.fl., *Konflikt, mekling og rettsmekling* (2008), s. 110. Det er også eksempler fra praksis som indikerer at det har vært behov for rettsmekling, se TOSLO-2017-151006, under punktet «Fremstilling av saken».

³⁹⁴ For mer om dette, se Camilla Bernt, *Meklerrollen ved mekling i domstolene* (2011), s. 240-243.

³⁹⁵ Se avhandlingens punkt 4.3.

³⁹⁶ Se Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (2018), s. 528 og 535.

³⁹⁷ Se avhandlingens punkt 4.5.3.

³⁹⁸ For mer om kombinasjon av konfliktårsaker, se Sverre Blandhol, *Konfliktanalyse*, Fagbokforlaget (Bergen 2014), s. 69-70.

parten ikke er kjent med forholdet mellom meklingsprosessen og hva retten kan basere dommen sin på.

Når saksforberedelsen er skriftlig må også selve meklingen skje gjennom skriftutveksling, eller under sluttbehandlingsmøtet.³⁹⁹ Det er ingen særhjemmel for at det kan avholdes meklingsmøter i småkravprosessen. Formålet med mekling er at partene gjennom dialog skal komme til et resultat de kan enes om.⁴⁰⁰ Utveksling av prosesskriv som et ledd i mekling begrenser muligheten til slik dialog, noe som igjen begrenser muligheten for å oppnå forlik.⁴⁰¹ I tillegg kan språket oppfattes hardere skriftlig enn om det samme hadde vært formidlet muntlig. Nyanser av betydning i en meklingsituasjon kan således gå tapt ved at mekling må skje ved prosesskriv. På samme grunnlag er det også fremholdt at dommerens rolle som mekler begrenses ved at meklingen skjer skriftlig, ved at dommeren eksempelvis finner det vanskeligere å utøve et visst press på partene om forlik.⁴⁰² Jeg mener derfor at det på generelt grunnlag må kunne antas at mekling gjennomført ved skriftveksling vil ha en mer begrenset mulighet for å lykkes sammenlignet med mekling i møte. De saker som det samfunnsøkonomisk er mest ønskelig at forlikes er de saker som prosessretten i minst grad legger til rette for mekling i, i alle fall under tingrettsbehandlingen.⁴⁰³

4.5.3. Kommunikasjon mellom retten og partene

Utgangspunktet for kontakten mellom retten og partene, er at dette skal skje ved rettsmøte eller prosesskriv, jf. tvl. § 13-1 første ledd. I motsetning til etter allmennprosessen, er det ikke lagt opp til at det skal avholdes møter under forberedelsen av en småkravsak. Dette fremgår implisitt av tvl. § 10-2 første ledd, der tvl. § 9-4 om planmøte, og tvl. § 9-5 om rettsmøter under saksforberedelsen, ikke er gitt anvendelse. I tillegg brukes betegnelsen «rettsmøtet» i både tvl.

³⁹⁹ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 361.

⁴⁰⁰ Kristin Kjelland-Mørdre m.fl., *Konflikt, mekling og rettsmekling* (2008), s. 91.

⁴⁰¹ Det kan se ut til at tilsvarende i noen grad er lagt til grunn i tvistelovens forarbeider. I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) er det uttalt at «Departementet er enig med utvalget i at det fortsatt bør være mulig for retten å bestemme at tilsvaret skal avgis muntlig i rettsmøte. Det kan være en hensiktsmessig løsning der det kan se ut til å være gode muligheter for en minnelig løsning, samtidig som saksøkte er en selvprosederende part som er lite rettskyndig», jf. s. 188 første spalte. Uttalelsen gjelder muligheten til å avgi muntlig tilsvaret, men det relevante her er at det fremstår som om det legges til grunn at der det er ansett som hensiktsmessig med et muntlig møte for å legge til rette for en minnelig løsning.

⁴⁰² Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 283. At retten skal kunne legge noe press på partene synes å være forutsatt i forarbeidene, der det kun fremgår at det er «urimelig press» som må unngås, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 114 første spalte. Det er også vanskeligere for dommeren å oppnå tillit hos partene, noe som er fremholdt en fase i meklingen, jf. Grethe Nordhelle, *Mekling: Konfliktforståelse og konflikthåndtering*, Gyldendal akademisk (Oslo 2006), s. 32 sammenholdt med s. 159-160.

⁴⁰³ Forutfor tingrettsbehandlingen er den tilnærmet obligatoriske forliksråds- eller nemndsbehandlingen tilrettelagt for å oppnå utenrettslige løsninger, se avhandlingens punkt 4.3.2 og 4.3.3.

§ 10-2 og § 10-3, noe som indikerer at målsetningen er at det kun skal gjennomføres ett rettsmøte.⁴⁰⁴ Tilsvarende støttes av forarbeidene, der det uttales at saker behandlet etter småkravsprosessen kun skal ha ett enkelt rettsmøte, noe som presumtvt må være rettsmøtet til sluttbehandling.⁴⁰⁵ Som regel ville det nok uansett ikke være prosessøkonomisk forsvarlig å gjennomføre møter på saksforberedelsestadiet, dersom ressursene lagt i saken skal anses som proporsjonal til sakens betydning.⁴⁰⁶

Selv om det i loven ikke er oppstilt noe eksplisitt forbud mot rettsmøter under saksforberedelsen, er det lagt til grunn at rettsmøter ikke kan holdes.⁴⁰⁷ Av et antall tingrettsdommer fremkommer det imidlertid at i alle fall planmøte likevel er blitt gjennomført.⁴⁰⁸ Det fremstår derfor som om det er et behov for adgang til å avholde planmøte, og at det i praksis er lagt til grunn at slik adgang foreligger. Sett i lys av at både lovteksten og forarbeidene til tvl. § 10-2 og § 10-3 taler for at det kun skal gjennomføres ett rettsmøte i en småkravssak, må bestemmelsen likevel forstås slik at det ikke er adgang til å rettsmøter utover møtet til sluttbehandlingen.

Det er likevel lagt opp til kommunikasjon mellom retten og partene, med det formål å vurdere hvorvidt partene kan enes, og hvis ikke, om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, jf. tvl. § 10-2 andre ledd. All den tid det som regel ikke er rom for møter under forberedelsen, så må denne skje gjennom prosesskriv.⁴⁰⁹ Dette fremstår ikke sammenhengende med formålet om at saksforberedelsen skal være mindre formell, for slik å tilrettelegge prosessen for selvprosederende parter. Presumtvt vil muntlig kommunikasjon

⁴⁰⁴ Begrepet er inntatt i loven i bestemt form, i motsetning til det generelle begrepet «rettsmøte».

⁴⁰⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 198 andre spalte.

⁴⁰⁶ I alle fall fremstår dette å være en forutsetning lagt til grunn av lovgiver, jf. NOU 2001:32 B, s. 825 andre spalte. At dette ikke nødvendigvis er tilfelle kommer jeg tilbake til i senere kapitler.

⁴⁰⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 første spalte. Se også Arnfinn Bårdsen og Dag Bugge Nordén, «På talefot med tvisteloven», Jussens Venner vol. 43 (2008) (s. 1-90), s. 81, der det uttales at «[d]et er ikke anledning til å holde rettsmøter under saksforberedelsen i småkravsprosessen». Noe tilsvarende fremholdes av Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), der det uttales at det «er heller ikke adgang til å beslutte muntlig saksforberedelse», jf. s. 670.

⁴⁰⁸ Se THAUG-2015-97438, TNERO-2013-163129, TLARV-2013-73024, TOSLO-2011-36507, TOSLO-2012-188192, TOSLO-2010-27902, TGJOV-2014-174657, TDRAM-2011-148954, TAUAG-2009-112145 og TFOSN-2012-146461.

⁴⁰⁹ Dette gjelder uten unntak, så fremt det ikke er tale om ren uformell kontakt mellom retten og partene, jf. NOU 2001:32 B, s. 824 første spalte og s. 825 andre spalte. Her uttales det at «Regelen forbyr naturlig nok ikke mer uformell kontakt mellom retten og advokater, men hvis advokaten skal formidle noe av betydning for saken, skal det skje i prosesskriv eller i rettsmøte». Uttalelsen begrenser seg til advokater, men det er ingen gode grunner for at ikke det samme skal gjelde for selvprosederende. Det avgjørende må være at kommunikasjonen ikke knytter seg til noe av «betydning for saken».

fremstå mindre formell enn skriftlig utforming av prosesskriv, og er således mer egnet for selvprosederende.⁴¹⁰ I forarbeidene tilknyttet tvl. § 12-1, er det imidlertid uttalt at:

«For de langt fleste praktiske tilfeller der en part ikke har advokat, må det kunne legges til grunn at saken vil behandles etter reglene for småkravsprosess. Det følger av disse prosessreglene at det normalt ikke skal skje noen ytterligere skriftlig saksforberedelse etter stevning og tilsvær, men at hele saksbehandlingen for øvrig skal skje i ett rettsmøte, jf § 10-3».⁴¹¹

Sitatet gir uttrykk for at reglene skal forstås dithen at det i utgangspunktet ikke skal være noen saksforberedelse utover stevning og tilsvær, og at det dermed ikke vil ha stor praktisk betydning at øvrig kontakt må begrenses til prosesskriv. Hvor realistisk dette utgangspunktet er, kan diskuteres, men ikke her.⁴¹²

4.5.4. Saksforberedelsens avslutning

Etter allmennprosessens regler skal saksforberedelsestadiet avsluttes ved inngivelse av sluttinnlegg omtrent to uker før hovedforhandling starter, jf. tvl. § 9-10 første ledd. I småkravsprosessen er det ingen slik regel. Dette fremgår av tvl. § 10-2 første ledd, der tvl. § 9-10 ikke er opplistet, og bestemmelsen får følgelig ikke anvendelse i småkravsprosessen. Tvisteloven § 10-2 og § 10-3 er titulert henholdsvis «Saksforberedelsen» og «Muntlig sluttbehandling», men det er likevel ingen klar overgang fra det ene til det andre.⁴¹³

Begrunnelsen for at dette elementet er fjernet i småkravsprosessen fremgår ikke eksplisitt av tvistelovens forarbeider. Det uttales imidlertid at et av målene med lovendringen, var å gjøre saksforberedelsen i småkravssaker mindre formell.⁴¹⁴ At prosessen ikke har en formell avslutning, med tilhørende rettsfølger, kan sies å passe denne beskrivelsen.

Det manglende skillet mellom prosessens stadier medfører noen prosessuelle ulikheter mellom allmennprosessen og småkravsprosessen. For det første skal det ikke inngis sluttinnlegg, all den tid dette er knyttet til saksforberedelsens avslutning, jf. tvl. § 9-10 andre ledd.⁴¹⁵ Loven pålegger

⁴¹⁰ Noe tilsvarende fremgår av tvistelovens forarbeider, knyttet til begrunnelsen for muntlig sluttbehandling, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 200 første spalte.

⁴¹¹ NOU 2001:32 B, s. 825 andre spalte.

⁴¹² Se avhandlingens kapittel 6.4.

⁴¹³ Paragrafoverskriftene kan heller ikke tillegges noen rettskildemessig betydning, se Jens Edvin A. Skoghøy, Rett og rettsanvendelse (2018), s. 234.

⁴¹⁴ Innst. O. nr. 110 (2004-2005), s. 41 første spalte.

⁴¹⁵ Se også Jo Hov, Rettergang i sivile tvister (2017), s. 356.

altså ikke partene å oppsummere «den påstand, de påstandsgrunnlag og de rettsregler som påberopes, og de bevis parten vil føre», jf. tvl. § 9-10 andre ledd andre punktum.⁴¹⁶

For det andre får ikke tvl. § 9-16, allmennprosessens preklusjonsbestemmelse, anvendelse, da også denne forutsetter en avslutning av saksforberedelsen. Konsekvensen av dette behandles ytterligere i avhandlingens kapittel 7.

Et tredje skille knytter seg til forståelsen av enkelte regler i de alminnelige delene av tvisteloven. Det er flere av bestemmelsene som knytter rettsvirkninger til «avsluttet saksforberedelse». Når avslutningen ikke er formalisert i småkravsprosessen, innebærer det at enkelte bestemmelser ikke rekker like langt som etter allmennprosessen.⁴¹⁷ Et eksempel på dette er tvl. § 15-1, som regulerer adgangen til å innta flere krav mot samme saksøkte i én sak.⁴¹⁸ I bestemmelsen oppstilles det nærmere vilkår for at dette skal kunne skje, jf. første ledd. Det er i tillegg ekstra vilkår som må være oppfylt, dersom endring foretas etter «avsluttet saksforberedelse», jf. tredje ledd. Når det ikke er noen formell avslutning av saksforberedelsen, kan vanskelig disse tilleggsvilkårene anvendes. I småkravsprosessen er det altså kun vilkårene som fremgår av tvl. § 15-1 første ledd, som må være oppfylt helt frem til sluttbehandlingen av saken starter. Det er altså en, i alle fall teoretisk, utvidet adgang til å fremsette flere krav under saksbehandlingen, enn det som gjelder etter allmennprosessens regler. Dette henger ikke sammen med ønsket om en mer effektiv rettergang i småkravssaker. Større effektivitet skulle heller tilsi en snevrere adgang til å gjøre større endringer i prosessopplegget, som det å trekke inn en ny part kan være, enn i allmennprosessen.

Manglende skille mellom de ulike stadiene i prosessen, er altså en faktor som har betydning for tolkningen av regler relevant for småkravsprosessen. Særlig betydning har det nok ved tolkningen av bestemmelsene i tvistelovens kapittel 9, som er gitt anvendelse i småkravsprosessen, og bestemmelsene i tvistelovens alminnelige deler,⁴¹⁹ noe som skyldes at ingen av bestemmelsene inntatt i tvistelovens kapittel 10 knytter rettsvirkninger til endt forberedelse.

⁴¹⁶ Det er imidlertid fremholdt at sluttinnleggets klarleggende funksjon også ville være et positivt tilskudd i saker om mindre verdier, jf. Cecilie Østensen Berglund, «Effektiv saksforberedelse i sivile saker», Gunnar Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Universitetsforlaget (2016) (s. 137-164), s. 155.

⁴¹⁷ Se Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 190.

⁴¹⁸ Tilsvarende gjelder for adgangen til å trekke inn en ny part, jf. tvl. § 15-2 tredje ledd andre punktum, og adgangen til å avskjære prosesshandlinger, jf. tvl. § 16-6 tredje ledd andre punktum.

⁴¹⁹ Se avhandlingens punkt 4.4.4.

4.6. Forenklet sluttbehandling

4.6.1. Sluttbehandlingens struktur

I småkravsprosessen, i motsetning til allmennprosessen, er det ikke tale om noen hovedforhandling som avsluttende rettsmøte. I tvistelovens kapittel 10 er det kun tale om rettsmøte til sluttbehandling av saken. Sluttbehandling er et begrep som ble innført med tvistelovsreformen.⁴²⁰ Det er imidlertid ingen større forskjell mellom de to ulike avsluttende rettsmøter knyttet til begrepsbruken. Et eksempel av mer praktisk betydning er at kappeplikten i retten kun er tilknyttet «hovedforhandling». Hverken dommer eller advokater benytter altså kappe under rettsmøte til sluttbehandling.⁴²¹ Manglende kappe bidrar til å senke det noe formelle preg en rettssak kan ha, og er således i småkravsprosessens ånd.

For øvrig er utgangspunktet at sluttbehandlingen av en småkravssak skal bygges opp som en hovedforhandling.⁴²² Eksempelvis er begge deler en form for rettsmøte. Dette innebærer blant annet at dommeren har ansvar for å styre behandlingen,⁴²³ og at den skal være offentlig.⁴²⁴

Det er likevel lagt opp til at en sluttbehandling skal være langt mer konsentrert enn en hovedforhandling. Der sistnevnte kan gå over dager eller uker, skal en sluttbehandling som regel avholdes i løpet av timer,⁴²⁵ og kun helt unntaksvis ut over en hel dag.⁴²⁶ Idealet er at en sluttbehandling skal kunne gjennomføres i løpet av 2-3 timer.⁴²⁷ Tidspresset vil nødvendigvis ha betydning for gjennomføringen av sluttbehandlingen, kanskje særlig for dommerens plikt til å styre saken aktivt.⁴²⁸

⁴²⁰ Tvistemålsloven hadde kun bestemmelser om «[h]ovedforhandlingen», se lovens tredje del, spesielt kapittel 23.

⁴²¹ Jf. Regler om bruk av rettskapper m.v. ved domstolen, 26. juni 1995 nr. 577 § 3. Tilsvarende fremgår av Oslo tingretts «Retningslinjer for behandling av småkravssaker i Oslo tingrett» punkt 13: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/obyri/internett/brosjyrer/retningslinjer-sivile-saker-smakrav.pdf> (sist sett 25. januar 2019).

⁴²² Jf. tvl. § 10-3 femte ledd, jf. § 9-15. Dette fremgår også av domstolenes egne hjemmesider, der det fremgår at «[r]ettsmøte til sluttbehandling i småkravsprosessen gjennomføres etter samme modell som i hovedforhandling i en sivil sak», jf. <https://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Smakravsprosess/>, under «Sluttbehandling av saken» (sist sett 25. januar 2019).

⁴²³ Domstolloven § 123 første ledd.

⁴²⁴ Domstolloven § 124 første ledd.

⁴²⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005), s. 201 første ledd.

⁴²⁶ Se tvl. § 10-3 andre ledd siste punktum, der det står at en småkravssak kun kan vare mer enn én dag dersom det foreligger «særlig sterke grunner».

⁴²⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 359 første spalte. Hvor realistisk dette utgangspunktet er, blant annet uten adgang til saksforberedende møter, kan diskuteres, se eksempelvis avhandlingens punkt 6.4. Det er likevel sagt at det i praksis settes av tre timer til sluttbehandlingen, se Jørgen Vangnes, Sivilprosess i et nøtteskall, Gyldendal (Oslo 2018), s. 156.

⁴²⁸ Se Anne Robberstad, Sivilprosess (2018), s. 204. Hva dette nærmere innebærer behandles i avhandlingens punkt 6.2.2.

Hovedregelen er videre at sluttbehandlingen skal være muntlig, jf. tvl. § 10-3 fjerde ledd. Kun unntaksvis kan den gjennomføres skriftlig.⁴²⁹ Sluttbehandlingen starter med innledningsforedrag. Deretter foretas parts- og vitneutspørring, øvrige bevis presenteres, og seansen avsluttes med prosedyre. Dette følger av tvl. § 10-3 femte ledd andre punktum, der tvl. § 9-15 gis anvendelse. Denne fremgangsmåten er imidlertid bare et utgangspunkt. Retten står fritt til å forenkle behandlingen for å oppnå «nødvendig konsentrasjon». Som for saksforberedelsen, søkes forenkling oppnådd gjennom fleksible regler, ved at konkrete tiltak for forenkling ikke reguleres i særlig grad. Ett tiltak er imidlertid inntatt, og det er bevisbegrensning begrunnet i hensynet til «forsvarlig og prosessøkonomisk behandling», jf. tvl. § 10-3 femte ledd tredje punktum.⁴³⁰

4.6.2. Utvidet adgang til fjernmøte

Utgangspunktet for å gjennomføre et rettsmøte som fjernmøte er at det fremgår eksplisitt av tvisteloven, eller at partene samtykker til fjernmøte.⁴³¹ Et fjernmøte er et rettsmøte der en eller flere deltakere «deltar ved hjelp av fjernmøteteknikk», jf. tvl. § 13-1 andre ledd. Dette kan eksempelvis være via telefoni eller Skype.⁴³²

I småkravsprosessen er adgangen til å avholde rettsmøte som fjernmøte utvidet. Av tvl. § 10-3 andre ledd fremgår det at «[r]ettsmøtet [til sluttbehandling] kan holdes som fjernmøte». Vilkåret om samtykke fra partene er altså ikke gitt anvendelse. Retten kan derfor avgjøre selv hvorvidt sluttbehandlingen av en sak skal gjennomføres ved fysisk oppmøte, eller via fjernmøte. Likevel bør partene få uttale seg om spørsmålet.⁴³³

Ses det hen til et av de primære problemene med småkrav og domstolstilgang, uforholdsmessige prosesskostnader, er det ikke tvilsomt at en utvidet adgang til å anvende fjernmøte er et virkemiddel som kan bidra til kostnadsreduksjon. Norge er et land med flere distriktsområder, uten en domstol i umiddelbar nærhet. Dette medfører at personer som ikke er lokalisert i en by med en tingrett, nødvendigvis vil måtte reise et stykke for å kunne møte personlig. Med fjernmøte fjernes denne utgiften.⁴³⁴

⁴²⁹ Se avhandlingens kapittel 8.

⁴³⁰ Adgangen til å begrense bevisførselen behandles nærmere i avhandlingens kapittel 7, og presenteres ikke ytterligere her.

⁴³¹ Tv. § 13-1 tredje ledd.

⁴³² Se forskrift til tvisteloven 21. desember 2007 nr. 1605 (tvistelovsforskriften) § 10 første ledd.

⁴³³ Se tvistelovsforskriften § 10 tredje ledd. Tilsvarende kan utledes av tvl. § 9-6 første ledd, som sier at «Partene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen».

⁴³⁴ Reise for partene er en av postene som det kan kreves erstatning for, jf. tvl. § 10-5 første ledd bokstav a.

Også tiden fra saksanlegg til avgjørelse kan begrenses ved bruk av fjernmøte, da det presumptivt kan være enklere å få satt en dato for sluttbehandling dersom ingen av partene eller advokatene deres behøver reise for å få dette gjennomført. Langtekkelige prosesser er også et problem av særlig betydning for problemet med småkrav og funksjonsoppnåelse.

Adgangen til fjernmøte kan påvirke hvordan sluttbehandlingen gjennomføres. Blant annet kan dette ha innvirkning på spørsmålet om skriftlig sluttbehandling er hensiktsmessig, eller ha betydning for hvorvidt et vitneavhør kan gjennomføres på en prosessøkonomisk måte. Hvordan dette aktualiserer seg i konkrete tolkninger av småkravsprosessens regler, vil belyses i kapitlene seks til åtte.

4.6.3. Bruk av fagkyndige meddommere

Til tross for at småkravsprosessen skal begrense ressursbruken i enkeltsaker, noe som kunne tilsi at alle saker kun skulle settes med én dommer, er det en begrenset adgang til å sette rett med to fagkyndige meddommere.⁴³⁵ Hovedregelen er likevel at småkravssaker settes med én dommer. I motsetning til det som er tilfelle etter allmennprosessen, er det ikke adgang til å sette rett med alminnelige meddommere.⁴³⁶

Prosessen skal, til tross for at den skal legge til rette for en proporsjonal behandling, også sikre en forsvarlig behandling. Dette kommer direkte til uttrykk i vilkårene for at fagkyndige meddommere skal benyttes. Det må bli «satt fram krav om det innen én uke etter rettens mottak av tilsvarende, og det [må være] ønskelig av hensyn til en forsvarlig behandling», jf. tvl. § 10-3 tredje ledd. Det er således ikke nødvendig at dommeren reiser spørsmålet til partene, slik det er lagt opp til i en sak etter allmennprosessen.⁴³⁷

⁴³⁵ Hva dette innebærer følger av tvl. § 9-12 tredje ledd. Her står det at: «De fagkyndige meddommerne oppnevnes slik at de har fagkyndighet tilpasset saken. Det kan oppnevnes meddommere med ulik fagkyndighet.» Leddets siste punktum, «Som meddommer med juridisk kyndighet kan bare oppnevnes en person som begge parter har foreslått», er ikke gitt anvendelse i småkravsprosessen. Dette skyldes nok at saker som krever meddommere med særlig juridisk kunnskap, må forutsettes å omhandle juridiske spørsmål av en vanskelighetsgrad som aktualiserer unntaket i tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d, slik at saken må overføres til allmennprosessen for å få en forsvarlig behandling.

⁴³⁶ Dette skyldes at kun tvl. § 9-12 tredje ledd er gitt anvendelse. I tillegg er vilkårene for å utvide rettens sammensetting i alminnelige saker at «saken reiser særlig kompliserte faktiske eller rettslige spørsmål, eller andre forhold tilsier det» eller at «partene har avtalt en slik behandling og etter avtalen har frafalt retten til anke og sakens tvistegjenstand ligger over grensen for anke til lagmannsrett etter § 29-13», jf. tvl. § 9-12 fjerde ledd. Begge disse beskrivelsene utelukker småkravssaker, jf. avhandlingens punkt 4.4. Se også Tor André Ulsted, «Fagkyndige meddommere i sivile rettssaker», Lov og Rett nr. 4 (2014) (s. 229-243), s. 231.

⁴³⁷ Tv. § 9-4 andre ledd bokstav i.

Under vurderingen av hvorvidt det skulle være adgang til å benytte seg av fagkyndige meddommere, uttalte departementet at:

«[n]år det ikke er rasjonelt for partene å bruke mange penger på løsning av tvisten, vil det i slike situasjoner kunne framstå som mer fornuftig å bruke de pengene på fagkyndige meddommere eller sakkyndige enn på juridisk bistand».⁴³⁸

Knyttet sitatet til vilkåret om «forsvarlig» behandling av saken, kan det fremstå som om bruken av sakkyndige meddommere er særlig aktuelt i saker med selvprosederende parter. Er partene representert ved advokat, vil kostnadene knyttet til representasjon samt sakkyndige raskt overstige det som er proporsjonalt i en sak med lav tvistesum. Også uforholdsmessig høye kostnader kan jo, som vist, medføre at prosessen kan oppfattes som lite forsvarlig.⁴³⁹

Tilsvarende støttes av kostnadsbegrensingen i tvl. § 10-5 andre ledd, som begrenser adgangen til å få dekket kostnader til «rettshjelp og fagkyndige meddommere». Ved at kostnadsbegrensingen gjelder både rettshjelp og meddommere, taler systemet for at de antas å ivareta noe tilsvarende formål, nærmere bestemt å sikre en forsvarlig vurdering av saken.⁴⁴⁰ Det er dermed, i alle fall i teorien, ikke behov for både sakkyndige meddommere og advokatbistand.

4.7. Begrensing av partenes kostnadsrisiko

4.7.1. Rettsgebyr

For å kunne anlegge sak må man som regel betale et rettsgebyr. Dette skal bøte på noen av samfunnets omkostninger knyttet til rettergang.⁴⁴¹ I norsk prosessrett er det lagt opp til en ansvarsfordeling mellom partene og samfunnet hva gjelder utgiftene knyttet til rettssaker. For saker etter allmennprosessen skal saksøker innbetale fem ganger rettsgebyret, som inngangsgebyr.⁴⁴² Per 1. januar 2019 er et rettsgebyr kr 1150.⁴⁴³ For saker etter alminnelige prosessregler må altså saksøker ut med kr 5750 kun for å få saken behandlet.

⁴³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 201 andre spalte.

⁴³⁹ Se avhandlingens punkt 2.4.

⁴⁴⁰ Det er også nærliggende å anta at enkelte småkravssaker, om ikke flere, heller vil flyttes til allmennprosessen der det er ansett å være et behov for meddommere. Dette skyldes nettopp kravet til en forsvarlig rettergang. Behovet for meddommere kan være en indikator på at saken trenger mer ressurser enn det er rom for etter småkravprosessen.

⁴⁴¹ Dette kommer eksempelvis til uttrykk i NOU 2001:32 A, s. 338 andre spalte.

⁴⁴² Se lov om rettsgebyr 17. desember 1982 nr. 86 (rgl.) § 8 første ledd.

⁴⁴³ Rgl. § 1, jf. forskrift etter rettsgebyrloven m.m. 15. februar 1983 nr. 86 (rettsgebyrforskriften) § 2-1.

I småkravssaker kan inngangsgebyret oppfattes som en stor utgift, sammenlignet med tvistesummen. Når småkravsprosessen skal bidra til å senke domstolterskelen for innehavere av små krav, er ikke dette heldig. Derfor er inngangsgebyret i småkravssaker senket til tre og et halvt rettsgebyr, altså kr 4025.⁴⁴⁴ Dette er ingen stor reduksjon. Likevel gir reduksjonen et uttrykk for at lovgiver ønsker å tilrettelegge for at parter med mindre krav ikke skal behøve å betale mer enn tvistesummen for å få behandlet saken sin. I tillegg er det nødvendig med en viss størrelse på inngangsgebyret, all den tid det ikke er et mål i seg selv å fjerne alle kostnader prosessen medfører.⁴⁴⁵

Utover inngangsgebyret må parten som anlegger sak betale gebyr for hver rettsdag utover dag én.⁴⁴⁶ Dette er imidlertid en lite praktisk anvendbar regel i småkravssaker, all den tid disse kun unntaksvis skal vare en hel dag, og i alle fall ikke over flere dager. I tillegg er enkelte sakstyper som kan gå etter småkravsprosessens regler unntatt fra rettsgebyret i sin helhet, eksempelvis saker «mot arbeidsgiver, når saken gjelder tjeneste- eller arbeidsforhold og reises av arbeidstaker» og saker «om leie av bolig etter reglene i husleieloven».⁴⁴⁷ Dette følger av henholdsvis rettsgebyrloven §§ 10 nr. 10 og 10 nr. 14.

I saker som har undergått forlikrådsbehandling nedjusteres rettsgebyret noe. I slike tilfeller skal det gjøres fratrukk for det innbetalte rettsgebyret til forlikrådet, 1,15 rettsgebyr, i beregningen av inngangsgebyret til tingretten.⁴⁴⁸ Dette vil gjøre at inngangsgebyret i flere småkravssaker begrenses til kr 2702,50.⁴⁴⁹ Selv om den totale kostnaden likevel blir på tre og et halvt rettsgebyr, fordeles denne over et større tidsrom, noe som kan oppfattes som fordelaktig for parten som må betale. Det er i alle fall ikke tale om en dobbeltbetaling.

Reduksjonen i rettsgebyr er neppe det mest betydningsfulle virkemidlet for å legge til rette for funksjonsoppnåelse for småkrav. Uten betydning er det heller ikke, da det bidrar til å senke kostnadene ved saksanlegg, om enn i begrenset grad. Særlig personer i det nedre økonomiske sjikt kan nyte godt av et redusert rettsgebyr.

⁴⁴⁴ Rgl. § 8 åttende ledd første punktum. Se også NOU 2001:32 A, s. 338 andre spalte.

⁴⁴⁵ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 194 første spalte, der det uttales at «[d]omstolterskelen må senkes, slik at domstolene kan gi et reelt tilbud til dem som har et rimelig behov for å få løst sine tvister. På den annen side bør ikke enhver terskel fjernes».

⁴⁴⁶ Rgl. § 8 første ledd andre punktum. Hver dag, til og med dag fem, påløper en avgift på tre ganger rettsgebyret.

⁴⁴⁷ Av 170 saker på lovdata per 26. januar 2019 omhandler 10 saker husleieforhold, og 10 saker som omhandler arbeidsforhold der saken er anlagt av arbeidstaker.

⁴⁴⁸ Rgl. § 8 niende ledd. Fra 1.januar 2019 utgjør dette kr 1322,50.

⁴⁴⁹ Inngangsgebyret til forlikrådet er 1,15 rettsbegyr, jf. rgl. § 7 jf. § 1.

4.7.2. Erstatning for sakskostnader

I forarbeidene til tvisteloven er det særlig ett virkemiddel som ble diskutert, nemlig spørsmålet om hvordan partenes utgifter med prosessen skal begrenses i småkravprosessen.⁴⁵⁰ Ulike alternativer ble presentert. Ett var å forby advokatbistand. Dette ble imidlertid ikke ansett ønskelig, da bistand ofte kan medføre et effektiviserende moment.⁴⁵¹ Likevel måtte noe gjøres for å redusere kostnadsrisikoen ved saksanlegg. Valget falt ned på en begrensning av hvilke kostnader som kunne kreves dekt.

Utgangspunktet for sakskostnadsvurderingen er som i allmennprosessen, tvl. 20-2 første ledd. Av denne følger det at en «part som har vunnet saken, har krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten».⁴⁵² Hva som må forstås med «full erstatning» i småkravprosessen begrenses imidlertid av tvl. § 10-5.

For det første gis det kun erstatning for partenes reise til rettsmøtet, rettsgebyret, bevisføring som ikke anses unødvendig eller uforholdsmessig, og kostnader til rettshjelp og fagkyndige meddommere, jf. § 10-5 første ledd. Dette er poster som anses nødvendige i enhver sak, uavhengig av tvistesummen.

For det andre foreligger det en begrensning på hvor mye rettshjelpskostnader som kan bli krevd erstattet samt utgifter til sakkyndige meddommere. Særlig interessant er kostnadsbegrensningen for rettshjelp.⁴⁵³ Utgifter til dette erstattes kun «med inntil 20 prosent av sakens tvistesum, likevel alltid inntil kr 2 500 og aldri mer enn kr 25 000». Partene står altså fritt til å få rettslig bistand, men det må i stor grad dekkes av egen lomme.⁴⁵⁴ Som regel er det heller ikke adgang til å få dekket egeninnsats dersom man har opptrådt som selvprosederende.⁴⁵⁵

⁴⁵⁰ Se særlig NOU 2001:32 A, s. 337 andre spalte til s. 339 første spalte.

⁴⁵¹ NOU 2001:32 A, s. 338 andre ledd. Her uttales det eksempelvis at «Advokaten vil bidra til å få saken opplyst i faktisk og rettslig henseende og til å få prosessstoffet strukturert og presentert i en fasong som det er lettere for retten å forholde seg til. Advokaten vil dessuten kunne fraråde søksmål eller innsigelser som ikke har rimelig utsikt til å føre frem».

⁴⁵² Se Norunn Løkken Sundet, «Oversikt over reglene om sakskostnader», Jussens Venner (2018) (s. 399-417), s. 400.

⁴⁵³ Begrensningen gjelder også sakkyndige meddommere. Den praktiske betydningen av begrensningen er nok likevel knyttet til rettshjelp, og fremstillingen fokuserer derfor på det.

⁴⁵⁴ Det er imidlertid også andre måter å sikre seg bistand på, nemlig privatrettslig. Eksempelvis er det flere typer forsikringer som dekker rettshjelp knyttet til tematisk avgrensede tvister. I slike tilfeller vil partene kun måtte betale en egenandel. Et praktisk eksempel er erstatning for rettshjelp knyttet til innboforsikring. Se til illustrasjon SpareBank1 sine generelle forsikringsvilkår for innboforsikring punkt 7.2, der det fremgår at den forsikrede kun må betale en individuelt avtalt egenandel:

https://www.sparebank1.no/nb/bank/privat/forsikring/innboforsikring/_jcr_content/par/progressive_disclosure/progressive-disclosure-par/download/file.res/Innboforsikring.PDF (sist sett 25. januar 2019).

⁴⁵⁵ Se tvl. § 20-5 første ledd tredje ledd. Her fremgår det at «[p]arten kan kreve rimelig godtgjøring for eget

Begrensingen i adgangen til å få dekket sakskostnader, er sett på som et sentralt ledd i å holde kostnadsnivået i småkravssaker nede. Likevel er det kommet kritikk mot ordningen.⁴⁵⁶ Blant annet er det fremhevet at personer i et økonomisk midtsjikt får mindre anledning til å søke bistand, noe som kan fremstå som en motarbeidelse av å åpne prosessen for småkrav. Ikke alle vil føle seg komfortabel med å gå til sak mot eksempelvis tv-leverandøren sin som selvprosederende, og vil oppfatte det som enklere å oppgi kravet.

Taket på rettshjelpserstatning må imidlertid ses i sammenheng med et av småkravprosessens formål – å være et rimeligere prosessalternativ til allmennprosessen. I tillegg gjør begrensingen at partene enklere kan forutberegne risikoen ved å gå til søksmål. En vil ikke risikere å måtte dekke motpartens sakskostnader langt utover tvistegjenstandens verdi. Simplifiseringen av risikoanalysen kan gjøre at flere tør å bringe en sak inn for tingretten.

En konsekvens av den begrensede adgangen til å få erstattet sakskostnader, er at partene kan velge å bortprioritere juridisk bistand.⁴⁵⁷ Et økt antall selvprosederende kan igjen påvirke dommerens rolle i prosessen, noe som vil behandles ytterligere i avhandlingens kapittel 6.⁴⁵⁸

I tillegg er det sannsynlig at domstolens adgang til å pålegge en part å la seg representere ved advokat, dersom parten ikke «kan fremstille saken på en forståelig måte», blir illusorisk.⁴⁵⁹ I småkravssaker er dette et lite anvendelig virkemiddel, sett i lys av kostnadsbegrensingen. Det kan vanskelig forsvares å pålegge en part å hyre inn representasjon, uten at kostnadene knyttet til dette er mulig å få dekt.⁴⁶⁰

arbeid med saken når det har vært særlig omfattende eller det ellers måtte ha vært utført av en prosessfullmektig eller annen fagkyndig hjelper». Det er således ikke adgang til å kreve godtgjøring for alt arbeid en selvprosederende legger i saken.

⁴⁵⁶ Se eksempelvis TOSLO-2018-13450, der det *obiter dictum* uttales at «[r]etten kan imidlertid ikke unnlate å bemerke at man her står overfor et lite heldig utslag av den kostnadsbegrensning som § 10-5 (2) statuerer: Når tvister av denne karakter reises for domstolene, vil de nesten uten unntak være undergitt behandling etter lovens kapittel 10. Man står her overfor en forbruker som benytter den mulighet som ligger i Forbrukerrådets/Forbrukerklageutvalget tvisteløsningstilbud. Han vinner frem, men opplever at selger her bringer saken inn for tingretten og legger denne bredt an. Forbrukeren vil da ikke ha andre valg enn enten å gi opp den sak forbrukerklageutvalget gav ham medhold i eller å pådra seg det tap – betydelig større enn tvistegjenstandens verdi – som vil følge av et engasjement av prosessfullmektig med et eget utlegg til denne mange ganger overstigende det lovens § 10-5 (2) tillater ham tilkjent. Retten kan ikke se annet enn at den begrensning loven setter gjør det lite fristende for en forbruker fra det øyeblikk selgeren bringer saken inn for domstolene å fastholde selv et krav Forbrukerklageutvalget har gitt ham medhold i». Se også Andreas Nordby, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg, *Tvisteloven – ti på topp og ti på bunn* (2012), s. 12.

⁴⁵⁷ Henry John Mæland, «Recent Developments in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts», Volker Lipp og Halvard Haukeland Fredriksen (red.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck (Tübingen 2011) (s. 71-85), s. 81.

⁴⁵⁸ Av 170 saker på lovdata, per 26. januar 2019, har det deltatt selvprosederende parter i 28 av dem.

⁴⁵⁹ Jf. tvl. § 3-2.

⁴⁶⁰ Det fremgår også av forarbeidene at «[s]ærlig i småkravprosessen kan det være grunn til å være varsom

I noen unntakstilfeller kan det imidlertid gjøres unntak fra kostnadsbegrensingen. Dersom en part har anlagt sak eller tatt til motmæle «åpenbart uten grunn», kan denne ilegges sakskostnader uavhengig av begrensingene, jf. tvl. § 10-5 tredje ledd. Bruken av begrepet «åpenbart uten grunn» tilsier at det må være en høy terskel for å anvende unntaket.⁴⁶¹ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at en part har feilevaluert saken sin. Saksanlegget må være basert på en svært uskjønnsom avgjørelse. Eksempelvis kan det være tilfelle i en tvist om manglende betaling, der den ene kan fremvise gyldig kvittering, og har gjort dette forutfor tingrettsbehandlingen. Med kunnskap om avgjørende bevis, kan saksøker her anses å ha anlagt søksmål «åpenbart uten grunn».

I praksis er det også lagt vekt på hvorvidt det er et ujevnt styrkeforhold mellom partene. I en dom fra Nedre Romerike tingrett, der partsforholdet var to selvprosederende mot Skatt Øst, ble det uttalt at:

«[s]tyrkeforholdet mellom partene er imidlertid skjevt. Hensynet til at saksøkerne - som har vært selvprosederende - skal kunne få kontrollert at vedtak fattet av det offentlig er rettmessige tilsier etter rettens syn varsomhet med å anvende unntaksregelen i saker som dette».⁴⁶²

Dette er nok et eksempel på at retten er tillagt stort skjønn i en vurdering etter småkravsprosessens regler. Det følger ingen grenser av loven for hvilke faktorer som kan vektlegges.⁴⁶³

4.7.3. Forholdet til påløpte kostnader under forlikrådsbehandling

Småkravssaker har i de fleste tilfeller gjennomgått forlikrådsbehandling før saken kommer for tingretten. Også denne behandlingen påfører partene kostnader. Hvordan retten skal håndtere disse kostnadene, når det skal treffes avgjørelse om erstatning for sakskostnader etter tingrettsbehandlingen, er ikke regulert i tvisteloven.

⁴⁶¹ med å gi pålegg», da et av momentene i vurderingen av om pålegg skal gis er hvorvidt kostnadene til advokat er proporsjonale til tvistens betydning, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 371 andre spalte. Unntaket har imidlertid vært brukt i praksis. Se eksempelvis TALST-2009-24524, LB-2014-184960 og LG-2015-142290.

⁴⁶² TNERO-2015-2215

⁴⁶³ Også generelle begrensinger kan anvendes i småkravssaker. Av særlig betydning er kanskje adgangen til å begrense kostnadsansvaret etter tvl. § 20-2 tredje ledd. Av bestemmelsen følger det at tapende part kan fritas for erstatningsansvar blant annet hvis saken var tvilsom, vinnende part kan bebreides for at saken endte opp hos domstolene eller at styrkeforholdet tilsier fritak. Dette er imidlertid ikke en bestemmelse hvis innhold endres av at det er tale om en småkravssak, og den vil følgelig ikke behandles ytterligere her.

Dersom en småkravssak blir innstilt for forlikrådet, og således får sin første realitetsbehandling hos tingretten, oppstår spørsmålet om kostnadene tilknyttet forlikrådsbehandlingen er underlagt begrensningen i tvl. § 10-5. Dette spørsmålet ble besvart bekreftende i Høyesteretts avgjørelse HR-2016-712-U. Av lagmannsrettens avgjørelse, ble følgende fremhevet:

«I slike tilfeller kan omkostningene fra og med forliksklagen tas med som en del av omkostningene for tingretten så fremt omkostningene forbundet med behandlingen i forlikrådet, har vært nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5, jf. også LE-2008-125240. For saker som behandles etter småkravsprosessen betyr det imidlertid at de begrensningene i omkostningenes størrelse som fremgår av tvisteloven § 10-5 andre ledd, jf. første ledd bokstav d, gjelder. Begrensningen gjelder de totale utgiftene i anledning saken».⁴⁶⁴

Høyesterett sluttet seg til denne forståelsen.⁴⁶⁵ Dette innebærer at partenes mulighet til å få erstattet utgifter knyttet til en fånyttets prosess frem mot den tilnærmet obligatoriske forlikrådsbehandlingen, er liten. Det må formodes at tingrettsbehandlingen alene fort vil kreve bistand av et omfang som vil gå ut over begrensningene i tvl. § 10-5. I slike tilfeller vil det således ikke være mulig å få dekket kostnadene knyttet til den innstilte forlikrådsbehandlingen.

Samme løsning må legges til grunn dersom forlikrådsbehandlingen er gjennomført. Det er ingen hensyn som tilsier at Høyesteretts uttalelse knyttet til «de totale utgiftene i anledning saken» kun knytter seg til det tilfelle at en sak er innstilt.

4.8. Forenklet domsavsigelse

4.8.1. Tidspunktet for domsavsigelsen

I småkravsprosessen er det en forventning om at dommen skal avsies raskere enn etter allmennprosessen. Ideelt innebærer dette at dommen avsies i forlengelsen av rettsmøtet, jf. tvl. § 10-4 andre ledd første punktum. Der dommen ikke avsies umiddelbart, er utgangspunktet at dommen skal avsies innen tre måneder etter inngivelse av stevning, jf. tvl. § 10-4 første ledd. Dette i motsetning til allmennprosessen, der hovedregelen er at dommen skal avsies innen to eller fire uker etter hovedforhandling er avsluttet, jf. tvl. § 19-4 tredje ledd.⁴⁶⁶ Uansett om

⁴⁶⁴ HR-2016-712-U avsnitt 2.

⁴⁶⁵ HR-2016-712-U avsnitt 4.

⁴⁶⁶ Hvilken frist som aktualiseres avhenger av hvor mange dommere som deltar i behandlingen av saken, der toukersfristen gjelder hvis saken har blitt behandlet av én dommer, jf. tvl. § 19-4 femte ledd andre punktum.

dommeren avsier dom umiddelbart eller ikke, har dommeren en uke på å utforme dommen skriftlig fra sluttbehandlingen er avsluttet, jf. § 10-4 andre ledd.

At fristen for domsavsigelse knyttes til starttidspunktet for selve prosessen, og ikke kun sluttbehandlingen, får betydning for saksbehandlingen. Dommeren får eksempelvis et særlig ansvar for aktiv saksstyring. Prosessen tåler ikke unødig trenering. Dommeren må følgelig iverksette tiltak for å sikre at fristene overholdes.⁴⁶⁷

Det har blitt fremholdt at oversittelse av fristen på prinsipielt grunnlag må anses som en saksbehandlingsfeil som kan benyttes som grunnlag for anke.⁴⁶⁸ Av forarbeidene til bestemmelsen fremgår det imidlertid at det ble valgt «ikke å knytte umiddelbare virkninger til oversittelse av fristen».⁴⁶⁹ Det er således ingen direkte følger av at domsavsigelsen skjer etter fristen.

4.8.2. Begrunnelse av rettens avgjørelse

Et ledd i å få effektivisert prosessen for småkravssaker, er å begrense omfanget av rettens begrunnelse. Dette følger av tvl. § 10-4 fjerde ledd. Her fremgår det at:

[d]ommen skal kort forklare hva saken gjelder, gjengi partenes påstander og påstandsgrunnlag og redegjøre for de momenter som retten har lagt avgjørende vekt på. § 19-6 fjerde og femte ledd gjelder ikke.

Begrensingene av hva retten er forpliktet til å innta i domsgrunnene må ses i sammenheng med retten til domstolstilgang. Skal alle saker ha like omfattende domsgrunner, vil det totale antall saker som behandles nødvendigvis synke innenfor en gitt tidsperiode. Dette kan medføre at den totale saksbehandlingstiden i enkeltsaker økes til et uforholdsmessig nivå, noe som motvirker funksjonsoppnåelse. Spørsmålet er hva rettens begrunnelse må inneholde.⁴⁷⁰

Den første delen av begrunnelsen, fremstilling av saken, skal holdes kort. I motsetning til tvl. § 19-6 fjerde ledd, er det ikke behov for å «konsentrert beskrive det rettsforhold som er tvistegjenstand, sakens bakgrunn og partenes rettslige og faktiske anførsler så langt det er

⁴⁶⁷ I høringsnotatet til endringer i tvisteloven, er det foreslått å utvide fristen. Forslaget kommer som en følge av at det er vanskelig for domstolene å overholde fristen, uten å la det gå på bekostning av andre sakstyper. Se høringsnotatet (2018), s. 36-37.

⁴⁶⁸ Jo Hov, Rettergang i sivile saker (2017), s. 357.

⁴⁶⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 202 andre spalte.

⁴⁷⁰ Begrepet «begrunnelse» knytter seg til «*fremstilling av saken, partenes påstander med påstandsgrunnlag og rettens vurderinger*», i motsetning til dommens utforming, som knytter seg til formalia, jf. Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Universitetsforlaget (Oslo 2016), s. 16 (kursivering i original).

nødvendig for å forklare avgjørelsen». Etter ordlyden i tvl. § 10-4, er det tilstrekkelig å presentere sakens primære problemstilling samt partenes påstander og påstandsgrunnlag.

Også begrunnelsen av den rettslige vurderingen skal være kortere i småkravssaker. Etter allmennprosessens regel, skal retten gjøre «rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen er bygd på». Etter tvl. § 10-4, er det imidlertid kun det som retten har tillagt «avgjørende vekt» som må inntas i rettens begrunnelse. Dette innebærer at retten skal avstå fra uttalelser *obiter dictum*, og langtekkelige drøftelser om ulike forståelser av juridiske vilkår.⁴⁷¹ Det er også fremholdt at begrunnelsen må omtale de poenger partene har fremholdt som de mest sentrale i saken.⁴⁷²

Av forarbeidene til tvisteloven fremgår det at retten ikke skal begi seg ut på «noen sammenhengende resonnementer om bevisvurderingen».⁴⁷³ Igjen må fremstillingen begrense seg til det som har avgjørende betydning. Det er ikke behov for en gjennomgang av det fullstendige bevisbildet, og hvilken løsning det enkelte bevis tilsier.

Realiteten i at tvl. § 19-6 fjerde og femte ledd ikke er gitt anvendelse, er at retten er tillagt større skjønn for hvor omfattende begrunnelse som skal gis i småkravssaker enn i saker etter allmennprosessens. Et minstekrav må imidlertid være at dommen legger til rette for at partene (og eventuelt lagmannsretten ved en anke) skal kunne forstå hva som har hatt betydning for rettens avgjørelse.⁴⁷⁴ Dette har to kostnadssparende funksjoner. For det første kan partene ledes vekk fra tanken om anke dersom begrunnelsen for resultatet er forståelig.⁴⁷⁵ For det andre vil en for svak begrunnelse fort medføre en saksbehandlingsfeil som kan medføre opphevelse, som vil påføre saken unødvendige kostnader.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Se likevel TOSLO-2018-13450.

⁴⁷² Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 367.

⁴⁷³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 201 andre spalte.

⁴⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 201 andre spalte. Dette må ses i sammenheng med sivilprosessens funksjoner. Partene og samfunnet for øvrig, må blant annet forstå hvorfor de har tapt eller vunnet saken. Hvis ikke legger ikke prosessretten til rette for handlingsdirigering ved gjennomføringen av de materielle rettsreglene, jf. avhandlingens punkt 2.1.3. Se mer om dette hos Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser* (2016), kapittel 3.

⁴⁷⁵ Se Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser* (2016), s. 115 og Erling Eide og Endre Stavang, *Rettsøkonomi* (2018), s. 544.

⁴⁷⁶ Se tvl. § 29-21. Særlig aktuelt er vilkåret om at feil som «hindrer prøving av anken» ubetinget skal tillegges virkning, jf. andre ledd. For øvrig er den generelle hovedregel at feil ved begrunnelsen ikke har «hatt betydning for den avgjørelse som er anket», jf. første ledd. Se også Jussi Erik Pedersen, *Begrunnelse av rettsavgjørelser* (2016), s. 255-256.

4.9. Begrenset ankeadgang

4.9.1. Adgang til å nekte realitetsprøving

Et virkemiddel som tar sikte på å begrense de totale kostnads- og tidskostnadene en sak medfører, er begrensinger i ankeadgangen for den typiske småkravssaken. Av tvl. § 10-6, jf. tvl. § 29-13 første ledd følger det at anke vedrørende saker med en tvistesum under kr 125 000 krever særskilt samtykke fra lagmannsretten for at den skal tillattes fremmet.⁴⁷⁷ Da de aller fleste småkravssaker har en tvistesum under kr 125 000, har ankebegrensingen klar aktualitet for småkravsprosessen.

Begrunnelsen for en begrenset ankeadgang knyttes til proporsjonalitetsprinsippet. Småkrav har lav verdi, og dette tilsier derfor at færre ressurser skal legges i behandlingen av slike saker. Dette gjelder ikke kun for tingrettsbehandlingen isolert. I Justiskomiteens innstilling til tvisteloven uttales det at:

«Hensynet til proporsjonalitet mellom sakens betydning og kostnadene med saksbehandlingen tilsier at en del saker bare bør behandles i én instans. Særlig gjelder det når partenes samlede kostnader med ankebehandlingen nærmer seg tvistegjenstandens verdi».⁴⁷⁸

Sitatet må forstås dithen at terskelen for å gi tillatelse til anke, på generelt grunnlag, må være høy.⁴⁷⁹ Avgjørelsen av om det skal gis samtykke skjer ved beslutning, uten muntlig forhandling, og som hovedregel uten begrunnelse.⁴⁸⁰

Vurderingen av om samtykke skal gis, tar utgangspunkt i «sakens karakter, de behov partene har for overprøving, og om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket, eller ved behandlingen av saken».⁴⁸¹ Dette er ingen uttømmende opplisting, og realiteten er at retten har stort skjønn i spørsmålet om samtykke.⁴⁸²

⁴⁷⁷ Etter tvistemålsloven var samtykkegrensen kr 50 000, jf. tvml. § 356. Tvistelovens regel innebærer en betydelig innskjerping av hvilke saker som krever samtykke. Dette kan ses på som en forventning om et økt antall småkravssaker i førsteinstans, som ikke bør manifestere seg oppover i systemet.

⁴⁷⁸ Innst. O. nr. 110 (2004-2005), s. 65 første spalte.

⁴⁷⁹ Av Hålogaland Lagmannsretts årsmelding for 2017 fremgår det at domstolen mottok 20 søknader om anketillatelse for saker under kr 125000. Av disse, ble kun tre tillatt fremmet, jf. s. 3. Også dette gir en indikasjon på at terskelen for samtykke er noe høy. Se årsmeldingen her: <https://www.domstol.no/globalassets/upload/halo/internett/dokument/arsmelding-2017-halogaland-lagmannsrett.pdf> (sist sett 25. januar 2019).

⁴⁸⁰ Dette følger av tvl. § 29-13 femte ledd. Det fremgår at det foreligge «særlige grunner» for at begrunnelse skal gis.

⁴⁸¹ Se tvl. § 29-13 første ledd andre punktum.

⁴⁸² Se Ot.prp. nr.51 (2004-2005), s. 475 andre spalte. I dom fra Gulating lagmannsrett ble det eksempelvis også sett hen til verdien av tvistegjenstanden i vurderingen, jf. LG-2018-91914, under punktet «Spørsmål

En annen faktor som begrenser ankeadgangen til småkravsinnehavere er gebyret som må betales for at anken skal behandles. Dette er for tiden på 24 ganger rettsgebyret, og må betales i sin helhet i forkant av behandling av anken.⁴⁸³ Tjuefire ganger rettsgebyret utgjør kr 27 600 per 1.1. 2019. Det er ikke tvilsomt at dette er en sum som i mange småkravssaker vil overstige tvistesummen, eller i alle fall fremstå uforholdsmessig høy sammenholdt med utgiftene til førsteinstansbehandlingen. Det må altså kunne slås fast at prosessretten ikke legger opp til noen inngående adgang til overprøving. I tillegg er det ingen tilsvarende begrensning for sakskostnader som for behandlingen i førsteinstans. Med en gang saken behandles av lagmannsretten øker dermed partenes risiko for den andre parts utgifter betraktelig. At andreinstansbehandlingen medfører økt risiko er nok en indikator på at småkravssaker primært er ønsket avsluttet etter førsteinstansbehandling.⁴⁸⁴

4.9.2. Adgang til å oppheve tingrettens avgjørelse

En følge av adgangen til å nekte samtykke til realitetsbehandling av lagmannsretten, er at lagmannsretten i stedet kan velge å oppheve tingrettens avgjørelse, jf. tvl. § 10-6 andre punktum, jf. tvl. § 29-12 annet ledd. Dommen avsagt av tingretten blir således uten virkning, og saken må behandles på nytt, hos samme tingrett.

Opphevelse kan gjennomføres «hvis det foreligger feil i rettsanvendelsen eller vesentlige feil ved saksbehandlingen, og videre behandling av saken heller bør finne sted i tingretten». Til tross for at opphevelse er et alternativ til realitetsbehandling av en anke, foreligger det ingen krav om at vilkårene for ankesamtykke må være oppfylt.⁴⁸⁵

Forutsetningen for at en dom skal kunne oppheves, er således at det foreligger identifiserbare feil ved avgjørelsen. Spørsmålet er når det vil være ønskelig at tingretten skal forestå den videre behandling av saken.

Av forarbeidene følger det en sterk presumsjon om at opphevelse skal kunne benyttes som et alternativ til ankesamtykke. Det uttales at:

om samtykke til å fremje anke etter tvistelova § 29-13 første ledd». Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 1153.

⁴⁸³ Rgl. § 8 første ledd tredje punktum.

⁴⁸⁴ For mer om ankebegrensningen i småkravssaker, se Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 227-230.

⁴⁸⁵ Dette da tvl. § 29-12 andre ledd ikke henviser til tvl. § 29-13 første ledd. Se også Rt. 2009 s. 604, avsnitt 10.

«Er det nærliggende at det er feil ved en dom i småkravsprosess, vil det ofte kunne gi grunn til å gi samtykke etter § 11-13 (1). Men en behandling i lagmannsretten vil være ressurskrevende, [sic] Det vil ofte være langt mer hensiktsmessig at lagmannsretten tar stilling til om det foreligger feil, og hvis det er tilfellet, opphever avgjørelsen slik at at [sic] fortsatt behandling finner sted i tingretten».⁴⁸⁶

Dette indikerer at hovedregelen, der det foreligger feil ved tingrettens avgjørelse, er at lagmannsretten konstaterer at det foreligger feil og sender saken tilbake til tingretten. Dette vil presumptivt innebære at tingretten ved andregangs behandling ikke gjør samme feil på nytt. I tillegg har de gjennom lagmannsrettens avgjørelse gjerne fått innspill til hvordan feilen skal unngås.⁴⁸⁷ En fordel med at opphevelse skal benyttes mer flittig enn samtykke til anke, er at ankende part kun må betale fire ganger rettsgebyret.⁴⁸⁸ Det skal heller ikke betales nytt gebyr for den nye tingrettsbehandlingen.⁴⁸⁹ Fra et kostnadsperspektiv er opphevelse således mer gunstig enn samtykke til anke.

Muligheten til å oppheve, i stedet for å realitetsbehandle, viser at lovgivers intensjon er at småkravssaker primært skal finne sin avgjørelse i tingretten. Opphevelsesadgangen må imidlertid benyttes på en slik måte at det er mulig med en «reell kvalitetskontroll av småkravssaker».⁴⁹⁰ Dette er nok et uttrykk for at småkravsprosessen ikke skal være en ren billigprosess. Enkelte minstekrav må alltid oppfylles.

⁴⁸⁶ NOU 2001:32 B, s. 775 andre spalte. Henvisningen til tvl. § 11-13 er til Tvistemålsutvalgets lovforslag, som er dagens § 29-13.

⁴⁸⁷ For eksempel kan feil som knyttes til en for effektiv behandling, som har gått på bekostning av en forsvarlig rettergang unngås, ved at lagmannsretten pålegger tingretten å behandle saken etter allmennprosessen, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 475 første spalte.

⁴⁸⁸ Rgl. § 8 åttende ledd. Per 1. januar 2019 utgjør dette kr 4600.

⁴⁸⁹ Rgl. § 8 tredje ledd.

⁴⁹⁰ NOU 2001:32 A, s. 344 første spalte.

Kapittel 5. Komparative blikk på småkravsreguleringer

5.1. Utvalget av land

Den norske småkravsprosessen er av relativt ny dato. Som jeg allerede har vært inne på, er det av denne grunn et noe begrenset nasjonalt kildetilfang.⁴⁹¹ Der det er begrenset med nasjonale kilder, kan utenlandsk rett anvendes som støttemomenter, uten selvstendig betydning, i tolkningen av de norske reglene.⁴⁹² Dersom argumentet for en gitt regel i en annen stat er godt, kan dette brukes som grunnlag for argumenter for eller imot norske regler. Målet med dette kapitlet er å vise hvordan andre land har valgt å regulere spørsmålet om særlige prosessregler for krav med en lav verdi. Prosessreguleringene som skal behandles er den danske småsagsreguleringen, den svenske reguleringen for forenklete tvistemål samt EUs småkravsforordning.

Prioriteringen av dansk rett skyldes hovedsakelig likheter med det norske systemet. Prosessene frem mot en adskilt småkravsprosess gikk forholdsvis parallelt i de to landene. I tillegg er norsk og dansk prosessrett i stor grad tuftet på like prinsipper.⁴⁹³ Dette gjør at sammenligninger av systemene er av interesse. Der de norske kilder er tause, kan likhetene tilsi en løsning tilsvarende den danske. Ulike regler eller tolkninger kan motsetningsvis danne et naturlig utgangspunkt for kritikk og vurdering av det norske regelverket.

Den svenske reguleringen av småkrav har gått i en noe annen retning enn den norske og danske. Sverige har tidligere hatt en egen utskilt prosess for småkrav, men den eksisterer ikke i dag.⁴⁹⁴ Nå er det heller en felles prosess, der enkelte regler byttes ut der det er tale om småkrav.⁴⁹⁵ At det her er valgt en annen løsning enn i Norge og Danmark, gjør den svenske småkravsreguleringen til et interessant sammenligningsobjekt.

I tillegg behandles EUs småkravsforordning. Denne er av interesse da den er ment å skulle kunne anvendes av alle medlemsstatene i EU, og det kan således presumeres at den kan

⁴⁹¹ Se avhandlingens punkt 1.4.1.

⁴⁹² Dette fremholdes blant annet av *Skoghøy*, vedrørende bruk av utenlandsk rettspraksis, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen», Torstein Frantzen mfl. (red), *Rett og Toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue*, Gyldendal akademisk, (Oslo 2007) (s. 564-574), s. 571.

⁴⁹³ Sml. eksempelvis Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 43 første og andre spalte og Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen*, Karnov Group (København 2013), s. 26-30.

⁴⁹⁴ Lag om rättegången i tvistemål om mindre värden (1974:8) (Småmålslagen) ble opphevet fra 1. januar 1988, gjennom endringslov (1987:747). Dette fremgår av lovens overgangsbestemmelser nr. 2.

⁴⁹⁵ Se eksempelvis RB kapittel 1 § 3d første ledd og avhandlingens punkt 3.5.2.

illustrere en løsning som i noen grad kan gjenspeile en europeisk småkravsprosess. I tillegg ble det allerede i 2013 fremmet forslag om endringer i prosessen, kun fire år etter forordningen trådte i kraft. Forslaget ble, i alle fall i noen grad, fulgt opp. Det er altså grunn til å tro at det er gjort erfaringer som det tas lærdom av, i alle fall om hvilke virkemidler som er antatt ikke å fungere.⁴⁹⁶

Utover avgrensingene til svensk og dansk småkravsregulering, vil jeg foreta en ytterligere avgrensing. I det videre begrenses fokuset til problemstillingene som behandles i avhandlingens kapittel 6, 7 og 8: Dommerens rolle i prosessen, avskjæringsreglene for prosesshandlinger samt muligheten for å gjennomføre sluttbehandlingen av en sak skriftlig. Reglene kan naturlig nok ikke fremstilles isolert, men problemstillingene vil være utgangspunktet for fremstillingen.⁴⁹⁷ En fullstendig gjennomgang av regelverkene for småkrav i de nevnte land er det ikke rom for innenfor avhandlingens rammer.

5.2. Dansk småsagsproces

5.2.1. Småsagsprosessen

Allerede i 1979 kom den første danske betenkning om egne prosessregler for mindre krav.⁴⁹⁸ Arbeidet ble imidlertid stanset, hovedsakelig i påvente av et pågående «reform- og forenklingsarbejde i retsplejen».⁴⁹⁹ I 1994 startet prosessen mot en særlig regulering igjen, ved nedsettelsen av Småsagsudvalget. Deres arbeid munnet ut i Småsagsudvalgets betenkning, ferdigstilt i 1997. På grunn av kritikk fra høringsinstansene ble det heller ikke fremmet lovforslag på bakgrunn av denne betenkningen.⁵⁰⁰

I 2002 ble det på nytt fremmet forslag om en egen prosess for småkrav, denne gang fra Advokatrådet og Dommerforeningen. Dette endte opp i nok en betenkning, betenkning 2004 nr. 1436 om adgang til domstolene: reform af den civile retpleje III.⁵⁰¹ I motsetning til de to

⁴⁹⁶ At det kan være noe å lære av EUs prosessforordninger er også fremholdt av *Nylund*, se Anna Nylund, «Europeanization of Norwegian Civil Procedure», Volker Lipp og Halvard Haukeland Fredriksen (red.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck (Tübingen 2011) (s. 125-134), s. 132.

⁴⁹⁷ Se også Jorun I. Rui, *Mistenktes innsyn i straffesaken* (2017), s. 28.

⁴⁹⁸ Betenkning 1979 nr. 886 om behandling af sager af mindre værdi ved domstolene.

⁴⁹⁹ Betenkning 1997 nr. 1341 Småsagsudvalgets betenkning, kapittel 1, punkt 1.

⁵⁰⁰ NOU 2001:32 A, s. 330 andre ledd.

⁵⁰¹ Betenkning 2004 nr. 1436. Forslaget ble fremmet som en respons på «at samfundsmæssige hensyn tilsiger, at der bør være balance mellem de ressourcer, der afsættes til behandlingen af sådanne krav, og sagerens betydning for den enkelte part», jf., s. 440.

tidligere betenkningene førte denne betenkningen til et lovforslag. Lovendringen som innførte småsagsprosessen, ble vedtatt i 2006, og trådte i kraft 1. januar 2008.⁵⁰²

Formålet med å innføre en prosessordning som skulle forenkle rettergangen for mindre krav var å oppnå større proporsjonalitet mellom «sagens betydning og på den anden side omkostningene og besværet ved at gjennomføre en rettsag».⁵⁰³ Forenklingen besto primært av at retten skulle overta ansvaret for forberedelsen av saken, at bevisførselen skulle bli mer målrettet, og at det kun skulle være begrenset behov for advokatbistand.⁵⁰⁴

Småsagsprosessen har undergått kontinuerlige endringer siden vedtakelsen, for å sikre at prosessen er best mulig egnet til å ivareta formålene bak særreguleringen.⁵⁰⁵ I tillegg har prosessformen fått stor praktisk betydning i Danmark. Tilnærmet to tredjedeler av sivile saker føres etter prosessformen.⁵⁰⁶ Disse to momentene tilsier at reguleringen av prosessregler for mindre krav er ansett som et viktig element i den danske prosessordningen.⁵⁰⁷ Det høye antallet småsaker, i alle fall sammenlignet med Norge, har nok også sammenheng med at det ikke er noen forliksrådsordning i Danmark som kan avlaste domstolene.⁵⁰⁸

Reglernes utforming har klare paralleller til den norske løsningen. Dersom en sak er innenfor anvendelsesområdet til småsagsprosessen, skal saken gå i småsagssporet, der reglene fremgår av Retsplejeloven (rpl.) kapittel 39 – Behandling af sager om mindre krav. Likevel kommer de alminnelige regler i kapittel 21-38 som utgangspunkt til anvendelse, såfremt den enkelte regel ikke eksplisitt er unntatt i kapittel 39. Det er således tale om et eget prosesspor for mindre krav. Den danske småsagsprosessen påvirkes ikke av den europeiske småkravsforordningen, som behandles nedenfor, da Danmark har brukt sitt unntak fra rettslig samarbeid.⁵⁰⁹

⁵⁰² Lov nr. 538 af 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love § 1 punkt 102.

⁵⁰³ Betænkning 2004 nr. 1436, s. 41.

⁵⁰⁴ Betænkning 2004 nr. 1436, s. 41. Se også Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt*, Karnov Group (København 2017), s. 99.

⁵⁰⁵ Se eksempelvis lovforslag 14. desember 2011 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m, punkt 6.2, med etterfølgende lovvedtakelse 29. mars 2012 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m., punkt 11. Her ble det innført en adgang til å avholde møter under saksforberedelsen, som ikke hadde vært tilstede tidligere.

⁵⁰⁶ Se Domstolsstyrelsens « Statistikk for civile sager – 2017: Modtagne og afsluttede civile sager»: http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2017/Civile%20sager_byrett%202017%20-%20modtagne%20og%20afsluttede%20sager.pdf (sist sett 25. januar 2019). Av statistikken fremgår det at det i 2017 ble truffet avgjørelse i 12 402 saker etter de alminnelige reglene, og 22 944 etter småsagsregelverket.

⁵⁰⁷ For en drøftelse av om småsagsprosessen faktisk bidrar til at domstolene blir mer tilgjengelig, se Bettina Lemann Kristiansen, «Domstolenes tilgængelighed», Per Andersen (red.), *Om rettens tilgængelighed*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2009) (s. 87-119), s. 104-107.

⁵⁰⁸ For forliksrådets betydning i Norge, se avhandlingens punkt 4.3.2.

⁵⁰⁹ Danmark og Den Europæiske Union, 31. desember 1992, C-348/01.

Hvilke saker som behandles etter regelverket for mindre krav, reguleres i rpl. § 400. Reglene gjelder for det første kun i byrettssager, den alminnelige danske førsteinstans, jf. første ledd. Saker som skal gå for Sør- og Handelsretten, skal altså ikke behandles etter småsagsreglene. For det andre må saker som omhandler økonomiske verdier, ha en tvistesum under 50 000 DKK.⁵¹⁰ Overstiger tvistesummen beløpsgrensen, kan småsagsprosessen kun benyttes dersom partene avtaler at prosessformen skal anvendes, jf. rpl. § 400 første ledd nr. 2.⁵¹¹ I motsetning til den norske løsningen skal også saker som ikke omhandler økonomiske verdier, behandles etter småsagsprosessen, jf. rpl. § 400 første ledd nr. 1.⁵¹² En gruppe saker som aldri skal behandles etter småsagsprosessen, er indispositive saker.⁵¹³ Denne typen saker skal behandles etter de ordinære prosessreglene.

Dersom en sak i utgangspunktet skal behandles etter småsagsreglene etter § 400, er det to unntak som likevel overfører saken til den ordinære prosessen. For det første kan partene avtale at småsagsprosessen ikke kommer til anvendelse, jf. rpl. § 400 andre ledd. Forutsetningen er at avtalen inngås etter at tvisten er oppstått.⁵¹⁴ I tillegg må det være tale om en eksplisitt inngått avtale. Det er ikke tilstrekkelig med en implisitt avtale.⁵¹⁵

For det andre kan retten avgjøre at saken skal behandles etter de ordinære prosessreglene, jf. rpl. § 402. Dette kan gjøres dersom saken gjelder særlig kompliserte spørsmål, av faktisk eller rettslig karakter, eller at saken har særlig betydning for en part utover det aktuelle

⁵¹⁰ Retsplejeloven § 400 første ledd nr. 1. Verdifastsettelsen følger av rpl. § 401. Her fremgår det for eksempel at det i utgangspunktet er verdien av kravet på stevningstidspunktet som er avgjørende. 50 000 DKK tilsvarer omtrent 65 000 NOK per 23. januar 2019.

⁵¹¹ Dersom retten anser saken som for komplisert eller at saken har betydning utover det aktuelle sakskomplekset kan partene likevel ikke avtale anvendelse, jf. rpl. § 402 første ledd. Se Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt*, Karnov Group (København 2017), s. 108.

⁵¹² Hva som skal forstås med «ikke har økonomisk verdi» er ikke klart. Det fremstår imidlertid som om det er saker som er ideelle, men som ikke er indispositive (se neste note). Eksempelvis vil nok betegnelsen være passende i en tvist om hvem som har rett på familiefotografier. Disse har ingen økonomisk verdi, og det er rimelig at en slik tvist behandles etter en forenklet prosess under forutsetning at det ikke skulle foreligge forhold som skulle gjøre denne særlig komplisert eller betydningsfull, jf. rpl. § 402 første ledd. Se også Bettina Lemann Kristiansen, *Domstolenes tilgængelighed* (2009), s. 103.

⁵¹³ Lovens kapittel 23 a, 42-44 og kapittel 88 er utelukket, jf. rpl. § 400 stk. 3, sammenholdt med betænkning 2004 nr. 1436 s. 44. Dette utelukker blant annet gruppesøksmål, private straffesaker, vergemålssaker og barne- og ekteskapsaker.

⁵¹⁴ Dersom det er tale om en sak mellom to eller flere virksomheter, og saken omhandler selve virksomheten, er det imidlertid adgang til å inngå avtale før tvist er oppstått, jf. rpl. § 400 første ledd nr. 2.

⁵¹⁵ Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 105, med videre henvisninger.

sakskomplekset.⁵¹⁶ Unntaket skal illustrere en erkjennelse av at ikke alle krav av lav verdi er enkle eller av liten betydning.⁵¹⁷

I småsagsprosessen starter saken med inngivelse av en forenklet stevning, og et forenklet tilsvarende, jf. rpl. § 406 første ledd, jf. § 348 første ledd sammenholdt med tredje ledd, og § 351 første ledd sammenholdt med tredje ledd.⁵¹⁸ Dette skjer via en internetbasert portal, som er obligatorisk å bruke i kontakt med retten for tilnærmet alle personer i Danmark.⁵¹⁹ Portalen skal også anvendes for øvrig skriftveksling.

Etter at den første skriftvekslingen er gjennomført, starter saksforberedelsen. På dette tidspunktet overtar retten ansvaret for forberedelsen av saken, jf. rpl. § 406. Dette i motsetning til den ordinære prosessen, der det i større grad er partene som har ansvar for å forberede saken.⁵²⁰ Advokatbistand skal således ikke være nødvendig på saksforberedelsestadiet.⁵²¹ Overføringen av ansvaret fra partene til retten behandles nærmere i punkt 5.2.2.

Under saksforberedelsen skal retten identifisere og presisere partenes påstander, påstandsgrunnlag og bevis, herunder gi partene tillatelse til bevisførsel, jf. rpl. § 406 andre ledd sammenholdt med femte ledd. Dette i motsetning til den ordinære prosessen, der utgangspunktet er fri bevisførsel.⁵²² I tillegg er det inntatt en særlig bestemmelse om forenklet bruk av sakkyndige, for å opplyse saken, jf. rpl. § 404. Saksforberedelsen skjer primært skriftlig. Retten har likevel anledning til å innkalle til møte.⁵²³

Hovedforhandlingen avholdes i utgangspunktet etter de ordinære prosessreglene. Partene starter med å legge ned påstander, men det skal ikke gis en innledende fremstilling av sakens faktiske omstendigheter, jf. rpl. § 407 første ledd. Deretter gjennomgås eventuelle bevis. Hovedforhandlingen avsluttes med at partene avholder prosedyre, og eventuelt replikk og

⁵¹⁶ Retten foretar en selvstendig vurdering av begge alternativene. Det er således ikke en forutsetning at en part mener at den aktuelle saken eksempelvis har betydning for parten utover sakskomplekset, jf. Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 107. Se også Jakob Juul-Sandberg, «Hvornår skal en sag udgå af småsagsprosessen i medfør af retsplejelovens § 402, stk. 1?», *Fuldmægtigen* 2013.193. (s. 2-5).

⁵¹⁷ Se betænkning 2004 nr. 1436, s. 451. For mer om momenter i vurderingen, se Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 109-115.

⁵¹⁸ En sak kan også anlegges ved at det inngis betalingspåkrav til fogdretten, dersom parten samtidig ber om rettergang uten stevning for det tilfelle at motparten protesterer mot påkravet, jf. rpl. § 477 f første punktum.

⁵¹⁹ Se rpl. § 148a første ledd.

⁵²⁰ Dette fremgår implisitt av rpl. § 353, som naturlig nok ikke får anvendelse i småsagsprosessen, jf. rpl. § 406 sjette ledd.

⁵²¹ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168 om ændring av retsplejeloven og forskellige andre love, punkt 8.2.5. Se også Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 124.

⁵²² Se Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 642.

⁵²³ Se rpl. § 406 fjerde ledd, der det fremgår at retten «kan» innkalle til møte under forberedelsen. Se også avhandlingens punkt 5.2.2.

duplikk, jf. § 406 første ledd, jf. § 365 andre ledd siste punktum. Det er forutsatt at de fleste saker skal kunne avholdes i løpet av 1-2 timer.⁵²⁴ Det må altså kunne legges til grunn at prosessen skal praktiseres på en forenklet måte, til tross for at det skal anvendes like regler som i den ordinære prosessen.

Også domsavsigelsen skjer etter de ordinære regler. Noe som er særskilt for småsagsprosessen, er at det av dommen må fremgå at saken er behandlet etter prosessformen, og at dommen som hovedregel må avsies innen 14 dager etter avholdt hovedforhandling, jf. rpl. § 407 stk. 2 samt § 219 stk. 3 siste punktum.⁵²⁵ I dommen må det også tas stilling til spørsmålet om sakskostnader. Muligheten til å få erstattet slike, reguleres i utgangspunktet etter de ordinære reglene, jf. rpl. § 408 første ledd. Utgifter til juridisk bistand erstattes imidlertid kun i begrenset omfang i saker der tvistesummen er under 10 000 DKK, jf. andre ledd.⁵²⁶ Dette innebærer at småkravssaker med en tvistesum som overstiger 10 000 DKK, ikke er underlagt noen sakskostnadsbegrensning. Regelen støtter standpunktet om at det i småsagsprosessen skal være kun et begrenset behov for advokatbistand. I tillegg tas det høyde for at det i større småsaker kan være et større behov for bistand.

Dommen kan også ankes. Anken avgjøres som hovedregel basert på skriftlig behandling, og den kan ankes i like stor grad som avgjørelser etter den ordinære prosessen, jf. rpl. § 410. I motsetning til norsk rett er det ikke behov for noen særskilt tillatelse, såfremt tvistesummen ikke er under 20 000 DKK, jf. rpl. § 368 stk. 1 andre punktum. Det er altså ingen direkte sammenheng mellom betegnelsen av et småkrav etter rpl. kapittel 39, og ankeadgangen. Kun de minste småsakene har en begrenset ankeadgang.⁵²⁷

5.2.2. Rettens rolle i prosessen

I forarbeidene til retsplejeloven ble det fremholdt at en mer aktiv dommer kunne bidra til en mer effektiv småsagsprosess.⁵²⁸ Småsagsreglene legger også opp til at dommeren skal bidra i

⁵²⁴ Betænkning 2004 nr. 1436 s. 45. I litteraturen er det sagt at praksis er nærmere tre timer, se Henrik Kirk, Sagsomkostninger i civile sager, Thomson Reuters (København 2011), s. 137.

⁵²⁵ Etter de ordinære reglene er regelen snarest mulig, men innen fire uker i saker med én dommer og ingen sakkyndige, eller innen to måneder i øvrige saker, jf. rpl. § 219 første ledd jf. tredje ledd.

⁵²⁶ I tvister som omhandler sum mellom 0 DKK og 5000 DKK får en kun erstattet inntil 1500 DKK ekskl. moms. Dersom tvistesummen er mellom 5000 DKK og 10 000 DKK, kan en få erstattet inntil 2500 DKK ekskl. moms. I saker over 10 000 DKK er det ingen særlige begrensninger, og hovedregelen i retsplejelovens kapittel 30 følges. For mer om sakskostnadsreglene, se Henrik Kirk, Sagsomkostninger i civile sager (2011), s. 138-158.

⁵²⁷ For mer om ankereglene i småsagsprosessen, se Jørgen Jochimsen, Civilprocessuel Oversigt (2017), s. 141-145.

⁵²⁸ Dette fremgår implisitt av lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, punkt 8.2.4, der det eksempelvis fremgår at «retten under forberedelsen skal yde en intensiv vejledning og bistand til parterne».

prosessen, spesielt gjennom aktiv styring av saken og veiledning. Spørsmålet blir hvor aktiv dommeren kan være.

Disposisjons- og forhandlingsprinsippet i dansk rett har klare paralleller til prinsippet innhold i norsk rett, og oppstiller rammer for dommerens aktivitet. Essensen er at dommeren skal basere avgjørelsen sin på partenes fremsatte krav og de faktiske forhold partene presenterer. Dommeren skal således ikke bidra til å innhente prosesstoff, utover stoff som har direkte tilknytning til forståelsen av det rettslige grunnlaget for kravet. Dette kommer til uttrykk i rpl. § 338 samt § 344.⁵²⁹

En ytterligere grense følger av habilitetsreglene. Disse overlapper i stor grad de norske habilitetsreglene, noe som i stor grad skyldes at begge landene har ratifisert EMK, herunder EMK art. 6 nr.1, som oppstiller egne habilitetskrav. Dommeren må altså ikke være så aktiv i prosessen at det kan sås tvil om hans habilitet. Vurderingen kan deles i to.⁵³⁰ Først må det vurderes hvorvidt dommeren rent faktisk fremstår inhabil i den konkrete saken, den subjektive testen. Dernest må det også vurderes hvorvidt det er forhold som generelt vil gjøre at det kan sås tvil om habiliteten til dommeren, den objektive testen. Retsplejelovens regulering av spørsmålet fremgår av rpl. § 60 og § 61.⁵³¹

Allerede ved inngivelse av stevning inntar retten en aktiv rolle. Stevning, og etterfølgende svarskrift, må vurderes opp mot de formelle krav som følger av retsplejeloven.⁵³² Dersom kravene ikke er oppfylte, må retten enten avvise saken, eller gi partene en mulighet til å rette opp feilene.⁵³³ Aktiviteten retten må utvise, er likevel relativt begrenset på dette stadiet av prosessen.⁵³⁴

Annerledes blir det når stevning og svarskrift er inngitt, og akseptert. Det følger av rpl. § 406 stk. 2 at «[r]etten forbereder saken», en regel særegen for småsagsprosessen. Dette innebærer at det er retten som har ansvaret for saksforberedelsen, i motsetning til hva som gjelder etter de ordinære prosessreglene.⁵³⁵ Når det her tales om «[r]etten», skal det i utgangspunktet forstås

⁵²⁹ Se også Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 29.

⁵³⁰ Se avhandlingens kapittel 6 for mer om vurderingen.

⁵³¹ Se Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 44-49.

⁵³² Kravene fremgår av rpl. § 348 samt § 351. Eksempelvis må stevning og svarskrift oppgi henholdsvis saksøker og saksøktes påstand. Se også Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 126.

⁵³³ Se rpl. § 349 stk. 1 og stk. 2 og § 352 stk. 1 og 2.

⁵³⁴ Mest aktuell blir veiledningsplikten her knyttet til feil med uteblivelsesvirkning. Der uteblivelsesvirkning vil inntre umiddelbart etter allmennprosessen er det i småsagsprosessen forventet at retten må veilede i forkant, jf. Lars Lindencrone Petersen og Erik Werluff, *Dansk retspleje: civil-, faged-, skifte- og straffeprosessen*, Karnov Group (København 2017), s. 190.

⁵³⁵ Etter de ordinære reglene er det partene som har det primære ansvaret for å opplyse prosessen i henhold

som rettens sekretariat.⁵³⁶ I litteraturen er det imidlertid fremholdt at realiteten er at forberedelsen ikke gjennomføres av rettens sekretariat alene, men med bistand fra en dommer eller en dommerfullmektig.⁵³⁷

Det er ikke slik at skiftet i ansvarsfordeling innebærer en fravikelse av disposisjons- og forhandlingsprinsippet.⁵³⁸ Det er fortsatt partene som oppstiller rammene for hovedforhandlingen, og prinsippene blir således ivaretatt. Prinsippenes relevans som en ytre ramme for hvor intensiv dommeren kan være i sin veiledning, kan imidlertid tenkes å ha økt noe, da retten inntar en noe mer initierende rolle enn i tradisjonelle saker.

Innholdet i rettens ansvar fremgår av rpl. § 406 stk. 2 andre punktum. Bestemmelsen lyder

[u]nder forberedelsen bringes parternes stilling til sagens faktiske og retlige omstendigheter på det rene, og det søges derunder klargjort, hvilke omstendigheter der ikke bestrides, og hvilke der skal være genstand for bevisførelse. Det søges endvidere klargjort, hvilken bevisførelse der skal finde sted.

Ses bestemmelsen i sammenheng med målet om å avholde hovedforhandling på 1-2 timer, må målet med forberedelsen, i de fleste saker, være å konkretisere saken, slik at gjennomføring innenfor tidsrammen er overkommelig.

Den presumptivt minst problematiske form for veiledning er den som retter seg mot prosessuelle spørsmål. Dette kalles i dansk rett, sammen med rettens aktive saksstyring, for «formell procesledelse».⁵³⁹ Retten skal veilede partene om hvilke formelle regler for prosessen som må overholdes samt presisere innholdet i disse. Denne adgangen er tradisjonelt vid.⁵⁴⁰

For å oppnå en tilstrekkelig konsentrert prosess må retten utøve materiell veiledning, eller «materiell procesledelse».⁵⁴¹ Denne formen for veiledning må ses i sammenheng med formålet med saksforberedelsen, som er å skaffe til veie de opplysninger som behøves for at dommeren skal kunne treffe avgjørelse i saken.⁵⁴²

til forhandlingsprinsippet.

⁵³⁶ Betænkning 2004 nr. 1436 s. 455. Dette er også lagt til grunn av Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 455 og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 406.

⁵³⁷ Christian Dahlager, *Få ret*, Nyt Juridisk Forlag (2010), s. 56.

⁵³⁸ Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 121.

⁵³⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 105.

⁵⁴⁰ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 105. Se også Frederik Waage, *Det offentlige som procespart: Forvaltningsrettens virkning i civilprocessen*, Karnov Group (København 2017), s. 171.

⁵⁴¹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 106.

⁵⁴² Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, merknad til § 406.

Av rpl. § 339 følger det at retten kan oppfordre partene til å ta stilling til faktiske og rettslige spørsmål av betydning for saken samt nye bevis som behøves for sakens opplysning. I tillegg må det ses hen til hvorvidt en part er representert eller ikke. Dette fremkommer av rpl. § 339 fjerde ledd, som lyder:

Møder en part i en sag, der behandles ved byret, ikke ved advokat, vejleder retten parten om, hvad han bør foretage til oplysning af sagen og i øvrigt til varetagelse af sine interesser under denne.

Selvprosederende er altså berettiget til mer veiledning enn en representert part. I småsakssaker følger det i tillegg av forarbeidene at:

«retten under forberedelsen skal yde en intensiv vejledning og bistand til parterne, således at også parter, der ikke har juridiske kundskaber, og som ikke bistås af advokat kan få gennemført berettigede krav».⁵⁴³

Å tilrettelegge for selvprosederende parter er altså en målsetning med småsagsprocessen. Sett i lys av reglene om habilitet, og disposisjons- og forhandlingsprinsippet, er det imidlertid ikke tvilsomt at den bistand partene får, ikke kan være ubegrenset på alle stadier av prosessen.

Utgangspunktet for veiledningens omfang på saksforberedelsestadiet er at denne er vid. Dette fremgår eksempelvis av ovenfor siterte forarbeider, som bruker uttrykket «intensiv vejledning og bistand».⁵⁴⁴ I tillegg er småsagsprocessen bygd opp slik at det ikke er den samme dommeren som skal avsi endelig dom, som den som gir veiledning under forberedelsen. Habilitetsreglene aktualiseres altså i langt mindre grad, noe som medfører at grensene for den materielle veiledningen blir mindre rigide. Her er det primært disposisjons- og forhandlingsprinsippet som setter rammene. Rettens veiledning må ikke gå utenfor partenes eget prosessopplegg.⁵⁴⁵

Saksforberedelsen skal bidra til at uklarheter begrenses i størst mulig grad.⁵⁴⁶ Et naturlig startpunkt er å vurdere partenes påstand og påstandsgrunnlag i stevningen og tilsvaret og sikre at disse er tilstrekkelig klare. *Dahlager* fremholder at rettens ansvar i de fleste saker vil være å hjelpe partene med å gjøre argumenter juridiske, da det ofte fremstår som klart hva partene

⁵⁴³ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, punkt 8.2.4.

⁵⁴⁴ Også *Bang-Pedersen* fremholder at veiledningsadgangen er mer fremtredende i småsagsprocessen enn i allmennprosessen, da det uttales at det er «en markant forskjell i forhold til den almindelige proces, der [...] i højere grad hviler på forhandlingsprincippet», jf. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 406.

⁵⁴⁵ Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 123.

⁵⁴⁶ Betænkning 2004 nr. 1436, s. 455.

mener faktisk er skjedd.⁵⁴⁷ Det er gjerne med de juridiske termene problemene oppstår. Dette er særlig fremhevet knyttet til utforming av påstanden, der rettens klarleggingsplikt er stor.⁵⁴⁸

Fremstår det ikke som klart hva partene ønsker å oppnå, må retten gjennom kontakt med partene bidra til å oppnå tilstrekkelig presisjon. I tillegg må retten bidra til å avklare enigheter og uenigheter knyttet til rettslige vilkår, så vel som faktiske omstendigheter, slik at det under hovedforhandlingen ikke kastes bort tid på vilkår som det ikke er tvist om. Det er således primært tale om en plikt til å klarlegge saken. Retten bør derfor også redegjøre for hvilken usikkerhet det foreliggende prosessopplegg byr på, i sammenheng med veiledningen.⁵⁴⁹ Veiledningen kan skje ved rettsmøte, og det gjennomføres som regel via telefon.⁵⁵⁰

Når saksforberedelsen er avsluttet, skal retten utforme en oppsummering av hvordan saken oppfattes etter endt saksforberedelse.⁵⁵¹ Dette gjøres også av rettens sekretariat. Deretter gis saken til en annen dommer. Det er altså en mulighet for at dommeren som skal behandle saken under hovedforhandlingen, har en annen oppfatning av saken. Til tross for at saken ideelt sett skal være ferdig forberedt når hovedforhandlingen begynner, kan dommerskiftet medføre et ytterligere veiledningsbehov på et senere stadium av prosessen.

Utgangspunktet for materiell veiledning under hovedforhandlingen finnes i samme bestemmelse som for saksforberedelsen, og retten kan altså be partene ta stilling til ytterligere bevisførsel eller nye påstandsgrunnlag også her. I tillegg uttales det i retsplejelovens forarbeider at dersom en av partene er selvprosederende, skal retten, ved behov, bistå med «råd og vejledning».⁵⁵² Betegnelsen «råd» synes å gå utover det som følger av bestemmelsens ordlyd, og gir en indikasjon om at retten kan gi partene en pekepinn om hva retten selv oppfatter som den gode løsning. På dette stadiet av prosessen er det imidlertid fare for habilitetsproblematikk, da dommeren som gir partene veiledning også skal avsi dommen. Hvilken adgang retten har til å faktisk gi partene råd under hovedforhandlingen, er dermed mer uklart.

⁵⁴⁷ Christian Dahlager, *Behandling af småsager*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2009), s. 50/51.

⁵⁴⁸ Se Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 126 med videre henvisninger.

⁵⁴⁹ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, bemerkninger til § 406.

⁵⁵⁰ Rpl. § 406 fjerde ledd, sammenholdt med Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 410.

⁵⁵¹ Dette i motsetning til etter den allminnelige prosessen, se rpl. § 357 første ledd.

⁵⁵² Betænkning 2004 nr. 1436, s. 457.

Følgen av at retten ikke har ivaretatt plikten til å veilede partene, er at det må vurderes hvorvidt saken må undergå en ny behandling.⁵⁵³ Manglende eller feilaktig veiledning er således en grunn til å oppheve byrettens avgjørelse.

5.2.3. Adgang til å avskjære prosesshandlinger

Retten adgang til å avskjære partenes prosesshandlinger er ikke særskilt regulert i retsplejelovens småsagskapittel. Utgangspunktet for vurderingen blir derfor primært de ordinære prosessreglene. Her differensieres det mellom tre prosesstadier: saksforberedelsen, tidsrommet mellom saksforberedelse og hovedforhandling, og selve hovedforhandlingen. Dette skillet vil være førende for fremstillingen her. Først ses det hen til adgangen retten har til å prekludere prosesshandlinger. Deretter behandles avskjæring på grunnlag av proporsjonalitet.

Av rpl. § 358 stk. 1 følger det implisitt at partene står fritt til å fremme nye prosesshandlinger under saksforberedelsen. Bestemmelsen lyder:

Ønsker en part at utvide de påstande, parten har fremsat under sagens forberedelse, eller at fremsette anbringender, der ikke er anført under forberedelsen, eller at føre beviser, som ikke er angivet under forberedelsen, skal parten give retten og modparten meddelelse herom. Modparten kan inden 1 uge efter at have modtaget meddelelsen give retten og den anden part underretning om sine bemærkninger, hvorefter retten træffer afgørelse, jf. stk. 6 og 7.

Det fremstår altså som om at det ikke er rom for preklusjon forutfor avsluttet saksforberedelse. Dette samsvarer med at prosessen anses som partsstyrt, i den forstand at det er partene som bestemmer hvilke prosesshandlinger som skal inntas i prosessen.⁵⁵⁴ I tillegg er intensjonen at saken skal forberedes på forberedelsesstadiet. Saken lever enda på dette tidspunktet. Det er altså ikke her retten skal anvende rigide avskjæringsregler, men heller basere seg på kommunikasjon med partene og slik bidra til at saken primært skjæres til gjennom enighet. I tillegg er det ønskelig med et best mulig avgjørelsesgrunnlag, noe som taler imot preklusjon.

Det er imidlertid unntak fra utgangspunktet. I bestemmelsens stk. 2 til 4 utvides anvendelsesområdet til stk.1, slik at den kan anvendes som avskjæringshjemmel også tidligere i prosessen. Mest aktuelt er at bestemmelsens stk. 1 også anvendes på bevisføring som meldes inn etter det forberedende møtet, og som vil forlenge saksbehandlingstiden vesentlig, jf. stk. 3,

⁵⁵³ Se eksempelvis U.2014.1647Ø og U.2014.675Ø, og Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 126/127 med videre henvisninger.

⁵⁵⁴ Se også Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 325/326.

eller for det tilfelle at en part ønsker å fremsette nye prosesshandlinger tilknyttet et bestemt spørsmål, etter at angitt frist for å innlevere prosessskrift om spørsmålet er utgått, jf. stk. 4.

Det er nok primært i de tilfeller der retten har oppstilt særlige frister etter rpl. § 406 stk. 3 at preklusjon er aktuelt. Da det er retten som har ansvaret for å klarlegge tvisten, herunder sikre tilstrekkelige opplysninger, er partenes mulighet til å gjøre større endringer i prosessen begrenset under forberedelsen. Retten vurderer fortløpende om det er ytterligere påstandsgrunnlag eller påstander som bør inntas i prosessen, slik at en i større grad unngår at partene selv kommer med overraskende tilføyelser på saksforberedelsestadiet. Dette står i motsetning til norsk rett, der partene selv har det primære ansvaret for å fremme nye prosesshandlinger.⁵⁵⁵

Etter avsluttet saksforberedelse er imidlertid avskjæringsproblematikken mer aktuell. Hovedregelen her er at «skipet har seilt», jf. rpl. § 358 stk. 1, som sitert ovenfor. Fra at utgangspunktet er at partene står fritt til å fremme prosesshandlinger, er lovens hovedregel på dette stadiet preklusjon.⁵⁵⁶ Det er unntak som må begrunnes.

Loven differensierer mellom det tilfelle at motparten motsetter seg tillegget, og det tilfelle at denne samtykker.⁵⁵⁷ For det tilfelle at motparten protesterer, sier rpl. § 358 stk. 6 at

Retten kan, uanset at modparten ikke har givet samtykke, give tilladelse til udvidelse af påstande, fræmsættelse af nye anbringender eller førelse af nye beviser efter stk. 1-5, når

- 1) det af særlige grunde må anses for undskyldeligt, at anmodningen ikke er fremkommet tidligere,
- 2) modparten har tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser uden udsættelse af hovedforhandlingen eller
- 3) nægtelse af tilladelse vil kunne medføre et uforholdsmæssigt tab for parten.

Bestemmelsen er ment som en snever sikkerhetsventil, som skal sikre at preklusjonsregelen ikke gir for urimelige utslag.⁵⁵⁸

Dersom motparten samtykker, følger det av rpl. § 358 stk. 7 at:

⁵⁵⁵ Se avhandlingens 6.2.6.

⁵⁵⁶ Se lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, kommentar til § 358 stk. 1.

⁵⁵⁷ Når en parts innsigelse er et vilkår for avskjæring av nytt prosessmateriale skal retten operere som om at det er kommet innsigelse også dersom den aktuelle parten forblir taus. Dette er i motsetning til tidligere rettstilstand, som baserte seg på prinsippet om at den som tier samtykker. jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 326 note 6.

⁵⁵⁸ Dette kommer til uttrykk i forarbeidene, se lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, kommentar til § 358 stk. 6.

Retten kan, uanset at modparten har givet samtykke, modsætte sig udvidelse af påstande, fremsættelse af nye anbringender eller førelse af nye beviser, hvis en imødekommelse af anmodningen må antages at nødvendiggøre en udsættelse af hovedforhandlingen.

At retten har adgang til å nekte utvidelse av saken til tross for motpartens samtykke, må ses i lys av at prosessen skal holdes proporsjonal. Et gjennomgående trekk i prosessretten er da å begrense partenes adgang til å overlesse prosessen med prosesshandlinger. Dette er noe som partene selv ikke skal kunne enes om å fravike, all den tid også samfunnet har interesser i å holde kostnadene med rettergangen nede.

Skulle nytt prosesstoff fremkomme under hovedforhandlingen, reguleres spørsmålet om preklusjon av rpl. § 363. Bestemmelsens stk. 1 er likelydende rpl. § 358 stk. 6, som gjengitt ovenfor, slik at preklusjon er hovedregelen også her. I tillegg er det fremhevet at det i vurderingen av om noen av de angitte omstendigheter er tilstrekkelige til å unnta prosesshandlingen fra preklusjon, skal tas hensyn til hvorvidt det var mulig å fremsette prosesshandlingen forutfor hovedforhandlingen, jf. rpl. § 358, jf. § 363 stk. 4. Var det ikke mulig, blir vurderingstemaet tilsvarende som etter rpl. § 358, som er behandlet ovenfor.

All den tid saken skal være ferdig forberedt under hovedforhandlingen, er det færre betenkeligheter med å prekludere på dette tidspunktet. På dette tidspunktet skulle partene i utgangspunktet ha ferdigstilt saken. Terskelen for å anse vilkårene i rpl. § 358 oppfylt kan derfor være noe lavere under hovedforhandlingen.

For bevis er det i tillegg aktuelt med avskjæring på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger. Utgangspunktet her er at all bevisføring i småkravprosessen krever rettens tillatelse, jf. rpl. § 403.⁵⁵⁹ Avskjæring er altså hovedregelen. Det er nødvendig å påvise bevisets betydning for å få tillatelse til å fremme det.⁵⁶⁰ Dette er motsatt utgangspunkt sammenlignet med de alminnelige prosessreglene, der retten kan nekte bevisføring som anses å ikke ha betydning for saken. Småsagsprosessen opererer således med et skjerpet relevanskrav for bevis, noe som samsvarer med målet om at prosessen skal være proporsjonal.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Et spørsmål som virker å ha fått særlig oppmerksomhet i Danmark er spørsmål om «syn og skøn». All den tid dette er en tematikk som ikke behandles for norsk retts vedkommende avgrenses det mot dette spørsmålet. For spesielt interesserte, se Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 129-134 og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 408-409.

⁵⁶⁰ Det er imidlertid ikke slik at dette i praksis innebærer at bevis ikke føres, jf. Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 129. Partene har likevel et større ansvar for å klarlegge bevisets relevans før hovedforhandlingen.

⁵⁶¹ Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 128 og Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl., *Den civile retspleje* (2017), s. 407.

Når saken som et utgangspunkt skal være klar til behandling etter saksforberedelsen, blir nok det meste av uforholdsmessig bevisførsel avskjært på saksforberedelsestadiet. Skal hovedforhandlingen avholdes på et par timer, må retten likevel være relativt aktiv i å vurdere nødvendigheten av bevis fortløpende, også under hovedforhandlingen.

5.2.4. Skriftlig sluttbehandling

Utgangspunktet for hovedforhandlingen etter dansk småsagsprocees er at den skal avholdes muntlig, jf. rpl. § 148 første punktum. Dette er i samsvar med Danmarks forpliktelser etter EMK art. 6 nr. 1 samt Grundloven § 65 stk. 1.⁵⁶² Det er imidlertid adgang til å avholde en skriftlig hovedforhandling, også i småsagsprocessen. Hvilke vilkår som må være til stede for at skriftlig hovedforhandling skal finne sted samt hvordan en slik hovedforhandling skjer, behandles i det videre.

Adgangen til skriftlig sluttbehandling reguleres av rpl. § 366. Bestemmelsen får anvendelse i småsagsprocessen, da den ikke er eksplisitt unntatt i lovens kapittel 39.⁵⁶³ Vilkårene for at skriftlig hovedforhandling skal kunne skje fremgår av stk. 1, som lyder:

Retten kan med parternes samtykke bestemme, at saken avgjøres uten muntlig hovedforhandling, når særlige grunde taler derfor. Retten træffer i så fald bestemmelse om parternes udveksling af skriftlige procedureindlæg.

Skriftlig hovedforhandling kan altså kun skje der partene er enige om at dette er en hensiktsmessig måte å behandle saken på. Partenes enighet er imidlertid ikke tilstrekkelig. I tillegg må retten vurdere om det foreligger «særlige grunde» for slik behandling. Ordlyden taler for at det må noe ekstraordinært til for at skriftlig hovedforhandling skal kunne finne sted. Tilsvarende forståelse støttes av bestemmelsens forarbeider, der det fremkommer at «den absolutte hovedregel» er muntlig hovedforhandling, og at det forutsettes at muligheten vil bli «anvendt med varsomhed».⁵⁶⁴ Skriftlig hovedforhandling er altså klart ment som et unntak.

Utgangspunktet for vurderingen av om det foreligger «særlige grunde», er den konkrete saken.⁵⁶⁵ Retten må vurdere hvorvidt det er kvaliteter med den enkelte sak som tilsier at skriftlig

⁵⁶² Lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov.

⁵⁶³ Se også Jørgen Jochimsen, *Civilprocessuel Oversigt* (2017), s. 139, med videre henvisninger.

⁵⁶⁴ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, punkt 5.2.3.

⁵⁶⁵ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, punkt 5.2.3.

hovedforhandling kan avholdes, eller at muntlig hovedforhandling ikke anses som nødvendig.⁵⁶⁶

I forarbeidene til bestemmelsen er det listet opp momenter som generelt kan tale mot skriftlig hovedforhandling.⁵⁶⁷ Dersom forklaringer er av vesentlig betydning, taler det for muntlighet. Har det vært flere langvarige og muntlige møter under saksforberedelsen, kan det svekke behovet for en muntlig hovedforhandling. Er en sak svært teknisk komplisert, kan det tale mot muntlighet, i alle fall dersom bevisene primært er dokumentbaserte. Dersom saken har offentlig interesse, er dette et moment som taler for muntlig hovedforhandling. Dette er momenter som i stor grad samsvarer med EMDs praksis.⁵⁶⁸

Enkelte av de nevnte momentene har mindre relevans i småsagsprosessen. Eksempelvis vil en svært komplisert sak neppe behandles her, sett i lys av sikkerhetsventilen inntatt i rpl. § 402 stk. 1, som nevnt ovenfor. I tillegg er det nok sjelden rom for «betydelig grad af mundtlighed i form af et eller flere længerevarende forberedende retsmøder» i småsagsprosessen.⁵⁶⁹ I 2011 ble adgangen til å avholde rettsmøter under saksforberedelsen etter småsagsprosessen utvidet.⁵⁷⁰ Dette skulle imidlertid ikke innebære en ubegrenset ekspansjon, da småsagsprosessen fremdeles har som mål å være effektiv. Da hovedregelen enda er at det ikke skal gjennomføres møter, har nok momentet begrenset relevans i småkravssaker.

I litteraturen fremheves saker med klart avgrensede spørsmål, uten behov for muntlige forklaringer, som velegnet for skriftlig hovedforhandling.⁵⁷¹ Det fremholdes også at skriftlig hovedforhandling kan gjøre behandlingen mer smidig, og muliggjøre en raskere avgjørelse.⁵⁷² Av dette kan det utledes at jo mer oversiktlig en sak er, desto mindre problematisk er det å avholde hovedforhandling ved skriftveksling.

Dersom retten finner at vilkårene for skriftlig sluttbehandling er oppfylte, reguleres gjennomføringen av rpl. § 366 stk. 1 andre punktum, som sitert ovenfor. Her fremgår det at

⁵⁶⁶ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, punkt 5.2.3.

⁵⁶⁷ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, merknader til § 366. Dette er momenter som også har relevans etter norsk rett. Disse vil derfor behandles nærmere i kapittel 8.

⁵⁶⁸ Se avhandlingens punkt 8.3 for mer om dette.

⁵⁶⁹ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, merknad til § 366.

⁵⁷⁰ Se lovforslag 14. desember 2011 nr. 58 punkt 6.2. Forslaget ble vedtatt i 2012, se lovvedtakelse 29. mars 2012 nr. 58 § 1 nr. 17. Dette skyldtes at «der efter det oplyste har været gode erfaringer med anvendelse af telefonmøder i småsagerne, der således både har bidraget til en effektiv sagsbehandling og er blevet opfattet som en god service for borgerne», jf. forslaget punkt 6.2.2.2.

⁵⁷¹ Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 559.

⁵⁷² Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 320.

retten beslutter hvordan partenes utveksling av skriftlige «procedureindlæg» skal skje. Retten avgjør altså hvor mange innlegg som skal inngis, og fristene for inngivelse.

Etter bestemmelsens forarbeider bør hver part inngi to innlegg, med fire ukers mellomrom.⁵⁷³ Dette er ikke særskilt uttalt tilknyttet småsagsprosessen. Dommeren står også fri til å fravike dette. Er det tale om en relativt enkel småsak, kan det være tilstrekkelig med kun ett innlegg. Sett i lys av rettens omfattende veiledningsplikt på saksforberedelsestadiet, fremstår dette som en realistisk mulighet. Dette støttes av at gjennomføringen av en muntlig hovedforhandling etter småsagsprosessen er forenklet. Det skal kun fremsettes bevis samt avholdes prosedyre og eventuelt replikk/duplikk, jf. rpl. 365 § sammenholdt med § 407 første ledd. Det forutsettes derfor at den muntlige hovedforhandlingen skal være enklere i småsagsprosessen enn i den ordinære prosessen. Tilsvarende må gjelde for en skriftlig hovedforhandling.

5.3. Svensk regulering av mindre krav

5.3.1. «Förenklade tvistemål»

Lenge før den norske og danske prosesslovgivningen fikk innarbeidet særlige prosessregler for små krav, hadde Sverige en egen lov om temaet. Allerede i 1974 kom småmålslagen.⁵⁷⁴ Loven tok sikte på bedre å sikre rettsikkerheten til personer med små krav, primært ved å begrense partenes rettskostnader.⁵⁷⁵ I 1988 ble loven opphevet. Opphevelsen ble begrunnet med at det ikke var behov for særlige småmålsregler, da de alminnelige reglene skulle mykes noe opp og bli mer fleksible.⁵⁷⁶

I dag foreligger det ingen fullstendig regulering av småkravssaker, i alle fall ikke adskilt fra øvrig prosesslovgivning, slik som etter norsk og dansk rett. Dette innebærer imidlertid ikke at prosessen for småkrav ikke er særskilt regulert overhodet. Den svenske rättegångsbalken inneholder enkelte særregler for krav under en viss sum.⁵⁷⁷ Småkravsreguleringen skiller seg dermed fra prosesslovgivningen i Norge og Danmark. Prosesslovgivningens formål er imidlertid lik – å sikre forsvarlige avgjørelser på en effektiv måte.⁵⁷⁸ Fremdeles er tanken at prosessen skal tilpasses den enkelte sak.⁵⁷⁹ Det er altså ikke tvilsomt at også den svenske

⁵⁷³ Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, merknad til § 366.

⁵⁷⁴ Lag om rättegången i tvistemål om mindre värden (1974:8).

⁵⁷⁵ Kungl. Maj. Ts proposition nr. 87 år 1973, s. 1.

⁵⁷⁶ Prop. 1986/87:89, s. 68.

⁵⁷⁷ Rättegångsbalk av 18. juli 1942 (heretter RB).

⁵⁷⁸ Prop. 2004/05:131, En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol, s. 78.

⁵⁷⁹ Prop. 2004/05:131, s. 78.

reguleringen tar sikte på å sikre proporsjonalitet i prosessen, basert på det enkelte krav. Forskjellene knytter seg dermed mer til form enn formål.⁵⁸⁰ I tillegg kan svenske småkrav behandles etter den europeiske småkravsforordningen, så fremt nærmere angitte vilkår er oppfylt.⁵⁸¹

Særreglene for småkrav retter seg primært mot antallet dommere som skal behandle saken samt størrelsen på sakskostnadene. Utover dette er det opp til den enkelte dommer å regulere prosessen etter behovet i den enkelte sak.⁵⁸² Det er lagt opp til en stor grad av fleksibilitet for hele prosessregelverket, og de fleste spørsmål må derfor vurderes konkret.

Terskelverdien for særreglene for småkrav, eller «förenklade tvistemål», heretter «FT-mål»,⁵⁸³ knytter seg til halvparten av grunnbeløpet (prisbasbeløpet).⁵⁸⁴ Grunnbeløpet justeres hvert år. I 2017 lå dette på 44 800 SEK, noe som tilsvarer omtrent 43 500 NOK. Et småkrav er altså verdt under 21 750 NOK, betydelig lavere enn etter den norske terskelverdien. Dersom en part, ved første anledning, påstår at sakens tvistesum i realiteten er høyere enn et halvt grunnbeløp, eller at saken har betydning ut over den konkrete saken, kan saken likevel føres etter de alminnelige reglene.⁵⁸⁵ Til tross for den lave beløpsgrensen, sammenlignet med den norske grensen, er omtrent en fjerdedel av alle tvistesaker i Sverige FT-mål.⁵⁸⁶ I likhet med Danmark, har heller ikke Sverige forliksråd. Det er således ingen obligatorisk førbehandling av saken som kan avlaste domstolene, noe som kan forklare det relativt store antallet FT-mål.

En sak med tvistesum som kvalifiserer for særreguleringen for mindre krav, starter med stevning og etterfølges av tilsvaer. Gjennom disse to skrivenene skal partene fremme kravene sine,

⁵⁸⁰ I prop. 2015/16:39: En modernare rättegång II, ble ordningen med fleksible regler ansett å være velfungerende, jf. s. 22.

⁵⁸¹ Vilkårene for at forordningen kommer til anvendelse behandles i punkt 5.4.2.

⁵⁸² Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 96.

⁵⁸³ I litteraturen varierer begrepsbruken mellom «förenklade tvistemål», jf. eksempelvis Gustaf Almkvist og Niklas Elofsson, «Rättegångskostnader i förenklade tvistemål», *Svensk Juristtidning* (2013) (s. 150-168), s. 150 og «småmål», jf. eksempelvis Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 96. Jeg bruker førstnevnte betegnelse, med tilhørende forkortelse, da «småmål» har en klar tilhørighet til tidligere rettstilstand under småmålslagen. FT-mål har kun tilknytning til dagens lovgivning.

⁵⁸⁴ Dette fremgår eksplisitt av RB kapittel 1 § 3 d første ledd. Øvrige bestemmelser henviser dit.; At forskjellen mellom FT-mål og øvrige saker defineres ut fra en kronosum, indikerer at indispositive saker faller utenfor FT-målsreglens anvendelsesområde. Se Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 96, der det fremgår at «[t]ill gruppen småmål hör en tvist om det som parterna tvistar om ligger i ekonomiskt hänseende». Saker som primært er ikke-økonomiske, slik som indispositive saker gjerne er, faller således utenfor reglens anvendelsesområde.

⁵⁸⁵ RB kapittel 1 § 3 d andre ledd.

⁵⁸⁶ Se domstolsstatistikk for 2017, utarbeidet av Domstolsverket – Sveriges Domstolar: http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2017.pdf s. 9 (sist sett 25. januar 2019). Her fremkommer det at det totale antall innkommende tvistesaker var 83 654 i 2017, og av disse var 19 411 FT-mål.

grunnlagene for kravene, og angi hvilke bevis som danner grunnlag for det faktum som anføres, jf. RB kapittel 42 § 2 og 7.

Ved innkommet stevning starter saksforberedelsen. Siktemålet med denne delen av prosessen er å legge til rette for en effektiv prosess, jf. RB kapittel 42 § 6 andre ledd. Forberedelsen kan gjennomføres skriftlig, muntlig, eller i en kombinasjon, jf. RB kapittel 42 § 9 første ledd. Dersom det gjennomføres et saksforberedende møte, legger loven opp til at forberedelsens avslutning skal skje i tilknytning dette.⁵⁸⁷ Rent unntaksvis skal det være aktuelt med to saksforberedende møter.⁵⁸⁸ Møtet kan avholdes ved fjernmøte.⁵⁸⁹ For å oppnå en effektiv saksforberedelse kan retten også anvende ulike virkemidler, som angitt i loven, dersom det finnes nødvendig.⁵⁹⁰ Til tross for at det er begrenset med eksplisitte bestemmelser for FT-mål, skal de fleksible prosessreglene legge til rette for at prosessen kan skreddersys til den enkelte tvist.⁵⁹¹ En følge av dette er at dommeren blir tillagt det primære ansvaret for å sikre en proporsjonal gjennomføring av prosessen.

Sakens behandling avsluttes som hovedregel med en muntlig hovedforhandling.⁵⁹² I denne gjennomgåas grunnlagene for kravene, bevis og partene avholder prosedyre.⁵⁹³ Basert på det som fremkommer her, avsies dom, jf. RB kapittel 17 § 2 første punktum. En av særreglene for FT-mål er at det alltid kun er én dommer som avsier dom i saken.⁵⁹⁴

Det er ingen særregler for ankeadgang for mindre krav.⁵⁹⁵ For at en sak skal kunne ankes, må det gis tillatelse til anke, jf. RB kapittel 49 § 12. Tillatelse gis der det finnes grunn til å betvile tingrettens avgjørelse, dersom det ikke er mulig å vurdere tingrettens dom uten å gi tillatelse, at behandling av øvre instans anses viktig for «rättstillämpningen», eller det finnes andre særlige årsaker til å tillate anke. Dette er relativt strenge vilkår, noe som skyldes at det i svensk

⁵⁸⁷ Se RB kapittel 42 § 9 fjerde ledd.

⁵⁸⁸ Bengt Lindell, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, Iustus (Uppsala 2017), s. 354.

⁵⁸⁹ Eric Bylander, *Muntlighetsprincipen*, Iustus (Uppsala 2006), s. 105.

⁵⁹⁰ Eksempelvis kan retten gi partene frister for å fremsette prosesshandlinger, jf. RB § kapittel 42 § 15. Bestemmelsen behandles nærmere nedenfor, i punkt 5.3.3.

⁵⁹¹ Dette kommer blant annet til uttrykk i prop. 1986/87:89 s. 69.

⁵⁹² Adgangen til skriftlig behandling behandles nedenfor, i punkt 5.3.4.

⁵⁹³ Se RB kapittel 43 § 6, 7, 8 og 9.

⁵⁹⁴ Jf. RB kapittel 1 § 3 d første ledd.

⁵⁹⁵ Dette henger nok sammen med at det kreves samtykke for alle typer anke etter svensk rett, jf. RB kap. 49 § 12. Se også Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 456. Tidligere var det færre saker som behøvde samtykke, men også da måtte småkravssaker få samtykke før ankebehandling, se Anna Nylund, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål* (2006), s. 205.

prosessrett er stort fokus på førsteinstansbehandling av saker. Kun unntaksvis skal saker undergå en toinstansbehandling.⁵⁹⁶

Et sentralt element i den svenske småkravsreguleringen for å sikre domstolstilgang er begrensingen av sakskostnader.⁵⁹⁷ Det generelle utgangspunktet i Sverige er at vinnende part skal få full dekning for sakskostnader som har vært nødvendige for å ivareta saken.⁵⁹⁸ I FT-mål begrenses dette av RB kapittel 18 § 8 a. Rettsavgifter, utgifter for partens reise, utgifter til vitner og oversettelser kan dekkes også i FT-mål. Av bestemmelsens andre ledd nr. 1 fremgår det imidlertid at kostnader for rettslig bistand kun dekkes for rådgivning inntil én time.⁵⁹⁹ Denne restriksjonen kan kun lempes på dersom motparten har opptrådt på en illojal måte, eksempelvis ved ikke å møte opp til rettsmøter, eller ved at saken er anlagt uten grunn.⁶⁰⁰ Selv om det er adgang til å bli representert ved advokat, legger altså loven opp til at partene skal kunne gå til sak uten representasjon. Hvis de likevel velger å bli representert av advokat, må partene selv bære omkostningene ved det.

5.3.2. Dommerens rolle i prosessen

Rättegångsbalken har ingen særregler for dommerens rolle i forenklede tvistemål. I lovens forarbeider er det imidlertid fremholdt at «[d]omstolen har normalt en mera aktiv processledning i småmålen».⁶⁰¹ Til tross for at ingen av reglene om dommerens rolle knytter seg særskilt til FT-mål, indikerer uttalelsen at reglene kan tolkes i lys av at det her er tale om krav av mindre verdi. Dette samsvarer med ønsket om en mer fleksibel rettspleie, der prosessen skal kunne skreddersys til den enkelte sak. Utgangspunktet for øvrig er likt som i Norge og Danmark, og det er at dommeren må opptre i henhold til reglene om habilitet, noe som blant annet følger av Sveriges forpliktelser etter EMK art. 6 nr. 1.⁶⁰²

⁵⁹⁶ Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 250. Her uttales det at en «vanligt förekommande uppfattning är att hovrätterna så här långt har tillämpat de nye reglerna om prövningstillstånd strängt. [...] Detta gör att den statliga civilrättskipningen rent faktiskt kan beskrivas som ett eninstansförfarande».

⁵⁹⁷ Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 69 samt Gustaf Almkvist og Niklas Elofsson, *Rättegångskostnader i förenklade tvistemål* (2013), s. 156.

⁵⁹⁸ RB kapittel 18 § 8 første ledd.

⁵⁹⁹ I tillegg blir kostnadene til timen med retts hjelp kun erstattet inntil satsen for en time retts hjelp i henhold til rätts hjälpslagen 1996:1619, jf. RB kap. 18 § 8 andre ledd, jf. rätts hjälpslagen § 4 andre ledd. Det er også begrensninger for hva som oppfattes som rådgivning. Det er kun «sådan rådgivning som parten behöver för att informera sig om rättsläget och resonera om hur han bör gå vidare som erstätts som rättslig rådgivning», jf. Gustaf Almkvist og Niklas Elofsson, *Rättegångskostnader i förenklade tvistemål* (2013), s. 156.

⁶⁰⁰ Dette følger av RB kapittel 18 § 8a tredje ledd, jf. § 6 og 3.

⁶⁰¹ Prop. 1999/2000:26 Effektivisering av förfarandet i allmän domstol, punkt 12.

⁶⁰² Se Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 206-209.

I svensk rett er det lagt til grunn at retten har plikt til å veilede partene om prosessuelle forhold som et ledd i den formelle prosessledelse.⁶⁰³ I tillegg er retten gitt virkemidler for å styre saken. Dette er innenfor rettens «formella» prosessledelse.⁶⁰⁴ Retten plikter eksempelvis å lage en plan for prosessen, jf. RB kapittel 42 § 6 fjerde ledd.⁶⁰⁵ I tillegg har retten adgang til å sette frister for partene underveis i saksforberedelsen, jf. RB kapittel 42 § 15, samtidig som retten plikter å avslutte saksforberedelsen, jf. RB kapittel 42 § 15 a.⁶⁰⁶ De to sistnevnte virkemidlene vil, sammen med preklusjonsregler, gi partene et incentiv til å presentere prosesshandlinger på et tidlig stadium i prosessen. Dette er ment å være effektiviserende, da partene og retten kan gjøre seg kjent med innholdet i den aktuelle prosesshandlingen innenfor prosessens rammer.

En annen faktor som illustrerer rettens ansvar for å sikre fremdrift i saken, er rettens plikt til å sammenfatte partenes prosesshandlinger ved avslutningen av saksforberedelsen, jf. RB kapittel 42 § 16. Sammenfatningen er ment å tilrettelegge for en konsentrert sluttbehandling av saken, da retten får oppsummert hva tvisten egentlig handler om, og hvilke bevis som skal presenteres i saken. Eventuelle misforståelser kan enkelt oppklares basert på sammenfatningen.

Den mest interessante diskusjonen i Sverige vedrørende dommerens rolle er omfanget av den materielle prosessledelse.⁶⁰⁷ Innholdet i begrepet tilsvarende den danske betegnelsen, altså spørsmålet om dommerens adgang og plikt til å veilede partene om sakens materielle innhold. Spørsmålet er beskrevet som et av den svenske prosessrettens mest omdiskuterte.⁶⁰⁸ Spørsmålet i det videre er hvor grensene for dommerens materielle prosessledelse går i forenklete tvistemål.

Sakens forberedelse er det første stadiet i prosessen der dommerens materielle prosessledelse aktualiseres. Generelt skal forberedelsen ta sikte på å legge til rette for en effektiv behandling av saken, jf. RB kapittel 42 § 6. Dette er også sentralt for begrunnelsen for materiell prosessledelse.⁶⁰⁹ Dommerens veiledning skal være et positivt bidrag i dette henseende.

⁶⁰³ Peter Westberg, *Civilrättsskipning* (2013), s. 157.

⁶⁰⁴ Peter Westberg, *Civilrättsskipning* (2013), s. 157.

⁶⁰⁵ Her bør eksempelvis dato for eventuell hovedforhandling fremkomme, se Stefan Zetterström og Anna-Sara Lind, *Offentlig rätt, Liber* (Stockholm 2016), s. 325.

⁶⁰⁶ Se nærmere om preklusjonsvirkningene til fristene nedenfor, i punkt 5.3.3.

⁶⁰⁷ Dette har nok sammenheng med at spørsmålet ikke var særlig regulert før sent på 1980-tallet, jf. prop. 1986/87:89, s. 104. Se også Bengt Lindell, *Civilprosessen* (2017), s. 357.

⁶⁰⁸ Prop. 1986/87:89, s. 103.

⁶⁰⁹ Materiell prosessledelse har «huvudsakeligen ett processekonomiskt syfte», jf. Per Henrik Lindblom, *Sena uppsatser* (2006), s. 160.

I RB kapittel 42 § 8 andre ledd fremkommer dommerens mer konkrete plikter. Bestemmelsen lyder:

Rätten skall, allt efter målets beskaffenhet, vid förberedelsen verka för att tvistefrågorna blir klarlagda och att parterna anger allt som de vill åberopa i målet. Rätten skall genom frågor och påpekanden försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i parternas framställningar.

Av bestämmelsens første punktum følger det eksplisitt en adgang for dommeren til å relativisere prosessledelsen etter den enkelte saks egenart, da sakens «beskaffenhet» skal inntas i vurderingen. I tillegg fremgår målet med prosessledelse under saksforberedelsen, nemlig å klarlegge tvistetemaet.

Bestemmelsens andre punktum åpner for at dommeren kan bruke spørsmål og bemerkninger for å bidra til å reparere uklarheter og mangler i partenes fremstillinger. Spørsmål som har til siktemål kun å bidra til oppklaringer av partenes allerede fremsatte prosesstoff, er sjelden problematisk. Identifisering av hva partene ønsker å oppnå i prosessen er tvert imot fremholdt som et mål med rettens prosessledelse.⁶¹⁰ Mer usikkert er det når det er tale om spørsmål eller bemerkninger som tilfører noe nytt til prosessen.

I dispositive saker, som forenklete tvistemål alltid vil være, nyter partene en stor grad av disposisjonsrett over prosessen. Det er partene som avgjør hvorvidt det skal bli en rettsprosess samt rammene for dommerens avgjørelsesgrunnlag. Dette er fremholdt som et moment som tilsier tilbakeholdenhet fra dommerens side når det gjelder spørsmål og bemerkninger som vil påvirke omfanget av prosesstoffet i saken.⁶¹¹

At dommeren i noen grad kan bidra til at nytt prosesstoff inntas i vurderingen, er imidlertid ikke tvilsomt. I henhold til rättegångsbalkens forarbeider var det allerede på 80-tallet en aksept for at det unntaksvis kunne bli tale om at retten kunne spørre partene om de ønsket å inndra nytt prosesstoff.⁶¹² På dette tidspunktet var det imidlertid få rammer rundt premissene for når dette kunne skje. Ved lovendringen som trådte i kraft 1. januar 1988, var et av målene å få enkelte rammer på plass, uten å regulere spørsmålet for intensivt. Behovet skyldtes en påvist ulikhet i prosessledelsen hos den enkelte dommer, en rettstilstand som ikke var heldig.⁶¹³

⁶¹⁰ Prop. 1986/87:89, s. 104. Se også Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 220 og Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 357.

⁶¹¹ Prop. 1986/87:89, s. 105.

⁶¹² Prop. 1986/87:89, s. 106.

⁶¹³ Prop. 1986/87:89, s. 104.

Utgangspunktet for vurderingen av hvor langt dommeren kan gå i å veilede partene, består primært av to faktorer.⁶¹⁴ På den ene siden står kravet til en effektiv rettergang. At dommeren bidrar til at saken klargjøres i størst mulig grad, for slik å bidra til at det som behandles under hovedforhandlingen, er det sentrale i tvisten, er effektiviserende. På den andre siden er motpartens rett til en upartisk dommer. Dommeren kan ikke være så aktiv at veiledningen går over i en form for rådgivning.⁶¹⁵ Dette er yttergrensen som ikke kan trås over. Likevel er det slik at dommeren forventes å utøve mer materiell prosessledelse i FT-mål enn i andre dispositive saker.⁶¹⁶

En forutsetning for at retten overhodet skal kunne spørre partene om muligheten for å innta nytt prosesstoff, er at det fremstår som sannsynlig at parten, hvis denne hadde kunnskap om prosesshandlingens relevans, ville ha presentert den på eget initiativ i eget prosessopplegg.⁶¹⁷ Er dette ikke sannsynlig, må dommeren avstå fra å kommentere, da det vil nærme seg rådgivning.

Adgangen til spørsmål og bemerkninger fra dommeren om bevis er særskilt behandlet i rättegångsbalkens forarbeider. Utgangspunktet er at retten bør være aktiv når det gjelder å presisere bevistemaet samt å bidra til at partene velger den beste form for bevis.⁶¹⁸ Dette skyldes at unødvendig eller for omfattende bevisførsel som regel vil gjøre prosessen mindre effektiv. I tillegg er det mindre betenkelig at retten veileder mer intensivt om forhold partene allerede har fremsatt.

Det er fremholdt at materiell prosessledelse enklest vil gjennomføres gjennom muntlig kontakt mellom retten og partene, men dette er ingen forutsetning.⁶¹⁹ Det følger av RB kapittel 42 § 9 første ledd at retten står relativt fritt til å gjennomføre forberedelsen skriftlig, muntlig eller som en kombinasjon. Av bestemmelsens tredje ledd fremstår det imidlertid som om hovedregelen er at det avholdes et møte etter inngitt tilsvar, noe som tilsier at størstedelen av den materiell prosessledelse skjer her.⁶²⁰ Det er ingen særlige begrensinger i møteadgangen tilknyttet FT-

⁶¹⁴ Prop. 1986/87:89, s. 105. For en noe mer detaljert fremstilling av kryssende faktorer, se Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 358.

⁶¹⁵ Prop. 1986/87:89, s. 107.

⁶¹⁶ Fredrik Sjövall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna: en kommentar*, Norstedts juridik (Stockholm 2018), s. 534.

⁶¹⁷ Prop. 1986/87:89, s. 106. Se også Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 359.

⁶¹⁸ Prop. 1986/87:89, s. 107.

⁶¹⁹ Prop. 1986/87:89, s. 80 samt Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 221 og s. 228.

⁶²⁰ Bestemmelsen lyder «[n]är ett skriftligt svaromål har kommit in till rätten, skall sammanträde hållas så snart som möjligt, om det inte med hänsyn till målets beskaffenhet är lämpligare med fortsatt skriftväxling».

mål. I bestemmelsens fjerde ledd står det likevel at «[o]m sammanträde hålls, skall förberedelsen om möjligt avslutas vid detta». Generelt er altså hovedregelen at forberedelsen skal fullføres i løpet av ett møte, dersom møte gjennomføres. Dette må i alle fall antas å være hovedregelen i FT-mål, med det særlige fokus på proporsjonalitet som behandlingen av denne type krav skal ha.

Under hovedforhandlingen fremgår rettens plikt til å ta ansvar for sakens prosessuelle sider av RB kapittel 43 § 4 første ledd. I litteraturen er det fremholdt at dersom selvprosederende parter deltar i prosessen, kan dette innebære at dommeren må gjennomgå saksgangen med partene, slik at alle er i overenstemmelse om hvordan rettsmøtet skal foregå.⁶²¹ Retten er også pålagt en materiell veiledningsplikt under hovedforhandlingen. Dette følger av rättegångsbalkens kapittel 43 § 4 andre ledd. Bestemmelsens ordlyd tilsvarer i noen grad RB kapittel 42 § 8 andre ledd, som er behandlet ovenfor. Igjen blir det primært et spørsmål om skjønnsutøvelse fra dommerens side, innenfor rammene for habilitet. Da det i svensk prosessrett legges vekt på at saken skal klarlegges i størst mulig grad på forberedelsesstadiet, er det imidlertid fremholdt at retten bør være noe mer restriktiv med veiledning på dette stadiet av prosessen.⁶²²

På alle prosessens stadier kommer spørsmålet om betydningen av at en part er selvprosederende opp. Rättegångsbalken har ingen regler som eksplisitt sier at dette skal inntas i vurderingen av dommerens prosessledelse. Av forarbeidene fremgår det at dette var et bevisst grep.⁶²³ Til tross for en erkjennelse av at selvprosederende som regel ville kreve mer veiledning enn en part representert av advokat, kunne det ikke utelukkes at det kunne være behov for tilsvarende veiledning hos en representert part, eksempelvis der representasjonen var av lav kvalitet. Det ble derfor heller lagt vekt på det som kan kalles den svenske rettspleiens prosessideologi – fleksibilitet. I stedet for at det arbeides ut fra en presumsjon om at selvprosederende alltid skal få særlig veiledning, er det lagt til dommeren å vurdere det faktiske behovet i den enkelte sak.⁶²⁴

5.3.3. Adgang til å avskjære prosesshandlinger

Også etter det svenske regelverket er det adgang til å avskjære prosesshandlinger på diverse grunnlag. Først behandles preklusjonsadgangen, og deretter avskjæring begrunnet i proporsjonalitetshensyn. Dette er problemstillinger som ikke er regulert særskilt for småkrav.

⁶²¹ Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 234.

⁶²² Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 357.

⁶²³ Prop. 1986/87:89, s. 107.

⁶²⁴ Se tilsvarende hos Bengt Lindell, *Partsautonomin gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*, Iustus (1988 Uppsala), s. 19 note 17. Det er likevel fremholdt at representerte parter nok krever mer veiledning, jf. Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 358.

Fremstillingen vil derfor begrenses til rättegångsbalkens utgangspunkter. Det er ikke rom for en detaljert analyse av den enkelte avskjæringshjemmel.

Utgangspunktet for preklusjonsbestemmelsene i Sverige er at disse skal anvendes uten unntak, og at anvendelsen baserer seg på en idé om skyld.⁶²⁵ Den part som får en prosesshandling prekludert, skal ha opptrådt i strid med det opplegg som retten har satt. Preklusjonsreglene er således ment å ha en disiplinerende effekt.⁶²⁶ Eksempelvis kan preklusjon gi partene et incentiv til å forberede saken mest mulig fullstendig, for slik å unngå å miste muligheten til å fremsette aktuelle prosesshandlinger. I tillegg innebærer skylddimensjonen at forsinkelser som er unnskyldelige, i utgangspunktet ikke skal sanksjoneres. Responderer eksempelvis en part på noe motparten har fremsatt rett før en frist, skal preklusjon ikke skje, i tråd med den svenske begrunnelsen bak preklusjonsreglene.

Som et utgangspunkt er det ikke adgang til å prekludere prosesshandlinger under saksforberedelsen, da det ikke foreligger lovbestemte frister på dette stadiet av prosessen. Partene kan dermed vanskeligere påstås å ha opptrådt i strid med det planlagte prosessopplegget. Det følger imidlertid av RB kapittel 42 § 15 at retten kan pålegge partene å gi oversikt over de prosesshandlinger som skal fremmes, innen et gitt tidspunkt, før avsluttet saksforberedelse. I utgangspunktet skal retten bruke adgangen til å sette frister når en part forsøker å trenere prosessen.⁶²⁷ Bestemmelsen er noe tilsvarende tvl. § 11-6, som også åpner for at retten, ved behov, kan oppstille frister underveis i prosessen.⁶²⁸ Dersom fristen oversittes, må parten godtgjøre at han har hatt en gyldig grunn for ikke å ha presentert prosesshandlingen tidligere.⁶²⁹ Hvis ikke legges det til grunn at parten har opptrådt i strid med hensynet til en effektiv prosess, og prosesshandlingen prekluderes.⁶³⁰

Preklusjon inntreer automatisk ved avslutningen av saksforberedelsen, jf. RB kapittel 42 § 15a. Den norske parallellen er tvl. § 9-10, som oppstiller en endelig frist for avslutning av forberedelsesstadiet. I svensk rett er det imidlertid retten som setter sluttstrek for forberedelsen, da det ikke følger noen konkret dato av rättegångsbalken.⁶³¹ I tillegg er det opp til rettens skjønn å vurdere hvorvidt det er behov for en formell avslutning, jf. ordlyden «får tingsrätten». Etter at saksforberedelsen er avsluttet, er det kun unntaksvis at nye bevis og nye grunnlag for krav

⁶²⁵ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 311.

⁶²⁶ Peter Westberg, *Civilrättskipning* (2013), s. 347.

⁶²⁷ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 313.

⁶²⁸ Se avhandlingens punkt 6.2.2.

⁶²⁹ Se RB kap. 42 § 15 andre punktum.

⁶³⁰ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 313.

⁶³¹ Dette står motsetning til løsningen etter den norske allmennprosessen, se avhandlingens punkt 4.5.4.

kan fremmes.⁶³² Det er tilfelle der parten godtgjør at han har hatt en gyldig grunn til ikke å presentere prosesshandlingen tidligere, eller at saken ikke vil forsinkes vesentlig av fremsettelsen. Det andre alternativet åpner for preklusjon uten at parten må ha hatt uredelige intensjoner ved å avvente med å fremme prosesshandlingen tidligere, og terskelen for preklusjon er således lavere etter RB kapittel 42 15a, enn etter RB kapittel 42 § 15.⁶³³ Førstnevnte bestemmelse ble også innført etter sistnevnte, for å gi retten en mulighet til å prekludere også basert på hensynet til prosesseffektivitet.⁶³⁴

Hva som er en gyldig grunn for ikke å ha presentert prosesshandlinger tidligere, er ikke slått fast i loven.⁶³⁵ Det er således opp til retten å vurdere årsaken som parten påberoper seg. I litteraturen er det likevel oppstilt fire typetilfeller som vil være grunn nok: 1. Parten har først blitt kjent med grunnlaget for den aktuelle prosesshandlingen etter fristens utløp, 2. Den nye prosesshandlingen er en respons på motpartens handlinger, 3. Parten har ikke vært klar over betydningen en gitt omstendighet har hatt innen fristen, og har således ikke presentert prosesshandlingen knyttet til denne, og 4. Parten har ikke innsett nødvendigheten av å fremme den aktuelle prosesshandlingen før etter fristen.⁶³⁶

Også rene utvidelser eller endringer av bevis og påstandsgrunnlag kan avskjæres. Dette forutsetter at utvidelsen eller endringen skjer under hovedforhandlingen, jf. RB kapittel 43 § 10. Bestemmelsen er forstått slik at preklusjon som hovedregel skal skje dersom vilkårene er oppfylte.⁶³⁷ Da det her er tale om å avskjære elementer av allerede fremsatte prosesshandlinger, er det snevre vilkår for at dette skal kunne skje. Forutsetningen er at det fremstår som om parten ved endringen «försöker förhålla rättegången eller överrumpla motparten eller att parten annars handlar i otillbörligt syfte eller av grov vårdslöshet».⁶³⁸ Preklusjon kan altså kun skje der parten,

⁶³² Forutsetningen for at det skal være tale om nye prosesshandlinger, er at fremsettelsen faktisk medfører prosessen ubeleiligheter, jf. Prop. 1999/2000:26, s. 71. Dersom tilførselen ikke endrer prosessopplegget inntretr således ikke preklusjonsreglene. Som et eksempel på tilfeller preklusjonsreglene ikke er ment å ramme, fremholdes i forarbeidene det tilfelle at hovedforhandling må avholdes på noe lengre tid. Motsetningsvis gjelder der hovedforhandling må utsettes.

⁶³³ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 313.

⁶³⁴ Se prop. 1999/2000:26, s. 70.

⁶³⁵ Men vurderingen skal være lik i § 15 og § 15 a, jf. Prop. 1999/2000:26, s. 70.

⁶³⁶ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 314. Samme sted nevner *Lindell* også det tilfelle at en «part inte åberopar en omständighet eller ett bevis av *etiska skäl* för att inte kränka eller skada motparten, men sedermera anser sig behöva åberopa omständigheten eller beviset för att kunna vinna målet» (kursiv i original). Dette er nok et tilfelle som i mindre grad aktualiseres i FT-mål, da denne type saker skal være mer rettet mot økonomiske tvister. Når *Lindell* i tillegg skiller tilfellet fra de øvrige, taler også det for at dette ikke er en høyaktuell problemstilling.

⁶³⁷ Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 317.

⁶³⁸ For mer om den nærmere vurderingen av det enkelte vilkår, se Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 315-317 og Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts juridik (Stockholm 2010), s. 252 note 36.

ved å avvente med endringen eller utvidelsen til hovedforhandlingen, opptrer illojalt. Adgangen til å avskjære på dette grunnlaget gjenspeiler et av formålene med avskjæringsinstituttet – å unngå unødvendig eller bevisst trenering av saken. Terskelen for å avskjære er altså noe høyere her, enn der det er tale om å fremsette en helt ny prosesshandling etter RB kapittel 42 § 15 a.

Det er ingen indikasjoner i loven eller forarbeidene på at vurderingene etter RB kapittel 42 § 15, 15 a og RB kapittel 43 § 10 endres avhengig av om det er tale om et FT-mål eller ikke. Et moment som kan ha betydning, er hvorvidt en av partene er selvprosederende. Terskelen for å påvise «grov vårdsløshet» må være høyere dersom en part er selvprosederende, enn der en part er representert ved advokat.⁶³⁹ Tilsvarende vil terskelen for å si at en part har hatt god grunn til ikke å fremme prosesshandlinger innenfor nevnte frister presumptivt være høyere der det er tale om en representert part. Poenget er nok allmenngyldig i svensk prosessrett. Når partene har svært liten mulighet for å få bistand i denne type saker, er dette et poeng som likevel vil kunne ha stor praktisk betydning i FT-mål.

Rettenns begrunnelse for å avskjære prosesshandlinger er ikke begrenset til fristoversittelse. Av RB kapittel 35 § 7 følger det en adgang til å avskjære bevis på grunn av proporsjonalitetshensyn. De alternative vilkårene er at beviset ikke er relevant, at det ikke er behov for beviset, at beviset ikke har betydning for spørsmålet som skal behandles, beviset kan føres på en enklere eller billigere måte, eller at beviset ikke er tilgjengelig og derfor ikke kan presenteres uten unødvendig forsinkelse. De tre første alternativene går i all hovedsak ut på det samme. Det er tale om bevis som ikke vil påvirke saken, og som derfor ikke har betydning for saken. Hensynet til en effektiv rettergang ivaretas ved at slike bevis utelates, uten at partens rettssikkerhet svekkes. Bestemmelsen har sin norske parallell i tvl. § 21-7.

De andre to vilkårene knytter seg til en tydeligere proporsjonalitetsvurdering, der betydningen av det enkelte bevis holdes opp mot ressursbruken det vil innebære å føre beviset. Av forarbeidene fremstår det som om det skal mye til før denne form for begrunnelse for avskjæring skal anvendes. Alternativer for å fremme beviset bør vurderes før avskjæring blir aktuelt.⁶⁴⁰ I FT-mål er det imidlertid gode grunner for å anta at terskelen for avskjæring er noe lavere enn i krav om større verdier. Noe av hensikten med å innlemme småmålslagen i rättegångsbalken var at prosesslovgivningen skulle være fleksibel. Å begrense bevisførselen i

⁶³⁹ Dette kommer til uttrykk i lovens forarbeider, jf. Prop. 1999/2000:26, s. 70.

⁶⁴⁰ Prop. 2004/05:131, s. 231. Se også Bengt Lindell, *Civilprosessen* (2017), s. 531.

saker om mindre krav i større grad enn saker om større krav fremstår da som en naturlig følge. Det er altså rom for å innfortolke en lavere avskjæringsterskel i FT-mål.

5.3.4. Skriftlig sluttbehandling

Tradisjonelt har den svenske prosessretten vært delt i to hva gjelder spørsmålet om skriftlighet. Saker hos de alminnelige domstolene er preget av muntlighet, mens skriftlighet har vært hovedregelen hos forvaltningsdomstolene.⁶⁴¹ For de alminnelige domstolene kommer utgangspunktet til uttrykk i RB kapittel 43 § 5, der det fremgår at hovedforhandlingen skal være muntlig. Skriftlig avslutning av en sak er således et unntak, og anvendelse av behandlingsformen må begrunnes særskilt. Av rättegångsbalkens forarbeider fremstår det imidlertid som om at terskelen for å anvende skriftlig sluttbehandling ikke må bli for høy, og at det viktige er at det må foretas en konkret vurdering av den enkelte sak.⁶⁴² At skriftlighet er et unntak, innebærer altså ikke at behandlingsformen bare skal anvendes unntaksvis. For saker om mindre verdier samsvarer dette med rettstilstanden under småmålslagen, som allerede på 70-tallet åpnet for fullt ut skriftlig behandling for å sikre domstolstilgang.⁶⁴³

I henhold til rättegångsbalkens kapittel 42 § 18 nr. 5 kan retten avgjøre at en sak skal behandles uten hovedforhandling. Dette kan skje der «huvudförhandling inte behövs med hänsyn till utredningen i målet och inte heller begärs av någon av parterna». Dette innebærer ikke eksplisitt at en sak skal behandles skriftlig. Det fremstår heller som at det skal treffes dom basert på det som har fremkommet på saksforberedelsestadiet. Når saksforberedelsen kan gjennomføres både muntlig, skriftlig og kombinert, er det ikke tale om en tilsvarende enten/eller-variant som i den norske småkravprosessen.⁶⁴⁴ Av forarbeidene til endringer i rättegångsbalken fremstår det imidlertid som at det å avgjøre en sak uten hovedforhandling innebærer at skriftlig behandling blir den primære behandlingsformen i den aktuelle saken, med eventuelle muntlige innslag.⁶⁴⁵ Anvendelse av bestemmelsen endrer således utgangspunktet for behandlingen. I saker om små verdier vil det mulig bli enda større innslag av skriftlig saksforberedelse, da møter på dette stadiet raskt medfører en kostnadsøkning som ikke anses proporsjonal.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ Eric Bylander, «Muntlighet vid domstol i Sverige», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus (Uppsala 2005) (s. 131-180), s. 137.

⁶⁴² Prop. 1986/87:89, s. 79.

⁶⁴³ Prop. 1986/87:89, s. 81.

⁶⁴⁴ Se avhandlingens 4.5.3.

⁶⁴⁵ Prop. 2004/05:131, s. 124.

⁶⁴⁶ Prop. 1986/87:89, s. 80.

Det er to vilkår som må være oppfylt for at sluttbehandlingen skal gjennomføres uten hovedforhandling. For det første må retten vurdere saken dithen at hovedforhandling «inte behövs». Saken må altså fremstå som egnet for skriftlighet, uten at det går på bekostning av kravene til en forsvarlig rettergang. Spørsmålet av interesse her er når hovedforhandling «inte behövs» etter svensk rett.

I forarbeidene til rättegångsbalken fremholdes tilfeller der partene i all hovedsak er enige om de faktiske omstendighetene i saken, og tvisten omhandler en rent rettslig problemstilling, eller der de faktiske omstendigheter kun skal bevises ved skriftlige fremstillinger, som særlig egnet for skriftlig behandling.⁶⁴⁷ Også hensynet til proporsjonalitet mellom ressurser brukt på saken og tvistens verdi skal tas med i vurderingen. Anses ikke muntlig forhandling å tilføre noe i saker om mindre verdier, fremstår det som om det ikke skal alt for mye til før retten kan finne at hovedforhandling ikke trenger å gjennomføres.⁶⁴⁸ Essensen i vurderingen er likevel at den avhenger av forholdene i den enkelte saken. Dommeren er således gitt det primære ansvaret for å vurdere hvorvidt saken egner seg for skriftlig behandling.⁶⁴⁹

Dersom retten finner at skriftlig behandling ikke er nødvendig i den konkrete saken, er neste vilkår at ingen av partene ber om at hovedforhandling gjennomføres. Selv om det er retten som i utgangspunktet avgjør om saken skal behandles uten hovedforhandling, har partene altså en mulighet til å kreve det. Begrunnelsen for dette er at parter, i alle fall selvprosederende, gjerne har lettere for å fremstille saken sin muntlig, og at materiell prosessledelse som regel kan gjennomføres enklere ved muntlig kommunikasjon.⁶⁵⁰ Dersom partene mener å ha behov for et muntlig møte, tilsier denne begrunnelsen at møte må gjennomføres. Vilkårene for ikke å avholde et muntlig møte fremstår samsvarende med kriteriene for å frata retten til muntlig behandling etter EMK art. 6 nr. 1.⁶⁵¹

Når det gjelder gjennomføringen av sluttbehandlingen, uten hovedforhandling, følger det av RB kapittel 42 § 18 nr. 5 andre ledd, at «[i]nnan ett mål avgörs med stöd av första stycket 5, skall parterna, om de inte kan anses redan ha slutfört sin talan, beredas tillfälle till detta». I motsetning til det som gjelder etter dansk rett, at det skal avholdes en skriftveksling, fremstår det her som om det kun skal innsendes en endelig fremstilling av egen sak. Er dette allerede

⁶⁴⁷ Prop. 1986/87:89, s. 82.

⁶⁴⁸ Prop. 1986/87:89, s. 82.

⁶⁴⁹ Lovgiver valgte eksplisitt å unngå nærmere reguleringer av spørsmålet, jf. Prop. 1986/87:89, s. 82. Dette må ses i sammenheng med den svenske prosessideologien om fleksible prosessregler.

⁶⁵⁰ Prop. 1986/87:89, s. 82.

⁶⁵¹ Se avhandlingens punkt 8.3.

gjort på saksforberedelsestadiet, er det ikke behov for ytterligere handling fra partene. Retten kan da avsi dommen basert på de allerede inngitte dokumentene. Igjen er fokuset plassert på en effektiv håndtering av saken.

5.4. Den europeiske småkravsforordningen

5.4.1. Forordningens bakgrunn

Problemet med småkrav og «access to justice» har ikke vært et rent nasjonalt anliggende. Den 11. juli 2007 ble det etablert en europeisk småkravsprosess, gjennom EUs forordning nr. 861/2007.⁶⁵² Forordningen trådte i kraft 1. januar 2008.⁶⁵³ Formålet med etableringen var å forenkle rettsprosessen for grenseoverskridende småkrav, for slik å sikre større proporsjonalitet mellom kravets størrelse og ressursene brukt på saken, og i forlengelsen av dette øke muligheten for domstolstilgang for personer med små krav.⁶⁵⁴ Til tross for at de fleste medlemsstatene hadde en eller annen form for nasjonal småkravsregulering, ble ikke dette ansett som tilstrekkelig til å sikre formålet for grenseoverskridende småkrav.⁶⁵⁵

Forordningen er videre ment å skulle bidra til at det interne marked fungerer smidig.⁶⁵⁶ Ved at personer og bedrifter innenfor det interne marked enklere kan forfølge sine krav over grensene, er presumsjonen at disse vil være mer positive til grenseoverskridende handel, som igjen vil være positivt fra et EU-felleskaplig perspektiv.

Til tross for at Norge gjennom EØS-avtalen deltar i de fire friheter, er prosessrelaterte forordninger ikke relevante i henhold til avtalen.⁶⁵⁷ Dette gjør at småkravsforordningen ikke er direkte relevant for norsk rett. Da den gjelder for de fleste andre europeiske land kan forordningens løsninger likevel bidra til forståelsen og analysen av de norske reglene.⁶⁵⁸

⁶⁵² Småkravsforordningen), jf. Regulation (EU) 2015/2421 of The European Parliament and of The Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1869/2006 creating a European order for payment procedure (endningsforordningen).

⁶⁵³ Se småkravsforordningens artikkel 29 andre avsnitt.

⁶⁵⁴ Dette følger av småkravsforordningens art. 1 første avsnitt. Se også forordningens fortale, punkt nummer 5, 7 og 9 samt Fredrik Sjövall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna* (2018), s. 502.

⁶⁵⁵ I småkravsforordningens fortale, punkt 7, fremkommer dette implisitt.

⁶⁵⁶ Småkravsforordningens fortale, punkt 1.

⁶⁵⁷ Se likevel avhandlingens punkt 6.6.

⁶⁵⁸ Danmark er unntatt forordningen, jf. småkravsforordningens fortale avsnitt 38. Forordningen er heller ikke bindende for noen av EFTA-landene.

Forordningen skal også undergå jevnlig evalueringer. Den første ble gjennomført i 2013, og endte opp i et endringsforslag datert 2015, basert på medlemsstatenes erfaringer med forordningen.⁶⁵⁹ Eksempelvis ble terskelverdien for anvendelse av forordningen forhøyet fra 2000 EUR til 5000 EUR.⁶⁶⁰ Endringen trådte i kraft 14. juli 2017. Neste evaluering skal skje innen 15. juli 2022, jf. forordningens artikkel 28.⁶⁶¹

5.4.2. Forordningens innhold

Utgangspunktet for forordningen er at den er valgfri. Den er ment å skulle være et alternativ til de nasjonale prosessreglene for småkrav. Det er således opp til saksøkeren å avgjøre hvorvidt en sak skal anlegges etter EUs småkravsforordning, eller etter nasjonale regler.⁶⁶² Dette fremgår av forordningens artikkel 1, som omtaler forordningen som et alternativ.⁶⁶³

I tillegg byr ikke forordningen på en uttømmende regulering av prosessen. Det eksisterer ikke en egen europeisk småkravsdomstol. Forordningen anvendes av det enkelte medlemslands domstoler.⁶⁶⁴ De spørsmålene som ikke reguleres i forordningen, må således løses på bakgrunn av bakgrunnsretten, altså etter prosessreglene til det land der saken er anlagt.⁶⁶⁵ Dette følger av forordningens artikkel 19. På forordningens område er altså den nasjonale prosessretten sekundær.

For at forordningen skal få anvendelse, må det for det første være tale om et grenseoverskridende krav, jf. forordningens artikkel 2 nr. 1. Hva som er et grenseoverskridende krav, er definert i forordningens artikkel 3 nr. 1. Her fremgår det at minst én av partene må ha

⁶⁵⁹ Endringsforordningens fortle, avsnitt 2, jf. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, 19. November 2013.

⁶⁶⁰ Per 23. januar tilsvarer 5000 EUR omtrent kr 49 000.

⁶⁶¹ Og det er grunn til å tro at det er behov for revideringer, da det er diskutert hvorvidt forordningen er i samsvar med EMK art. 6 og EUs menneskeretts charter art. 47, jf. Wulfgang Hau, «Europeanisation of Civil Procedure», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019) (s. 51-65), s. 64.

⁶⁶² Men det finnes eksempler på at nasjonal særregulering for småkrav er basert på forordningen, slik at valgmuligheten ikke får større betydning, jf. Wulfgang Hau, *Europeanisation of Civil Procedure* (2019), s. 59. Her fremholdes Romania som et eksempel.

⁶⁶³ Se også Fredrik Sjövall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna* (2018), s. 499.

⁶⁶⁴ Dette medfører eksempelvis at skjema A, stevningen, skal inngis på det språket som domstolen med jurisdiksjon anvender, jf. småkravsforordningen artikkel 6 nr. 1. Dersom dette ikke gjøres, kan domstolen kreve at partene oversetter dokumentene, så fremt det er nødvendig for å kunne treffe en avgjørelse, jf. bestemmelsens nr. 2. Se også Fredrik Sjövall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna* (2018), s. 523.

⁶⁶⁵ Giuditta Cordero-Moss, *Internasjonal privatrett på formuerettens område*, Universitetsforlaget (Oslo 2013), s. 15.

domisil eller ha bopel i en annen EU-stat enn den stat der sak er anlagt.⁶⁶⁶ Annen tilknytning, eksempelvis at en omtvistet salgsgjenstand befinner seg i et annet land, er altså ikke tilstrekkelig.

Et annet grunnvilkår er at det er tale om en sivil eller kommersiell tvist.⁶⁶⁷ I tillegg må ikke tvistesummen overstige 5000 EUR. En rekke sakstyper er imidlertid unntatt, eksempelvis tvister om konkurs, arbeidsrett samt husleierett.⁶⁶⁸ Også mer statlige anliggender, som eksempelvis toll, er unntatt.⁶⁶⁹

Proessen er ikke basert på utveksling av prosesskriv utformet av partene, i motsetning til flere nasjonale prosessordninger. I stedet skal partene, og retten, utveksle skjemaer. Disse er inntatt i forordningen. Skjemaene er benevnt som «Form A» til «Form D». Form A er det som starter prosessen, og tilsvarer i stor grad norsk stevning. Form B brukes for kommunikasjon fra retten til partene ved uklare prosesshandlinger inntatt i Form A. Tilsvar skjer ved Form C, og dom avsies i Form D.

Bruken av skjema medfører også at saksforberedelsen gjennomføres skriftlig. Det fremstår imidlertid som om det ikke er noe klart skille mellom de ulike stadiene av prosessen. Det som reguleres, er hvordan kommunikasjonen skal skje via skjema, altså når partene og retten skal sende dem inn, jf. forordningens artikkel 5. I tillegg er det opp til retten å vurdere nødvendigheten av bevis, jf. forordningens artikkel 9. Gjennomføringen av selve prosessen avhenger dermed av rettens skjønn.

Når en avgjørelse først er truffet, avhenger ankemulighetene av det enkelte lands prosessregler. At det ikke er en felles ankeregulering, er kritisert, da ulike ankeregler medfører at det prosessuelle vernet småkravsinnhavere nyter varierer alt etter hvilket land saken anlegges ved.⁶⁷⁰

Et sentralt element i prosessen er at en dom avsagt etter småkravsforordningen kan håndheves, uten at den må anerkjennes særskilt, i nesten samtlige EU-stater.⁶⁷¹ Dommen skal altså

⁶⁶⁶ Det er imidlertid ikke tilstrekkelig at en partshjelper tilhører et tredjeland, jf. Dom 22. november 2018, *ZSE Energia, a.s. mot RG*, sak C-627/17, avsnitt 30. I avgjørelsen ble det også presisert at forordningen ikke får anvendelse der begge parter har domisil i samme land, jf. avsnitt 36.

⁶⁶⁷ Vilkaene fremgår av småkravsforordningens artikkel 2.

⁶⁶⁸ Se småkravsforordningens artikkel 2 nr. 2 bokstav a til j.

⁶⁶⁹ Småkravsforordningens artikkel 2 nr. 1 andre punktum.

⁶⁷⁰ For mer om dette, se Cristian Oro Martinez «The Small Claims Regulation: On the Way to an Improved European Procedure?», Burkhard Hess, Maria Bergström og Eva Storskrubb (red.), *EU Civil Justice: current issues and future outlook*, Hart Publishing (Oxford, England 2013) (s. 123-140), s. 135-136.

⁶⁷¹ Småkravsforordningens artikkel 20 mv. Danmark har valgt å bruke sitt unntak fra rettslig samarbeid, og er således ikke bundet, jf. Danmark og Den Europæiske Union, 31. desember 1992, C-348/01.

behandles som en nasjonal dom. Dette må ses i lys av formålet med forordningen, som er å sikre gjennomslag for materielle regler på tvers av landegrenser innenfor EU. For at målet skal kunne nås må avgjørelsene kunne tvangsfullbyrdes i land også utenfor det landet der dommen er avsagt.

Spørsmålet om sakskostnader er i noen grad regulert i forordningen. Partene kan ikke ilegges større rettsgebyr enn det som følger av det enkelte lands egne prosessregler for mindre krav, jf. artikkel 15 a første ledd. Øvrige sakskostnader skal i utgangspunktet erstattes fullt ut av tapende part. Retten kan likevel redusere erstatningsansvaret dersom kostnadene er uforholdsmessige eller unødvendige.⁶⁷²

5.4.3. Dommerens rolle i prosessen

Også etter småkravsforordningen er retten pålagt enkelte plikter. I henhold til forordningens artikkel 11 nr. 1 første punktum, har partene krav på praktisk assistanse for utfylling av skjemaene som prosessen tufter på. Dette er en begrenset veiledningsplikt, som kun kan antas å strekke seg til informasjon som gjør partene kompetente til å fylle ut skjemaene på en tilfredsstillende måte.

Det er lagt opp til at det skal kunne veiledes om spørsmål på en enkel måte, uavhengig av domstollandets regler. Et av de fire skjemaene, skjema B, som anvendes i prosessen omhandler spesifikt klargjøring av kravet. I henhold til skjemaet kan retten be partene klargjøre kravet sitt, og grunnlaget for dette. Dersom dette ikke gjøres innenfor en gitt frist, skal saken avvises. Veiledningsplikten gjelder dermed i alle fall klargjøring av tvistens tema.⁶⁷³ Dette er fremhevet som et virkemiddel som gjør at prosessen er tilrettelagt for selvprosederende.⁶⁷⁴

I henhold til forordningens artikkel 11 nr. 1 tredje punktum pålegges ikke de nasjonale domstolene noen plikt til «legal assistance in the form of a legal assessment of a specific case». Retten har altså ingen plikt til å gi partene materielle bidrag i prosessen. Hvor bastant dette er, vil imidlertid avhenge av domstollandets prosessregler. Det følger av fortalen til endringsforordningen at det er opp til medlemsstatene å avgjøre hvordan veiledningen skal

⁶⁷² Småkravsforordningens artikkel 16.

⁶⁷³ Et eksempel på hvilke spørsmål retten kan veilede om finnes i dom 22. november 2018, *ZSE Energia, a.s. mot RG*, sak C-627/17. Her måtte retten spørre partene om hvem som faktisk var saksøker, da dette ikke fremgikk tydelig av skjema A, jf. avsnitt 17. Veiledningen skjedde ved at retten ga saksøker(ne) to alternative endringsmuligheter.

⁶⁷⁴ Anna Nylund, «Europeisering av sivilprosessen», Jon Petter Rui (red.), *Retts hjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Gyldendal Akademisk (Oslo 2009) (s. 201-216), s. 207. Forordningen har som formål at det ikke skal være behov for advokatbistand for å anvende prosessen, jf. Fredrik Sjøvall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna* (2018), s. 512.

gjennomføres.⁶⁷⁵ Dette innebærer at det vanskelig kan oppstilles noen konkret regel for hvor lite eller mye veiledning en dommer som skal avsi dom etter den europeiske småkravsforordningen kan gi. Det er heller ingen formelle krav til at det skal være en dommer som yter veiledning.

Begrunnelsen for at rettens veiledningsadgang ikke er særlig regulert i forordningen er at det er den enkelte stats ordinære domstoler som skal behandle sakene. Det er ikke realistisk å forvente at deres rolle skal endre seg avhengig av hvorvidt saken er anlagt etter forordningen eller de ordinære prosessreglene. Dette medfører at en sak etter forordningen ikke behandles likt i alle land, men det er en differanse som vanskelig kan komme til livs.

Fordelen med denne form for restriktiv dommerrolle er først og fremst at spørsmål om habilitet sjelden vil komme på spissen i anledning forordningen isolert sett.⁶⁷⁶ Det er vanskelig å betvile domstolens habilitet når eneste veiledning består av informasjon om hvordan et skjema skal fylles ut. Her er det imidlertid mulighet for at nasjonale prosessregler knyttet til utvidet veiledning byr på særlige problemstillinger.

En ulempe med at forordningen ikke regulerer hvordan retten skal, eller ikke skal, veilede, men delegerer dette til de nasjonale prosessregler, er at graden av veiledning vil avhenge av hvilket land saken anlegges hos. Sett i lys av at det kan være ulike oppfatninger om hvilken adgang dommeren har til å utøve materiell veiledning i Europa, kan det innebære at parter som anlegger sak etter småkravsforordningen, kan ende opp med svært ulik oppfølging.⁶⁷⁷ Dette kan tenkes å bidra til en form for «forumshopping», der ønsket om mest eller minst mulig veiledning blir styrende. Eksempelvis kunne en profesjonell part anlegge sak mot en part med svakere prosessuelle ressurser ved en domstol som ikke hadde tradisjoner for å veilede. Faren begrenses likevel ved at forordningen krever at den aktuelle domstolen som skal anvende regelsettet må ha jurisdiksjon i henhold til Brüsselforordningen.⁶⁷⁸ Konvensjonen gir regler for hvilke

⁶⁷⁵ Endringsforordningens forale, avsnitt 20.

⁶⁷⁶ EMK art. 6 nr. 1 og EUs menneskerettskarakter art. 47 krever begge at dommere må være «independent and impartial».

⁶⁷⁷ Eksempelvis er det grunn til å tro at det er mindre veiledning å få i en sak anlagt ved italienske domstoler, da den enkelte dommer «can barely stay afloat in a sea of papers», jf. Elisabetta Silvestri, Italy: Civil Procedure in Crisis, s. 243, sammenlignet med det som er tilfelle i domstoler i Østerrike, der dommeren har en «obligation to try to clarify unclear or insufficient arguments and to advise the parties. Failure to instruct the parties may constitute a gross procedural error», jf. Irmgard Griss, «The Austrian Model of Cooperation Between the Judges and the Parties», C.H. van Rhee og Fu Yulin (red.), Civil Litigation in China and Europe (s. 179-184), s. 180.

⁶⁷⁸ Se småkravsforordningens artikkel art. 3 nr. 3 og art. 4 nr. 1, der det henvises til «the court or tribunal with jurisdiction». I EU reguleres spørsmålet om jurisdiksjon av Brüsselforordningen, jf. Regulation No

domstoler som har jurisdiksjon i et gitt sakskompleks, noe som medfører at partene i en sak etter småkravsforordningen ikke står fritt til å anlegge sak i en bestemt stat med fordelaktige prosessregler.

5.4.4. Adgang til å avskjære prosesshandlinger

For spørsmålet om avskjæring av prosesshandlinger etter EUs småkravsforordning, er det to mulige grunnlag som kan utledes av forordningen. For det første er retten pålagt å vurdere omfanget av bevisførselen. Det følger av forordningens artikkel 9 nr. 1 at retten skal fastslå hvor mye bevis som er nødvendig for å treffe en avgjørelse. Øvrige bevis skal ikke tillates fremmet. Retten har altså adgang til å avskjære bevis på bakgrunn av proporsjonalitetshensyn.

I tillegg har retten en plikt til å sørge for at bevisførselen skjer i enklest mulig former.⁶⁷⁹ Med dette må følge en veiledningsplikt, da retten, hvis den mener et bevis kan fremmes på annet grunnlag, må veilede partene om dette. At bevisførselen skal være enklest mulig, henger sammen med at det her er tale om en grenseoverskridende tvist, som skal løses uten møter mellom retten og partene. Jo enklere bevis fremstilles, desto enklere blir det for motparten og retten å forstå betydningen av beviset.

Avskjæring grunnet oversittelse av preklusive frister reguleres ikke særskilt i forordningen. I stedet er domstolene i medlemsstatene pålagt å informere partene om følgene av å oversitte nasjonale frister, jf. artikkel 14 nr. 1. Det fremstår altså som om den enkelte domstol kan anvende nasjonale regler for preklusjon, så fremt partene informeres om følgene av denne type frister. Dette har nok sammenheng med at det ikke er noen europeisk konsensus i spørsmålet om preklusjon. Det sentrale er, som forordningen krever, at partene blir gjort kjent med at en frist gis preklusiv virkning. Informasjonsplikten står i høysetet, da i alle fall én av partene ikke nødvendigvis er kjent med prosessreglene i domstollandet. Saken står jo som regel mellom parter fra to eller flere stater.

5.4.5. Skriftlig behandling av saken

I motsetning til det som gjelder etter norsk, dansk og svensk rett, er skriftlig behandling hovedregelen etter småkravsforordningen. Dette følger av forordningens art. 5 nr. 1, der det fremgår at «The European Small Claims Procedure shall be a written procedure». Det er altså

1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, art. 1 samt Fredrik Sjövall og Samuel Rudvall, De europeiska civilprocessförordningarna (2018), s. 513.

⁶⁷⁹ Småkravsforordningens art. 9 nr. 1 andre punktum.

muntlig behandling som krever begrunnelse. For at spørsmålet om muntlig behandling skal aktualiseres, må enten retten vurdere saken dithen at skriftlig bevisførsel ikke er tilstrekkelig til å avsi dom, eller en av partene må kreve skriftlig behandling, jf. art. 5 nr. 1. Unntakene må ses i lys av EUs menneskerettscharter, der det oppstilles en rett til en «public hearing».⁶⁸⁰ Der det er en part som ber om skriftlig behandling, kan retten likevel nekte, dersom møte ikke er nødvendig for en rettferdig rettergang.⁶⁸¹

Prosessregelverket legger uansett opp til at det skal være en høy terskel for at partene fysisk skal måtte møte opp i et rettsmøte. Dette fremkommer blant annet av den nå endrede artikkel 8 nr. 1, som sier at muntlig høring primært skal gjennomføres via kommunikasjonsteknologi.⁶⁸² Teknologi har fått et særlig fokus etter den siste endringen av forordningen.⁶⁸³ Dette har sammenheng med at det her er tale om grenseoverskridende saker, som gjerne preges av større geografiske avstander. På grunn av teknologiske nyvinninger, som Skype og andre videokonferanseteknologier, er behovet for et fysisk møte langt mindre – i alle fall sett fra et småkravsperspektiv, der kostandene ved å fly partene fra et land til et annet fort blir uforholdsmessig høye. Kun der fjernmøter ikke er gjennomførbart, er det mulig å avholde et fysisk rettsmøte med partenes oppmøte. Det tradisjonelle rettsmøtet er derfor kun aktuelt unntaksvis.

Hvis prosessen gjennomføres etter hovedregelen, skjer den skriftlige behandlingen primært ved utveksling av skjemaer.⁶⁸⁴ Som nevnt er det tale om fire ulike typer, med hvert sitt formål. Disse er obligatorisk å bruke, men kan suppleres med støtteskriv.⁶⁸⁵

En fordel med en skjematisk fremstilling av saken, er at det presumtvt vil gjøre det mulig å effektivisere prosessen på en enkel måte. Ved at partene gjennom skjemaene får en klar indikasjon om hva det er retten behøver informasjon om, kan det bidra til at partene begrenser fremstillingen sin til det som er relevant for den rettslige problemstillingen. Også der partene

⁶⁸⁰ EUs menneskerettscharter, art. 47 andre ledd. Dersom en muntlig høring først gjennomføres, må den oppfylle prosesskrivene som følger av EUs menneskerettscharter art. 47 samt EMK art. 6 nr. 1. Se Fredrik Sjøvall og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna* (2018), s. 519.

⁶⁸¹ Denne avgjørelsen kan ikke ankes separat, jf. småkravsforordningens art. 5 nr. 1.

⁶⁸² Artikkelen gikk fra å tillate muntlig behandling via telekommunikasjon, til å kreve det, så langt det er mulig, sml. artikkel 8 før og etter endringen av 16. desember 2015.

⁶⁸³ Betydningen av teknologi er fremhevet i endringsforordningens fortale, avsnitt 6 til 10.

⁶⁸⁴ Se avhandlingens punkt 3.6.3 for mer om fordelene og ulempene ved bruk av skjemaer fra et generelt perspektiv.

⁶⁸⁵ Skjemaenes obligatoriske karakter kommer implisitt til uttrykk i småkravsforordningens artikkel 5 nr. 2 andre ledd. Adgangen til støtteskriv kommer eksplisitt til uttrykk i småkravsforordningens fortale, punkt 12.

velger å formidle saken sin uten bruk av skjemaene, må informasjonen som formidles overholde skjemaenes krav til innhold.

Det er også reist kritikk mot bruken av skjemaer. Kritikken går ut på at skjemaene ikke gir tilstrekkelig informasjon om eksempelvis muligheten til å anføre at den aktuelle domstolen ikke har jurisdiksjon.⁶⁸⁶ Det er således en fare for at skjemabruken gjør at personer mister rettigheter. Begrunnelsen er basert på samme tankegang som det som er fordelene med skjemaene. Partene begrenser seg til å anføre eller behandle det som etterspørres eksplisitt av skjemaene. Når det i tillegg er varierende ankeadgang til andreinstans, der småkravsforordningen uansett ikke kan anvendes, er det fare for urettferdige utslag.

5.5. Sammenligning

Et fellestrekk for alle tre regelverkene for småkravssaker, er at særreglene bare får anvendelse i de alminnelige førsteinstansdomstolene.⁶⁸⁷ Det er således ikke tale om systemer som tilrettelegger for særregler om overprøving av de avgjørelser som treffes. Likevel er det etter EUs småkravsforordning opp til den enkelte stats prosessregler å regulere ankeadgangen, samtidig som det i både Danmark og Sverige er tilnærmet lik ankeadgang i småkravssaker som i alminnelige saker, med noen unntak.

Den danske småkravsreguleringen er det regelsettet som forholdsmessig blir benyttet oftest. Der nesten halvparten av danske tvistesaker behandles etter småsagsprocessen, benyttes FT-målsreglene i omtrent en fjerdedel av tvistesakene i Sverige. Differansen er imidlertid ikke overraskende, da grensen for småkravsreguleringens anvendelse er tilnærmet dobbelt så stor i Danmark som i Sverige. EUs småkravsregulering er i enda mindre grad anvendt, noe som gjenspeiles i behovet for endringen gjennomført i 2015. Til tross for at forordningen er bindende for alle EU-statene utenom Danmark, og således har et større geografisk anvendelsesområde, er det tematiske anvendelsesområdet snevrere. I tillegg er det enkelte lands egne prosessregler lettere tilgjengelig både for dommerne og partene, enn forordningens regler, noe som kan medføre at nasjonale særregler for småkrav prioriteres.

Felles for alle tre regelverkene er at det primært er saker om økonomiske verdier som behandles etter småkravsreglene. I Danmark skal imidlertid også saker som ikke har en økonomisk verdi,

⁶⁸⁶ Cristian Oro Martinez, *The Small Claims Regulation* (2013), s. 138.

⁶⁸⁷ Eksempelvis har Sverige også forvaltningsdomstoler. Her får ikke særreglene for småkrav anvendelse.

behandles etter småsagsprosessen. Også dette kan være en del av forklaringen på at Danmarks særregler benyttes i langt større grad enn de øvrige to.

Hvordan en småkravssak forberedes, er også ulikt på tvers av de tre systemene. I Danmark er det retten som forestår forberedelsen. Etter svensk rett og etter EUs småkravsforordning er det partene som skal forberede saken. Dette kan medføre et større behov for representasjon av advokat i de to sistnevnte regelverkene. Det er også adgang til å avholde rettsmøter under forberedelsen av saken i alle tre regelsett, selv om muligheten er svært snever. Snevrest er den etter EUs småkravsforordning, da dette er en primært skriftlig prosess.

I tillegg har Danmark utvilsomt den mest aktive dommeren, da retten skal tilrettelegge for at til og med råd skal kunne gis partene. I Sverige og etter EUs småkravsforordning er det ingen indikasjoner på at retten kan gå så langt i sin veiledning. Forskjellen skyldes nok primært den omkringliggende rettslige strukturen. Etter dansk rett er det ikke samme dommer som skal gi råd og avsi dom i småsager. Habilitetsproblematikken som kan oppstå gjennom rådgivning unngås dermed gjennom arbeidsfordeling, noe som ikke er tilfellet i Sverige og etter EUs småkravsforordning.

Retten adgang til å prekludere prosesshandlinger virker å være relativt lik i dansk og svensk rett. Preklusjon er hovedregelen dersom partene oversitter en frist, og preklusjon er ment som et disiplinerende tiltak. En forskjell er at det etter svensk rett er opp til dommeren å sette den preklusive fristen, mens den følger av lovgivningen i dansk rett. EUs småkravsforordning regulerer ikke spørsmålet om preklusjon, men lar domstollandets regler gjelde. Likevel kan det se ut til at også småkravsforordningen vokter skyld hos en part som en forutsetning for preklusjon, da partene må være informert om preklusjonsvirkningen oversittelse av en frist har for at preklusjon skal kunne skje. Dette gjelder uavhengig av om de nasjonale reglene pålegger retten å informere om virkningen av fristoversittelse.

Adgangen til å avskjære bevis på bakgrunn av proporsjonalitet virker å være relativt lik i alle de tre regelverkene. Det henger sammen med at regelverkene har overlappende formål, å legge til rette for en rimeligere tvisteløsning. Begrensing av uforholdsmessig bevisføring er et naturlig gjennomgangstema.

En fremtredende forskjell mellom dansk og svensk rett på den ene siden, og EUs småkravsforordning på den andre, er utgangspunktet for behandlingsmåten. Der de to førstnevnte regelsettenes hovedregel er at dommen skal avsies på bakgrunn av en muntlig sluttbehandling av saken, er EUs regelverk basert på at dommen avsies etter en skriftlig

behandling. Forskjellen har en naturlig årsak, da sistnevnte skal tilrettelegge for grenseoverskridende konfliktløsning. Dersom forordningen skal kunne praktiseres som et grenseoverskridende prosessregelverk som begrenser partenes kostnader, må behovet for partenes fysiske oppmøte begrenses. Reiseproblematikken aktualiseres i langt mindre grad i saker der partene bor i samme land.⁶⁸⁸

⁶⁸⁸ Dette kan nok nyanseres noe. Reiseproblematikken kan eksempelvis også oppstå i Sverige, som har lange geografiske avstander. I Danmark er det nok mindre problematisk, da landet ikke strekker seg så langt.

Kapittel 6. Dommerens ansvar for prosessen

6.1. Problemstillingen

Et av virkemidlene for en mer effektiv prosess som ble innført med tvisteloven, var en mer aktiv dommer.⁶⁸⁹ En passiv dommer ble ansett som et hinder for en konsentrert prosess. Begrunnelsen for dette var for det første at prosessen under tvistemålsloven tenderte til å dra ut i tid, noe som medførte en langdryg og lite kostnadseffektiv saksavvikling.⁶⁹⁰ Dette skyldtes blant annet dommerens rolle, som ble betegnet som «en nøytral og tilbaketrukket og passiv tredjemann».⁶⁹¹ Partene sto relativt fritt til å foreta nye prosesshandlinger på ethvert trinn av prosessen, med de negative følger dette medførte.⁶⁹²

For det andre var Norge folkerettslig forpliktet etter EMK art. 6 nr. 1 til å sørge for at personer hadde tilgang til en effektiv rettergang.⁶⁹³ I dag er dette en rettighet som også følger av grl. § 95, og har således enda større relevans. Langdryge og lite kostnadseffektive prosesser kunne således medføre en menneskerettslig krenkelse. En av målsetningene med tvisteloven var derfor å effektivisere prosessen, herunder konsentrere denne, blant annet ved å pålegge dommeren et større ansvar for prosessen. Dommeren skulle i større grad enn tidligere styre prosessen samt veilede partene.

Spørsmålet om hvilken rolle dommeren skal ha i prosessen, kan også formuleres som et spørsmål om rollefordelingen mellom partene og retten. Hvem skal ha det overordnede ansvaret for prosessen? Spørsmålet om hvilken rollefordeling som anses som mest gunstig, har nær sammenheng med hvordan prosessteori man forespeiler.⁶⁹⁴ På den ene siden er den liberalistiske prosessteorien. Her er utgangspunktet at:

⁶⁸⁹ NOU 2001:32 A, s. 133 andre spalte til s. 140 andre spalte.

⁶⁹⁰ Se NOU 2001:32 B, s. 650 andre spalte, der det uttales at det «er [...] grunn til å påpeke at lang behandlingstid har vært, og er delvis fremdeles, et stort problem i vår sivile rettspleie».

⁶⁹¹ NOU 2001:32 A, s. 133 andre spalte. Dette innebar imidlertid ikke at retten var avskåret fra å veilede, til og med om materielle spørsmål, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget (Oslo 2001), s. 713-715. Her gis det uttrykk for at også under tvistemålsloven var det en utvikling mot en mer aktiv dommer. At det over tid skjedde en utvikling kommer også til uttrykk i tidligere litteratur, eksempelvis hos Per Augdahl, *Norsk Civilprosess*, Holbæk Eriksen (Trondheim 1947). Fokuset lå her på rettens forhold til partenes påstander, og rettens adgang til å informere om mangler der disse skyldtes «mistak eller ved en forsømmelse», jf. s. 89.

⁶⁹² Problematikken har også gjort seg gjeldende på tvers av landegrensene, se avhandlingens punkt 3.5.2.

⁶⁹³ Se NOU 2001:32 A, s. 133 første spalte.

⁶⁹⁴ Se Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner* nr. 3 (2011) (s. 165-181), s. 168/169.

«Partene skal være like aktive som den klassiske markedsøkonomien vil at borgerne skal være, mens dommeren som representant for statsmakten skal være like passiv som staten ellers skal være».⁶⁹⁵

Denne teorien tar altså til orde for en tilbakelemt dommer, som skal ha begrenset med selvstendige bidrag til prosessen. I tillegg knyttes gjerne teorien til forskere som fremholder at retten har én primær funksjon, og dette er konfliktløsning på individnivå.⁶⁹⁶ Her får disposisjons- og forhandlingsprinsippet stor betydning, da retten er til for å løse partenes konflikt basert på deres fremstilling.

På den andre siden er den utilitaristiske prosessteorien. I motsetning til den liberalistiske, fremheves her dommerens samfunnsmessige funksjon. Dommeren skal ikke være underlagt partenes vilje, men skal «være den materielle retts tjener».⁶⁹⁷ Fra dette teoretiske utgangspunktet kan dommeren gjerne være aktiv, uten å være bundet av partenes prosesshandlinger, dersom det tilrettelegger for et mer riktig resultat. Her er rettens samfunnsmessige funksjoner i fokus, på bekostning av individualfunksjonene.

Ingen av disse teoriene ble brukt som blåkopi for tvistelovens intensjon for den nye dommerrollen.⁶⁹⁸ Inspirasjon fra begge teoriene kommer til uttrykk. For det første fremgår det av forarbeidene til tvisteloven at retten skal sikre både individuelle funksjoner og samfunnsfunksjoner.⁶⁹⁹ Allerede her blir det tydelig at ingen av teoriene passer, da begge fokuserer på én form for funksjon. Til tross for at norsk prosessrett er ment å primært legge til rette for konfliktløsning, er det ikke tvilsomt at også samfunnsfunksjonene har stor betydning.

For det andre skulle disposisjons- og forhandlingsprinsippet stå støtt i norsk rett også etter tvistemålsreformen, om enn noe moderert. Kjernen i prinsippene er at det er partene som har det primære ansvaret for sakens innhold og omfang.⁷⁰⁰ Forstått absolutt innebærer prinsippene at dommerens rolle skal være mest mulig passiv, og således ikke bidra til prosessens utforming og innhold.

⁶⁹⁵ Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper med partsprosessen* (2011), s. 168. Se også Bengt Lindell *Partsaunomins gränser* (1988), s. 16.

⁶⁹⁶ Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper med partsprosessen* (2011), s. 169 med videre henvisninger.

⁶⁹⁷ Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper med partsprosessen* (2011), s. 169.

⁶⁹⁸ Det er fremholdt at ingen av ekstremmodellene kan eksistere i dagens verden, se JA Jolowicz, «Adversarial and inquisitorial models of civil procedure», *The International and Comparative Law Quarterly* nr. 2 (2003) (s. 281-295), s. 281.

⁶⁹⁹ NOU 2001:32 A, s. 232 første spalte.

⁷⁰⁰ Se tvl. § 11-2, NOU 2001:32 A, s. 137 første spalte, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 570-573 samt Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 14-17.

Likevel er det ikke slik at partene skulle få full kontroll over prosessen. Som Tvistelovsutvalget uttalte ville:

«Partsprosessen [...] 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».⁷⁰¹

Ved tvisteloven fikk retten økt adgang til å avskjære bevis, å veilede og å drive aktiv saksstyring, og har således en rolle i prosessen som ikke kan betegnes som passiv. Også dette illustrerer at tvisteloven hverken kan betegnes som liberalistisk eller utilitaristisk.

I småkravprosessen ble det lagt til grunn at dommeren skulle ha en ytterligere aktiv rolle.⁷⁰² Hensynet til en effektiv saksbehandling sto sentralt i begrunnelsen. I tillegg skulle småkravprosessen i større grad enn den alminnelige prosessen tilrettelegges for selvprosederende parter, med den konsekvens at dommeren måtte tillegges et økt ansvar for prosessens rammer.⁷⁰³

Når tvistelovens innstilling til dommerrollen ikke kan plasseres i en teoretisk bås, blir rammene for dommerens rolle i prosessen mer uklar. Dette er et spørsmål som har blitt behandlet omfattende i litteraturen for allmennprosessen.⁷⁰⁴ Det som ikke er behandlet i like stort omfang, er hvordan dommerens rolle i småkravprosessen skal være.⁷⁰⁵

Årsaken til at dommerens rolle i småkravprosessen er et interessant forskningsobjekt, er primært enkelte særegenheter ved prosessformen. Det er særlig tre forhold jeg vil fremheve. For det første er forberedelsen av småkravssaker svært begrenset. Dette medfører blant annet at kommunikasjonen mellom retten og partene kan forvanskes. For det andre presumeres det at småkravprosessen i større grad enn allmennprosessen vil preges av selvprosederende parter. Sist er lovreguleringen av småkravprosessen langt mer skjønnsmessig enn det som er tilfelle etter allmennprosessen. Prosessen skal være fleksibel, noe som medfører et større press på dommeren, da flere avgjørelser må tas underveis i prosessen. Hvilke ytterligere utslag disse forholdene medfører, behandles nedenfor.

⁷⁰¹ NOU 2001:32 A, s. 136 andre spalte.

⁷⁰² NOU 2001:32 A, s. 341 andre spalte.

⁷⁰³ NOU 2001:32 A, s. 341 andre spalte.

⁷⁰⁴ Se eksempelvis Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016) og Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper med partsprosessen* (2011).

⁷⁰⁵ *Eldjarn* har skrevet om problematikken i sin avhandling om materiell prosessledelse. Her er det imidlertid primært fokus på den materielle veiledning dommeren bedriver, og ikke på aktiv saksstyring og prosessuell veiledning, jf. Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 19. I tillegg er ikke småkravprosessen det primære forskningsobjektet, jf. s. 278-293.

I det videre skal først de ulike verktøy dommeren er gitt, presenteres i punkt 6.2. Deretter behandles dommerens rolle under saksforberedelsen og under sluttbehandlingen i henholdsvis punkt 6.3 og 6.4. Dommerens rolle kan også påvirkes av saksfeltet den enkelte saken omhandler. Derfor knyttes noen bemerkninger til et særlig aktuelt saksfelt i småkravsprosessen, forbrukersaker, i punkt 6.5. Deretter drøftes konsekvensene av manglende dommeraktivitet i punkt 6.6. Til sist gjennomgås funn og forslag til forbedringer i punkt 6.7.

6.2. Generelle utgangspunkter for dommerens rolle

6.2.1. Dommerens verktøy og rammene for anvendelsen av disse

Konsentrasjon og effektivisering av rettergangen er en av de overordnede målsetningene med tvisteloven som får en ytterligere betydning i småkravssaker. En aktiv dommer er sentral for at målsetningen skal kunne nås.⁷⁰⁶ Da det i norsk prosessrett ikke er tale om en inkvisitorisk dommer, som kan undersøke saker av eget initiativ, må dommeren gjennom lovgivning gis verktøy som skal bidra til konsentrasjon og effektivitet.

I dette kapitlet er det sider ved fire verktøy som står i fokus: aktiv saksstyring, prosessuell veiledning, rettens klarleggingsplikt og materiell veiledning. Det er ingen klare grenser mellom disse.⁷⁰⁷ Likevel er intensjonen at verktøyene skal behandle noe ulike problemer. Aktiv saksstyring innebærer at retten skal ta kontroll over prosessens fremdrift, gjennom eksempelvis å lage en tidsplan for prosessens enkelte steg, å oppstille frister for partene, og å iverksette tiltak for at partene skal overholde fristene. Av tvistelovens forarbeider følger det at dette verktøyet skulle bidra til at prosessen skulle gå fra en mer partsstyrt prosess til en prosess basert på større samarbeid mellom retten og partene.⁷⁰⁸ Aktiv saksstyring adresserer således problemet med at partene tidligere sto friere til å kunne hale ut prosessen.⁷⁰⁹

⁷⁰⁶ Dette er en oppfatning som fremstår opprettholdt i forslaget om endringer av tvisteloven, jf. blant annet høringsnotatet (2018), s. 5.

⁷⁰⁷ Se NOU 2001:32 A, s. 136 første spalte. I utgangspunktet er det imidlertid ulike instrumenter, og vil behandles som det her.

⁷⁰⁸ NOU 2001:32 A, s. 133 første spalte og s. 134 andre spalte. I litteraturen er det hevdet at «[d]en sterke vekten på rettens saksstyring er den viktigste nyheten med tvisteloven», jf. Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 207.

⁷⁰⁹ Også etter tvistemålsloven hadde dommeren enkelte styringsmekanismer. Eksempelvis skulle hovedforhandlingen berammes når dommeren fant saken å være ferdig forberedt, jf. tvml. § 318 første ledd. I tillegg skulle dommeren, etter tvml. §327, sørge for at «saken blir utredet uten unødig vidtløftighet, og uten at uvedkommende omstendigheter trekkes ind, og at den saavidt mulig blir ført til ende uten avbrytelse». Likevel tenderte sakene behandlet etter tvistemålsloven å dra ut i tid, noe som tilsa et behov for å tydeliggjøre dommerens plikter i loven, se eksempelvis NOU 2001:32 A, s. 238 andre spalte.

Prosessuell veiledning har også med sakens mer tekniske sider å gjøre, og henger således nært sammen med aktiv saksstyring. Retten skal veilede partene om saksbehandlingsspørsmål. Dette kan eksempelvis være veiledning om følgene ved å oversitte en frist pålagt av retten. Hovedformålet er at partene ikke skal lide rettstap på grunn av misoppfatninger om prosessuelle regler.⁷¹⁰ Prosessuell veiledning henger nært sammen med aktiv saksstyring, da retten i tillegg til å planlegge saken og å oppstille frister må sikre seg at partene faktisk forstår konsekvensene av å ikke opptre i tråd med disse.

Mellom prosessuell og materiell veiledning ligger rettens klarleggingsplikt.⁷¹¹ Veiledningen omhandler materielle forhold, men skal ikke påvirke prosessens innhold. Retten skal kun bidra til å klarlegge sakens tvistes spørsmål. En forutsetning for at retten skal kunne gjennomføres effektivt er at partene og retten har en lik forståelse av hva problemstillingen som skal løses er samt hvilket formål den enkelte prosesshandling er ment å ha.

Materiell veiledning omhandler det materielle innholdet i partenes prosesshandlinger. Det er tale om å veilede om nye elementer i saken som har tilknytning til den rettsfølgen partene ønsker å oppå, eksempelvis bevisførselen. Dersom det er tale om veiledning om elementer som allerede er inntatt i prosessen, er det mer nærliggende å betegne veiledningen som et ledd i rettens klarleggingsplikt. Målsetningen med den materielle veiledningen er å tilrettelegge for at dommeren skal kunne avsi en dom som i størst mulig grad gjenspeiler det materielle riktige resultatet samt kravet til kontradiksjon.⁷¹² Også ønsket om en proporsjonal rettergang kan begrunne adgangen til materiell veiledning.⁷¹³ I tillegg til de nevnte verktøyene er rettens adgang til å avskjære prosesshandlinger av betydning for dommerens rolle som effektiviserende faktor, men dette er temaet først i avhandlingens neste kapittel.

Aktiv saksstyring, prosessuell veiledning, klarleggingsplikten og materiell veiledning henger nært sammen. Som regel vil retten måtte benytte alle fire verktøyene for at prosessen skal bli konsentrert og effektiv. Hvordan verktøyene benyttes i samspill etter småkravsprosessens regler, behandles løpende i hele dette kapitlet. Her skal kun utgangspunktene for vurderingene behandles, herunder rettslig grunnlag samt lovgivers hensikter med det enkelte verktøy.

I tillegg vies et punkt til to av fellestrekkene for samtlige av verktøyene. Uansett om det er tale om aktiv saksstyring, prosessuell veiledning, klarleggingsplikten eller materiell veiledning, må

⁷¹⁰ NOU 2001:32 A, s. 140 første spalte. Se også Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 409.

⁷¹¹ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 583-584.

⁷¹² Se tvl. § 11-5 andre ledd og NOU 2001:32 A, s. 138 andre spalte.

⁷¹³ Se Per Henrik Lindblom, *Sena Uppsatser* (2006), s. 160, om svenske forhold.

retten opptre på en måte som ivaretar disposisjons- og forhandlingsprinsippet og som ikke sår tvil om dommerens habilitet. Ytterrammene som følger av disse, behandles avslutningsvis i punkt 6.2.5.

6.2.2. Aktiv saksstyring

Under tvistemålsloven var det ikke tale om «aktiv saksstyring», selv om retten selvsagt hadde anledning til å styre prosessen.⁷¹⁴ Begrepet aktiv saksstyring er således et av tvistelovens nye tilskudd til den norske prosessretten. At retten plikter å ta ansvar for sakens fremdrift, kommer i småkravsprosessen til uttrykk i to bestemmelser. Av tvl. § 10-2 følger det at:

Retten skal gjennom kontakt med partene og ved nødvendig veiledning etter § 11-5 legge særlig vekt på raskt å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, og om det kan være grunnlag for en minnelig ordning.

Bestemmelsen omhandler forberedelsen av saken. Det sentrale i bestemmelsen for plikten til aktiv saksstyring er at retten pålegges en plikt til å avklare hva som må gjøres under saksforberedelsen. Dommeren kan ikke basere seg på partenes fremstilling alene.

Også når saken er nådd sluttbehandlingsstadiet, skal dommeren sikre en effektiv progresjon i saken. Det følger av tvl. § 10-3 femte ledd at:

Ved åpningen av rettsmøtet kontrollerer retten at det er lagt til rette for at forhandlingene kan foregå på en hensiktsmessig måte.

Med formuleringen «kontrollerer» pålegges retten en plikt til å sørge for at sluttbehandlingen av saken gjennomføres på «en hensiktsmessig måte». Dette må forstås som en plikt til å sikre at sluttbehandlingen gjennomføres på en tidseffektiv og samtidig forsvarlig måte, noe som krever saksstyring.

Begge bestemmelsene er relativt detaljfattige, og bidrar ikke til en nærmere forståelse av hva dommeren mer konkret skal gjøre for å styre saken. Dette er nærmere regulert i tvl. § 11-6, som er tvistelovens generelle bestemmelse om aktiv saksstyring.⁷¹⁵ Den lyder:

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

⁷¹⁴ Se eksempelvis tvml. § 318 første ledd og § 320 første ledd.

⁷¹⁵ Ved å innta en bestemmelse som pålegger retten en generell plikt til å styre saken ga lovgiver uttrykk for et ønske om en kulturendring hos samtlige rettsaktører, jf. NOU 2001:32 B, s. 710 første spalte.

(2) Retten kan sette frister for prosesshandlinger etter reglene i domstoloven § 140 og kapittel 8 og ellers treffe de avgjørelser som er nødvendige for behandlingen.

(3) I enhver sak skal en forberedende dommer ha ansvaret for saksstyringen.

(4) I rettsmøter og rådslagninger hvor retten har flere medlemmer, foretar rettens leder saksstyringen som leder av forhandlingene etter domstoloven § 123.

I bestemmelsen reguleres flere spørsmål. Første ledd omhandler rettens plikt til å planlegge og følge opp saken. Dette samsvarer for det meste med plikten som utledes av tvl. § 10-2 og § 10-3, men bestemmelsen tilføyer i tillegg en eksplisitt plikt til å legge en plan for saken. Andre ledd oppstiller konkrete verktøy som retten kan benytte for å sikre at saken følges opp, som kan benyttes for å ivareta plikten etter småkravsbestemmelsene. Bestemmelsen bidrar altså til å utfylle småkravsbestemmelsene.

Tvisteloven § 11-6 tredje og fjerde ledd omhandler hvem som har kompetanse til å styre prosessen i ulike scenarier, noe som heller ikke er regulert i småkravsbestemmelsene. Når rekkevidden av plikten til å styre prosessen etter tvl. § 10-2 og § 10-3 skal analyseres, vil altså tvl. § 11-6 utgjøre et vesentlig bidrag. Den alminnelige bestemmelsen begrenser seg ikke til enkeltstadier av prosessen, og har dermed betydning for tolkningen av begge småkravsbestemmelsene.

Felles for alle tre bestemmelsene er at det er retten som plikter å ta kontroll over sakens fremgang.⁷¹⁶ Følgene av at retten ikke oppfyller plikten, behandles nedenfor i punkt 6.6. Plikten er tillagt forberedende dommer og rettens leder, under henholdsvis saksforberedelsen og sluttbehandlingen. Likevel er det slik at det er opp til dommerens skjønn å avgjøre hvordan plikten skal ivaretas. Det er således ingen plikt til eksempelvis å oppstille frister utover dem som allerede fremkommer av loven. Hensynet til forutberegnelighet taler likevel for at retten må benytte adgangen til å sette frister aktivt i småkravssaker. Prosessreglene preges av et vidt dommerskjønn. Dersom partene skal kunne forutse hva det neste prosesssteg er, er de avhengige av at dommeren tar ansvar for styringen av prosessen, da loven ikke oppstiller frister for eksempelvis saksforberedelsens avslutning.

Saksstyring skal som et utgangspunkt, i motsetning til veiledning, ikke ha betydning for innholdet i partenes prosesshandlinger. Her er altså spørsmålet hvordan retten skal sørge for progresjon i saken, slik at hensynet til en konsentrert men forsvarlig prosess skal kunne ivaretas. Likevel kan verktøyet ha betydning for sakens innhold. Dersom retten ikke benytter seg av

⁷¹⁶ Jf. tvl. § 11-6, der begrepet «skal» anvendes.

adgangen til å sette frister i prosessen, kan dette eksempelvis medføre at prosesshandlinger som fremsettes sent i prosessen ikke prekluderes.⁷¹⁷ Hvorvidt en prosesshandling inntas i prosessopplegget eller ikke, er av klar relevans for sakens innhold.

6.2.3. Prosessuell veiledning

Under arbeidet med tvisteloven var det en målsetning at veiledningsplikten skulle komme til uttrykk i en av lovens alminnelige bestemmelser for å unngå «motsetningslutninger» for steg i prosessen der plikten ikke kom eksplisitt til uttrykk.⁷¹⁸ Spørsmålet om prosessuell veiledning er således ikke regulert særskilt for saker etter småkravprosessen. I stedet kommer plikten til uttrykk i lovens fjerde del om alminnelige regler for rettergangen i sivile saker, nærmere bestemt tvl. § 11-5 første ledd. Bestemmelsen sier at:

Retten skal gi partene slik veiledning om regler og rutiner for saksbehandlingen og andre formelle forhold som er nødvendig for at de kan ivareta sine interesser i saken. Retten skal søke å forebygge feil og skal gi den veiledning som er nødvendig for at feil kan rettes opp. For adgangen til å rette feil gjelder § 16-5.

Det er ikke tvilsomt at veiledningen er en plikt, jf. begrepet «skal». Rettens plikt til prosessuelle veiledning har lange tradisjoner i norsk rett. Under tvistemålsloven fulgte plikten av tvml. § 87, som lød:

Under sakens gang bør retten gi baade parterne og andre den veiledning, som kræves for at forebygge eller rette feil og forsømmelser i rettergangen.

Til tross for at bestemmelsen brukte begrepet «bør», var det ikke tvilsomt at også denne bestemmelsen påla dommeren en plikt til veiledning om prosessuelle spørsmål.⁷¹⁹ Dagens bestemmelse er likevel formulert mer presist hva gjelder veiledningspliktens formål og rammer, sammenlignet med tvistemålslovens bestemmelse.⁷²⁰

⁷¹⁷ Det følger av tvl. § 16-6 tredje ledd, jf. første ledd at preklusjon av en prosesshandling forutsetter at en part har oversett en frist. Da det kun er én frist i småkravprosessen, nemlig at bevis må fremmes innen en uke før sluttbehandlingen, er det ingen automatisk preklusjonsadgang for sent fremsatte påstandsgrunnlag eller påstander. Se også avhandlingens punkt 7.2.3.

⁷¹⁸ NOU 2001:32 A, s. 140 andre spalte.

⁷¹⁹ NOU 2001:32 A, s. 139 andre spalte. Dette var også lagt til grunn i praksis, se eksempelvis Rt. 1948 s. 1166. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2001), s. 439 med videre henvisninger og Tore Schei, *Tvistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr 6, 1915: med kommentarer: B. 1: §§ 1-182*, Tano Aschehoug (Oslo 1998), s. 379.

⁷²⁰ Praksis knyttet til tvml. § 87 er av betydning for forståelsen av dagens bestemmelse, med noen få unntak, da dagens bestemmelse i det store og hele er [...] ment å tilsvare § 87 i gjeldende lov», jf. NOU 2001:32, s. 708.

Hensikten med å pålegge retten en plikt til å veilede partene om prosessuelle spørsmål er primært å hindre at partene lider rettstap.⁷²¹ Når saken først er kommet til domstolene, er det ønskelig at saken, under den forutsetning at prosessforutsetningene er oppfylte, skal avgjøres mest mulig korrekt. Hensynet til det som tradisjonelt betegnes som et materielt riktig resultat, vektet tungt. Saker skal altså ikke avvises kun basert på feil i prosessopplegget som kan repareres, og partene skal ikke miste muligheten til å fremme prosesshandlinger på grunn av misoppfatninger om prosessuelle regler.

Prosessuell veiledning har også direkte betydning for muligheten til å sikre funksjonsoppnåelse for småkravsinnhavere. Ved at partene får veiledning om formelle forhold, og således kan unngå at saken avvises eller at prosesshandlinger avskjæres, kan rettergangen fremstå mer rettferdig for partene. Som vist er partenes oppfatning av en god rettergang avgjørende for at det skal være tale om reell konfliktløsning, som er den primære funksjonen til sivilprosessen.⁷²²

I tillegg er et av problemene med oppnåelse av sivilprosessens funksjoner for småkravsinnhavere, ulikheter i prosessuelle ressurser.⁷²³ Dette får særlig betydning i saker med kun én selvprosederende part. Denne partskonstellasjonen vil nok ikke være et ukjent fenomen i småkravssaker. En av målsetningene med prosessformen er jo at småsaker skal kunne føres uten at det er nødvendig med representasjon. Veiledning om prosessuelle spørsmål er et virkemiddel som har stort potensial for å innskrenke betydningen av ulikhetene, da partene får rett på informasjon om hva den enkelte prosessregel innebærer, og hva følgen av at den ikke følges blir. Da prosessretten kan være noe teknisk, og ikke minst fjernt fra de regelverk i alle fall selvprosederende må presumeres å være kjent med, er dette en form for veiledning som er uunnværlig for at representasjon ikke skal være en nødvendighet.

Veiledning om prosessuelle forhold kan også medføre en mer effektiv rettergang. Ved at partenes formelle feil rettes, eller unngås, kan sakskomplekset avsluttes raskere. Særlig gjelder dette feil som kan medføre at saken avvises, under den forutsetning at disse kan repareres. Dersom partene ikke blir gjort kjent med feilen og reparasjonsmuligheten, slik at saken avvises, kan det være at saken må anlegges på nytt. Avvisning medfører jo ikke rettskraftsvirkninger.⁷²⁴ Et nytt saksanlegg krever utvilsomt mer ressurser fra både samfunnet og fra partene, enn om saken kan behandles ferdig ved første anledning. Særlig i småkravssaker kan et ekstra

⁷²¹ NOU 2001:32 A, s. 140 første spalte. Se også Tore Schei mfl., *Twisteloven Bind I* (2013), s. 409.

⁷²² Se avhandlingens punkt 2.1.1.

⁷²³ Se avhandlingens punkt 2.3.

⁷²⁴ Avvisning avgjør ikke saken, og partene står dermed fritt til å anlegge en ny sak, jf. tvl. § 19-15 tredje ledd, som kun knytter rettskraftsvirkninger til «krav som er rettskraftig avgjort».

saksanlegg medføre at de totale kostnadene blir uforholdsmessig høye, sammenlignet med tvistesummen.

Det er videre få tyngre argumenter som taler mot veiledning om prosessuelle spørsmål.⁷²⁵ Disposisjons- og forhandlingsprinsippet har eksempelvis mindre betydning her, i alle fall sammenlignet med materiell veiledning, all den tid dommerens bidrag ikke skal rette seg mot sakens innhold. At denne formen for veiledning begrenser seg til gangen i saksbehandlingen, medfører også at habilitetsspørsmål nok rent unntaksvis vil oppstå.⁷²⁶ De primære argumentene mot en veiledende dommer aktualiseres i mindre grad når det er tale om ren prosessuell veiledning. Dette er dermed et virkemiddel som dommeren i utgangspunktet kan bruke aktivt for å bidra til at prosessen sikrer større grad av funksjonsoppnåelse for småkrav.

6.2.4. Klarleggingsplikten

I skjæringspunktet mellom prosessuell veiledning og materiell veiledning er rettens plikt til å klarlegge saken. Sentralt for å oppnå konsentrasjon av prosessen, som er en forutsetning for en effektiv prosess, er at partenes intensjon med fremsatte prosesshandlinger er klare. Dette var også en generell oppfatning under tvistemålsloven, noe som kom til uttrykk i § 86 andre ledd:

Retten bør dog sørge for, at parternes anførsler blir saa klare og fuldstændige som mulig, og den kan selv iverksætte bevisoptagelser og undersøkelser i den utstrækning, som § 190 hjemler.

Bestemmelsen påla altså retten å klarlegge hva partene mente å bygge kravet sitt på. Henvisningen «dog» knytter seg til bestemmelsens første ledd, der forhandlingsprinsippet kom til uttrykk. Til tross for prinsippet var det altså ønskelig at retten skulle ta ansvar for at partenes «anførsler» ble presisert.

Høyesterett la til grunn at bestemmelsen påla retten en plikt til å klarlegge, og ikke kun en adgang. Dette kom til uttrykk blant annet i Rt. 1963 s. 996. Her ble lagmannsrettens avgjørelse opphevet på grunn av manglende klargjøring av hvorvidt partene ønsket å påberope seg et aktuelt påstandsgrunnlag.⁷²⁷ Når følgen av manglende klarlegging innebar en feil som måtte medføre opphevelse, var det ikke tvilsomt at bestemmelsen påla retten en plikt, til tross for at bestemmelsens ordlyd sa «bør».

Tvistemålslovens bestemmelse ble videreført i tvl. § 11-5 tredje ledd, der det fremgår at retten:

⁷²⁵ Dette ble eksplisitt uttalt i forarbeidene, jf. NOU 2001:32 A, s. 140 første spalte.

⁷²⁶ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 584.

⁷²⁷ Rt. 1963 s. 996, s. 999.

skal virke for at tvistesporsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort.

Ved at lovgiver har inntatt begrepet «skal», er det ikke tvilsomt at retten er pålagt en plikt til å klarlegge innholdet i partenes prosesshandlinger etter tvisteloven. Rettstilstanden under tvistemålsloven er således videreført, og kommer nå eksplisitt til uttrykk i lovens ordlyd.

Klarleggingsplikten har ikke som mål å tilføre noe nytt til partenes eget prosessopplegg. Tvistelovsutvalget uttalte at plikten ikke skulle gå lengre enn:

«til å klarlegge de nærliggende misforståelser eller til ellers å gripe inn med spørsmål til oppklaring hvor det er noe som fremtrer som uklart for retten».⁷²⁸

Det er altså uklarheter i det eksisterende prosessopplegget som skal forsøkes reparert. Retten skal ikke innta en undersøkende rolle, noe som innebærer at klarleggingsplikten er en form for veiledning som i liten grad krenker disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Plikten har således en klar kontaktflate til prosessuell veiledning. Klarleggingsplikten har eksempelvis også som formål å hindre at partene lider rettstap på grunn av relativt tekniske faktorer, eksempelvis en upresis påstand eller et upresist påstandsgrunnlag, noe som sikrer et mest mulig materielt riktig resultat.⁷²⁹ Også her bidrar dommerens rolle til å avhjelpe problematikken med ulikheter i prosessuelle ressurser, og legger således til rette for konfliktløsning. Ved å klarlegge hva partene mener, er det også en mulighet for at det oppstår spørsmål om hva partenes syn på nye spørsmål er. Dette gjør at klarleggingsplikten også kan medføre endringer i partenes materielle opplegg, noe som illustrerer kontaktflaten mellom klarlegging og materiell veiledning.

6.2.5. Materiell veiledning

Spørsmålet om rettens adgang til å drive materiell veiledning av partene er det som tradisjonelt er mest omdiskutert i litteraturen tilknyttet dommerens rolle i prosessen.⁷³⁰ Dette skyldes blant annet at veiledning om materielle spørsmål, i større grad enn saksstyring og prosessuell veiledning, har en klar kontaktflate mot habilitetsinnsigelser og krenkelse av disposisjons- og forhandlingsprinsippet.

⁷²⁸ NOU 2001:32 B, s. 709 første spalte.

⁷²⁹ NOU 2001:32 A, s. 240 andre spalte.

⁷³⁰ Se NOU 2001:32 A, s. 138 første spalte til s. 139 andre spalte.

Under arbeidet med tvisteloven ble det lagt til grunn at retten også hadde adgang til å veilede partene om materielle forhold etter tvistemålsloven, også utenfor partenes prosessopplegg.⁷³¹ At retten i noen grad måtte bidra til sakens materielle innhold kom allerede til uttrykk i tvml. § 86 andre ledd første punktum, som gjengitt ovenfor.⁷³² Bestemmelsen ble forstått slik at den hjemlet en grad av materiell veiledning om nye prosesshandlinger. Adgangen skulle imidlertid anvendes med forsiktighet.⁷³³

Når tvistemålsloven skulle revideres, var likevel et av de store spørsmålene hvordan rollefordelingen mellom domstolene og partene skulle være. Særlig diskutert var graden av materiell veiledning dommeren skulle plikte, eller ha adgang til, å gi. Tvistemålsutvalget stilte seg positiv til en tydeligere lovfestet adgang til å veilede om nye forhold.⁷³⁴ Generelt ga også høringsinstansene uttrykk for en positiv holdning til dette.⁷³⁵ Når det konkret gjaldt veiledning i småkravsprosessen, var det imidlertid enkelte bekymringer som ble presentert. Eksempelvis uttalte Nedre Romerike tingrett at:

«[...] dommerne vil bli stillet overfor økte utfordringer i form av en forventning fra selvprosederende parter om juridisk og prosessuell bistand fra dommernes side. Slik bistand anses ofte som en selvfølge fra den parten som trenger den, mens motparten anser en slik dommeraktivitet som vanskelig forenlig med den grunnleggende forventningen om upartiskhet fra dommerens side».⁷³⁶

Det var imidlertid ikke tvilsomt at en adgang til å veilede om materielle spørsmål var en forutsetning for at selvprosederende parter skulle opptre i rettsprosesser, og da særlig i småkravssaker.⁷³⁷ I innstillingen til tvisteloven ble det derfor foreslått generelle bestemmelser om rettens plikt og adgang til materiell veiledning, tvl. § 11-5 andre, fjerde og femte ledd, som ble vedtatt.⁷³⁸

⁷³¹ NOU 2001:32 A, s. 139 første spalte.

⁷³² Jeg sier «i noen grad» all den tid det er fremholdt at tvistemålsloven kun åpnet for begrensede innslag av materiell veiledning, jf. Anders Ryssdal, Aktiv dommerstyring, Lov og Rett (2006) (s. 129-130), s. 129.

⁷³³ Jens Edvin A. Skoghøy, Tvisteløsning (2001), s. 713 og Jo Hov, Rettergang I: Sivil- og straffeprosess, Papinan (Oslo 1999), s. 199.

⁷³⁴ NOU 2001:32 A, s. 139 første spalte.

⁷³⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 171 andre spalte til 172 første spalte.

⁷³⁶ Ot.prp. nr.51 (2004-2005), s. 196 første spalte. På samme sted fremkommer det tilsvarende synspunkter fra Oslo tingrett, som uttalte at «dommeren vil kunne støte på problemer med å praktisere ordningen på en måte som både ivaretar hensynet til en rask og effektiv behandling og rimelige krav til kvalitet».

⁷³⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 173 andre spalte. I proposisjonen ble det også antatt at tvistelovens bestemmelse om veiledning nok ville «føre til at rettens materielle veiledning får større omfang», jf. s. 173 andre spalte.

⁷³⁸ Innst. O. nr. 110 (2004-2005), s. 96 andre spalte.

Småkravsprosessens kapittel i tvisteloven har altså ingen egen bestemmelse som omhandler veiledning om materielle spørsmål. Den eneste omtalen av veiledning i småkravkapitlet er inntatt i tvl. § 10-2, som omhandler saksforberedelsen. Omtalen begrenser seg imidlertid til en eksplisitt henvisning til tvl. § 11-5, og har altså ingen selvstendig betydning for spørsmålet om rettens plikt og adgang til å veilede partene om materielle spørsmål.⁷³⁹ Adgangen til å bedrive materiell veiledning i småkravssaker er dermed primært regulert i tvl. § 11-5 andre, fjerde og femte ledd:

(2) Retten skal i samsvar med tredje til sjuende ledd gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse ut fra de faktiske forhold og de aktuelle regler.

[...]

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

(5) Retten kan oppfordre en part til å tilby bevis.

Bestemmelsen er en av tvistelovens nyvinninger. Adgangen til å veilede om forhold utenfor partenes prosessopplegg var som nevnt ikke inntatt i noen bestemmelse i tvistemålsloven. Dagens bestemmelse bidrar altså til et klarere utgangspunkt for vurderingen av hvor omfattende veiledning som kan gis om materielle spørsmål.

Reguleringen av adgangen til materiell veiledning er delt i to. I bestemmelsens andre ledd presenteres formålet med denne form for veiledning, nemlig å oppnå et «riktig resultat».⁷⁴⁰ I de øvrige leddene oppstilles konkrete virkemidler som retten kan eller skal benytte seg av for å oppnå formålet, noe som innebærer at leddene må ses i sammenheng. Dette kommer til uttrykk blant annet gjennom spørsmålet om hvorvidt retten er pålagt en plikt til å veilede. Bestemmelsens andre ledd innledes med ordet «skal», noe som indikerer at retten er pålagt en plikt til å veilede om materielle forhold. Hvorvidt det faktisk er tale om en plikt, avhenger imidlertid av bestemmelsens fjerde og femte ledd. Først der retten er pålagt en plikt i henhold til disse, er det tale om en faktisk plikt, da dette er de «operative bestemmelsene».⁷⁴¹ I bestemmelsens fjerde og femte ledd, som omtaler materiell veiledning om nye forhold, brukes begrepet «kan». I utgangspunktet er det dermed ikke tale om en veiledningsplikt. Likevel kan det innfortolkes en plikt i den konkrete sak. I denne vurderingen må det ses hen til:

⁷³⁹ Se også Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 281.

⁷⁴⁰ Forståelsen av et «materielt riktig resultat» drøftes i avhandlingens punkt 7.1.2.

⁷⁴¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 583.

«hvor betydningsfull saken er for parten, hvor langt det nye påstandsgrunnlaget vil ligge fra det parten allerede har påberopt, om parten er representert ved advokat, på hvilket stadium saken befinner seg og om påberopelse vil fremstå som rimelig i forhold til den annen part».⁷⁴²

Årsaken til at det ikke alltid er tale om en plikt, skyldes nok at det ved denne formen for veiledning er tale om at parten skal, på bakgrunn av kommunikasjon med retten, vurdere å innta noe som ikke tidligere er behandlet i partens prosessopplegg. I motsetning til klarlegging av sakens tvistes spørsmål og øvrig prosessopplegg er det her altså tale om veiledning som kan medføre en ekspansjon eller endring av sakens innhold.⁷⁴³ Denne formen for veiledning knytter det seg større betenkeligheter til sammenlignet med klarleggingsplikten. Sakens innhold styres jo fremdeles av disposisjons- og forhandlingsprinsippet, slik at det skal tas utgangspunkt i partenes fremstilling. Når det skal vurderes hvor omfattende veiledningen skal være, må det derfor argumenteres for en utvidelse av veiledningsomfanget, ikke for en innsnevring. I forlengelsen av dette må også en eventuell plikt vurderes konkret.

Likevel er adgangen til materiell veiledning av sentral betydning for funksjonsoppnåelse for småkravsinnhavere. Ved at partene kan motta oppfordringer til å innta nye bevis eller å ta standpunkt til faktorer som retten mener er relevante, er det eksempelvis færre farer knyttet til å opptre uten representasjon. Materiell veiledning er således et bidrag til å holde kostnadene ved prosessen nede. I tillegg minskes ulikheter i prosessuelle ressurser, og prosessen kan således fremstå mer rettferdig. Utgangspunktet er altså at adgangen til materiell veiledning er et botemiddel mot problemene med funksjonsoppnåelse for småkrav. Forutsetningen er imidlertid at veiledningens ytterrammer ikke trås over, slik at prosessen fremstår rettferdig.

6.2.6. Ytterrammene for dommerens aktiviteter

Utgangspunktet for prosessen i dispositive saker, som småkravssaker alltid vil være, er at partene er ansvarlige for å oppstille rammene for det resultat retten kan komme til samt hvilke faktiske og rettslige forhold resultatet kan bygge på. Dette følger av disposisjons- og forhandlingsprinsippet, som kommer til uttrykk i henholdsvis tvl. § 11-2 første ledd og tvl. § 11-2 andre ledd.⁷⁴⁴ Betydningen prinsippene har som ytterramme for dommerens rolle varierer avhengig av hvilket verktøy det er som anvendes.

⁷⁴² NOU 2001:32 B, s. 709 første spalte.

⁷⁴³ I forarbeidene er denne formen for materiell veiledning betegnet som «kjernen i det som er blitt omtalt som materiell prosessledelse», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 406 andre spalte.

⁷⁴⁴ Bestemmelsen lyder: «(1) Retten kan bare avgjøre de krav som er reist i saken. Avgjørelsen må ligge

Aktiv saksstyring og prosessuell veiledning er der disposisjons- og forhandlingsprinsippet nok har minst betydning. Dette skyldes at disse verktøyene, etter intensjonen i alle fall, ikke skal påvirke partenes materielle fremstilling av saken. Saksstyring begrenser partenes råderett over saken, i alle fall når det gjelder planlegging av prosesssteg, men dette skal ikke ha større materiell betydning. Tilsvarende gjelder for prosessuell veiledning, da retten her skal klargjøre betydningen av prosessuelle regler. Her vil sakens innhold kunne påvirkes i noen grad, eksempelvis ved at preklusjon unngås etter veiledning om betydningen av preklusive frister, men da presumptivt i tråd med partenes ønsker. Spørsmålet om krenkelse av disposisjons- og forhandlingsprinsippet kommer således sjelden på spissen.

Størst betydning har nok prinsippene når det gjelder sakens materielle innhold, og da særlig rettens adgang til å gi materiell veiledning om nye forhold. Når det gjelder det materielle innholdet i prosessen har retten i utgangspunktet kun ansvaret for tolkning og anvendelse av rettsregler basert på partenes fremstilling, jf. tvl. § 11-3, sammenholdt med disposisjons- og forhandlingsprinsippet.⁷⁴⁵ Dersom disposisjons- og forhandlingsprinsippet skulle forstås absolutt er det følgelig et begrenset rom for veiledning om materielle spørsmål utenfor partenes fremstilling. Dommeren ville da raskt trå over grensene for ansvarsfordelingen som naturlig følger av prinsippene.⁷⁴⁶ Så absolutt er det imidlertid ikke rom for å forstå prinsippene, da prosessen skal kunne gjennomføres på en rettfærdig og effektiv måte, noe som krever at dommeren tar en viss grad av kontroll over prosessen. Likevel er det ikke tvilsomt at disposisjons- og forhandlingsprinsippet vil ha betydning som yttergrense for hvor omfattende veiledning som kan gis. Retten kan ikke påta seg ansvar for å utrede saken.

Rettens plikt til å ivareta egen habilitet fremgår også av prosesslovgivningen. Av tvl. § 11-5 syvende ledd følger det at:

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 tvistesporsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta.

innenfor rammen av de påstander partene har nedlagt, og retten kan bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt. Påstandsgrunnlagene er de rettsstiftende faktiske forhold en part bygger sin påstand på. (2) Partene har hovedansvaret for å sørge for bevisføring. Retten kan sørge for bevisføring hvis ikke partene motsetter seg dette. Retten er ikke bundet av partenes argumentasjon om bevissporsmål».

⁷⁴⁵ Se eksempelvis Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 970, der disposisjonsprinsippet i tvl. § 11-2 første ledd første punktum fremheves som en begrensning på rettens plikt til å sørge for en korrekt rettsanvendelse.

⁷⁴⁶ Dette ble også problematisert i forarbeidene til tvisteloven, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 406 andre spalte.

Bestemmelsen omtaler kun veiledning, men det er ikke tvilsomt at dommeren også må fremstå upartisk under styringen av saken. Slutningen kommer som en konsekvens av at saksstyring og veiledning ikke kan betraktes isolert, men må ses i sammenheng.

Bestemmelsens første punktum gir uttrykk for det tradisjonelle habilitetskravet, jf. «upartisk».⁷⁴⁷ Innholdet i begrepet presiseres noe ytterligere av domstoloven § 55 tredje ledd, der det fremgår at dommeren må opptre på en måte som «inngir alminnelig tillit og respekt» samt domstoloven § 108, der det fremgår at man ikke kan være dommer «når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet». Hva som skal forstås med «alminnelig tillit og respekt» og «andre særegne omstendigheter», er det ingen fasitsvar på. Det som er sikkert er at dommeren må fremstå upartisk etter en objektiv så vel som en subjektiv målestokk.⁷⁴⁸ Den objektive vurderingen spør om det «slik forholdene fremstår utad, kan være grunn til å trekke dommerens nøytralitet og uavhengighet i tvil».⁷⁴⁹ Den subjektive vurderingen knytter seg til hvorvidt det er faktiske forhold som sår tvil om den konkrete dommerens upartiskhet.⁷⁵⁰ I en saksstyrings- eller veiledningssituasjon er det primært fare for at det oppstår spørsmål om den subjektive terskelen er overtrådt.⁷⁵¹

Hvorvidt dommeren har opptrådt upartisk eller ikke, avhenger av den konkrete saken. Særlig veiledning av partene plasserer imidlertid dommeren i en posisjon som raskt kan nærme seg grensen. Det må antas at dette er bakgrunnen for at tvl. § 11-5 syvende ledd andre punktum oppstiller en konkret yttergrense som gjelder særskilt for dommerens veiledning. Uavhengig av hva som gjelder for habilitetsvurderingen for øvrig har retten aldri adgang til å innta en

⁷⁴⁷ Se også grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, der det også fremgår at retten må være henholdsvis «upartisk» og «impartial».

⁷⁴⁸ Dette er blant annet lagt til grunn av EMD, i tilknytning til upartiskhetskravet i EMK art. 6 nr. 1. Se eksempelvis *Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union mot Ukraina*, dom 26. juni 2018, avsnitt 148, der det uttales at «Firstly, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect». Se også William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights* (2015), s. 295 og Jon Fridrik Kjølbro, *Den europæiske menneskerettighedskonvention*, s. 548.

⁷⁴⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk», *Lov og Rett* (2011) (s. 4-24), s. 20. Se eksempelvis HR-2018-1327-U. Høyesterett vurderte hvorvidt lagmannsrettens premisser i en kjennelse medførte at det fra et objektivt perspektiv fremsto som om dommerne hadde tatt standpunkt til det materielle kravet i saken, og således var inhabile til å delta i den ordinære ankebehandlingen. Dette ble besvart bekreftende, jf. avsnitt 14.

⁷⁵⁰ Jens Edvin A. Skoghøy, *Dommerrollen gjennom de siste 50 år* (2011), s. 20.

⁷⁵¹ At dette er det mest aktuelle problemet kan utledes blant annet av tvistelovens forarbeider. Når det er tale om materiell veiledning fremheves det at «[d]et er viktig at retten ikke gir inntrykk av å engasjere seg for eller mot noen av partene», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 173 andre spalte. Uttalelsen fremstår som en advarsel mot at dommeren opptrer på en måte som gir partene grunn til å tro at vedkommende har tatt parti med en part, noe som viser til den subjektive vurderingen.

rådgivende rolle. Retten kan heller ikke veilede på en slik måte at det fremstår som om resultatet av saken allerede er bestemt.⁷⁵²

Tvil om dommerens habilitet er imidlertid antatt å kunne unngås ved at dommeren er seg bevisst på formen eksempelvis veiledning gis.⁷⁵³ Dette kommer jeg tilbake til nedenfor. Habilitetsinnsigelser kan også unngås på andre måter. Etter dansk rett er det for eksempel rettens sekretariat, eller en annen dommer enn den dommeren som skal administrere saken, som forestår veiledningen. På denne måten unngår man i stor grad habilitetsproblematikk, noe som legitimerer en langt mer inngående veiledning der enn etter de norske reglene.⁷⁵⁴ Løsningen kan i teorien også anvendes i Norge, da tvisteloven skiller mellom saksforberedende dommer og den dommeren som skal avsi som. I praksis er imidlertid dette samme person.

6.3. Selvprosederende parter i småkravsprosessen

6.3.1. Selvprosederendes betydning for dommerens veiledning og saksstyring

Saker som behandles etter småkravsprosessens regler vil presumptivt preges med et økt antall selvprosederende. Prosessformen skal ikke kreve at partene lar seg representere ved advokat, da den skal være relativt enkel og lite formell. Det er ikke tvilsomt at rettens rolle i prosessen generelt sett påvirkes av hvorvidt partene er representert eller ikke.⁷⁵⁵

Betydningen av at det er selvprosederende parter i prosessen varierer imidlertid med hvilket verktøy som behandles. Rettens plikt til aktiv saksstyring påvirkes i liten grad av om en part er representert eller ikke. Planen for behandlingen av saken må lages, og følges. Enkelte oppgaver tillagt dommeren for å tilrettelegge for en mer effektiv prosess, som å tidlig fastsette rammene for sluttbehandlingen, blir i noen grad påvirket av at prosessen har selvprosederende parter. Dersom en representert part får beskjed om at sluttbehandlingen skal avholdes på få timer, gir det parten, eller i alle fall advokatene dens, en indikator på at sakens omfang må tilpasses

⁷⁵² Dette fremgår av at retten ikke kan gi råd om prosesssteg, jf. NOU 2001:32 B, s. 710 første spalte. Å tilkjennegi hvilket resultat dommeren mener er det korrekte før avgjørelsen er truffet er langt mer førende for hvilke prosesssteg partene vil ta, enn rådgivning. Uten adgang til å gi råd, er det heller ikke adgang til å indikere hva resultatet vil bli. Til illustrasjon kan det ses til dansk sivilprosess for en motsatt løsning, der de har såkalt «tilkendegivelse» under sakens sluttbehandling. Retten gir her uttrykk for hva deres avgjørelse vil bli, basert på en fremstilling av hva retten legger vekt på, jf. Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprosessen* (2013), s. 634.

⁷⁵³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 173 andre spalte.

⁷⁵⁴ Se avhandlingens punkt 5.2.2.

⁷⁵⁵ Se eksempelvis Neil Andrews, *English Civil Procedure* (2003), s. 534-535, om engelske tilstander.

dette.⁷⁵⁶ I beste tilfelle medfører dette at partene selv begrenser for eksempel bevisførselen til det som realistisk kan antas å gjennomgås i møtet, noe som vil være ressursbesparende for retten, så vel som for partene selv. Dette er imidlertid vanskelig å forvente av selvprosederende. Særlig når kommunikasjonen mellom parten og retten har vært rent skriftlig under forberedelsen. At en selvprosederende har forstått hva som er det beste bevis, eller hvor mye tid et bevis vil ta å føre, uten å kunne samtale med retten, er tvilsomt. Dette gjør at dommeren må forvente å bruke mer tid på å klargjøre bevisbildet under forberedelsen der selvprosederende parter deltar i prosessen. Dette kan imidlertid kreve mye arbeid fra rettens side, noe som har medført en frykt for at småkravssaker spiser av større sakers tid.⁷⁵⁷

Annerledes er det når det er spørsmål om veiledning, både om prosessuelle og materielle spørsmål. Det følger eksplisitt av tvl. § 11-5 sjette ledd, at dommeren «skal under sakens gang ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning». Loven forutsetter altså at selvprosederende parter skal ha betydning for rettens veiledning. Spørsmålet er hvordan rettens veiledning påvirkes av at selvprosederende parter deltar i prosessen.

Å veilede en selvprosederende ved hjelp av brevkorrespondanse må antas å være en krevende øvelse. Når dommeren skal skrive ned de spørsmål eller kommentarer til partenes prosessopplegg må det gjøres i et mer uformelt språk enn der veiledningen skal formidles til en advokat. Det kan eksempelvis ikke legges til grunn at en part uten representasjon kan gjøre seg kjent med juridisk sjargong. Jurister er utdannet til å fremstille juridiske problemstillinger på en gitt måte, vi «utgjør et kommunikasjonsfellesskap».⁷⁵⁸ Samtidig vil brevets form nok medføre at dommeren formulerer seg mer formelt.⁷⁵⁹ Å formidle veiledningen presist nok, uten å fremmedgjøre poenget, er nok en av de største utfordringene dommeren vil oppleve ved et økt antall selvprosederende.⁷⁶⁰

⁷⁵⁶ Christian Reusch, «Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker», Gunnar Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen*, Universitetsforlaget (Oslo 2016) (s. 165-183), s. 173.

⁷⁵⁷ Se eksempelvis Sør-Trøndelag tingretts høringsuttalelse til endringer i tvisteloven, 17.10.2018, s. 1-2. Her uttales det at «Disse sakene [småkravssaker] er krevende for domstolene, bl. a. fordi arbeidet med å veilede og klargjøre har en tendens til å være mer omfattende enn i saker etter allmennprosessen, og fordi lovgiver har lagt opp til at disse sakene skal prioriteres for hurtig behandling. Dersom domstolene fortsatt skal prioritere disse - i prinsippet de minst viktige sakene - må lovgiver være bevisst på at den foreslåtte endringen kan få konsekvenser for andre deler av domstolenes portefølje som domstolen i så fall må gi lavere prioritet. Porteføljen som da må nedprioriteres er - etter vårt syn - saker som jevnt over fortjener større oppmerksomhet enn saker som følger småkravprosessen».

⁷⁵⁸ Se Hans Petter Graver, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008) (s. 149-178), s. 153.

⁷⁵⁹ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 283.

⁷⁶⁰ Det er fremholdt at lekmenns deltakelse i prosessen, herunder selvprosederende parter, er et argument for muntlig fremstilling, se Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 36.

I tillegg påvirkes selve omfanget av veiledningen av hvorvidt selvprosederende deltar eller ikke. Småkravsprosessen skal jo tilrettelegge for at parter kan opptre i retten uten representasjon. Dersom dette skal være en reell mulighet, må retten kunne tilrettelegge for at parten får presentert saken sin på en måte som ikke plasserer dem i en prosessuelt dårligere posisjon enn motparten. Dette følger av likhetsprinsippet.⁷⁶¹ Uten juridisk kunnskap kan det være særlig vanskelig å identifisere eksempelvis aktuelle påstandsgrunnlag. Nettopp de rettslige elementene i saken er det som presumptivt er vanskeligst tilgjengelig for en selvprosederende.

Et eksempel kan være der en part krever erstatning basert på culpa. Partens fremstilling av de faktiske omstendighetene, har imidlertid større nærhet til arbeidsgiveransvaret. Retten må da kunne legge til grunn at parten mangler kunnskap om hvilke omstendigheter som hører til det enkelte ansvarsgrunnlag, og spørre parten hvorvidt vedkommende har vurdert å påberope arbeidsgiveransvaret. Slik minimeres følgene av at parten ikke har juridisk kunnskap, og vedkommende unngår å lide et eventuelt rettstap på grunn av mangler ved påstandsgrunnlaget.

I tillegg skal det tilrettelegges for at selvprosederende skal forstå hva som skjer i prosessen. Dette fremkommer blant annet av tvistelovens forarbeider, der det står at partene «skal så vidt mulig føle seg rimelig fortrolige med det som foregår under saksforberedelsen».⁷⁶² Rettens veiledningsplikt begrenses altså ikke kun til å vurdere hvorvidt partene står i fare for å gjøre feil, og å veilede for å unngå feilen. Dommeren i saken må også vurdere det rene informasjonsbehovet en selvprosederende part kan ha, sammenlignet med en advokat. I tillegg er det i litteraturen fremhevet at retten, overfor selvprosederende parter, må gå så langt i sin veiledning som å informere om rettigheter i prosessen som parten ikke antas å være kjent med.⁷⁶³

For øvrig er det vanskelig å si noe om hvor omfattende en dommer kan gå i å gi selvprosederende, og for så vidt også representerte parter, materiell veiledning. I en prosess preget av fleksibilitet er det opp til dommerens skjønn å vurdere hvor langt vedkommende kan gå i å veilede. Foruten om reglene for habilitet og disposisjons- og forhandlingsprinsippet er det ingen regler som tar eksplisitt stilling til hvordan en dommer skal veilede, til tross for at det er fremholdt at veiledning i småkravsprosessen kan være særlig krevende.⁷⁶⁴

⁷⁶¹ Eller «Equality of arms», jf., eksempelvis *Regner mot Den Tsjekiske Republikk*, dom 19. september 2017, avsnitt 146.

⁷⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 406 første spalte.

⁷⁶³ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 411. En slik ytterliggående plikt er særlig fremtredende for forbrukersaker, se avhandlingens punkt 6.6.3.

⁷⁶⁴ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 282.

Småkravsprosessen legger opp til et at dommeren skal ha et friere skjønn enn etter allmennprosessens regler, noe som kommer til uttrykk gjennom regler som er mer fleksible og mindre formalistiske.⁷⁶⁵ Dette skyldes flere faktorer, blant annet manglende rammer for prosessen og manglende overprøvningsmuligheter.⁷⁶⁶ For en erfaren dommer byr neppe frie tøyler på større problemer. Vedkommende vil presumptivt være velkjent med veiledningsrammene som følger av habilitetsreglene og disposisjons- og forhandlingsprinsippet. En ikke ubetydelig andel småkravssaker må imidlertid forutsettes å bli håndtert av dommerfullmektiger.⁷⁶⁷ *Eldjarn* har fremholdt at kombinasjonen av begrenset erfaring og et vidt skjønn er uheldig.⁷⁶⁸ Jeg antar at dette kan forstås i begge retninger. Enten kan rammene for veiledningsadgangen tøyes, slik at en uerfaren dommer går for langt i å veilede den selvprosederende parten som kontakter retten og ber om hjelp, eller så kan det motsatte skje – dommeren begrenser veiledningen av frykt for å trå over habilitetsgrenser, da loven ikke bidrar til å klargjøre hvor mye veiledning som kan gis. Begge deler er uheldig, og vil ikke medvirke til å klargjøre saken til sluttbehandling. Dette er problematikk som også kan oppstå der partene er representerte, men prosessen er nok særlig sårbar der veiledning skal formidles til selvprosederende.⁷⁶⁹

Også spørsmålet om hvorvidt det foreligger en plikt eller kun en adgang til å veilede om prosessuelle og/eller materielle spørsmål, påvirkes av at det er tale om selvprosederende parter.⁷⁷⁰ Dersom en part er representert, må retten i mange tilfeller kunne legge til grunn at det er et begrenset veiledningsbehov, og i alle fall sjelden en plikt til å veilede.⁷⁷¹ Der det er tale om en selvprosederende part, må utgangspunktet være nærmere det motsatte. Skal småkravsprosessen bidra til reell funksjonsoppnåelse for småkrav må parter kunne opptre i retten uten advokat. Da en av hovedutfordringene med småkravsinnehavere er at de ikke kan

⁷⁶⁵ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 670.

⁷⁶⁶ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 282.

⁷⁶⁷ På Lovdata gis det per 26. januar 2019 tilgang til 170 saker som inneholder begrepet «småkravsprosess» eller «småkravprosess». Av disse er 89 administrert av dommerfullmektiger. Det er altså over halvparten av de tilgjengelige sakene som er håndtert av dommerfullmektiger, noe som illustrerer at det må kunne sies at et ikke ubetydelig antall småkravssaker vil behandles av dommerfullmektiger. Noe mer kan ikke utledes av det begrensede kildematerialet.

⁷⁶⁸ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 282.

⁷⁶⁹ Se også Henry John Mæland, *Recent Developments in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts* (2011), s. 84. Her problematiseres manglende dommererfaring, og betydningen dette har for gjennomføringen av en sak.

⁷⁷⁰ NOU 2001:32 B, s. 709 første spalte.

⁷⁷¹ Med dette mener jeg ikke at retten aldri skal veilede parter representert ved advokat, men at det er mindre sannsynlig at rettens plikt til å veilede vil inntre. Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 582, som sier at «veiledningsplikten [...] [må] være undergitt en rimelighetsbegrensning. Retten har ikke plikt til å drive etterutdanning av advokater».

identifisere hvilke rettigheter de nødvendigvis har i prosessen, kan det ikke være slik at retten kun har en adgang til veiledning eller at veiledning må etterspørres. Enkelte aspekter må retten plikte å veilede om, på eget initiativ, dersom det skal være tale om en reell tilretteleggelse av prosessen for selvprosederende.⁷⁷²

At selvprosederende parter faktisk medfører en økt belastning på retten, er påpekt i høringsnotatet til de foreslåtte endringer av tvisteloven.⁷⁷³ Her uttales det at «saker om småkrav ofte krever mye veiledning fra rettens side, fordi det er selvprosederende parter i mange av sakene».⁷⁷⁴ Problemene som er gjennomgått her, må derfor antas å ha praktisk betydning for dommerens rolle i småkravprosessen.

6.3.2. Særlig om selvprosederende under sluttbehandlingen

De selvprosederende som deltok under saksforberedelsen kan også delta under sluttbehandlingen. Her er det interessante hvilken innvirkning selvprosederende parter har på dommerens rolle under sluttbehandlingen av en sak. Det er særlig avgjørelser knyttet til forenkling av sluttbehandlingen som kan påvirkes av at selvprosederende parter deltar.

Dersom det er selvprosederende parter, kan det være grunner til å gjennomføre sluttmøtet uten prosedyren, all den tid prosedyrens formål tradisjonelt er å knytte sammen de faktiske forhold og de rettslige vilkårene.⁷⁷⁵ Selvprosederende har ikke nødvendigvis tilstrekkelig juridiske kunnskaper til å formidle sammenhengen på en hensiktsmessig måte. Da retten har selvstendig ansvar for å anvende gjeldende rettsregler i henhold til tvl. § 11-3 første punktum, er det i slike tilfeller mulig mer effektivt at retten ber partene presisere standpunktene sine til rettslige relevante spørsmål som en avslutning av saken, jf. tvl. § 11-5 fjerde ledd.⁷⁷⁶

Ved vurderingen av hvordan forenkling skal skje, må dommeren generelt sett ta særlig hensyn til likhetsprinsippet. Begge parter må oppfatte at de får lik adgang til å formidle saken sin til dommeren. Det er altså ikke anledning til å hoppe over et prosesssteg for en av partene, og ikke den andre, i alle fall ikke uten at partene selv aksepterer en slik løsning. Et eksempel kan være der en advokat mener at saken er tilstrekkelig presentert, slik at det ikke anses nødvendig med prosedyre, mens den selvprosederende motparten ønsker å foreta en oppsummering. Da er det

⁷⁷² Dette gjelder i noen grad forbrukersaker, se avhandlingens punkt 6.6.

⁷⁷³ Se avhandlingens punkt 1.4.1.

⁷⁷⁴ Høringsnotatet (2018), s. 36.

⁷⁷⁵ Se Jørgen Vangsnes, *Sivilprosess i et nøtteskall* (2018), s. 155.

⁷⁷⁶ Se avhandlingens punkt 6.4.3 og 6.5.2.

ingen grunn til at retten skal pålegge også advokaten å gi avsluttende innlegg, da det må presumeres at advokatens avkall på prosedyre er et veloverveid valg.

Som nevnt ovenfor er det også større potensiale for misforståelser om prosessopplegget under saksforberedelsen der selvprosederende parter deltar. Dersom disse ikke oppklares før sluttbehandlingen starter, kan det medføre en ekstra tidsbelastning på møtet. I verste fall må retten utsette møtet. I beste fall vil rettsmøtet kun dras ut i tid. Begge deler må unngås i en småkravssak, sett i lys av at prosessformen skal tilrettelegge for effektiv behandling. Her kan imidlertid rettens innledende klargjøring av sakens spørsmål, sammenholdt med veiledning, bøte på problematikken.

Momentene gjennomgått er ikke uttømmende, men illustrerer utfordringer som dommeren vil kunne støte på i større grad i småkravssaker enn i saker etter de alminnelige prosessreglene. De gjør seg også gjeldende på alle stadier av prosessen, og har derfor overgripende betydning for avgjørelsene og pliktene til retten i enhver småkravssak der selvprosederende deltar. Dette vil illustreres ytterligere nedenfor. Oppsummert kan det i alle fall konstateres at dommerens ansvar for prosessens gjennomføring øker med inntoget av selvprosederende parter.

6.4. Saksforberedelsen

6.4.1. Forberedelsens formål i småkravssaker

Sluttbehandlingen av en småkravssak skal være kort. Forutsetningen for at dette skal være mulig, er at saken er godt forberedt før sluttmøtet. I dette punktet er det dommerens rolle på saksforberedelsestadiet som skal behandles, med fokus på særproblemene vedkommende støter på i småkravssaker. Dette er først og fremst at saksforberedelsen er skriftlig og at forberedelsestadiet i liten grad har formelle rammer. I tillegg påvirkes prosessen av selvprosederende parter, som drøftet i forrige punkt. Før konsekvensene av disse faktorene behandles, skal det knyttes noen korte bemerkninger til hvilken hensikt saksforberedelsestadiet av en tvistesak har samt dommerens ansvar for stevning og tilsvær.

Det overordnede målet med saksforberedelsen følger av begrepet selv; saken skal forberedes til sluttbehandlingen. Som gjennomgått i kapittel 3 har ikke saksforberedelsen alltid vært viet mye oppmerksomhet på internasjonal basis.⁷⁷⁷ Tilsvarende gjelder i norsk rett. Under

⁷⁷⁷ Generelt er dette omtalt i avhandlingens punkt 3.6.1.

tvistemålsloven ble det tidvis slik at prosessuelle så vel som materielle spørsmål ikke ble tatt opp før under hovedforhandlingen, eller nært opp til denne, noe som medførte at prosessen dro ut i tid. Et av tvistelovens virkemidler for å bekjempe langtekkelige prosesser var derfor å gi saksforberedelsen en større plass i rettergangen.⁷⁷⁸

Ideelt sett medfører saksforberedelsen at det ikke oppstår nye spørsmål under sluttbehandlingen av en sak, slik at det eneste som trenger behandling, er det materielle spørsmål som partene ønsker løst. En annen fare med at nye spørsmål presenteres under sluttbehandlingen av en småkravssak, er at saken nok må utsettes dersom partenes rett til kontradiksjon skal ivaretas, så fremt det ikke er anledning til å prekludere det fremsatte. Det er imidlertid lite rom for utsettelse av en småkravssak når den først er kommet til sluttbehandling.⁷⁷⁹ Utsettelse medfører en kostnadsbelastning på saken som i de aller fleste småkravssaker ikke kan anses som proporsjonal. Kun rent unntaksvis må dette anses som en reell mulighet. Begrenset adgang til utsettelse legger ytterligere press på saksforberedelsen, og da i større grad enn i en sak etter allmennprosessen.

For at saksforberedelsen skal bidra til å unngå at nye forhold fremkommer under sluttbehandlingen, er det enkelte forutsetninger som må være oppfylt. For det første må det under saksforberedelsen legges en plan for sakens gang. Partene må gjøres kjent med frister for når prosesshandlinger og innsigelser skal fremmes, og når forberedelsen skal anses å være avsluttet. Dette aktualiserer plikten til aktiv saksstyring sammen med prosessuell veiledning. For det andre må saksforberedelsen gjennomføres på en måte som tilrettelegger for at sakens tvistes spørsmål kan identifiseres og konkretiseres. Retten må altså kunne oppfylle sin klarleggingsplikt. Sist må saksforberedelsen legge til rette for at partene skal få den veiledning de behøver, både om prosessuelle og materielle spørsmål. Problemstillingen i det videre er hvilke fordeler og ulemper småkravprosessen sine særelementer medfører for at forberedelsen kan oppfylle disse formålene.

6.4.2. Stevning og tilsvaer

Utgangspunktet for saksforberedelsen er den informasjonen som fremkommer gjennom partenes stevning og tilsvaer.⁷⁸⁰ Allerede her oppstår dommerens plikter til å veilede og å styre saken, likt som i allmennprosessen. I småkravprosessen er det imidlertid lagt opp til at

⁷⁷⁸ NOU 2001:32 A, s. 240 første og andre spalte.

⁷⁷⁹ Se tilsvarende hos Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 283.

⁷⁸⁰ Se tvl. § 10-2 første ledd, jf. tvl. § 9-2 og 9-3.

forberedelsen primært skal bestå av stevningen og tilsvaret.⁷⁸¹ Det fremstår dermed som om tretrinnsmodellen – hovedforhandlingsmodellen – i småkravsprosessen, er ønsket redusert til en totrinnsprosess. Idealet er at kun stevningsfasen og sluttbehandlingsfasen skal gjennomføres, selv om det er mulig med ytterligere forberedelse. Hvilke innvirkninger dette får for dommerens oppgaver, er temaet her.

Med en gang retten mottar stevning, inntretr saksstyringsplikten. Småkravsprosessen skal være mer effektiv, sammenlignet med allmennprosessen, for å kunne oppnå målet om en mest mulig proporsjonal rettergang. Dette medfører at en småkravssak tåler færre forsinkelser og færre unødvendige prosesshandlinger før saken må anses som for langtekkelig, og således også uforholdsmessig tidkrevende. Å igangsette planleggingen av prosessens steg allerede ved stevningstidspunktet er derfor særlig viktig i småkravssaker. Dette kan tenkes å medføre en ekstra arbeidsbelastning på retten, sammenlignet med det tilfelle at retten forholder seg relativt passiv til både stevning og tilsvaret er innsendt. Dette er imidlertid ikke et argument mot saksstyring, all den tid intensjonen er at aktiv saksstyring totalt sett vil medføre en mer effektiv behandling av saken, noe som presumtivt vil begrense den totale belastningen på retten.⁷⁸²

Også dommerens veiledningsplikt er av betydning for stevningens utforming. Dokumentet må oppfylle de innholdsmessige kravene som fremgår av tvl. § 10-2 første ledd, jf. tvl. § 9-2. Er kravene ikke oppfylt, skal saken avvises.⁷⁸³ Før dette skjer må imidlertid retten vurdere hvorvidt manglene kan rettes, og veilede parten om hva som i så fall må gjøres.⁷⁸⁴ Også utformingen av tilsvaret kan aktualisere veiledning, men feilene her medfører ikke at saken avvises.⁷⁸⁵

Dersom en part er selvprosederende, er det også adgang til å inngi stevning og tilsvaret muntlig, og i forlengelsen av dette få rettens veiledning, jf. tv. § 12-1 andre ledd. Veiledningen må imidlertid begrenses til rent prosessuelle spørsmål, uten betydning for sakens innhold, da det på dette tidspunkt kun er én part tilstede.⁷⁸⁶ Det er likevel noe mindre problematisk dersom

⁷⁸¹ NOU 2001:32 B, s. 825 andre spalte. Se også avhandlingens punkt 4.4.3.

⁷⁸² Christian Reusch, *Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker* (2016), s. 165 samt s. 181.

⁷⁸³ Dette følger av tvl. § 16-5 fjerde ledd, sammenholdt med første ledd. Dersom en prosesshandling enten ikke kan avhjelpest, eller at en part ikke endrer i henhold til veiledning, må prosesshandlingen avvises. Avvises stevningen er det ikke grunnlag for saksanlegg, med den følge at saken avvises i sin helhet.

⁷⁸⁴ At dette er en forutsetning fremgår av tvl. § 16-5 første ledd: «Har en prosesshandling mangler som kan avhjelpest, setter retten frist for retting og gir nødvendig veiledning med opplysning om følgene av at retting ikke foretas». Se også NOU 2001:32 A, s. 134 første spalte. Enkelte feil kan ikke rettes, eksempelvis en absolutt frist. Se Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 347.

⁷⁸⁵ Mangelfullt tilsvaret medfører i verste fall at saksøker får dom etter reglene om fraværdom, jf. tvl. § 16-17 første ledd, jf. tvl. § 16-10.

⁷⁸⁶ Dette støttes av Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 163, som sier at «veiledning» med kun

veiledningen knyttet til stevningen får en noe mer materiell karakter. Dommeren som utformer den muntlige stevningen eller tilsvaret, kan ikke delta i sakens videre behandling, jf. tvl. § 12-1 fjerde ledd. Noen grenser kan uansett ikke trås over. Eksempelvis skal det ikke gis råd under oppsettet av stevningen.⁷⁸⁷

Da stevning og tilsvaret danner utgangspunktet for den øvrige saksforberedelsen, har veiledning om prosessuelle spørsmål på dette stadiet stort effektiviserende potensial.⁷⁸⁸ Her kan begge av veiledningens siktemål, nemlig «å forebygge feil og [...] gi den veiledning som er nødvendig for at feil kan rettes opp», nås.⁷⁸⁹ Feil som fremkommer av prosesskrivene, kan repareres på et tidligst mulig stadium av prosessen, samtidig som retten kan bruke skrivene til å identifisere spørsmål det må gis veiledning om, som kan hindre senere feil. Tilsvarende støttes av tvistelovens forarbeider der det fremgår at:

«Stevningen må gjennomgås med henblikk på å få rettet opp feil og mangler som ellers kunne være til hinder for at saken kunne fremmes. Det samme gjelder for feil som på annen måte kan forsinke fremdriften av saken eller ellers være uhensiktsmessig for en effektiv fremdrift».⁷⁹⁰

Det arbeid som dommeren gjør her, kan dermed ha stor betydning for den videre saksgangen. Eksempelvis vil det at krav og grunnlag for kravet blir presisert i stevningen, kunne smitte over på tilsvaret. Det blir enklere å utforme tilsvaret nøkternt dersom det er tydelig hva saksøker mener er grunnlaget for kravet. En tydelig utformet stevning og tilsvaret utgjør et godt grunnlag for at den øvrige forberedelsen kan skje i mest mulig presise former. Motsetningsvis, hvis stevningen lider av prosessuelle mangler, vil også tilsvaret kunne lide av følgefeil, da det skal være en respons på det som fremkommer av stevningen. Følgen av slike uklarheter kan medføre at prosessen drar ut i tid, da saksøkte kan bruke tid på å argumentere for at følgene ved den aktuelle feilen skal inntre, eksempelvis preklusjon, i stedet for det som er sakens materielle spørsmål. Tilsvarende kan skje dersom tilsvaret lider av prosessuelle feil, men da i saksøkers etterfølgende prosesskriv. Dommerens veiledning knyttet til stevning og tilsvaret har således potensiale til å spare prosessen for tid og kostnader.

én part er tilnærmet utelukket «av hensyn til kontradiksjon og tilliten til rettens upartiskhet». Sitatet knytter seg primært til materiell veiledning.

⁷⁸⁷ Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 174 første spalte. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 638.

⁷⁸⁸ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013) fremholder at også veiledningen i småkravssaker skal skje med fokus på «proporsjonalitet og konsentrasjon», jf. s. 409.

⁷⁸⁹ Jf. tvl. § 11-5 første ledd andre punktum.

⁷⁹⁰ NOU 2001:32 A, s. 134 første ledd.

Forutsetningen om at forberedelsen av en småkravssak primært skal bestå av stevning og tilsvarende, legger mye press på dommerens rolle i prosessen.⁷⁹¹ Dersom forutsetningen skal være oppnåelig, må dommeren undersøke behovet for veiledning umiddelbart når skrivene kommer til retten, og veilede deretter. I tillegg må det forutsettes at partene agerer i henhold til denne veiledningen, slik at det ikke er behov for ytterligere korrespondanse. Da ikke alle småkravssaker er enkle av natur er dette idealet imidlertid nærmest å betegne som en utopi. Særlig gjelder dette når det er tale om en sak med minst én selvprosederende part, som ikke nødvendigvis er kjent med prosessuelle regler, eller hvilke bevis og argumenter som må fremmes for å oppnå det ønskede resultatet.⁷⁹²

6.4.3. Saksforberedelsen er skriftlig

Utgangspunktet for saksforberedelsen i allmennprosessen er at den gjennomføres ved en kombinasjon av muntlighet og skriftlighet.⁷⁹³ Prosesskriv utveksles, og det avholdes planmøte og saksforberedende rettsmøter. I småkravsprosessen er det imidlertid ikke adgang til å avholde rettsmøter, med unntak av sluttbehandlingsmøtet. Dette følger av at tvl. § 9-4 og § 9-5, som regulerer adgangen til å avholde henholdsvis planmøte og øvrige saksforberedende rettsmøter, ikke er gitt anvendelse i småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-2 første ledd.⁷⁹⁴ Følgen av dette er at kommunikasjon av betydning mellom retten og partene må skje gjennom prosesskriv, eller under det avsluttende rettsmøtet, jf. tvl. § 13-1 første ledd.

At saksforberedelsen gjennomføres ved skriftlig behandling, er ikke et ukjent fenomen. Også etter tvistemålsloven ble det som var av forberedelse vanligvis gjennomført skriftlig.⁷⁹⁵ Muntlig og skriftlig forberedelse var i utgangspunktet likestilt, men skriftlig behandling ble som regel valgt. Som utgangspunkt skulle dette ikke rokkes ved med innføringen av tvisteloven, men det ble åpnet for en større grad av muntlige innslag. Begrunnelsen for dette var at hensynet til forsvarlig prosess og hensiktsmessig behandling skulle være avgjørende for behandlingsformen.⁷⁹⁶ Dette indikerer at det var et ønske om at retten i den enkelte sak skulle foreta en vurdering av om forberedelsen krevde møter eller prosesskriv, noe som gjenspeiler at

⁷⁹¹ Se avhandlingens punkt 4.4.3.

⁷⁹² Noe som også fremstår som forutsatt av lovgiver, all den tid det tas til orde for blant annet økt veiledning for selvprosederende, se avhandlingens punkt 6.3.

⁷⁹³ Dette fremkommer implisitt (og i noen grad eksplisitt) av tvl. §§ 9-4 og 9-5.

⁷⁹⁴ Se avhandlingens punkt 4.5.3.

⁷⁹⁵ NOU 2001:32 A, s. 240 andre spalte.

⁷⁹⁶ NOU 2001:32 A, s. 241 første spalte. Dette har nok sammenheng med prosessmodellen som anvendes i Norge, tretrinnsmodellen. Forutsetningen for at anvendelse av modellen skal gjøre rettergangen effektiv, er at saken forberedes godt under forberedelsesstadiet, slik at det er oppnåelig å gjennomføre sluttbehandlingen i ett enkelt møte. Se Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 21.

ikke alle tvistesaker har samme behov. Lignende tankegang kan ikke gjenspores i lovreguleringen av småkravssaker.⁷⁹⁷ I disse sakene må dommeren alltid basere seg på skriftlig forberedelse, til tross for at det ikke alltid vil oppfattes som hensiktsmessig. Det er naturligvis adgang til å overføre en sak fra småkravsprosessen til allmennprosessen dersom en sak ikke forsvarlig kan behandles etter småkravsprosessens regler, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Unntaket skal imidlertid anvendes med varsomhet, og det kan ikke legges til grunn at det er tilstrekkelig for overføring at det ville vært hensiktsmessig med et saksforberedende møte.

Det er både fordeler og ulemper med skriftlig og muntlig behandling, noe som på generelt grunnlag behandles i kapittel 8.⁷⁹⁸ Spørsmålet her er hvordan en fullt ut skriftlig saksforberedelse påvirker dommerens mulighet til aktiv saksstyring og veiledning som et ledd i å forberede saken til sluttbehandling.

Forutsetningen for at saken skal behøve en fullstendig forberedelse, er at partene ikke enes om en minnelig løsning. Etter tvisteloven skal retten på ethvert trinn av saken legge til rette for at mekling skal skje, for at partene skal kunne bli enige om et resultat, og unngå en full domstolsprosess. Under saksforberedelsen i en småkravssak kompliseres dette av at prosessen er skriftlig. Det er mer komplisert å få partene i dialog når kommunikasjonen skjer via prosesskriv.⁷⁹⁹ Uten dialog minskes mulighetene for forlik. Dette har imidlertid ikke større betydning for dommerens aktive saksstyring eller veiledning, og vil således ikke problematiseres ytterligere her.⁸⁰⁰

En målsetning med å forberede saken er å unngå at retten og motparten overraskes av en parts prosessopplegg sent. Dette er en del av hensikten med pålegget om at retten skal lage en plan for prosessen, jf. tvl. § 11-6 første ledd. Forutsetningen for at planen skal motvirke overraskelser, er at den utarbeides i samarbeid mellom retten og partene. I allmennprosessen er

⁷⁹⁷ I det opprinnelige lovforslaget ble det foreslått en lik møteadgang som etter allmennprosessen. Tvistemålsutvalgets forslag til § 10-2 tredje ledd lød: «Retten skal gjennom kontakt med partene og ved nødvendig veiledning etter § 5-4 legge særlig vekt på raskt å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, og om det kan være grunnlag for en minnelig ordning. Partene skal ikke inngi skriftlige utredninger i saken, med mindre partene og retten finner at en helt ut skriftlig behandling vil være den prosessøkonomisk beste», samtidig som tvistelovens kapittel 9 II om saksforberedelsen ble gitt anvendelse, jf. NOU 2001:32 A, s. 37 andre spalte. Denne løsningen ville medført at retten kunne innkalle til saksforberedende møter i henhold til tvl. §9-4 og § 9-5. Forslaget ble imidlertid fraveket av Justisdepartementet, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 andre spalte.

⁷⁹⁸ Se avhandlingens punkt 8.2.

⁷⁹⁹ Se eksempelvis Peter Westberg, Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål (2010), s. 158, for en beskrivelse av finessen dommeren bør utvise når det skal legges til rette for enighet mellom partene i rettergangen. Dommeren må resonere frem en løsning med partene. Dette er utvilsomt vanskeligere skriftlig enn muntlig.

⁸⁰⁰ Se imidlertid avhandlingens punkt 4.4.2.

det derfor inntatt et tilnærmet obligatorisk planmøte, jf. tvl. § 9-4, der et av hovedelementene er at partene og retten skal kunne samtale om når prosessens steg bør gjennomføres, samtidig som tvistespørsmålene kan klarlegges.⁸⁰¹ Tilsvarende forum eksisterer ikke etter småkravsprosessens regler, til tross for at planmøte jevnt over er fremhevet som et effektiviserende element i allmennprosessen.⁸⁰² Retten må dermed lage et oppsett for en plan på egen hånd, eller gjennomføre en uformell samtale med partene utenfor rettsmøte. Forutsetningen for sistnevnte er at det ikke diskuteres spørsmål som har betydning for saken. Er det imidlertid behov for ytterligere klarlegging av sakens tvistespørsmål basert på partenes stevning og tilsvaer, må planen formidles partene skriftlig. Dersom partene har innspill til tidsplanen må også dette formidles via prosesskriv, noe som medfører en fare for at prosessen drar unødig ut i tid. Når planlegging av saken har som formål å være effektiviserende er dette ikke heldig. En mer uformell samtale i et rettsmøte avholdt som fjernmøte ville nok i de fleste tilfeller vært mer effektivt enn den løsning dagens regel legger opp til.

Den største ulempen med skriftlig forberedelse er begrensingen formen legger på kommunikasjonen mellom partene og retten. Dette medfører for det første en økt fare for misforståelser av både prosessuell og materiell art, da det ikke er rom for umiddelbare oppklaringsspørsmål, slik det vil være mulig med i et rettsmøte.⁸⁰³ Misforståelser kan enten gjøre at behovet for ytterligere skriftveksling øker, noe som kan medføre at prosessen drar ut i tid, eller at spørsmål oppstår under sluttbehandlingen, slik at denne må utsettes. Ingen av alternativene er heldig i en småkravssak, som er særlig tidssensitiv. Må misforståelser rettes opp sent i prosessen, er det større fare for at konsekvensen blir en mindre effektiv og dyrere prosess. Et av elementene i begrunnelsen for eksempelvis et muntlig planmøte i allmennprosessen er at retten og partene enkelt skal kunne kommunisere tidlig i prosessen, for å klargjøre hva som er tvistens spørsmål, og hva som skal behandles under

⁸⁰¹ I henhold til tvl. § 9-4 andre ledd første punktum er planmøte et obligatorisk ledd i en sak etter allmennprosessen, og dette skal skje i rettsmøte, jf. tredje ledd. Kun der «sakens framdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte åpenbart er unødvendig, kan retten be om partenes skriftlige uttalelse eller få den nødvendige avklaring på annen måte», jf. tvl. § 9-4 tredje ledd.

⁸⁰² Se tvl. § 10-2 første ledd, jf. NOU 2001: 32 B, s. 749 andre spalte samt Jo Hov, Rettergang i sivile saker (2017), s. 169. Også evalueringen av tvisteloven gir et inntrykk av at planmøte har vært et positivt tilskudd for å øke effektiviteten, se tvistelovsevalueringen s. 41. Dette synet har blitt opprettholdt i høringsnotatet (2018), jf. s. 10.

⁸⁰³ At muntlighet enklere kan bote på misforståelser har vært lagt til grunn i lange tider. Se eksempelvis Francis Hagerup, Forelæsninger over den norske civilproces, H. Aschehoug (Kristiania 1895), s. 38, der det uttales at «Den muntlige forhandlings fortin bestaar deri, at den giver retten et mere levende og anskueligt indtryk af sagen, ligesom den betinger et friere forhold mellem retten og parterne, hvorved det bliver muligt for retten under selve forhandlingen at faa berigtiget misforstaaelser og opklaret dunkelheder».

hovedforhandlingen.⁸⁰⁴ Dette illustrerer at også lovgiver har lagt til grunn at kommunikasjon kan skje enklere muntlig. Det er vanskelig å se hvilken begrunnelse som skulle tilsi at et slikt behov aldri vil oppstå i en småkravssak. Tvert imot er det vel heller slik at et økt antall selvprosederende kan gjøre at behovet for muntlig kommunikasjon blir større.

Dersom en part er selvprosederende, er det etter stevning eller tilsvar er inngitt, heller ingen mulighet til å få hjelp fra retten til å sette opp prosesskriv for å luke vekk misforståelser. Dette følger av en antitetisk tolkning av tvl. § 12-1 andre ledd, der det kun fremgår at partene kan inngi «stevning, tilsvar, anke, begjæring om oppfriskning og begjæring om gjenåpning» muntlig. Der en sak krever ytterligere skriftveksling enn de innledende prosesskriv, som partene kan få hjelp til, øker således faren for misforståelser. Følgen kan bli at enda mer skriftveksling kreves for å oppnå klarhet.

For det andre kan veiledning enklere kan gjennomføres ved muntlig kommunikasjon.⁸⁰⁵ Behovet for veiledning oppstår ved at partenes prosessopplegg er uklart eller ufullstendig. Retten må derfor i første omgang meddele parten det gjelder at det foreligger en uklarhet eller mangel. Dette er for så vidt greit dersom parten evner å oppklare uklarheten, eller å gi den manglende informasjonen i neste prosesskriv. Problemer oppstår imidlertid der parten enten ikke forstår hva det er retten etterspør, eller at parten rett og slett misforstår veiledningen. Oppklaring forutsetter da at retten og parten/partene starter en skriftutveksling, noe som kan medføre at prosessen drar ut i tid. I et møte kan tilsvarende gjøres helt kort og umiddelbart, med den følge at oppklaring skjer tidligere i prosessen.

For det tredje påvirker skriftlighet som form hvor tydelig veiledning må formidles. I motsetning til der veiledningen skjer muntlig, må retten der veiledningen er skriftlig, være særlig påpasselig med at det som meddeles en part, ikke kan misforstås. Veiledningen må typisk skje ved at retten stiller partene spørsmål. Det er altså større rom for fortolkning av rettens spørsmål, slik at veiledningen ikke blir så presis som ønskelig. Når spørsmålene stilles skriftlig, uten at partene har mulighet til å stille direkte oppfølgingsspørsmål, forvanskes prosessen med oppklaring.⁸⁰⁶ Det er også en økt fare for at partene helgarderer seg og responderer på flere alternative tolkninger av rettens spørsmål, noe som kan medføre en mer omstendelig skriftveksling enn nødvendig.

⁸⁰⁴ Jf. tvl. § 9-4 andre ledd første punktum, jf. tredje ledd første punktum.

⁸⁰⁵ Erik Eldjarn, Materiell prosessledelse (2016), s. 283.

⁸⁰⁶ Dialogen blir mindre dynamisk ved skriftlig behandling, jf. Erik Eldjarn, Materiell prosessledelse (2016), s. 162.

I småkravsprosessen er det i tillegg lagt opp til at retten må være mer bevisst på partenes veiledningsbehov enn det som er tilfelle etter allmennprosessen.⁸⁰⁷ Likevel skal retten ikke gi råd, jf. tvl. § 11-5 syvende ledd. I forarbeidene er det imidlertid uttalt at:

«Men det retten har atskillig spillerom for i stedet for å gi råd, er å tilføre parten kunnskap om hva som mer generelt kreves, faktisk og rettslig, for at krav av den aktuelle skal kunne føre frem. Derved vil retten ofte kunne gi parten et grunnlag for selv å trekke de nødvendige konklusjoner for hva som bør påberopes i saken og ellers for hvordan saken bør legges opp».⁸⁰⁸

Grensedragningen mellom rådgivning og tilføring av kunnskap kan kompliseres av at partene skal motta veiledningen skriftlig. Det formelle språket som retten presumtvt benytter i brevene der veiledningen formidles, kan oppfattes som implisitt rådgivning, i alle fall av en selvprosederende, til tross for at retten kun mener å informere om vilkårene for den ønskede rettsfølgen. Dette kan medføre enkelte uønskede konsekvenser. Parten som mottar veiledningen kan eksempelvis oppfatte rettens inngripen som førende for hvilket standpunkt eller hvilken retning eget prosessopplegg burde ta, og således oppfatte veiledningen som rådgivning. Uavhengig av dette kan også motparten oppfatte veiledningen som rådgivning, med den følge at tilliten til dommeren som en uhildet aktør minskes. I et muntlig møte kan kommunikasjonen skje mer uformelt, noe som kan bøte på eventuelle misforståelser.

For det fjerde vanskeligjøres rettens vurdering av hvor mye materiell veiledning som skal gis i den konkrete saken. I henhold til loven er det eksempelvis også anledning til å veilede om nye påstandsgrunnlag.⁸⁰⁹ Skriftlig kommunikasjon forvansker imidlertid dommerens mulighet for en utredning av et eventuelt alternativt prosessopplegg. Dersom partene fremstiller saken veldig nøkternt i stevningen og tilsvaret, har dommeren ingen foranledning til å spørre partene om hvordan de stiller seg til et mulig alternativt påstandsgrunnlag. Dette kan jo skyldes at saken er enkel, og at partene har kontroll over hva som skal behandles. Faren er imidlertid at dommeren under sluttbehandlingen observerer at tvistens spørsmål aktualiserer et annet påstandsgrunnlag. På dette tidspunktet er det imidlertid som regel for sent å veilede partene om alternative påstandsgrunnlag, da det kan medføre et behov for utsettelse av saken. Utsettelser i småkravssaker er rent unntaksvis aktuelt. Der selvprosederende parter deltar i prosessen, er det grunn til å anta at behovet for utsettelse er høyaktuelt, da det må anses som lite sannsynlig at

⁸⁰⁷ NOU 2001:32 A, s 341 andre spalte.

⁸⁰⁸ NOU 2001:32 B, s. 710 første spalte.

⁸⁰⁹ Jf. tvl. § 11-5 fjerde og femte ledd. *Eldjarn* fremholder imidlertid at denne adgangen, adgangen til å veilede om alternative prosessopplegg, begrenses i småkravsprosessen på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger, jf. Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 292.

disse har paratkunnskap nok til å anføre noe nytt umiddelbart under møtet. Sett i lys av ankebegrensingen for saker under kr 125 000 innebærer dette at det alternative påstandsgrunnlaget som regel vil være tapt for partene. At vurderingen av behovet for materiell veiledning vanskeliggjøres, er også i strid med ønsket om at prosessretten, herunder veiledningsreglene, skal legge til rette for et materielt riktig resultat.

En siste faktor som påvirkes av at kommunikasjonen mellom partene og retten skjer skriftlig, er at det er potensiale for at partene ikke får frem hvilke elementer i saken som de er enige om. Dersom begge eller en av partene er selvprosederende, kan upresise angivelser av problemstillinger gjøre at partene argumenterer forbi hverandre, uten at retten nødvendigvis klarer å identifisere enigheten. Også slike misforståelser kan medføre behov for ytterligere prosesskriv og brevveksling eller, i verste fall, at det først kommer frem under sluttbehandlingen at partene egentlig er enig. En grunnstein i klarleggingsplikten er å identifisere hva partene er enige om, noe som tilsier at det bør legges til rette for en forenklet kommunikasjonskanal.⁸¹⁰

Enkelte fordeler kan likevel høstes ved at forberedelsen er skriftlig. Veiledning via brev blir eksempelvis mer etterprøvable enn der veiledning skjer muntlig. Særlig når det er tale om materiell veiledning kan dette være en fordel, da det i mindre grad er fare for habilitetsinnsigelser.⁸¹¹ Begge parter har til enhver tid oversikt over hvilken kommunikasjon motparten har hatt med retten. Skriftlig veiledning er derfor fremhevet som et effektivt virkemiddel mot habilitetsproblematikk, da veiledningen blir etterprøvable, noe som har medført at det i forarbeidene uttales at veiledning om materielle spørsmål ikke skal skje muntlig.⁸¹²

I tillegg vil partene få bedre tid til å områ seg når kommunikasjonen skjer skriftlig. I motsetning til et muntlig møte, der uttalelser kan komme impulsivt, kan partene tvinges til å tenke igjennom formuleringer og formeninger ved at de må skrives ned.

Det er også slik at enkelte sakstyper generelt sett er fremholdt som bedre egnet for skriftlig fremstilling enn muntlig fremstilling. Dette gjelder eksempelvis saker som er dokumenttunge.⁸¹³ Hvorvidt slike saker vil gå etter småkravsprosessen avhenger imidlertid av den konkrete saken. Dokumenttunge saker kan for eksempel bli for omfattende til at saken kan

⁸¹⁰ Se Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 22.

⁸¹¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 andre spalte.

⁸¹² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 andre spalte.

⁸¹³ Se eksempelvis Ulf Stridbeck, «Muntlighet vid domstol i Norge», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden, Iustus* (Uppsala 2005), s. 118.

få en forsvarlig behandling etter småkravsprosessen. I tillegg er det slik at selvprosederende nok ikke vil ha lett for å fremstille innholdet i et stort materiale presist skriftlig. Den generelle slutningen om hvilke sakstyper som egner seg for skriftlig behandling passer dermed ikke alltid i småkravsprosessen.

Som argumenter for at all saksforberedelse skal være skriftlig er vekten til faktorene imidlertid begrenset. Tvistelovens regler for småkrav kan ikke være basert på et ønske om at en småkravssak alltid skal passe en gitt beskrivelse. I alle fall ikke når det viser seg at småkravssaker kan ha et mer komplekst bevisbilde enn som så. Et forslag til endringer som kan bøte på problematikken med skriftlig forberedelse kommer jeg tilbake til nedenfor.⁸¹⁴

6.4.4. Forberedelsen mangler klare rammer

En forutsetning for at planlegging av saken skal medføre et effektiviserende element, er at planen følges. For at partene skal få et incentiv til å opptre i henhold til planen, fremgår det av tvl. § 10-2 tredje ledd at partene plikter:

innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det.

Sakens bevisbilde skal altså etter lovens system være klart én uke før sluttbehandlingen. Fristen er kortere enn det som gjelder etter allmennprosessen, og kan bidra til at nye bevis kommer inn relativt sent i prosessen. Dersom det er tale om en typisk småkravssak, med et oversiktlig bevisbilde, er nok dette uproblematisk. Er sakskomplekset mer uoversiktlig, og det fremsettes helt nye bevis, kan imidlertid en uke til forberedelse være knapt. Retten er imidlertid gitt adgang til å oppstille ytterligere frister etter tvl. § 11-6 andre ledd. Dersom saken er i det øvre sjiktet av kompliserte småkravssaker, kan altså retten pålegge partene å gi en oversikt over bevis før lovens frist.⁸¹⁵ Dette er nok rent unntaksvis nødvendig, men er en mulighet.⁸¹⁶

Utover bevisfremsettelsesfristen er det ingen lovpålagte frister i småkravsprosessen.⁸¹⁷ Dette innebærer at partene i realiteten er gitt adgang til å fremme nye krav, påstander og

⁸¹⁴ Se avhandlingens punkt 6.8.

⁸¹⁵ At § 11-6 andre ledd gir hjemmel til å sette tidligere frister enn det som følger av lovens øvrige bestemmelser er også lagt til grunn i teorien, jf. Christian Reusch, Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker (2016), s. 174.

⁸¹⁶ I forarbeidene gis det uttrykk for at fristene kan brukes som et instrument til å sikre at rettergangen kan avvikles innenfor tidsrammen «rimelig tid», som presentert ovenfor, jf. NOU 2001:32 A, s. 134 andre spalte.

⁸¹⁷ Se avhandlingens punkt 7.2.2.

påstandsgrunnlag helt frem til, og også under, sluttbehandlingen.⁸¹⁸ Dersom denne adgangen benyttes sent i prosessen, kan det medføre at saken må utsettes, eller at sluttbehandlingen må forlenges. Fra et prosessøkonomisk perspektiv må dette unngås i småkravssaker. Også her har adgangen til å sette frister etter tvl. § 11-6 andre ledd betydning. Ved at retten pålegger partene å presentere prosessopplegget sitt i god tid før sluttbehandlingen, er det en større mulighet for å oppnå konsentrasjon av prosessen, da eventuelle uklarheter eller misoppfatninger kan avklares.⁸¹⁹ Avhengig av hva den nye prosesshandlingen er ment å tilføye, kan saken få et annet fokus, eller saken kan bli mer omfangsrik. Eksempelvis vil fremsettelsen av et nytt påstandsgrunnlag kunne kreve en annen form for bevisførsel. Skal dommeren legge til rette for at fremsettelse av nytt prosesstoff ikke skal forsinke prosessen, må partene få en klar oppfordring til å presentere eventuelle nye prosesshandlinger på et tidligst mulig tidspunkt under forberedelsen. Oversikt over hva som faktisk skal behandles under sluttbehandlingen er også en forutsetning for å beramme rettsmøtet, da det i utgangspunktet ikke avsettes mer enn en halv rettsdag til saken. Rettsmøtet tåler således ikke tilførsel av mye ekstra prosesstoff før tidsrammene sprenges.

Hvordan fristene etter tvl. § 11-6 andre ledd skal settes, var et tema under lovarbeidet. Av Tvistelovsutvalget ble det fremholdt at fristene burde være mest mulig klare, slik at de burde knyttes til konkrete datoer.⁸²⁰ Spørsmålet er imidlertid ikke eksplisitt regulert i loven. I småkravssaker er det imidlertid gode grunner for at konkret datering av fristene bør være hovedregelen. Følgene av å oversitte en frist kan ha stor betydning for partene. Særlig gjelder dette frister som kan medføre fravær, eller preklusjon. Sett i lys av at småkravsprosessen skal tilrettelegge for selvprosederende parter samt det generelle ønsket om at rettstap ikke skal inntreffe på grunn av formalfeil, er det gode grunner for at retten må sette frister til konkrete datoer heller enn til uker/måneder eller lignende.

Følgen av å oversitte fristene er temaet i avhandlingens neste kapittel. Helt kort kan det nevnes at min oppfatning er at retten må bruke adgangen til å oppstille egne frister aktivt under planleggingen av saken. Loven legger opp til at frister må oppstilles dersom preklusjon av prosesshandlinger skal skje. Uten mulighet for preklusjon, er det en større fare for at prosessen kan dra ut i tid.⁸²¹

⁸¹⁸ Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 190.

⁸¹⁹ For mer om dette, se avhandlingens punkt 6.4.

⁸²⁰ NOU 2001:32 B, s. 711 første spalte.

⁸²¹ Se avhandlingens punkt 7.2.3.

Partene skal heller ikke inngi sluttinnlegg i en småkravssak, noe som følger av at tvl. § 9-10 ikke er gitt anvendelse i småkravsprosessen.⁸²² Dette medfører at partene selv ikke har noe incentiv til å redegjøre for hvordan de oppfatter sakens tvistesporsmål etter forberedelsens slutt. Dersom småkravsprosessens ideal faktisk oppfylles, slik at forberedelsen kun har bestått av stevning og tilsvaer, er dette neppe et større problem. Sluttinnlegget i allmennprosessen har som formål å oppsummere saken der partene har sendt inn flere prosesskriv.⁸²³ Som konstatert ovenfor, er det nok en fare for at forberedelsen ikke gjennomføres så konsentrert, i alle fall ikke der det er tale om selvprosederende parter. For sluttbehandlings del er manglende lovpålagt oppsummering en grobunn for forsinkelser. Det er ikke gitt at partene sitter igjen med et likt inntrykk av hva det er som trenger å undergå behandling under sluttbehandlingen dersom forberedelsen har dratt ut i flere skriftvekslinger, i alle fall dersom disse har vært noe upresist formulert. Uten at partene og retten er samkjørt om hva som er det interessante å diskutere, kan ikke saksforberedelsen sies å ha oppfylt sitt formål. En form for oppsummerende skriv kan bidra til å avdekke eventuelle misforståelser.⁸²⁴

6.5. Sluttbehandlingen

6.5.1. Saksforberedelsens betydning for sluttbehandlingen

Dersom dommeren mener at noen av momentene som inngår i planleggingen, må drøftes nærmere med partene, har vedkommende to alternativer. Enten kan partene kontaktes via brev eller så kan spørsmålet tas opp under sluttbehandlingen.⁸²⁵ I et scenario der en eller begge parter er selvprosederende, kan det som nevnt bli vanskelig å få avklart spørsmål gjennom skriftlig kommunikasjon.⁸²⁶ I henhold til lovens løsning må da rettsmøtet til sluttbehandling starte med

⁸²² Dette er ikke gitt noen større begrunnelse, utover det generelle ønsket om en mindre formell og prosessøkonomisk gunstig prosess. Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 første spalte sammenholdt med s. 200 første og andre spalte.

⁸²³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 395 andre spalte.

⁸²⁴ Se avhandlingens punkt 6.8.2.

⁸²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 første og andre spalte. Tv1. § 9-6 er gitt anvendelse i småkravsprosessen, jf. tv1. §10-2 første ledd. Også denne bestemmelsen er fremholdt som et verktøy for aktiv saksstyring, jf. Christian Reusch, *Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker* (2016), s. 171. Av bestemmelsens fjerde ledd fremgår det at «[a]vgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen treffes etter skriftlig behandling. Muntlig forhandling holdes når hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det». All den tid bestemmelsen er gitt anvendelse, uten forbehold, i småkravsprosessen, skulle man kunne anta at adgangen til å holde møter under forberedelsen også gjaldt her. Dette ble imidlertid blankt avvist i forarbeidene, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 første spalte. Den rettsstilstand forarbeidene uttalelse forespeiler er også lagt til grunn i teorien som gjeldende rett, se eksempelvis Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 218.

⁸²⁶ Et eksempel fra praksis der spørsmål er oppstått under saksforberedelsen, og deretter behandlet på

en gjennomgang av aktuelle saksbehandlingsspørsmål.⁸²⁷ Om denne løsningen er den mest effektive, sett i lys av at sluttbehandlingen ideelt sett skal gjennomføres i løpet av 3-4 timer, kan diskuteres. Uten adgang til rettsmøter under forberedelsen av saken er dette likevel alternativene. Dersom spørsmål skal tas opp under sluttbehandlingen, må dette nødvendigvis gå ut over tiden som har vært avsatt til rettsmøtet, noe som kan innebære at saken må berammes over flere timer enn det som umiddelbart ville vært nødvendig. Det er således en nær sammenheng mellom de avgjørelser som tas under forberedelsen, og tidsrammene for sluttbehandlingen.

Hvor omfattende dommerens rolle blir under sluttbehandlingen for øvrig, avhenger også av jobben som er gjort under saksforberedelsen. Ideelt sett skal ikke retten behøve å bedrive veiledning under sluttbehandlingen, noe som skulle tilsi at dommerens rolle ville være mer tilbaketrukket på dette stadiet av prosessen. Forutsetningen er at partene har fått korrekt og nødvendig veiledning under forberedelsen. Som vist i punkt 6.4 kan det ikke uten videre legges til grunn at dette er tilfellet når en sak er behandlet etter småkravprosessen.

6.5.2. Forenkling av sluttbehandlingen

Dommerens plikt til å styre saken avsluttes ikke etter forberedelsen er slutt. Det fremgår av tvl. § 10-3 femte ledd at:

Ved åpningen av rettsmøtet kontrollerer retten at det er lagt til rette for at forhandlingene kan foregå på en hensiktsmessig måte. § 9-15 gjelder tilsvarende, men retten kan forenkle behandlingen slik at nødvendig konsentrasjon oppnås.

Utgangspunktet for saksstyringen under sluttbehandlingen må være å tilrettelegge for at alt prosesstoff som er nødvendig for rettens avgjørelse, blir presentert, men ikke mer.⁸²⁸ Dette kan utledes av tvl. § 10-3 femte ledd, sammenholdt med tvl. § 11-1 første ledd som sier at «[a]vgjørelser etter [...] sluttbehandling i småkravprosess [...] treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøtet» samt proporsjonalitetsprinsippet.

saksforberedelsestadiet skriftlig, finnes i en dom fra Heggen og Frøland tingrett. Her var spørsmålet hvorvidt saken skulle avvises etter tvl. § 19-15, da den ene parten mente spørsmålet var rettskraftig avgjort. Det ble uttalt at det var «ubetenkelig at spørsmålet avgjøres etter skriftlig behandling» jf. THEGG-2017-60043. Her var imidlertid begge partene representert ved advokat, og det var en sak som ble ført etter allmennprosessen.

⁸²⁷ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 360.

⁸²⁸ Retten må «påse at tiden brukes effektivt», jf. Christian Reusch, *Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker* (2016), s. 177.

I tillegg skal sluttbehandlingsmøtet i de fleste tilfeller avholdes i løpet av få timer, eller maksimum én rettsdag. Plikten til aktiv saksstyring under sluttbehandlingen er avgjørende for at dette skal være gjennomførbart.⁸²⁹ I tillegg skal sluttbehandlingen av en småkravssak være forenklet, sammenlignet med en hovedforhandling etter allmennprosessen, jf. tvl. § 10-3. Det må formodes at adgangen til å forenkle sluttbehandlingen må anvendes flittig dersom saken skal kunne gjennomføres innenfor de angitte tidsrammene på 3-4 timer. Dette, i sammenheng med at prosessen i en småkravssak skal kunne skreddersys, medfører at dommeren får et særlig ansvar for å styre prosessen.⁸³⁰ Spørsmålet er hvilke tiltak dommeren kan iverksette for å forenkle sluttbehandlingen sammenlignet med en tradisjonell hovedforhandling.

Også under sluttbehandlingen skal dommeren legge til rette for mekling.⁸³¹ Det vil nok rent unntaksvis være prosessøkonomisk å bruke av den allerede knappe tiden til omfattende mekling på dette tidspunktet i prosessen. Forutsetningen må være at det under saksforberedelsen fremstår som en reell mulighet for forlik.⁸³² Dersom dette er tilfelle må imidlertid mekling prioriteres under sluttbehandlingen, da det som nevnt er mekling i møte som har størst mulighet for å ende opp i et forlik.⁸³³

Dersom mekling ikke er aktuelt, må det tas stilling til eventuelle saksbehandlingsspørsmål oppstått under saksforberedelsen, som må behandles muntlig. Der dette er tilfelle bør dommeren legge opp til at spørsmålene behandles på raskest mulig måte, da rettsmøtet skal være kort. Tiden bør derfor fortrinnsvis anvendes til sakens materielle spørsmål.

Sluttbehandlingens øvrige gjennomføring styres etter samme modell som en hovedforhandling, men i forenklet form. Som vist ovenfor er det opp til dommeren å avgjøre hvordan forenklingen av sluttbehandlingen skal skje. Likevel er dommeren ikke gitt mulighet til å sette tidsrammer for det enkelte steg av prosessen. Begrunnelsen er:

«[f]or det første [at] rettsmøtene [vil] være så kortvarige at det vil være lite praktisk. For det annet må det ses i sammenheng med at proporsjonalitetsprinsippet er gitt sterkere gjennomslag enn i allmennprosessen, slik at retten i sin styring av saken er gitt flere virkemidler til å oppnå

⁸²⁹ Se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 219.

⁸³⁰ Dette er fremholdt som et generelt viktig poeng i prosesssystemer bygd opp etter tretrinnsmodellen, jf. Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 24-25.

⁸³¹ Jf. tvl. § 8-1 første ledd, der det fremkommer at retten skal vurdere muligheten for en minnelig løsning på ethvert trinn av saken, herunder også på sluttbehandlingsstadiet.

⁸³² Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 361.

⁸³³ Se avhandlingens punkt 4.5.2.

en begrensning av tidsbruken, både gjennom tredje punktum og femte ledd annet og tredje punktum». ⁸³⁴

Når det her er tale om andre «virkemidler» for å sikre en proporsjonal rettergang, er det blant annet tale om avskjæring av bevis, og ikke forenkling av selve rettsmøtets oppsett.

Ved at det ikke er adgang til å sette frister for det enkelte elementet i sluttbehandlingen, må forenklingen skje på annen måte. Mest nærliggende er det å anta at enkelte elementer fra tvl. § 9-15 unntas fra behandlingen fullstendig. Dersom det er enighet om de faktiske forholdene i saken, er det eksempelvis mulig å gjennomføre sluttbehandlingen uten partenes innledningsforedrag. Det vil være unødvendig bruk av tid innenfor sluttbehandlings stramme tidsrammer, sett i lys av at tvl. § 9-15 første ledd pålegger retten å klarlegge blant annet «påstandsgrunnlag og bebudet bevisføring» ved rettsmøtets start. Dersom retten bruker denne muligheten godt, kan det bidra til en mer konsentrert fremstilling av saken, eventuelt med en mulighet for partene til å supplere. Her er det naturlig at retten supplerer med eventuell veiledning som ikke er nådd frem under forberedelsen, som et ledd i klargjøringen.

I tillegg er det i småkravsprosessen gitt videre rammer til å begrense bevisførselen til kun det som anses som forsvarlig og proporsjonalt. ⁸³⁵ Hvorvidt avskjæringsadgangen skal benyttes vil ha betydning for oppsettet og planleggingen av sluttbehandlingen. Når forutsetningen for avskjæring på dette grunnlaget er at bevisføringen likevel skal være forsvarlig, må det innebære at avskjæringen ikke endrer sakens innhold nevneverdig. Det er således et verktøy som kan benyttes til å sikre større effektivitet i saken, og som er et element i saksstyring.

Partenes forklaringer kan tendere til å bli omfattende. I norsk rett er det imidlertid sett på som en rettighet å få forklart saken sin til retten. ⁸³⁶ Det er dermed ikke aktuelt å kutte ut partsforklaringene. Dersom disse blir for langtekkelige må imidlertid dommeren gripe inn, og be om at parten kommer til poenget raskere, og kanskje også stille parten mer konkrete spørsmål. ⁸³⁷ Hvis parten er selvprosederende, kan det være særlig behov for slik dommerbistand. ⁸³⁸ Parten har da ikke blitt forberedt av en juridisk kyndig person, og det kan

⁸³⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 402 første spalte.

⁸³⁵ Vilkårene for avskjæring behandles i neste kapittel, i punkt 7.5.2.

⁸³⁶ Christian Reusch, Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker (2016), s. 179.

⁸³⁷ Jf. tvl. § 23-2 andre ledd andre punktum. Se også Christian Reusch, Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker (2016), s. 179.

⁸³⁸ Her må imidlertid dommeren være særlig oppmerksom på eget kroppsspråk og fremtoning, slik at den selvprosederende ikke får et inntrykk av at utspørringen innebærer at dommeren har tatt motpartens parti. Se Anne Lise Rønneberg, «Tilsynsutvalget for dommere – overvåker av god dommerskikk», Arne Fanebust m.fl. (red.), Juss og etikk, Universitetsforlaget (Oslo 2005) (s. 129-149), s. 144-145.

da være vanskelig å identifisere hva som er relevant for det rettslige spørsmålet som behandles.⁸³⁹ En slik form for utspørring skal i denne sammenheng kun bidra til å effektivisere prosessen, og er i teorien noe annet enn veiledning. Veiledning under sluttbehandlingen skjer nok likevel gjennom en tilsvarende utspørring av partene, noe som gjenspeiler at dommerens verktøy har en nær sammenheng.

Et annet tiltak er at innledningsforedrag og partsforklaring slås sammen. Dette er eksempelvis gjort i en sak for Oslo tingrett.⁸⁴⁰ Behovet for denne form for forenkling er nok størst der en selvprosederende deltar i prosessen. I det tilfelle, er det ikke usannsynlig at de to elementene i saken kan ta mye tid. Det må eksempelvis kunne presumeres at den selvprosederende parten gjerne vil fremheve mye av de samme omstendighetene i innledningsforedraget og i egen forklaring. Innledningsforedraget skal jo være en fremstilling av de faktiske forholdene og hvordan de faktiske omstendighetene begrunner kravet, og partsforklaringen skal bestå av en forklaring om partens oppfatning av de faktiske forholdene.⁸⁴¹ Slås innledningsforedraget og partsforklaringen sammen, får man bare én fremstilling av saken. I tillegg blir det presumtivt mer oversiktlig, både for motparten og retten, å forholde seg til en fremstilling enn to. Oversikt over hva den enkelte part mener er de relevante faktiske omstendighetene i saken, er en forutsetning for en effektiv behandling.

En annen måte å forenkle behandlingen på, kan være å avslutte rettsmøtet uten prosedyre, eller «avslutningsinnlegg».⁸⁴² Dette forutsetter at retten har fått tilstrekkelig informasjon om partenes standpunkter til sakens spørsmål under sluttbehandlingen for øvrig. I enkle småkravssaker er dette et velegnet virkemiddel, særlig i saker med selvprosederende.⁸⁴³

Dersom sluttbehandlingen i en småkravssak skal være effektiv, må retten benytte seg aktivt av adgangen til å forenkle prosessen. Hver sak må skreddersys. Ideelt sett bør saksgangen være fastsatt forut for rettsmøte, eller senest ved sluttbehandlingsstart.⁸⁴⁴ Hvorvidt dette er mulig, avhenger imidlertid av om saken er forberedt godt nok. Planleggingen av sluttbehandlingen forutsetter at retten har oversikt over hva som skal gjennomgås under møtet. Ses det til hindrene

⁸³⁹ I evalueringen av tvisteloven ble økt antall selvprosederende sett på som en faktor som medførte at arbeidet med aktiv saksstyring ble mer omfattende, jf. tvistelovsevalueringen s. 95 samt Christian Reusch, Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker (2016), s. 181.

⁸⁴⁰ Se TOSLO-2017-161928.

⁸⁴¹ Se tvl. § 9-15 andre ledd samt Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistløsning* (2017), s. 659.

⁸⁴² Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 357.

⁸⁴³ Se avhandlingens punkt 6.3.2.

⁸⁴⁴ At saken er ferdig forberedt når sluttbehandlingen starter, er jo en forutsetning for at tretrinnsmodellen skal fungere etter sin hensikt, se Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 21.

for funksjonsoppnåelse for småkrav, er forutsetningen for at småkravsprosessen faktisk skal være et positivt bidrag, at forberedelsen er vel gjennomført.

6.6. Særlig om dommerens rolle i forbrukersaker

6.6.1. EØS-avtalen og prosessretten

Småkravssaker kan omhandle mange ulike rettsspørsmål, og er ikke tematisk avgrenset. Likevel er det grunn til å tro at et ikke ubetydelig antall saker vil omhandle forbrukerspørsmål.⁸⁴⁵ Dette skyldes at spørsmål om eksempelvis reklamasjon av forbruksgjenstander gjerne har en tvistesum under kr 125 000, samtidig som sakskomplekset ikke aktualiserer unntaksbestemmelsen i tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Etter tvistelovens regler har ikke klassifiseringen av en sak som forbrukersak noen betydning. Etter norsk rett avhenger dermed også plikten til å veilede om materielle spørsmål i utgangspunktet av forholdene i den enkelte sak, der blant annet disposisjonsprinsippet taler for tilbakeholdenhet.⁸⁴⁶ For forbrukersaker stiller dette seg noe annerledes, grunnet en utvikling knyttet til *ex officio* anvendelse av ulike forbrukerdirektiv hos EU-domstolen.⁸⁴⁷ I det videre skal utviklingen analyseres, med det formål å vurdere hvorvidt dommerens plikt til å veilede om materielle spørsmål utvides i forbrukersaker.⁸⁴⁸ Spørsmålet her er hvorvidt retten har en utvidet plikt til å veilede om materielle spørsmål i forbrukersaker gjennom EØS-avtalen.

Det følger av EØS-loven⁸⁴⁹ § 2 at:

Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold.

⁸⁴⁵ I «access to justice»-diskusjonen er forbrukersaker fremhevet som en sakstype som har et særlig behov for tilrettelegging av prosessen for å sikre domstolstilgang, dersom det skal være mulig å ha offentlig kontroll. Se Per Henrik Lindblom, Sena Uppsatser (2006), s. 130-131.

⁸⁴⁶ Erik Eldjarn, Materiell prosessledelse (2016), s. 240.

⁸⁴⁷ I dag er de aktuelle forbrukerdirektivene directive 93/13/EEC of 5. April 1993 on unfair terms in consumer contracts og directive 2011/83/EU of 25. October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

⁸⁴⁸ Det kan også problematiseres om rettens adgang eller plikt til å veilede om materielle spørsmål blir påvirket av EMK. Problemstillingen vil ikke bli behandlet her. Det skyldes primært at saker der krenkelse av EMK er påberopt, eller burde vært påberopt, tilnærmet aldri vil behandles etter småkravsprosessen. Dersom det er mulig å anføre en menneskerettslig krenkelse må nok saken overføres til allmennprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Om problemstillingen generelt, se Erik Eldjarn, Materiell prosessledelse (2016), s. 244-277.

⁸⁴⁹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 27. november 1992 nr. 109.

En av disse forpliktelsene er forbrukerdirektivet, som ble inntatt i EØS-avtalen i 2012.⁸⁵⁰ Forrangsregelen pålegger rettsanvenderen å tolke nasjonale regler i samsvar med de lovbestemmelsene som tjener til å oppfylle EØS-reglene, så fremt rettsgrunnlaget åpner for slik tolkning. Vernet etter forbrukerdirektivet ivaretas gjennom bestemmelsene i lov om forbrukerkjøp samt avtaleloven § 36 og 37.⁸⁵¹

Når det gjelder prosessretten, er hovedregelen nasjonal prosessautonomi.⁸⁵² EU, og også EØS-samarbeidet, skal altså i utgangspunktet ikke påvirke statenes prosessregler. Dette gjelder uavhengig av sakstype, slik at prosessautonomi også er hovedregelen for forbrukersaker. Regelen om prosessautonomi gjelder imidlertid ikke uten unntak. EU-domstolen har uttalt at:

«det, når der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at udpege de kompetente retter og fastsætte de processuelle regler for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som EU-retten medfører for borgerne, men disse regler må dog ikke være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret (ækvivalensprincippet), og de må heller ikke i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Unionens retsorden (effektivitetsprincippet)».⁸⁵³

Prinsippene om ekvivalens og effektivitet innebærer altså at medlemsstatenes prosessautonomi kun gjelder så fremt de ikke innebærer at det er vanskeligere å gå til søksmål om rettigheter tilknyttet EØS-avtalens saklige virkeområde enn øvrige søksmål samt at det må tilrettelegges for en effektiv ivaretagelse av disse rettighetene.⁸⁵⁴

Forbrukerrett er ansett som et rettsområde preget av blant annet manglende kunnskap om regelverket hos forbrukerne selv.⁸⁵⁵ Dette har medført en rekke dommer fra EU-domstolen som

⁸⁵⁰ Se Prop. 64 L (2013-2014) Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerettloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter), s. 9, sammenholdt med EØS-komiteens beslutning nr. 181/2012, 28. september 2012.

⁸⁵¹ Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34, sammenholdt med Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerskjøpsloven), s. 1; Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven), jf. Ot.prp. nr. 44 (2001-2002), s. 45.

⁸⁵² Se eksempelvis EU-domstolens dom 28. januar 2015, *ÖBB Personenverkehr AG mot Gotthard Starjakob*, sak C-417/13, avsnitt 61 samt Halvard Haukeland Fredriksen, «Tvisteloven og EØS-avtalen», Tidsskrift for rettsvitenskap (2008) (s. 289-357), s. 298 og Erik Eldjarn «Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EU og EEG-rettens område», Europarättslig tidsskrift nr. 3 (2017) (s. 525-541), s. 525-526.

⁸⁵³ Dom 28. januar 2015, *ÖBB Personenverkehr AG mot Gotthard Starjakob*, sak C-417/13, avsnitt 61.

⁸⁵⁴ Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 591-593 og Anna Wallerman, Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor, *Iustus* (Uppsala 2015), s. 93-104.

⁸⁵⁵ Dette er eksempelvis lagt til grunn i dom 27. juni 2000, *Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero*, sak C-240/98 til C-244/98, avsnitt 26 (heretter *Océano*).

pålegger medlemsstatene i EU, og gjennom EØS-samarbeidet også Norge, å sikre forbrukerrettigheter gjennom prosessuelle regler. Forbrukerområdet er således et rettsområde der medlemsstatenes prosessautonomi i noen grad er tilsidesatt.

6.6.2. Utviklingen hos EU-domstolen

Når det gjelder materiell veiledning er det særlig spørsmålet om de nasjonale domstolars *ex officio* ivaretagelse av forbrukervernet som har betydning: Er dommerne pålagt en slik plikt, og i så fall, hva innebærer denne plikten for spørsmålet om veiledning?⁸⁵⁶ Disse behandles suksessivt i det videre. Spørsmålene har vært gjenstand for analyse tidligere, men ikke knyttet særskilt til småkravprosessen.⁸⁵⁷ Det er i tillegg et stort antall avgjørelser fra EU-domstolen som behandler problemstillingen. Fremstillingen her begrenser seg til et fåtall dommer som illustrerer utviklingen av normen.⁸⁵⁸

Utviklingen mot en utvidet veiledningsplikt startet med *van Schijndel og van Veen*, fra 1995.⁸⁵⁹ Spørsmålet som ble stilt var om domstolene hadde en *ex officio* anvendelse av konkurransebestemmelser i den dagjeldende Romatraktaten.⁸⁶⁰ EU-domstolens svar var at kun der de nasjonale regler påla domstolene *ex officio* å reise spørsmål som partene selv ikke hadde reist, kunne det samme kreves for EU-reglene.⁸⁶¹ Tilknytningen til EU-retten medført således ingen større inngrep i disposisjonsprinsippet enn det som fulgte av nasjonalretten.⁸⁶² Løsningen fulgte altså ekvivalensprinsippet, uten å pålegge statene et særskilt ansvar for EU-reglene. Dommen utvidet dermed i liten grad rettens ansvar på nasjonalt nivå.

⁸⁵⁶ Også det generelle forbrukervernet er fremholdt som betydningsfullt for forståelsen av regler om materiell veiledning, se eksempelvis Bengt Lindell, *Partsautonomis gränser* (1988), s. 15.

⁸⁵⁷ Se eksempelvis Halvard Haukeland Fredriksen, *Tvisteloven og EØS-avtalen* (2008), s. 321 mv. samt Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 237-244. Fra tiden før tvisteloven, se Anne Robberstad, «Norske dommers plikt til å veilede om EØS-retten», *Lov og Rett* nr. 4 (2002) (s. 195-223).

⁸⁵⁸ For eksempler på flere dommer, se Bart Krans, «EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar», *European Review of Private Law* nr. 4 (2015) (s. 567-588), s. 573 note 25.

⁸⁵⁹ Saken omhandlet ikke forbrukerspørsmål, men konkurranserett. Standpunktet EU-domstolen tok her ble likevel brukt som byggestein for de senere avgjørelsene knyttet til forbrukersaker, og har således en plass i fremstillingen.

⁸⁶⁰ Dom 14. desember 1995, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, sak nr. C-430/93 og C-431/93, avsnitt 12 punkt 1 (heretter *van Schijndel*). Romatraktaten tilsvarer i dag Traktaten om Den Europæiske Unions funksjonsmåte EUT C 326, 26. oktober 2012, s. 47-201.

⁸⁶¹ Dom 14. desember 1995, *van Schijndel*, sak. nr. C-430/93 og C-431/93, avsnitt 13-15.

⁸⁶² Se Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 228. Det er imidlertid uttalt at EU-domstolens uttalelse i dommen var «høyst uklar», jf. Erik Eldjarn, *Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EU og EEG-retts område* (2017), s. 538.

Fem år senere, i 2000, kom dommen *Océano*.⁸⁶³ Spørsmålet var hvorvidt dommeren kunne anvende en bestemmelse om urettferdige kontraktsklausuler i forbrukerforhold *ex officio*. Domstolen uttalte her at forbrukervernet:

«ville ikke kunne nås, såfremt forbrugerne måtte anses for forpligtet til selv at gjøre gjeldende, at sådanne vilkår er af urimelig karakter. I sager, som ofte vedrører mindre beløb, kan advokatsalæret overstige sagsgenstandens verdi, hvilket kan afholde forbrugeren fra at tage til genmæle over for anvendelsen af et urimeligt vilkår. Selv om procesreglerne i flere medlemsstater giver private adgang til selv at varetage deres interesser i sådanne sager, er der en ikke ubetydelig risiko for, at forbrugeren bl.a. på grund af ukendskab til reglerne ikke gjør gjeldende, at det vilkår, som påberåbes over for ham, er urimeligt. En effektiv beskyttelse af forbrugeren kan følgelig kun opnås, såfremt den nationale domstol anses for berettiget til at tage stilling til et sådant vilkår *ex officio*». ⁸⁶⁴

Her kan tydelige henvisninger til effektivitetsprinsippet ses. En effektiv anvendelse av forbrukerdirektivet fordret en aktiv domstol, som kunne vurdere hvorvidt spørsmål om urimelige kontraktsklausuler var aktuelle, sett i lys av faren for at selvprosederende parter ikke var kjent med vernet. EU-domstolen gikk her betydelig lengre i å pålegge nasjonale domstoler plikter enn i 1995-avgjørelsen, da domstolene nå også måtte aktivt undersøke hvorvidt det forelå kontraktsklausuler i strid med forbrukervernet.

I 2009 kom domstolen med nok en avgjørelse, *Pannon*.⁸⁶⁵ Igjen oppsto spørsmålet om domstolen hadde en *ex officio* plikt til å anvende av forbrukerdirektivets bestemmelser om urimelige avtalevilkår. Det ble her uttalt at:

«[v]ed utførelsen af denne forpligtelse skal den nationale ret dog ikke i medfør af direktivet undlade at anvende det pågældende vilkår, hvis forbrugeren, efter at han er blevet belært af retten, ikke har til hensigt at gjøre gjeldende, at vilkåret er urimeligt og ikke-bindende». ⁸⁶⁶

Siste setning i det siterte stadfester det som var sagt i de tidligere avgjørelsene. Her fremstår imidlertid ikke *ex officio*-plikten like absolutt. I henhold til avgjørelsen hadde retten fremdeles en plikt til å informere partene om det vern som mulig forelå, og å se bort fra kontraktsklausuler som krenket forbrukervernet. Dersom forbrukeren likevel skulle protestere mot at vernet ble anvendt, hadde imidlertid ikke retten en *ex officio* plikt til å utelukke bestemmelsen som krenket

⁸⁶³ Dom 27. juni 2000, *Océano*, sak nr. C-240/98 til C-244/98.

⁸⁶⁴ Dom 27. juni 2000, *Océano*, sak nr. C-240/98 til C-244/98 avsnitt 26.

⁸⁶⁵ Dom 4. juni 2009, *Pannon GSM Zrt. mot Erzsébet Sustikné Györfi*, sak nr. C-243/08 (heretter *Pannon*).

⁸⁶⁶ Dom 4. juni 2009, *Pannon*, sak nr. C-243/08 avsnitt 33.

forbrukervernet. Dette var nok en konsekvens av at partene kan frafalle preseptorisk vern etter at tvisten er oppstått. Plikten ble således noe mer nyansert enn etter 2000-avgjørelsen. I litteraturen er det tatt til orde for at partens protestadgang medfører en veiledningsplikt for domstolen i forkant av anvendelse av forbrukervernregler, da det må tilrettelegges for at parten faktisk kan protestere.⁸⁶⁷

I 2015 kom *Faber*-avgjørelsen.⁸⁶⁸ Saken omhandlet et bruktbilkjøp. De nasjonale domstolene var usikre på hvorvidt en part var forbruker eller ikke, en faktor som var avgjørende for spørsmålet om saksøker hadde reklamert i tide. Her var den relevante problemstillingen hvorvidt retten hadde plikt til å undersøke om en part skulle anses som en forbruker eller ikke på eget initiativ. Domstolen besvarte spørsmålet bekreftende:

«den nationale ret, for hvilken der verserer en tvist om en aftale, som kan være omfattet af anvendelsesområdet for dette direktiv, er forpligtet til at efterprøve, om erhververen kan karakteriseres som forbruker som omhandlet i det nævnte direktiv, så snart den råder over de oplysninger vedrørende de retlige eller faktiske omstændigheder, som denne prøvelse kræver, eller kan råde over dem efter en simpel anmodning om oplysninger, selv hvis sidstnævnte ikke har påberåbt sig denne egenskab».⁸⁶⁹

To ting kan utledes av sitatet. For det første må retten på eget initiativ undersøke om en part er forbruker, dersom retten har opplysninger som tilsier at spørsmålet må vurderes.⁸⁷⁰ For det andre har retten samme undersøkelsesplikt der den ikke har tilstrekkelig informasjon, men det er relativt enkelt få denne form for informasjon. Denne plikten er langt mer vidtgående enn det som følger av de tidligere avgjørelsene, da retten i langt større grad plikter å foreta egne undersøkelser. Likevel er det ikke slik at rammene for rettens plikter er helt klargjort, hverken av dommene eller i litteraturen.⁸⁷¹

6.6.3. Betydningen for norsk rett

For norsk retts vedkommende er rettens ansvar for rettsanvendelsen, også på forbrukerrettens område, ingen nyvinning. Det fremgår av tvl. § 11-3 første punktum at «[r]etten skal, innen de rammer som følger av § 11-2 første ledd, av eget tiltak anvende gjeldende rettsregler».⁸⁷²

⁸⁶⁷ Se Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 240.

⁸⁶⁸ Dom 4. juni 2015, *Froukje Faber mot Autobedrijf Hazet Ochten BV*, sak nr. C-497/13 (heretter *Faber*).

⁸⁶⁹ Dom 4. juni 2015, *Faber*, sak nr. C-497/13, avsnitt 48.

⁸⁷⁰ Se EuroRetts nr. 11 2015, Marie Grønvik, Espen Kheradmandi, Per Ole Svor (red.), under punktet «Det første spørsmålet».

⁸⁷¹ Bart Krans, *EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar* (2015), s. 576.

⁸⁷² Bestemmelsen kodifiserer prinsippet om *jura novit curia*.

Bestemmelsens rekkevidde begrenses imidlertid av disposisjonsprinsippet, gjennom henvisningen til tvl. § 11-2 første ledd. Innenfor partenes prosessopplegg står altså retten i utgangspunktet fritt til å anvende rettsreglene som er anvendelige, uten noen absolutt plikt til å sikre kontradiksjon, og da heller ingen plikt til å veilede om rettsanvendelsesspørsmål.⁸⁷³ Spørsmålet er om praksisen fra EU-domstolen medfører noen endring i dette.

Uttalelsen i *Pannon* medfører at forbrukeren skal få uttale seg før retten anvender bestemmelser som skal sikre forbrukervernet på eget initiativ. Retten er altså forutsatt å ha en plikt til å sikre kontradiksjon om rettsanvendelsen, og partene er i forlengelsen av dette gitt mulighet til å avstå fra vernet. Dette samsvarer med tvl. § 11-5 fjerde ledd, der retten kan «oppfordre en part til å ta standpunkt», som er det naturlige utgangspunktet for å vurdere dommerens plikter.⁸⁷⁴ Avgjørelsen medfører likevel en utvidet plikt til å sikre kontradiksjon før retten baserer avgjørelsen sin på andre påstandsgrunnlag enn det partene har bygd saken sin på.⁸⁷⁵ I motsetning til tvl. § 11-3, der det i utgangspunktet er tillagt rettens skjønn å vurdere hvorvidt det er behov for kontradiksjon ved endringer i rettsanvendelsen, er retten pålagt å informere partene om den eventuelle endringen i forbrukersaker.

I tillegg senker avgjørelsene terskelen for hvilke omstendigheter som må foreligge for at rettens veiledningsplikt aktualiseres. Forutsetningen er etter ren norsk rett at det nye påstandsgrunnlaget fremstår «nærliggende» det eksisterende prosessopplegget. Er det tale om forbrukerrettigheter utløses plikten til å veilede i det øyeblikk retten ser at det mulig kan være tale om en forbruker som part. Det at retten er pålagt en undersøkelsesplikt, indikerer at veiledningsplikten aktualiseres enda tidligere enn etter den rent norske regelen. Dette medfører at veiledningsplikten er noe utvidet i forbrukersaker, sammenlignet med utgangspunktet for veiledning i småkravssaker generelt. At forberedelsen i småkravssaker er skriftlig, kan imidlertid gjøre at veiledningsplikten rent faktisk aktualiseres i mindre grad. Eksempelvis kan

⁸⁷³ Problemstillingen om kontradiksjon om rettsanvendelsesspørsmål ble behandlet under arbeidet med tvisteloven. Det ble imidlertid ikke vedtatt en lovfestet plikt for retten om å be partene om synspunkter, i motsetning til det som gjelder for sakens faktiske omstendigheter. Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 169 første spalte samt Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «*Ex Officio* Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019) (s. 161-181), s. 165.

⁸⁷⁴ Se Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Ex Officio* Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts (2019), s. 168.

⁸⁷⁵ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 240. Se også Johan Giertsen, *Avtaler*, Universitetsforlaget, 2. utgave 2017 (Oslo 2014), s. 215 og Torbjörn Andersson, «*Ex officio* Application of the Unfair Terms Directive Cases against Consumers», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019) (s. 143-160), s. 148.

faktorer som i utgangspunktet skulle utløst undersøkelsesplikten, bli mer bortgjemt i partenes fremstillinger, i alle fall der det er tale om selvprosederende parter.

Domstolene må også *ex officio* anvende forbrukervernet som følger av avtaleloven § 36, noe som begrunnes i et offentlig hensyn, forbrukerbeskyttelse.⁸⁷⁶ I forbrukersaker om urimelige avtalevilkår fremstår det altså som om retten rettsanvendelse ikke er fullt ut bundet av tvl. § 11-2 første ledd, noe som strider mot tvl. § 11-3. Likevel er det mest nærliggende å anta at plikten til å ivareta forbrukervernet kan ivaretas gjennom veiledning etter tvl. § 11-5 fjerde ledd.⁸⁷⁷ Formålet med veiledningen er at partene selv skal fremme nye prosesshandlinger, noe som gjør at problematikken med tvl. § 11-2 første ledd som en begrensning for tvl. § 11-3 ikke aktualiseres.⁸⁷⁸ Betydningen EØS-avtalen har for veiledning er dermed i størst grad at retten ikke lengre kun har en adgang til å veilede en forbruker om det vern denne nyter, men at det er blitt en plikt.⁸⁷⁹

Er det et for stort sprik mellom partenes prosessopplegg og det retten finner grunn til å veilede om, eller at retten er usikker på om det er tale om et urimelig avtalevilkår, kan det også oppstå behov for å overføre saken til allmennprosessen for å sikre en forsvarlig behandling av saken, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Dersom en part er selvprosederende kan det være nødvendig med muntlig kommunikasjon for at vedkommende skal forstå betydningen og følgene av å anvende forbrukervernet. Når småkravsprosessens forberedelse må skje skriftlig, kan saken således kreve behandling etter allmennprosessen for å få en forsvarlig behandling. Dette kan medføre at den utvidede veiledningsplikten ikke nødvendigvis aktualiseres i småkravsprosessens.

Retten ansvar for *ex officio* å sikre forbrukervernet, gjelder uavhengig av partens eventuelle representasjon ved advokat. Også dette utledes av *Faber*.⁸⁸⁰ De nasjonale domstoler kan altså

⁸⁷⁶ Det er antatt at dette medfører at forbrukersaker får et snev av indispositivitet, Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 601-602. Se likevel Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Ex Officio Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts* (2019), s. 173-176, for mer om vurderingen; EU-domstolen har eksempelvis lagt til grunn at det ved urimelige avtalevilkår ikke er adgang til å revidere avtalevilkåret, men at avtalevilkåret må tilsidesettes, eller at avtalen i sin helhet må kjennes ugyldig, jf. Dom 14. juni 2012, Banco Español de Crédito mot Joaquín Calderón Camino, sak nr. C-618/10, avsnitt 73. Dette står i motstrid til løsningen som følger av avtaleloven § 36, som åpner for at det urimelige avtalevilkåret kan endres. Her er altså retten pålagt en plikt til å kjenne avtalen ugyldig, eller tilsidesette vilkår, uavhengig av partenes disposisjoner i saken for øvrig.

⁸⁷⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Ex Officio Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts* (2019), s. 180.

⁸⁷⁸ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Ex Officio Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts* (2019), s. 171.

⁸⁷⁹ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Ex Officio Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts* (2019), s. 171.

⁸⁸⁰ Dom 4. juni 2015, *Faber*, sak nr. C-497/13, avsnitt 47.

ikke formode at representerte parter på egen hånd har avklart hvorvidt det er tale om en forbrukersak eller ikke, og slik unngå plikten til å anvende forbrukervernet *ex officio*, med den tilhørende veiledningsplikten. Skillet selvprosederende contra representert part er dermed i utgangspunktet av mindre betydning for spørsmålet om forbrukerklassifisering, og den tilhørende veiledning. Likevel vil nok dommerens plikt være særlig aktuell når det gjelder selvprosederende, da det etter norsk prosesslovgivning skal tas hensyn til det faktum at en part opptrer uten representasjon av advokat, jf. tvl. § 11-5 sjette ledd.

Selv om de ulike avgjørelsene er knyttet til konkrete direktiv og artikler, er det grunn til å anta at tilsvarende utvikling gjelder for hele forbrukervernet. Det kan også vurderes hvorvidt dommeren har et tilsvarende *ex officio*-ansvar, med tilhørende veiledningsplikt, på andre felt enn forbrukerområdet.⁸⁸¹ Forutsetningen må da være at tilnærmet parallelle hensyn gjør seg gjeldende. Eksempelvis kan det argumenteres for at andre områder som kjennetegnes av ulike styrkeforhold, eksempelvis husleiesaker eller saker om arbeidstakers vern, rimelig kan forvente et lignende vern.⁸⁸² Begrunnelsen for *ex officio*-plikten i forbrukersaker har mye til felles for øvrige rettsforhold. Det er langt fra utenkelig at en slik ekspansjon kan skje, sett i lys av den relativt brå utviklingen som har skjedd med forbrukervernet. Det er imidlertid ikke rettskildemessig grunnlag for å konstatere noen slik utvidet regel for sikkerhet per i dag.

Oppsummert må det kunne påstås at det avhenger av forholdene i den enkelte sak om dommerens rolle påvirkes av EØS-avtalen i småkravssaker om forbrukervern. Den største påvirkningen knytter seg til aktualiseringen av veiledningsadgangen samt en økt veiledningsplikt etter tvl. § 11-5. Det fremstår imidlertid ikke som om det er en konsensus om hvordan pliktene EU-domstolen har oppstilt best skal ivaretas, noe som gjør at ulike land ivaretar pliktene på ulike måter.⁸⁸³ Hvilken rolle forbrukervernet har i kartleggingen av dommerens rolle, kan dermed endres raskt.

⁸⁸¹ Krans har eksempelvis fremholdt at det er usikkert hvor lang rekkevidde *ex officio*-regelen rekker også innenfor forbrukerfeltet. Er det kun saker som knytter seg direkte til EUs forbrukerdirektiv som er underlagt vernet, eller gjelder det forbrukersaker generelt? Se Bart Krans, *EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar* (2015), s. 581.

⁸⁸² Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 602 og Johan Giertsen, *Avtaler* (2017), s. 225.

⁸⁸³ Se Anna Nylund og Magne Strandberg, «Conclusions on Civil Procedure and Harmonisation of Law», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019) (s. 221-232), s. 227.

6.7. Følgen av manglende dommeraktivitet

6.7.1. Manglende saksstyring

I dette punktet skal følgene av manglende dommeraktivitet drøftes fra et småkravsperspektiv. Målsetningen er å belyse hvilke konsekvenser det kan medføre at dommeren ikke ivaretar plikten til styre saken, eller at partene ikke får den veiledning de har krav på. Først behandles følgene av manglende saksstyring.

Dersom retten ikke ivaretar plikten til å styre saken etter tvl. § 11-6, sier tvl. § 11-7 at:

(1) Domstollederen skal påse at plikten til aktiv saksstyring etter § 11-6 følges opp, og skal gi de nødvendige pålegg for at mangler ved unnlatt eller for sen saksstyring rettes. En part kan kreve at domstollederen griper inn.

Bestemmelsen er omfattende og regulerer det overordnede ansvar for saksstyringen samt flere potensielle følger av manglende saksstyring.⁸⁸⁴

Etter første ledd er det domstolslederen som er tillagt det overordnede ansvaret for at en sak faktisk blir styrt effektivt. Virkemiddelet for dette er å gi pålegg om saksstyring, noe som typisk skjer ved at det oppstilles en frist for gjennomføring av det aktuelle prosesssteg.⁸⁸⁵ Dette er en plikt tillagt domstolslederen, noe som innebærer at denne må sikre seg oversikt over prosessen i den enkelte sak.⁸⁸⁶ Ansvaret til domstolslederen er kun av rent prosessuell art. Plikten etter tvl. § 11-7 første ledd gir ikke domstolslederen adgang til å foreta en materiell overprøving av de avgjørelser som treffes under saksbehandlingen.⁸⁸⁷

Dersom domstolslederen ikke oppfatter at rettens plikt til aktiv saksstyring forsømmes, kan også en part kreve tiltak. Der en part er representert, er nok dette et anvendelig virkemiddel for å få fortgang i prosessen. Vanskeligere er det der det er tale om selvprosederende parter, som kanskje er ukjent med plikten til aktiv saksstyring, så vel som muligheten til å be om at den etterleves. I småkravssaker er det dermed av stor betydning at domstolslederen er seg sitt ansvar bevisst.

⁸⁸⁴ Bestemmelsen skal blant annet sikre «partene et effektivt nasjonalt rettsmiddel mot at retten ikke fremmer saken med den hurtighet som partene kan kreve, se EMK artikkel 13, jf. artikkel 6 nr. 1», jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 576.

⁸⁸⁵ Til illustrasjon se Rt. 2009 s. 1652 avsnitt 37, 42, 51 og 52. Terskelen for at en part faktisk påberoper tvl. § 11-7 er imidlertid fremholdt å være høy, jf. Henry John Mæland, *Recent Developments in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts* (2011), s. 74.

⁸⁸⁶ NOU 2001:32 B, s. 713 første spalte.

⁸⁸⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 575.

Et annet virkemiddel er å overføre en sak fra den aktuelle dommer til en annen, eventuelt til domstolslederen selv, jf. bestemmelsens andre ledd. Forutsetningen er at slik overføring er nødvendig for en «forsvarlig» behandling av saken. I småkravprosessen er dette i utgangspunktet et tiltak som ikke burde benyttes, all den tid saken vil ta ytterligere lengre tid, da en ny dommer må sette seg inn i saken.⁸⁸⁸ Det er imidlertid ikke gitt at overføringen til en ny dommer vil medføre at prosessen drar for mye ut i tid. I dansk rett er det eksempelvis alltid slik at det er en annen dommer enn saksforberedende dommer som har ansvar for å avsi dom, uten at det tidsmessige aspektet er blitt problematisert i større grad.⁸⁸⁹ Dette kan tas til inntekt for at det er mulig å begrense ulempene ved overføring av saken. Likevel er det slik at både retten og partene er forberedt på at dette skal skje allerede ved saksforberedelsens start. Det er altså muligheter fra starten til å motvirke dobbel ressursbelastning på saken. Overføringsverdien til en eventuell overføring etter norsk rett, som kommer mer overraskende på, er dermed liten.

Likevel er forutsetningen for at tvistelovens bestemmelse om overføring skal komme til anvendelse, at saken allerede er svært forsinket grunnet den manglende styringen av saken. Dette er således et virkemiddel som må benyttes også i småkravssaker for å hindre ytterligere tidstap. I tillegg kan det tas til orde for at en overføring bør kunne skje noe tidligere i småkravssaker enn i saker etter allmennprosessen, da sakens tidsrammer er knappe også uten forsinkelser. Anvendelsen må også ses i lys av retten til en rettfærdig rettergang etter grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1, der retten til en rettergang avsluttet innen «rimelig tid» står sentralt.

Dersom saksstyringen ikke gjennomføres i henhold til lovens opplegg, innebærer dette en saksbehandlingsfeil. Hvilken innvirkning dette vil ha på prosessen, avhenger av hvorvidt feilen har betydning for resultatet, jf. § 29-21 første ledd.⁸⁹⁰ I praksis er eksempelvis fristoverskridelser grunnet manglende aktiv saksstyring blitt betegnet som en feil som ikke har betydning for resultatet, og som således ikke tillegges virkning.⁸⁹¹ Det er derfor ikke slik at partene kan anke saken på dette grunnlaget, eller kreve oppheving. Realiteten er dermed at de ulemper partene i en småkravssak kan oppleve ved at retten ikke ivaretar plikten til aktiv saksstyring, ikke kan repareres. Det er heller ikke slik at eventuelle merkostnader partene har fått på grunn av manglende saksstyring erstattes.

⁸⁸⁸ Se Erik Eldjarn, Materiell prosessledelse (2016), s. 160.

⁸⁸⁹ Se avhandlingens punkt 5.2.2.

⁸⁹⁰ Se også Rt. 2015 s. 1488.

⁸⁹¹ Se Rt. 2015 s. 1488 avsnitt 7.

6.7.2. Manglende prosessuell og materiell veiledning

Spørsmålet om følgen av manglende veiledning henger nært sammen med spørsmålet om når plikten til å veilede utløses. På den ene siden er de tilfeller der plikten utløses av loven selv, som er tilfellet for veiledning om prosessuelle spørsmål samt plikten til å klargjøre sakens innhold. På den andre siden er de tilfellene der loven i utgangspunktet legger opp til at dommeren skal foreta en konkret vurdering av behovet i saken. Sistnevnte gjelder materiell veiledning om nye prosesshandlinger. Først behandles de tilfeller der loven pålegger retten en veiledningsplikt.

Dersom retten ikke har veiledet om prosessuelle spørsmål eller bidratt til klarlegging av sakens tvistes spørsmål, foreligger det som regel en saksbehandlingsfeil. Retten har ikke oppfylt sine plikter i henhold til tvl. § 11-5. Likevel er det ikke tvilsomt at dommerens plikt til å veilede om prosessuelle spørsmål samt klarlegging er underlagt en rimelighetsbegrensning, så heller ikke her er det noen fasit.⁸⁹²

Som for aktiv saksstyring avhenger spørsmålet om konsekvenser av at feilen har hatt betydning for rettens avgjørelse. I motsetning til aktiv saksstyring er det imidlertid slik at en feil knyttet til manglende prosessuell veiledning eller klargjøring har potensial for å bli ansett for å ha påvirket rettens avgjørelse. Dette støttes av forarbeidene, der det blant annet uttales at:

«Det at det ikke bringes klarhet i hva som påberopes, vil kunne være en saksbehandlingsfeil som får konsekvenser for den avgjørelse som treffes».⁸⁹³

Hvorvidt manglende veiledning eller klarlegging er en saksbehandlingsfeil som faktisk har hatt betydning, beror på en konkret vurdering i den enkelte sak. En faktor av betydning, kanskje særlig i småkravssaker, er likevel om parten er representert eller ikke. Dersom parten er representert ved advokat, har det tradisjonelt vært høyere terskel for å konstatere at det foreligger en saksbehandlingsfeil.⁸⁹⁴ Standpunktet må ses i lys av tvl. § 3-5 andre ledd. Det må legges til grunn at advokater er kjent med prosessreglene. Prosessfullmektigens manglende kunnskap må virke mot parten, så fremt det ikke er tale om særlige forhold. I småkravprosessen kan det imidlertid være grunn til å nyansere dette standpunktet noe, i alle fall knyttet til

⁸⁹² Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 583.

⁸⁹³ NOU 2001:32 B, s. 709 første spalte. Standpunktet kan i alle fall spores tilbake til 1950, jf. Rt. 1950 s. 981, der det uttales at «[u]tvalget antar at det etter sakens stilling er en feil ved lagmannsrettens saksbehandling at lagmannsretten har truffet sin avgjørelse uten å innhente ytterligere opplysninger angående det saksforhold som den kjærende part påstår foreligger i saken». Det ble opprettholdt i eksempelvis Rt. 1983 s. 1418, jf. s. 1420.

⁸⁹⁴ NOU 2001:32 B, s. 708 andre spalte. Se også Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 202/203.

prosessuell veiledning. Reglene i småkravsprosessen er jevnt over preget av skjønn, og det er dermed ikke gitt at det fremstår som klart for en advokat hva som blir følgen av en gitt handling. I tillegg er det en klar oppfordring i lovverket til advokater om å begrense tidsbruken sin på småkravssaker, sett i lys av sakskostnadsbegrensingen. Det kan derfor argumenteres for et noe videre rom for å konstatere at det foreligger en saksbehandlingsfeil også med advokat i småkravsprosessen, sammenlignet med allmennprosessen. Dette må alle fall være mulig i de tilfeller der det er tale om mindre klare regler, som eksempelvis adgangen til preklusjon i småkravsprosessen.⁸⁹⁵

Forutsetningen for at manglende materiell veiledning om nye prosesshandlinger skal innebære en saksbehandlingsfeil, er at retten pliktet å gi veiledning. I tvistelovens forarbeider er det uttalt at det i utgangspunktet ikke vil være en saksbehandlingsfeil å unnlate å veilede om nye prosesshandlinger, men at i:

«enkelte tilfeller har det likevel vært ansett som en saksbehandlingsfeil om retten unnlater dette. Det gjelder der hvor saken er av stor betydning for parten, påstandsgrunnlaget som ikke er påberopt er klart relevant og det vil medføre et rettstap for parten om han ikke får påberope den».⁸⁹⁶

I småkravssaker er det, som nevnt tidligere, mer sjelden en plikt for retten å veilede om nye påstandsgrunnlag. Dette vil ha som følge at det som regel må legges til grunn at manglende veiledning om nye prosesshandlinger kun rent unntaksvis innebærer en saksbehandlingsfeil.

En saksbehandlingsfeil knyttet til materiell veiledning vil nok i de fleste tilfeller ha hatt betydning for resultatet. Dersom manglende veiledning om materielle spørsmål først må konstateres å være en saksbehandlingsfeil, må den altså i de fleste tilfeller medføre en opphevelse av den aktuelle dommen.

En forutsetning for at det skal bli tale om en saksbehandlingsfeil, må være at veiledning ikke er gitt. Dersom veiledning er gjennomført, og parten likevel har valgt å ikke agere, kan det ikke være tale om en saksbehandlingsfeil. Dette samsvarer med disposisjonsprinsippet, der det er partene som har det endelige ansvar for å fremme nye elementer i prosessen, eller å endre innholdet i prosessen.⁸⁹⁷ Er imidlertid veiledning gitt, men den har vært feilaktig, kan det være en saksbehandlingsfeil.⁸⁹⁸ Dersom en part er selvprosederende, må dette kunne legges tilnærmet

⁸⁹⁵ Se avhandlingens punkt 7.2, der jeg behandler det noe kompliserte preklusjonssystemet i småkravssaker.

⁸⁹⁶ NOU 2001:32 B, s. 709 første spalte.

⁸⁹⁷ Jf. tvl. § 11-2 første og andre ledd.

⁸⁹⁸ Jo Hov, Rettergang i sivile saker (2017), s. 351.

uprøvd til grunn. En selvprosederende part kan ikke forventes å ha forutsetninger for å kunne overprøve veiledning som gis av retten.

I forlengelsen av spørsmålet om hvorvidt det foreligger en saksbehandlingsfeil, oppstår spørsmålet om eventuell erstatningsplikt for staten etter tvl. § 20-12 første ledd bokstav b, på grunn av manglende gjennomføring av sine plikter.⁸⁹⁹ Bestemmelsen sier at

«[e]n part som er påført sakskostnader på grunn av feil ved rettens behandling av saken, kan kreve tapet erstattet av staten dersom feilen [...] skyldes at retten er vesentlig å bebreide».

Det er lite tvilsomt at terskelen for å anvende bestemmelsen er høy, jf. «vesentlig». I litteraturen er dette forstått som at det må foreligge et «kvalifisert brudd på veiledningsplikten».⁹⁰⁰

I noen grad må det forutsettes av bestemmelsen primært kan komme til anvendelse der det er tale om manglende veiledning om prosessuelle forhold eller manglende klargjøring, da dette er i kjernen av rettens plikter etter tvl. § 11-5. Veiledning om materielle forhold som faller utenfor partenes eksisterende prosessopplegg, er imidlertid tillagt rettens skjønn. At dommeren etter egen vurdering ikke har gitt denne formen for veiledning, er nok sjelden årsak til at «retten er vesentlig å bebreide». Erstatningsregelen er dermed ikke høyaktuell i noe tilfelle. Dersom den skulle komme til anvendelse må det primært være i tilfeller der retten har ignorert retten til veiledning om prosessuelle forhold eller klarlegging, med en klar forutsetning om at dette var nødvendig.

6.8. Oppsummeringer og vurderinger

6.8.1. Saksforberedende møter

Spørsmålet dette kapitlet skulle behandle, er hvorvidt reglene om dommerens rolle i småkravsprosessen faktisk utgjør et bidrag til at sivilprosessens funksjoner oppnås også for småkravsinnhavere. I utgangspunktet er dette et spørsmål som må besvares bekræftende. Dommeren har, innenfor grensene som følger av habilitetsreglene og disposisjons- og forhandlingsprinsippet, en relativt vid adgang og også plikt til å konkretisere tvistetemaet, noe som presumptivt bidrar til en mer effektiv prosess.

⁸⁹⁹ Se Jens Edvin A. Skoghøy (2017), s. 1370-1376 for mer om vurderingen av om ansvar foreligger.

⁹⁰⁰ Se Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 275.

Det er likevel slik at rettsgrunnlagene i stor grad er felles for småkravsprosessen og allmennprosessen, uten at det tas høyde for strukturelle ulikheter. Løsningen påvirker anvendelsen av reglene om aktiv saksstyring og veiledning negativt, i alle fall i småkravssaker som ikke er helt enkle. Dette har sammenheng med at saksforberedelsen i småkravssaker fremstår noe nedgradert sammenlignet med allmennprosessen, noe som fremstår som en kontrast til det formålet forberedelsen av en sak er ment å ha, nemlig å bidra til en effektivisering av prosessen.

Etter min mening er den største begrensingen for at reglene om saksstyring og veiledning skal fungere etter sin hensikt, at det ikke er adgang til å innkalle til saksforberedende rettsmøter, hverken i form av planmøte eller annet rettsmøte. At utgangspunktet skal være at en sak om små verdier ikke skal behøve flere rettsmøter enn sluttbehandlingen, er forståelig fra et ressursperspektiv. Kostnader ved rettergangen er et klart motargument for å akseptere rettsmøter i småkravssaker, sett bort fra sluttbehandlingen. I og med at det er utvidet adgang til å avholde rettsmøter som fjernmøte i småkravssaker, noe som presumtivt også ville gjelde dersom det var adgang til rettsmøte under forberedelsen, kan imidlertid kostnadene holdes nede.⁹⁰¹ I dag holdes eksempelvis de fleste planmøter i allmennprosessen som fjernmøte.⁹⁰² Faren for økte kostnader i prosessen er således ikke en faktor av avgjørende betydning.

Om det er behov for et saksforberedende møte, avhenger av forholdene i den enkelte sak. Dersom det under forberedelsen av en sak kun oppstår et enkelt spørsmål, eller ingen spørsmål overhodet, er det få ulemper ved at dette håndteres fullt ut skriftlig, og at det ikke gjennomføres noe saksforberedelsesmøte. Faren for at prosessen drar ut, er liten. Dette er imidlertid et lite vektig argument for at retten alltid skal være avskåret fra å innkalle til møte. Forutsetningen for at argumentet skal være relevant er at det alltid er relativt enkle spørsmål som oppstår, en forutsetning som ikke kan sies å gjelde for enhver småkravssak. Med en gang et spørsmål krever større grad av dialog, vil skriftlig kommunikasjon raskt medføre at saken drar ut i tid. Det er det ikke rom for i en småkravssak dersom denne skal passe til betegnelsen effektiv.

I tillegg er innføringen av planmøte, som er en variant av et saksforberedende møte, fremhevet som en av styrkene med tvistemålsreformen. Eksempelvis har *Berglund* uttalt at:

⁹⁰¹ Sml. tvl. § 10-3 andre ledd med tvl. § 13-3 tredje ledd.

⁹⁰² Se Cecilie Østensen Berglund, *Effektiv saksforberedelse i sivile saker* (2016), s. 151, og Andreas Nordby, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg, *Tvisteloven ti på topp og ti på bunn* (2012), s. 6.

«Et vel forberedt planmøte kan lette den videre saksforberedelsen og sørge for en mer rasjonell avvikling av hoved- og ankeforhandlingen. Av særlig betydning er muligheten for å løse eventuell uenighet om bevisfremleggelse, vitneførsel og tidsramme».⁹⁰³

Dersom en småkravssak er uoversiktlig, må tilsvarende fordeler kunne høstes her. Igjen er poenget at behovet for planmøte eller annet saksforberedende møte, er noe dommeren er nærmest å vurdere, ikke lovgiver. Å avskjære muligheten er etter mitt skjønn kontraproduktivt. Når praksis også viser at dommere velger å overse lovens løsning i enkelte saker, er det en indikator på at det er behov for en adgang til å avholde saksforberedende møte.⁹⁰⁴

Et ytterligere problem med manglende møter under forberedelsen knytter seg til forlik. I Nederland er det eksempelvis erfart at personlig oppmøte medfører at forlik inngås raskere i prosessen enn det som er tilfellet der partene ikke møtes.⁹⁰⁵ Som nevnt er forlik i de fleste tilfeller den mest ressursbesparende ende på en sak, og gevinsten blir større desto tidligere forliket inngås. Når det i småkravprosessen ikke er anledning til møter underveis i prosessen, kan det medføre at saker forlikes på et senere tidspunkt, hvis de forlikes overhodet. Dette er ikke fordelaktig i saker som allerede har anstrengte ressursrammer.

I allmennprosessens bestemmelse om obligatorisk planmøte, tvl. § 9-4, er det inntatt en unntakshjemmel i tredje ledd andre punktum:

Hvis sakens framdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte åpenbart er unødvendig, kan retten be om partenes skriftlige uttalelse eller få den nødvendige avklaring på annen måte.

Også etter allmennprosessens er det altså slik at det er rom for å kutte planmøte, og ikke ha noe saksforberedende møte overhodet, dersom det ikke er behov. Bestemmelsene gir uttrykk for en fleksibilitet som må antas å skulle være effektiviserende.⁹⁰⁶ Lovens system utgjør således ikke et argument mot at dommeren også i en småkravssak kan anvende planmøte, eller annet saksforberedende møte, dersom slikt møte vil bidra til en mer konsentrert behandling totalt sett.

⁹⁰³ Cecilie Østensen Berglund, *Effektiv saksforberedelse i sivile saker* (2016), s. 151. At tidlige møter mellom retten og partene kan innebære et effektiviserende element er også fremholdt i eksempelvis Nederland, jf. C.H. Van Rhee og R.R. Verkerk, *The Netherlands: a no-nonsense approach to civil procedure reform* (2014), s. 276.

⁹⁰⁴ Se avhandlingens punkt 4.5.3.

⁹⁰⁵ C.H. Van Rhee og R.R. Verkerk, *The Netherlands: a no-nonsense approach to civil procedure reform* (2014), s. 269.

⁹⁰⁶ Å finne en balanse mellom muntlig og skriftlig forberedelse er sentralt for å oppnå en saksforberedelse som bidrar til en proporsjonal retergang. Se Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 34.

Et ytterligere moment som støtter behovet for større fleksibilitet hva gjelder møteadgang under forberedelsen av en småkravssak, er at det både i Danmark og Sverige er adgang til å holde møter under saksforberedelsen. Særlig interessant er at småsagsprosessen i Danmark opprinnelig var lik den norske, slik at det ikke var adgang til å avholde møter under forberedelsen av saken.⁹⁰⁷ I 2012 ble det foretatt en lovendring, da:

«der efter det oplyste har været gode erfaringer med anvendelse af telefonmøder i småsagerne, der således både har bidraget til en effektiv sagsbehandling og er blevet opfattet som en god service for borgerne».⁹⁰⁸

Møte skal fremdeles skje unntaksvis, og helst via telefonmøte, men adgangen eksisterer. Det faktum at det også i den norske småkravprosessen er påvist et behov for planmøte, kan tale for at innføringen av en møteadgang kan medføre en mer effektiv saksbehandling også her.

Når det er sagt, er jeg enig i at tvl. § 9-4 ikke burde gis direkte anvendelse i småkravssaker, da det som nevnt ikke er behov for obligatorisk planmøte eller annet saksforberedende møte i alle småkravssaker. Ressurshensyn har jo stor betydning i småkravssaker, og det er ikke rom for unødvendig møtevirksomhet. Proporsjonalitetsvurderingen, eller vurderingen av om saken faktisk behøver møter under forberedelsen, burde derfor komme tydeligere til uttrykk i en bestemmelse om saksforberedende møter i småkravprosessen. Dette kan eksempelvis skje ved å endre utgangspunktet i allmennprosessens regel. I stedet for at det er unntak fra planmøte som må vurderes, kan det i småkravprosessen være det å innta planmøte eller annet saksforberedende møte som må vurderes. Det er heller ikke nødvendig å begrense muligheten for møte til kun planlegging av saken. Poenget er at det må være en generell adgang til å innkalle til i alle fall ett saksforberedende møte, for å tilrettelegge for kommunikasjon mellom retten og partene.

Ett alternativ kan være å la tvl. § 9-5 tredje ledd, som åpner for ytterligere saksforberedende møter etter planmøtet hvis det anses nødvendig eller hensiktsmessig, få anvendelse også i småkravprosessen. Da bestemmelsen henger nært sammen med forutsetningen om at planmøte skal være avholdt, mener jeg at det likevel at det er mer gunstig at en egen bestemmelse om møteadgang under saksforberedelsen inntas i tvistelovens småkravskapittel. Eksempelvis kunne et nytt tredje ledd i tvl. § 10-2 vært:

⁹⁰⁷ Se lovforslag 14. desember 2011 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m, punkt 6.2.

⁹⁰⁸ Se lovforslag 14. desember 2011 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m, punkt 6.2.2.2.

Hvis sakens fremdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte på annet grunnlag anses nødvendig, kan retten innkalle til saksforberedende møte. Saksforberedende møte gjennomføres fortrinnsvis som fjernmøte, jf. tvl. § 13-1 andre ledd.⁹⁰⁹

Etter forslaget er ordlyd er det etter min mening klart at utgangspunktet er at saksforberedende møte eller planmøte ikke er en hovedregel, men et unntak. Således ivaretas fokuset på at prosessformen skal være enklest mulig. Dersom dommeren i saken er av den oppfatning at sakens karakter gjør at det er behov for møte, er det likevel anledning til å avholde slikt. Denne adgangen vil samsvare med ønsket om at småkravsprosessen skal være fleksibel samt at dommeren skal kunne skreddersy prosessen i den enkelte sak. I tillegg fremkommer det eksplisitt av bestemmelsen at fjernmøte er å foretrekke, noe som bidrar til at den presumptivt mest kostnadseffektive møteformen fremheves. Det er dermed ikke nødvendigvis slik at et saksforberedende møte må innebære en uforholdsmessig kostnadsbelastning på saksforberedelsen.

6.8.2. Klargjøring av saken til sluttbehandling

Et annet problem med dommerens rolle i småkravsprosessen er at det i liten grad er lagt opp til en endelig presisering av tvisten forutfor sluttbehandlingen. Etter småkravsprosessens regler er det ikke nødvendigvis slik at retten kan være sikker på at saken er ferdig forberedt før sluttbehandlingen. Til og med for det tilfelle at skriftvekslingen faktisk begrenser seg til stevning og tilsvarende, som virker som et lovgiverønske, er det rom for uklarheter.

I henhold til tvl. § 10-3 femte ledd, jf. tvl. § 9-15, skal retten starte sluttbehandlingen med å klarlegge partenes påstander, påstandsgrunnlag og bevis. Dette er uproblematisk hvis saken er enkel. Hvis ikke er dette et for sent tidspunkt for klarlegging. Uklarheter eller misforståelser kommer da til uttrykk først under sluttbehandlingen, en løsning som ikke er gunstig sett i lys av den begrensede tid som skal settes av til rettsmøtet. Dette faktumet har blant annet medført at partene etter allmennprosessens regler skal inngi sluttinnlegg før hovedforhandling.

For å lette på rettens saksstyring samt veiledning under sluttbehandlingen, kan en mulighet være å innføre en regel inspirert av den danske småsagsprosessen. Etter dansk rett er det retten som har ansvaret for å forberede saken, og som skal sammenfatte sakens spørsmål og bevis som avslutning av forberedelsen.⁹¹⁰ Jeg mener ikke at det er nødvendig å innta hele den danske

⁹⁰⁹ Endringsforslaget er kursivert.

⁹¹⁰ Se avhandlingens punkt 5.2.2.

modellen. Man vil komme langt på vei med å pålegge dommeren å oppstille en sammenfatning av saken før sluttmøtet, i stedet for å avvente til sluttbehandlingen, jf. tvl. § 9-15 første ledd. Slik er den svenske løsningen, jf. RB 42:16.⁹¹¹ Retten skal, ved behov, utarbeide en «sammanställning[...]» av partenes påstander og påstandsgrunnlag. Deretter skal partene uttale seg om denne, før saksforberedelsen avsluttes.

Hverken den danske eller svenske løsningen kan inntas direkte i det norske regelverket, i alle fall slik det er utformet i dag, da det ikke er noen formell avslutning av saksforberedelsen i småkravssaker. Retten kan således ikke være sikker på at partene har meddelt det de vil meddele før sluttbehandlingen, noe som kompliserer muligheten for å sammenfatte partenes fremstilling under forberedelsen.

Likevel er min mening at det blir mindre fare for at det fremsettes nye prosesshandlinger under sluttbehandlingen, dersom retten tydeliggjør hva som oppfattes som tvistens essens i forkant av rettsmøtet. Dette foranlediger to endringer i tvl. § 10-2. For det første må det inntas en formell avslutning av forberedelsesstadiet. Begrunnelsen for at dette ikke er inntatt per i dag, virker å knytte seg til preklusjonsvirkninger, noe som behandles i neste kapittel. Her er det sentrale mer å gi en frist av ordenskarakter. Et forslag til endring av dagens tvl. § 10-2 tredje ledd, som etter mitt forslag vil være fjerde ledd, kan være:

Saksforberedelsen avsluttes to uker før rettsmøtet til sluttbehandling etter tvl. § 10-3. Før saksforberedelsens avslutning plikter partene å varsle om bevis, nye påstander og nye påstandsgrunnlag og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det.⁹¹²

Endringsforslaget øker dagens bevisfremsettelsesfrist, som her sammenfaller med saksforberedelsens avslutning, fra én til to uker. Dette skyldes at retten må ha tid til å utforme sammenfatningen i forkant av selve sluttmøtet. Jeg foreslår å innta plikten til sammenfatning i et nytt femte ledd i tvl. § 10-2:

Når saksforberedelsen er avsluttet utformer retten en sammenfatning av partenes påstander og påstandsgrunnlag samt varslet bevisførsel. Denne skal meddeles partene innen én uke før sluttbehandlingen. Dersom partene er uenige i sammenfatningen må dette meddeles retten og motparten før rettsmøtet til sluttbehandling.⁹¹³

⁹¹¹ Se Bengt Lindell, *Civilprocessen* (2017), s. 366.

⁹¹² Endringsforslaget er kursivert.

⁹¹³ Endringsforslaget er kursivert.

Ses mitt forslag til endret tredje (fjerde) ledd, og nytt femte ledd i sammenheng, innebærer endringen at partene og retten i større grad enn i dag sikres en oversikt over sakens tvistesporsmål når sluttbehandlingen starter. I tillegg får partene mulighet til å korrigere eventuelle misforståelser som har oppstått i kommunikasjonen mellom retten og partene. Dette er særlig gunstig i dagens modell for forberedelsen, som er fullt ut skriftlig. Selv om korrigeringsene kan komme sent, slik at rettsmøtet likevel må starte med en oppklaring, vil både motparten og retten være forberedt i større grad enn der korrigeringsene først skjer under sluttbehandlingen. Min mening er at en tydeligere sammenfatning av saken i forkant av sluttmøtet, og ikke kun ved dets start, kan bidra til en mer effektiv gjennomføring av sluttbehandlingen. I tillegg vil en formalisert avslutning av saksforberedelsen kunne bidra til at partene enklere kan identifisere tidspunktet for når prosesshandlinger skal fremmes. Uavhengig av preklusjonsvirkninger kan en lovfestet frist ha en oppdragende effekt på partene, noe som må være ønsket i en tidspresset prosess som småkravsprosessen.

Kapittel 7. Avskjæring av prosesshandlinger

7.1. Utgangspunkter

7.1.1. Begrepsavklaringer og veien videre

En småkravssak tåler lite forsinkelser og unødvendige prosesshandlinger i saksgangen. Det er derfor enkelte handlinger som må søkes unngått slik at prosessen holdes mest mulig konsentrert, noe som er en forutsetning for at småkravprosessen skal bidra til funksjonsoppnåelse for småkrav. Partene må blant annet hindres fra å foreta større endringer i eget prosessopplegg rett før eller under sluttbehandlingen. På det stadiet bør det hverken fremsettes nye prosesshandlinger, for mange prosesshandlinger, eller foretas utvidelser av prosesshandlinger. I tillegg bør bevisførselen til enhver tid holdes proporsjonal.

I forrige kapittel var det dommerens veiledningsplikt og saksstyring som ble satt under lupen, og som vist skal også disse verktøyene bidra til at prosessen konsentreres. Men hva skjer der veiledningen har vært mangelfull, med den følge at parten ikke har fremsatt alle relevante prosesshandlinger, eller at parten har fremmet alt for mange av dem? Eller at en part til tross for veiledning fremsetter prosesshandlinger for sent? I allmennprosessen er det relativt stor adgang til å avskjære prosesshandlingene der slike situasjoner skulle oppstå. I småkravprosessen er et av virkemidlene for å sikre funksjonsoppnåelse en mindre formell prosess, herunder en begrenset avskjæringsadgang. Spørsmålet er om tvistelovens regler bidrar til å løse konsentrasjonsproblematikken, som har vært en hindring på veien mot funksjonsoppnåelse for småkrav.⁹¹⁴

Dette kapitlet omhandler prosesshandlinger. Hva som skal forstås med begrepet «prosesshandlinger» er imidlertid ikke gitt. Begrepet har ingen felles betydning i norsk prosessrett.⁹¹⁵ Det kan i sin videste form omfatte alle handlinger som foretas i en rettsprosess. Denne betydningen blir imidlertid ikke treffende for denne avhandlingen. Når begrepet anvendes her vil det kun benyttes på fremsettelse av krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis, og innsigelser mot slike. Avgrensingen faller naturlig sett i lys av avhandlingens tema – å vurdere dommerens handlingsrom i tiden fra stevning er inngitt, til sluttbehandlingen av saken

⁹¹⁴ Se avhandlingens punkt 2.2.

⁹¹⁵ Se eksempelvis Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 50. Hun definerer «prosesshandlinger» som «*all opptreden i rettsaken*» (kursiv i original). Tilsvarende fremgår av Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 247 og Jo Hov, *Rettergang i sivile tvister* (2017), s. 34.

er avsluttet. Dette innebærer blant annet at enkelte handlinger tidsmessig vil falle utenfor temaet, eksempelvis inngivelse av ankebegjæring.⁹¹⁶ I tillegg omtales ikke inngivelse av stevning og tilsvar nærmere her, da disse skrivenes utgjør en forutsetning for at saken skal behandles. Å avskjære disse har ikke som formål å gjøre prosessens gjennomføring mer effektiv.

Begrepene «preklusjon» og «avskjæring» brukes begge flittig i prosessuell litteratur, og er sentrale for kapitlets tematikk. Førstnevnte begrep stammer fra latin, og betyr nettopp avskjæring.⁹¹⁷ Begrepene vil derfor i utgangspunktet kunne brukes som synonymer i avhandlingen. I en prosessrettslig kontekst har imidlertid begrepene en ulik betydning, og vil også ha det her. Preklusjon brukes om avskjæring, men kun der avskjæringen begrunnes i en fristoverskridelse. Begrepet «avskjæring» brukes her om all øvrig begrensning av prosesshandlinger og som en samlebetegnelse der det er tale om både preklusjon og avskjæring. Annen avskjæring som behandles her er primært avskjæring begrunnet i proporsjonalitetshensyn, da en av de primære målsetningene med småkravsprosessen er å tilrettelegge for en proporsjonal behandling av småkravssaker.⁹¹⁸ Uavhengig av begrepsbruken er det tale om samme følge. Dersom preklusjon eller annen avskjæring gjennomføres, skal det ses bort fra den aktuelle prosesshandlingen.

Dommerens avskjæringsadgang har vært behandlet inngående i tidligere nordisk litteratur, i alle fall når det er tale om preklusjon.⁹¹⁹ For småkravsprosessen er det imidlertid langt mindre å finne.⁹²⁰ Dette skyldes nok både at småkravsprosessen i all hovedsak ikke har egne avskjæringsbestemmelser, og det faktum at regelsettet er av nyere dato.⁹²¹ Der tvistelovens kapittel 10 er taus om avskjæring må primært rettsgrunnlag søkes i tvistelovens alminnelige regler.⁹²² Spørsmålet blir da hvordan disse skal tolkes og forstås når det er tale om en sak etter

⁹¹⁶ Det kan også bli tale om å prekludere en parts adgang til å trekke inn en ny part i henhold til tvl. § 15-2 tredje ledd. Dette byr imidlertid ikke på særlige problemstillinger for småkravsprosessen, og vil derfor ikke behandles her. For mer om problemstillingen, se Ørnulf Øyen, «Prosessuell preklusjon i sivilprosessen», Jussens Venner nr. 4 (2014) (s. 187-221), da spesielt s. 200/201 samt s. 219-221.

⁹¹⁷ Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken*, Norstedts juridik (Stockholm 1993), s. 15.

⁹¹⁸ Jf. tvl. § 10-1 første ledd, der det fremgår at det skal legges «særlig vekt på at behandlingen er tilpasset betydningen av tvisten».

⁹¹⁹ Se eksempelvis *Lindells* bok om temaet, Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993).

⁹²⁰ Ørnulf Øyen har skrevet en artikkel om temaet, se Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen*, Lov og Rett nr. 1-2 (2010) (s. 76-81). Denne er imidlertid kun på ca. seks sider.

⁹²¹ Et unntak fra dette er tvl. § 10-3 femte ledd andre punktum, som kan tolkes som en hjemmel for avskjæring basert på proporsjonalitetshensyn, se nedenfor i punkt 7.4.1.

⁹²² Tvistelovens kapittel 16 og 21 er de mest aktuelle kapitlene for preklusjon- og avskjæringsspørsmål.

småkravsprosessen i stedet for allmennprosessen, all den tid det er særlige momenter som må inntas i tolkningen av småkravsregler.⁹²³ Heller ikke disse særlige sidene ved de alminnelige bestemmelsene har vært behandlet inngående i litteraturen. Dette kapitlets siktemål er dermed i all hovedsak å ha en rettsavklarende funksjon, samtidig som det skal vurderes hvorvidt avskjæringsreglene bidrar til funksjonsoppnåelse for småkravsinnnehavere.

I det videre vil først dommerens adgang til å prekludere prosesshandlinger analyseres i punkt 7.2. Dernest vil jeg i punkt 7.3 gjennomgå rettens mulighet til å prekludere partenes prosessuelle innsigelser. Spørsmålet reguleres av tvl. § 9-6, altså en bestemmelse fra allmennprosessen, og spørsmålet er hvilken betydning det får for tolkningen av bestemmelsen at det er tale om en småkravssak.

Fra punkt 7.4 endres fokus. Da er det ikke preklusjon som er tematikken, men avskjæring mer generelt. I tillegg begrenses fremstillingen til kun bevis. I punkt 7.4 skal rettens adgang til å avskjære bevis uten betydning for saken, eller bevisførsel som anses som uforholdsmessig omfattende drøftes. Avslutningsvis gis en oppsummering og vurdering av rettens adgang til å avskjære prosesshandlinger.

7.1.2. Jakten på et materielt riktig resultat

Det er mange årsaker til at retten kan vurdere eller å få en plikt til å avskjære en prosesshandling. Det ene er at partene har oversittet en preklusiv frist. Også uforholdsmessig bevisførsel kan medføre avskjæring. I tillegg er det enkelte former for bevis som det rett og slett ikke er anledning til å føre, og som retten dermed plikter å avskjære.⁹²⁴ I dette kapitlet er det de to første årsakene til avskjæring som skal behandles. Likevel har alle avskjæringsgrunnlag noe til felles, nemlig at de unntar prosesshandlinger fra prosessen. Retten kan dermed vanskeligere identifisere det materielt riktige resultatet i saken. Spørsmålet er hva som skal forstås med et materielt riktig resultat i en prosessuell verden som aksepterer avskjæring av prosesshandlinger.⁹²⁵

Også tvistelovens kapittel 22 er relevant. Kapitlet inneholder eksempelvis bevisforbudsregler. Bevisforbudsreglene byr imidlertid ikke på egne problemstillinger for småkravsprosessen, og behandles dermed ikke ytterligere her.

⁹²³ Se avhandlingens punkt 4.3.4.

⁹²⁴ Se tvistelovens kapittel 22. Her fremgår det eksempelvis at retten ikke kan tillate opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt ført som bevis, jf. tvl. § 22-3.

⁹²⁵ Ulike land har ulike oppfatninger av hva som er det materielt riktige resultatet. I England har det tradisjonelt vært mest fokus på at prosessen skal være god. Satt på spissen er en materielt riktig avgjørelse, den avgjørelsen som har hatt en god prosess i forkant. Det materielle innholdet i avgjørelsen har hatt en

Utgangspunktet for hva som betegnes som et materielt riktig resultat kan tenkes å være det resultat retten kommer til etter at partene har presentert alle relevante argumenter og alle relevante bevis.⁹²⁶ Mest mulig informasjon gir her retten et bedre avgjørelsesgrunnlag. Fra dette perspektivet kan ikke prosesshandlinger avskjæres.⁹²⁷ Nektet prosesshandlinger ført er det en fare for at saken blir mindre opplyst, noe som igjen kan føre til et materielt uriktig resultat, som kan medføre et rettstap.⁹²⁸ Denne forståelsen av «et materielt riktig resultat» er ikke eksisterende i norsk prosessrett, og kan ikke eksistere så lenge proporsjonalitetsprinsippet har fotfeste.

På veien mot forståelsen av hva som forstås med det materielt riktige resultat i norsk prosessrett, må det ses til disposisjons- og forhandlingsprinsippet.⁹²⁹ Skal prinsippene forstås bokstavelig ville avskjæring være utelukket, da det er partene som skal avgjøre hva som er relevant å innta i saken. Dette er utvilsomt ikke holdbart i dag. Likevel har prinsippene betydning for spørsmålet om hva som må forstås med det materielt riktige resultat. Ved at partene har det primære ansvar for sakens opplysning er det ikke slik at det som betegnes som riktig resultat er en rent objektiv størrelse. Som et utgangspunkt må det derfor sies at det materielt riktige resultatet er det resultatet retten kommer til etter å ha vurdert alle partenes relevante anførsler og bevis, samtidig som retten til en rettferdig rettergang ivaretas. Det er klare subjektive elementer tilstede, da partene setter rammene for hvilket resultat retten kan komme til.

Det som i størst grad åpner for en enda mer innskrenket forståelse av det materielt riktige resultat, innenfor rammene av partenes prosessopplegg, er betydningen av en rettferdig rettergang. I samsvar med partenes ulike prosessrettigheter er det ikke tvilsomt at særlig bevisbildet må begrenses basert på andre prosesshensyn. Hva som er det materielt riktige resultatet er således ikke kun et materielt spørsmål, men et prosessuelt. I småkravssaker står hensynet til prosessøkonomi sterkt i dette henseendet. Rettens avgjørelsesgrunnlag, og således graden av materiell riktighet som kan oppnås, må begrenses dersom sakens kostnader skal holdes på et proporsjonalt nivå.

mer sekundær rolle. Se JA Jolowicz, *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure* (2003), s. 284.

⁹²⁶ Dette kan betegnes som ideen om at «more is better», jf. Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* (2010), s. 273.

⁹²⁷ Se NOU 2001:32 A, s. 240 andre spalte. Tilsvarende fremheves av Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nye omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 28 samt Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 171.

⁹²⁸ Se Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 28.

⁹²⁹ For mer om prinsippene, se avhandlingens punkt 6.2.6.

I teorien er det det reist et skille mellom materiell og formell sannhet som målestokk for et riktig resultat.⁹³⁰ Materiell sannhet gjenspeiler de faktiske forholdene, altså hva som har skjedd i en sak.⁹³¹ Formell sannhet er den sannheten som kan finnes innenfor partenes prosessopplegg.⁹³² Som vist begrenses muligheten til å identifisere den materielle sannheten ved at partene har disposisjonsrett over saken og at proporsjonalitetsprinsippet setter skranker for hvor omfattende behandling en sak kan få. Når det er tale om et materielt riktig resultat i norsk prosessrett, er det altså tale om et resultat mer basert på det formelle sannhetsbegrepet, enn det materielle sannhetsbegrepet. Forenklet sagt må avgjørelsene som treffes være mest mulig korrekt innenfor partenes prosessopplegg, uten at prosessen blir uforholdsmessig omfattende.⁹³³ Vektleggingen av proporsjonalitetsprinsippet legitimerer at retten kan avskjære prosesshandlinger, og likevel komme til noe som kan betegnes som et materielt riktig resultat.

7.1.3. Særlig om begrunnelsen for preklusjonsregler

Det er enkelte hensyn som har en egen betydning for begrunnelsen av preklusjonsinstituttet, sammenlignet med avskjæringsregler generelt. Som eksempel er preklusjon kun relatert til tidspunktet prosesshandlingen er fremmet på, i motsetning til øvrige avskjæringsregler, som knyttes til forhold ved selve prosesshandlingen.⁹³⁴

Før tvistemålsloven trådte i kraft i 1915 ble eksempelvis preklusjon av partenes prosesshandlinger begrunnet i eventualmaksimen.⁹³⁵ Dette innebar at partene «skulle til enhver tid opptre med den eventualitet for øye at det var siste gang de hadde ordet».⁹³⁶ Dersom partene senere fremmet nye bevis, krav, påstander eller påstandsgrunnlag, ble disse prekludert. Det var derfor tale om en svært streng avskjæringsnorm, som innebar at partene, i alle fall i teorien, måtte ha tilnærmet full oversikt over egen sak ved inngivelse av stevning og tilsvarende. Kun i særlige tilfeller kunne prosesshandlinger fremmes etter dette tidspunktet. Med innføringen av tvistemålsloven ble dette regimet lettet på. Det ble innført regler som i stedet avgrenset

⁹³⁰ Dette er en grov forenkling. For en inngående analyse av de ulike sannhetsbegrepene, se Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget (Bergen 2012), s. 229-256.

⁹³¹ Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 13 og Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, (2012), s. 229.

⁹³² Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 13 og Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker* (2012), s. 244.

⁹³³ Anna Nylund, *The structure of civil procedure* (2018), s. 24.

⁹³⁴ Se Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 236 og 324.

⁹³⁵ Francis Hagerup, *Den norske civilproces*, Aschehoug (Kristiania 1918), s. 413. Begrepet «eventualmaksimen» henspeiler på det som ble forventet av partene, at de «allerede fra først af skulde medtage ogsaa de angrebs- og forsvarsmidler, som de entlig bare eventuelt – d. e. hvis de ikke trænger igjennem med de principale – har brug for, og at de, hvis de undlod dette, tabte adgangen til senere at fremkomme med saadanne anførsler».

⁹³⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 575 med videre henvisninger.

dommerens avskjæringsadgang negativt.⁹³⁷ Denne fremgangsmåten er beholdt i dagens tvistelov.

Den primære begrunnelsen for at prosessretten har et generelt behov for preklusjonsregler kan ses på som todelt.⁹³⁸ Det ene formålet er av preventiv art. Ved å ha preklusjonsregler så antas det at partene gis et incentiv til å inngi prosesshandlinger innenfor frister, for slik å unngå at prosesshandlingen skal stå i fare for å bli utelatt fra prosessen.⁹³⁹ Det preventive formålet er av generell karakter, med en ønsket oppdragende effekt. Den ivaretas kontinuerlig, uavhengig av en konkret sak.

Preklusjonens andre formål er av operativ art. Med dette forstås at retten faktisk må prekludere prosesshandlinger i den enkelte sak, der forholdene tilsier en slik følge.⁹⁴⁰ Dette for å bidra til blant annet effektivisering av prosessen. Dette formålet er mindre generelt enn det preventive. Her er fokuset på at behandlingen av den konkrete saken skal skje mest mulig effektivt. I tillegg er det en grad av sanksjonering knyttet til preklusjonsreglene. Forutsetningen for preklusjon er at partene har opptrådt i strid med fristene som følger av prosessreglene. Også sanksjonseffekten forutsetter at preklusjonsreglene anvendes.

Det foreligger imidlertid ingen generell preklusjonsadgang etter tvisteloven, og i alle fall ikke for småkrav.⁹⁴¹ I de fleste tilfeller skjer preklusjon etter en skjønnsmessig vurdering av om det er forsvarlig med preklusjon i det konkrete tilfellet, eller om den for sent fremsatte prosesshandlingen skal kunne fremmes. I denne vurderingen er ulike hensyn av sentral betydning.

Hensynet til kontradiksjon står sentralt. Partene har rett til å imøtegå motpartens argumenter, og det argumentasjonen bygger på. Dette fremgår av tvistelovens formålsbestemmelse,⁹⁴² det generelle kontradiksjonsprinsippet i sivilprosessen,⁹⁴³ så vel som praksis fra EMD.⁹⁴⁴ Der det ikke er tid til å la motparten uttale seg om den fremsatte prosesshandlingen innenfor sakens

⁹³⁷ Se eksempelvis tvml. § 189 sammenholdt med Francis Hagerup, *Den norske civilproces* (1918), s. 413-415.

⁹³⁸ Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 28.

⁹³⁹ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 176 første spalte, og Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 181.

⁹⁴⁰ Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 28.

⁹⁴¹ I allmennprosessen utgjør tvl. § 9-16 en generell preklusjonshjemmel for perioden etter avsluttet saksforberedelse. Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse i småkravprosessen.

⁹⁴² Tvisteloven § 1-1 andre ledd, andre strekpunkt.

⁹⁴³ Se Rt. 2007 s. 1196, avsnitt 21, sammenholdt med Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 545 mv. og Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 8 mv.

⁹⁴⁴ Se eks. *Ruiz-Mateos mot Spania*, dom 23. juni 1993, avsnitt 63 og *Lazarenco og andre mot Ukraina*, dom 27. juni 2017, avsnitt 36.

rammer, har ikke retten andre muligheter enn å prekludere prosesshandlingen, eller eventuelt utsette saken. Dette skyldes at brudd på kontradiksjonsprinsippet anses som en inngripende saksbehandlingsfeil, og det er i praksis lagt til grunn at dette som hovedregel vil måtte føre til opphevelse av en dom.⁹⁴⁵

Retten til kontradiksjon kan få særlig vekt som argument for preklusjon i småkravprosessen, der et uttalt mål er å avgjøre saker raskt, men likevel forsvarlig.⁹⁴⁶ Utsettelse eller omberamning av en sak innebærer en forsinkelse. Forsinkelser er ikke ønskelig i småkravssaker, blant annet da fristen for å avsi dom starter å løpe allerede ved inngivelse av stevning, noe som legger et ekstra tidspress på prosessen.⁹⁴⁷ Sammenholdt med at retten til kontradiksjon skal være av reell karakter, og ikke kun en formell rett, kan følgen av for sent fremsatte prosesshandlinger bli preklusjon i flere tilfeller i småkravprosessen enn etter allmennprosessen. I alle fall i teorien.⁹⁴⁸

Hensynet til forsvarlig prosessøkonomi har betydning i flere henseender for spørsmålet om preklusjon, som for avskjæring for øvrig. På den ene siden kan prosessøkonomi, fra et snevert perspektiv, brukes som et argument for et preklusjonsinstitutt. Det er ikke tvilsomt at prosessen vil fordyres der partene står fritt til å overlesse den med sent fremsatte prosesshandlinger. Økte kostnader kan skyldes en utsatt prosess, eller at partene må bruke større umiddelbare ressurser for å sette seg inn i det den nye prosesshandlingen tilfører. I småkravprosessen får prosessøkonomi som argument for preklusjon særlig vekt sammenlignet med allmennprosessen, da prosessformen skal gi en billigere rettergang. Dette må ses i lys av at forutsetningen for funksjonsoppnåelse for småkrav er domstolstilgang, og at denne i stor grad har vært hindret gjennom dyre og langtekkelige prosesser.

På den andre siden kan prosessøkonomi fra et større perspektiv tale mot preklusjon. Dersom retten i småkravssaker har stor mulighet til å prekludere prosesshandlinger, samtidig som preklusjonen av partene oppfattes som feil, kan dette virke prosessdrivende ved at partene anker rettens avgjørelse.⁹⁴⁹ Som vist i kapittel 4, vil dette medføre kostnader for partene som bør

⁹⁴⁵ Se eksempelvis ankeutvalgets avgjørelse i Rt. 2010 s. 1221, premiss 12 samt HR-2018-2127-U, avsnitt 15.

⁹⁴⁶ Øyen omtaler alternativene som at «[f]ølges fremdriftsplanen for saken ved at rettsmøtet ikke utsettes, blir saksbehandlingen rask og effektiv, men ofte ikke forsvarlig. Fortsetter saken uten at endringen prekluderes, risikerer en at den annen part ikke får tilstrekkelig tid til å imøtegå endringen», jf. Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i sivilprosessen* (2014), s. 188.

⁹⁴⁷ Se avhandlingens punkt 4.8.1.

⁹⁴⁸ Se nedenfor i punkt 7.2.2, om tvl. § 16-6 sitt begrensede anvendelsesområde.

⁹⁴⁹ Dette ble fremhevet som en fare av Tvistelovsutvalget, jf. NOU 2001:32 A, s. 240 andre spalte. Se også Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 171.

unngås i småkravssaker.⁹⁵⁰ Dette gjelder uavhengig av om anken om spørsmålet fører frem. Enhver behandling, også avvisning, medfører kostnader.

Hensynet til en konsentrert prosess, som særlig fremheves i småkravprosessen, har også betydning for preklusjonsspørsmålet.⁹⁵¹ Dersom retten etterlever fristene som er gitt, gir det presumptivt en signaleffekt til partene om at oversittelse ikke aksepteres. Etterlevelse kan bidra til at prosessen konsentreres, ved at partene i større grad konkretiserer eget prosessopplegg på et tidligst mulig stadium i prosessen.

Konsentrasjonshensynet kan imidlertid også tale imot et strengt preklusjonssystem. Dersom reglene blir for strenge, er det mulig at partene vil overlesse prosessen med alle potensielt viktige prosesshandlinger, for ikke å stå i fare for at disse skal prekluderes. Dette kan gjøre prosessen unødig omfattende, og langt fra konsentrert, noe som ble erfart i norsk rett under eventualmaksimen. En slik innstilling til preklusjon ville også stride mot hensynet til proporsjonalitet, som gjennomsyrrer dagens prosessrett.

Preklusjon er beviselig en tematikk som påvirkes av ulike hensyn i alle retninger. Hensynene er av betydning i de konkrete vurderingene dommeren må foreta, når det skal avgjøres om preklusjonsfølgen skal inntre eller ikke, noe som er temaet i neste punkt.

7.2. Preklusjon av prosesshandlinger

7.2.1. Rettsgrunnlaget for preklusjon i småkravprosessen

Utgangspunktet for bevisførsel i sivile saker fremgår av tvl. § 21-3 første ledd. Så fremt det ikke fremgår særlige unntak av tvisteloven har partene rett til å føre de bevis de ønsker. Det er således et hjemmelskrav for preklusjon av bevis. For øvrige prosesshandlinger er det imidlertid ingen tilsvarende bestemmelse. Likevel må det legges til grunn at også preklusjon av krav, påstander og påstandsgrunnlag krever et rettslig grunnlag. Dette skyldes primært det prosessrettslige utgangspunkt om at det er partenes ansvar å sette rammene for prosessen i sivile saker.

⁹⁵⁰ Se avhandlingens punkt 4.9.

⁹⁵¹ Innst. O. nr. 110 (2004-2005), s. 41. Se også Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 28.

Det er ikke oppstilt noen eksplisitt preklusjonsbestemmelse for småkravsprosessen forutfor sluttbehandling. I småkravskapitlet er det kun én bestemmelse som oppstiller en frist, tvl. § 10-2 tredje ledd. Denne lyder:

Partene plikter innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt.

Ordlyden oppstiller en frist for når bevis senest kan formidles til motpart og retten under saksforberedelsen, én uke før sluttbehandlingen tar til.⁹⁵² Dersom bevis varsles eller dokumentbevis innsendes, etter fristen, må disse anses som å være for sent fremsatt. Fristen gjelder ikke for krav, påstander eller påstandsgrunnlag. Spørsmålet er om følgen av fristoversittelse innebærer en adgang til å prekludere bevis.

Bestemmelsens ordlyd gir ikke et entydig svar. Begrepet «plikter» kan tilsi at bestemmelsen er ment å skulle gi preklusiv virkning, all den tid en plikt typisk er noe som kreves utført.⁹⁵³ Umiddelbart tilsier dette at partene er pålagt en handling. Når en handling pålegges er det ikke unaturlig at en unnlattelse av å gjennomføre handlingen vil fordre en umiddelbar konsekvens. Isolert sett kunne dette vært brukt som argument for at fristen har preklusiv virkning. I tillegg er hensikten med fristen i tvl. § 10-2 tredje ledd «å sikre den annen part mulighet til å ta til gjenmæle og eventuelt selv forberede bevisføring».⁹⁵⁴ Også formålet med bestemmelsen kan tilsi at preklusjon kan skje dersom fristen oversittes.

Likevel er det ikke tvilsomt at tvl. § 10-2 ikke skal ha noen selvstendig preklusiv virkning for bevis.⁹⁵⁵ For det første fremgår det ingen eksplisitt følge av ordlyden i tvl. § 10-2 tredje ledd. Det kan altså ikke utledes noen konsekvenser av at plikten ikke følges. Tvisteloven har heller ingen alminnelig hjemmel for preklusjonsvirkninger ved fristoversittelser.

For det andre fremgår det av forarbeidene til kapittel 10 at «[p]reklusjonsregelen i § 9-10, jf. § 9-16 er ikke gitt tilsvarende anvendelse, heller ikke for bevis som det altså pliktes varslet om».⁹⁵⁶ Tvl. § 9-16 første ledd knytter automatiske preklusjonsvirkninger til avsluttet

⁹⁵² Fristen gjelder tilsvarende for eventuelle skriftlige innlegg som partene vil meddele domstolen, jf. tvl. § 10-2 tredje ledd andre punktum. Adgangen til å fremsette skriftlige innlegg presumeres å være snever. Dette følger av bestemmelsens ordlyd, der det fremgår at partene «kan [...] avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det». Dommerens rolle består derfor ikke av å avskjære innlegg, men å tillate dem fremmet der det foreligger særlige grunner, noe som gjør at problemstillingen ikke behandles ytterligere her.

⁹⁵³ Store norske leksikon, søkeord «plikt»: <https://snl.no/plikt> - filosofi (sist sett 25. januar 2019).

⁹⁵⁴ Ot.prp. nr.51 (2004-2005), s. 401 andre spalte.

⁹⁵⁵ Dette legges til grunn av blant annet Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 671.

⁹⁵⁶ NOU 2001:32 B, s. 763 andre spalte. Dette er fremholdt å være et grep som gir retten fleksibilitet i

saksforberedelse. Gis tvl. § 10-2 preklusiv virkning gis tvl. § 9-16 første ledd i realiteten anvendelse for bevis den siste uken før sluttbehandling, bare uten unntakene fra preklusjon, noe som vil stride mot uttalelsen i forarbeidene. Det var altså ikke lovgivers intensjon å tillegge fristen for bevisfremsettelse en selvstendig preklusiv virkning. Tvl. § 10-2 fremstår derfor ikke som en preklusjonshjemmel, men kun en oppdragende frist.

For det tredje kan formålet med tvl. § 10-2, å sikre motparten interesser, ivaretas ved omberammelse av saken der det fremstår som nødvendig, i alle fall dersom prosesshandlingen fremmes før sluttbehandlingen.⁹⁵⁷ Det foreligger dermed et handlingsalternativ som må presumeres å være mindre inngripende enn preklusjon, og som også er i tråd med bestemmelsens formål.⁹⁵⁸

På dette grunnlag må det derfor konkluderes med at dommeren ikke har anledning til å avskjære bevis kun på det grunnlag at det fremmes etter fristen som fremgår av tvl. §10-2 tredje ledd.⁹⁵⁹ Det er således ingen rettsgrunnlag for preklusjon i tvistelovens småkravkapittel.

Spørsmålet om preklusjon er imidlertid også regulert i lovens alminnelige deler. Tvisteloven § 16-6 tredje ledd gir en generell hjemmel til å nekte en prosesshandling foretatt på nærmere bestemte vilkår.⁹⁶⁰ Her er det altså ikke tale om kun bevis. Bestemmelsen lyder:

[s]elv om unnlattelsen ikke betyr fravær i saken, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket.

Som nevnt tidligere får bestemmelsene i tvistelovens alminnelige deler som utgangspunkt lik anvendelse i småkravprosessen som i allmennprosessen.⁹⁶¹ Denne bestemmelsen oppfyller således hjemmelskravet for preklusjon i småkravssaker. Forutsetningen er at det er tale om en prosesshandling som ikke er fremmet innenfor en gitt frist, at følgen av å fremme denne må

saksbehandlingen, jf. Maria Astrup Hjort, «Hvilket ansvar har dommeren for å legge til rette for et godt avgjørelsesgrunnlag i en sivil sak?», Jussens Venner (2018) (s. 382-398), s. 397.

⁹⁵⁷ Se tvl. § 16-3 første ledd, der det fremgår at «[r]etten kan omberamme rettsmøter når det er nødvendig for å sikre forsvarlig behandling eller tungtveiende grunner ellers taler for det». Der det er tale om mulig manglende kontradiksjon vil det nok alltid foreligge «tungtveiende grunner» til å omberamme, jf. Rt. 2010 s. 1221, avsnitt 12.

⁹⁵⁸ I allmennprosessen foreligger det et ytterligere handlingsalternativ: å nedsette sakskostnadskravet i henhold til tvl. § 20-2 tredje ledd. Da kostnadskravet i småkravprosessen allerede er begrenset vil nok ikke dette alternativet, og den preventive virkning det eventuelt måtte ha, være av større betydning.

⁹⁵⁹ Tilsvarende syn kan ses hos Knut Boye, Preklusive og andre viktige frister i sivile saker, Gyldendal akademisk (Oslo 2011), s. 41 og Tore Schei mfl., Tvisteloven Bind I (2013), s. 361.

⁹⁶⁰ Bestemmelsen har gamle røtter, helt tilbake til det år tvistemålsloven trådte i kraft, jf. Francis Hagerup, Den norske civilproces (1918), s. 414.

⁹⁶¹ Se avhandlingens punkt 4.3.4.

innebære en utsettelse eller vesentlig forsinkelse av rettsmøtet og at retten mener at preklusjon bør skje i den konkrete saken. Vilkårene behandles suksessivt fra punkt 7.2.2.

Heller ikke preklusjon under sluttbehandlingen er regulert i tvistelovens småkravkapittel. Det kan dermed tas utgangspunkt i at det aktuelle rettsgrunnlaget også her vil være tvl. § 16-6 tredje ledd. I bestemmelsens annet punktum står det imidlertid at for «endringer av saken etter avsluttet saksforberedelse gjelder § 9-16». Dette gir en indikasjon på at det i alle fall for saker etter allmennprosessen kun vil være på saksforberedelsestadiet det kan være tale om å anvende § 16-6 tredje ledd som preklusjonshjemmel.⁹⁶² Bestemmelsene fremstår som om de skal ses i sammenheng, og anvendes på ulike stadier av prosessen.

I småkravprosessen er ikke tvl. § 9-16 gitt anvendelse. Det fremgår heller ingen steder eksplisitt at tvl. § 16-6 tredje ledd skal ha et videre anvendelsesområde i småkravprosessen enn etter allmennprosessen. Naturlig må dermed anvendelsesområdet til bestemmelsen presumeres å være tilsvarende i begge prosessstypene, slik at den også i småkravprosessen kun kan hjemle preklusjon på saksforberedelsestadiet.

Tvisteloven § 9-10, som regulerer avslutningen av saksforberedelsen i allmennprosessen, er imidlertid ikke gitt anvendelse i småkravprosessen. Den er ikke inntatt med henvisning fra tvistelovens kapittel 10 og kan dermed ikke anvendes. Dette tilsier at det ikke kan differensieres mellom før og etter saksforberedelse, da det ikke er noen formell avslutning av stadiet.⁹⁶³ Dette vil igjen indikere at tvl. § 16-6 tredje ledd i småkravprosessen må kunne anvendes til saken tas til doms. En annen løsning ville også fremstått urimelig. Hensynet til en effektiv gjennomføring av sluttbehandlingen, som tross alt skal bli forsøkt avsluttet i løpet av få timer, kan vanskelig ivaretas hvis retten ikke har noen mulighet til å prekludere prosesshandlinger som først fremmes der. Det er således gode grunner til å tolke anvendelsesområdet til tvl. § 16-6 tredje ledd noe utvidende.

Slik ordlyden i tvl. § 16-6 tredje ledd er formulert per i dag er det rom for å diskutere hvorvidt bestemmelsen kan anvendes som preklusjonshjemmel helt frem til sluttbehandlingen er avsluttet både for bevis, krav, påstander og påstandsgrunnlag.⁹⁶⁴ Det fremstår likevel, både etter bestemmelsens ordlyd og forarbeidene, som om lovgivers intensjon har vært at tvl. § 16-6 tredje

⁹⁶² Dette fremgår også implisitt av forarbeidene, se NOU 2001:32 B, s. 913 andre spalte og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 424 andre spalte.

⁹⁶³ Se avhandlingens punkt 4.5.4.

⁹⁶⁴ At bestemmelsen ikke er lett å forstå seg på er også lagt til grunn av Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i sivilprosessen* (2014), s. 193. Han konkluderer imidlertid med at det er rom for å forstå tvl. § 16-6 tredje ledd som en alminnelig preklusjonshjemmel.

ledd primært skal brukes i de tilfeller at tvl. § 9-16 ikke får anvendelse, altså kun før sluttbehandlingen. Dersom dette ikke er intensjonen til lovgiver må det foretas en endring, enten ved å formalisere skillet mellom saksforberedelsen og sluttbehandlingen også i småkravprosessen, fjerne henvisningen i bestemmelsens andre punktum, eller ved å innta en klar preklusjonsbestemmelse i småkravskapitlet. Når det er sagt, må det likevel anses som sikkert at bestemmelsen kan anvendes til sluttbehandlingen starter, for samtlige typer prosesshandlinger, da stadiet formelt ikke slutter i småkravssaker før rettsmøtet til sluttbehandling starter.

7.2.2. Det må være tale om en unnlatt prosesshandling

Under forberedelsen av en småkravssak kan retten på nærmere angitte vilkår precludere bevis, krav, påstander og påstandsgrunnlag. Første vilkår for at preklusjon skal skje etter tvl. § 16-6 tredje ledd er at det er tale om en «unnlattelse», som ikke innebærer «fravær i saken». Den mest relevante fraværsgrunnen her følger av tvl. § 16-7 andre ledd, der det fremgår at dersom en part har «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». Forutsetningen for at det skal bli tale om preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd er følgelig at retten ikke har utstedt et forelegg.⁹⁶⁵

Tvisteloven § 16-6 tredje ledd oppstiller et vilkår om at det må være tale om en unnlatt prosesshandling, altså at handlingen ikke er gjennomført. Dette er en forutsetning for at det i det hele tatt skal bli tale om preklusjon etter bestemmelsen. Når en handling skal anses å være unnlatt er imidlertid bestemmelsen taus om.

Begrepet «unnlattelsen» anvendes også i første og andre ledd, noe som taler for at det må legges en felles forståelse til grunn. Første gang det brukes fremgår det i første ledd i følgende kontekst: «Er en prosesshandling ikke foretatt i tide, og unnlattelsen betyr fravær i saken [...]». Her fremstår det som om «unnlattelsen» viser tilbake til «prosesshandling ikke foretatt i tide». Tredje ledd lest i sammenheng med første ledd i bestemmelsen taler for at «unnlattelsen» også her må innebære at en prosesshandling er unnlatt der den ikke er fremmet «i tide».⁹⁶⁶ Det er ingen

⁹⁶⁵ I praksis er det lagt til grunn at det kun unntaksvis vil være mulig for retten å utstede forelegg i en småkravssak, se eksempelvis TFOSN-2009-42674.

⁹⁶⁶ Når en prosesshandling er foretatt må antas å reguleres av domstoloven § 146 andre ledd, jf. Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i sivilprosessen* (2014), s. 211.

umiddelbare holdepunkter for at en annen forståelse må legges til grunn for begrepet i tredje ledd.

Vilkåret må umiddelbart forstås slik at det må være tale om en fristoversittelse. Begrepet «i tide» fremstår som en overholdelse av en på forhånd gitt tidsangivelse. Foretas en handling i etterkant er den inngitt for sent, og altså ikke inngitt i tide. En slik forståelse forutsetter følgelig en mer eller mindre uttrykkelig frist for at tvl. § 16-6 første, og da også tredje ledd, skal komme til anvendelse. Tilsvarende forståelse er lagt til grunn i tvistemålsutvalgets utredning, der det ble uttalt at «[m]ed unnlatt prosesshandling menes prosesshandlinger som foretas for sent, dvs. etter utløpet av lovbestemt eller fastsatt frist, eller som helt unnlates».⁹⁶⁷ Forarbeidene støtter altså den naturlige forståelsen av ordlyden. Ordlyden og forarbeidene tilsier dermed at det for å prekludere prosesshandlinger med hjemmel i tvl. § 16-6 tredje ledd, i alle fall i utgangspunktet, må være tale om en oversittet frist som er pålagt partene av retten, eller en frist som fremkommer eksplisitt av loven.

For fremsettelse av bevis oppstiller tvl. § 10-2 tredje ledd en frist på én uke før sluttbehandlingen. Her foreligger det dermed en lovbestemt frist, som gjør at tvl. § 16-6 tredje ledd klart kan komme til anvendelse der en part fremsetter bevis etter at denne fristen er utløpt, men før sluttbehandlingen tar til.⁹⁶⁸ I slike tilfeller gir altså bestemmelsen hjemmel for preklusjon av for sent fremsatte bevis.

For bevis fremsatt før ukesfristen og for krav, påstander og påstandsgrunnlag eksisterer det ingen lovbestemte frister.⁹⁶⁹ Anvendelse av § 16-6 tredje ledd, utover § 10-2 tredje ledd-tilfellene forutsetter en frist gitt av retten i medhold av tvl. § 11-6 andre ledd.⁹⁷⁰ Tvisteloven § 16-6 tredje ledd sammenholdt med tvl. § 10-2 tredje ledd gjør altså at bestemmelsens automatiske anvendelsesområde primært blir på kun én uke, og kun for bevis.

Ovennevnte innebærer at det faktiske tidsrommet der preklusjon av prosesshandlinger er mulig blir noe snevert. Spørsmålet blir om det er mulig å tolke «unnlatsen» utvidende, slik eksempelvis Øyen virker å ta til orde for.⁹⁷¹ Slik jeg forstår argumentasjonen, baserer den seg

⁹⁶⁷ NOU 2001:32 B, s. 911 første spalte.

⁹⁶⁸ Dette er også lagt til grunn i praksis, se eksempelvis tingrettsavgjørelsen TFOSN-2009-42674.

⁹⁶⁹ Backer fremholder at det grunnet den utvidede veiledningsplikten særlig aktualiserer problemstillingen med sent fremsatte påstander og endringer i påstandsgrunnlag, se Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 190, noe som tilsier at retten må ha problematikken for øye under veiledningen.

⁹⁷⁰ Se avhandlingens punkt 6.2.2.

⁹⁷¹ Ørnulf Øyen, Prosessuell preklusjon i sivilprosessen (2014), s. 198. Også hos Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015) virker det som om det legges til grunn at tvl. § 16-6 tredje ledd får anvendelse uavhengig av om det er oppstilt en frist, da han skriver at «hvis endringene gjør at rettsmøtet til

på at også overtredelse av relative frister, frister som ikke angir et konkret tidspunkt, kan medføre en unnløstelse etter tvl. § 16-6 tredje ledd.

En slik relativ frist er antatt å kunne tolkes ut av tvl. § 9-2 andre ledd og § 9-3 tredje ledd, som begge får anvendelse i småkravprosessen, jf. § 10-2 første ledd.⁹⁷² Av bestemmelsen fremgår det at stevning og tilsvare henholdsvis skal og bør angi bevis, kravet, en påstand og påstandsgrunnlaget. At dette fullt ut blir gjort, er imidlertid et ideal, og gjenspeiler nok sjelden realiteten.⁹⁷³ Særlig må dette kunne påstås der det er tale om selvprosederende parter som ikke nødvendigvis vil ha full oversikt over egen sak ved saksanlegg, en aktuell problemstilling i småkravssaker.

Det er imidlertid gode grunner for å tolke bestemmelsen i henhold til den naturlige forståelsen. Sentralt står hensynet til forutberegnelighet. Dersom også relative frister skal kunne legitimere preklusjon av prosesshandlinger i henhold til tvl. § 16-6 tredje ledd blir det vanskeligere for partene å forholde seg til regelsettet. Der partene ikke er gjort kjent med en frist for bevisfremsettelse må det kunne presumeres at det ikke gjelder noen frist. Skal preklusjon likevel finne sted vil det kunne komme som en overraskelse på partene. Særlig vil dette gjelde for selvprosederende parter, som kanskje er ukjent med adgangen til preklusjon til og med der denne fremgår direkte av loven. Her er det imidlertid inntatt en sikkerhetsventil, ved at preklusjonsfølgen er underlagt dommerens skjønn, jf. ordlyden «kan». Urimelige resultater kan dermed unngås ved at dommeren likevel velger å godta fremsettelsen av prosesshandlingen. Mitt poeng er imidlertid at skjønnet kun kan anvendes der partene har fått en klar indikasjon på at preklusjon er en mulighet, noe som ikke er tilfelle dersom også relative frister skal kunne innebære en unnløstelse i henhold til tvl. § 16-6 tredje ledd.

Dette støttes videre av at et lite forutberegnelig preklusjonsinstiutt også kan motarbeide et av målene med preklusjonsregler: å skape et incentiv for partene til å fremme bevis tidlig. Uten klare frister vil ikke preklusjonsfølgen fremstå med tilstrekkelig klarhet for partene, og incentivet kan bli svakere. Dersom preklusjonsfrister blir «bortgjemt» blir det vanskeligere for partene å innrette seg etter regelverket, og justere sin adferd deretter. Prosessreglenes innhold må være såpass synlig at borgerne skal kunne beregne egen rettsstilling.⁹⁷⁴ All den tid

sluttbehandling må utsettes, kan retten avskjære dem med hjemmel i tvl. § 16-6 tredje ledd», jf. s. 190. I hans fremstilling nevnes ikke noen frist overhodet.

⁹⁷² Se Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i småkravprosessen* (2010), s. 79 med videre henvisninger. Se også Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 218.

⁹⁷³ Se Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i sivilprosessen* (2014), s. 188.

⁹⁷⁴ At forutberegnelighet er et aktuelt argument i prosessrettslig sammenheng kan utledes av tvistelovens

sivilprosessen skal bidra til handlingsdirigering, også når det gjelder partenes prosessuelle opptreden, må prosessreglene og konsekvensene av ikke å følge disse være synlig.⁹⁷⁵

Et annet moment som taler mot at i alle fall bestemmelsene om stevning og tilsvar skal kunne anvendes som en frist etter tvl. § 16-6 tredje ledd, er at det ved en slik fremgangsmåte må differensieres mellom saksøkers og saksøktes fremsettelsesplikt i preklusjonsspørsmål. Tv. § 9-2 lyder «[s]tevningen skal angi». Når begrepet «skal» anvendes er det tale om å oppstille en plikt, all den tid det er saksøker som går til sak og som følgelig må antas å ha best forutsetninger for å kunne forberede saken nært ferdig før saken anlegges. Saksøker har dermed et klart incentiv til å fremme krav, påstander og påstandsgrunnlag allerede fra dette stadiet i prosessen.

I tvl. § 9-3 tredje ledd anvendes, i motsetning til § 9-2, begrepet «bør». Dette innebærer kun en oppfordring til saksøkte om å fremme krav, påstander og påstandsgrunnlag. Det vil dermed være lite forutberegnelig for saksøkte dersom prosesshandlinger ikke fremmet i tilsvaret kan prekluderes ved senere fremsettelse fordi de ikke var fremmet i tide.

Å operere med to ulike terskler for henholdsvis saksøker og saksøkte utgjør en noe tungvint lovteknisk ordning. Det finnes heller ikke støtte for en slik forståelse i lovens forarbeider. Etter min mening må derfor den mest hensiktsmessige forståelsen av reglene være at en ikke kan legge til grunn at tvl. § 9-2 og § 9-3 oppstiller frister med preklusive virkninger.

Ses det videre hen til rettens adgang til å sette frister etter tvl. § 11-6, som skulle være et effektiviserende virkemiddel i sivilprosessen, er det heller ikke nødvendig å tolke «unnlåtelsen» utvidende for at preklusjon skal kunne skje. Dersom retten ved inngivelse av stevning og tilsvar oppstiller frister i henhold til saksstyringsplikten etter tvl. § 11-6 annet ledd kan preklusjonsvirkningen knyttes til disse. Det vil være mer forutberegnelig, særlig for selvprosederende parter, enn at stevning og tilsvar skal kunne gi dommeren adgang til å prekludere der denne finner grunn til det. Ses preklusjonsregelen i lys av tvl. § 11-6, så er det etter mitt skjønn ikke behov for en utvidet tolkning av «unnlåtelsen».⁹⁷⁶

forarbeider. Det uttales ikke direkte tilknyttet preklusjonsregler, men til øvrige prosessregler. Eksemplene viser likevel at forutberegnelighet er relevant. Se eksempelvis NOU 2001:32 A, s. 150, 499 og 531. Det er også fremholdt at «För att de processuella reglerna skall fungera på detta sätt måste det finnas en möjlighet för människor i gemen att få kunnskap om regelsystemet och hur det tillämpas», jf. Ulla Jacobsson, *Argumentation i civilprosessen* (1987), s. 350.

⁹⁷⁵ Se avhandlingens punkt 2.1.3.

⁹⁷⁶ Se motsetningsvis Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen* (2010), s. 78, der det uttales at «En slik rettsstilstand vil ikke dekke det praktiske behovet for en preklusjonsbestemmelse i småkravsprosessen».

Basert på ovennevnte tolker jeg vilkåret «unnlåtelsen» bokstavelig, sammenholdt med tvl. § 16-6 første ledd, slik at preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd forutsetter at en prosesshandling fremmes etter enten en lovbestemt frist, eller en frist gitt av retten.⁹⁷⁷

7.2.3. Rettsmøtet blir vesentlig forsinket eller det må utsettes

Når det er konstatert at det foreligger en unnlåtelse er neste steg mot preklusjon å vurdere følgene av å tillate prosesshandlingen fremmet. Forutsetningen for at preklusjon skal skje er at sakens gjennomføring blir påvirket. Enten må fremsettelsen resultere i at et rettsmøte blir «vesentlig forsinket» eller at rettsmøtet må «utsettes».

Forutsetningen for det første vilkåret er at det blir tale om en forsinkelse av et rettsmøte. I motsetning til en utsettelse er det her kun tale om at rammene for rettsmøtet forskyves. All den tid det primært gjennomføres kun ett rettsmøte etter småkravprosessens regler, rettsmøtet til sluttbehandling av saken vil det nok sjelden være aktuelt å bruke dette alternativet under forberedelsen av saken. Det er vanskelig å se for seg at fremsettelsen av en ny prosesshandling under forberedelsen skulle innebære en forsinkelse av rettsmøtet til sluttbehandling. Alternativet er således lite praktisk anvendelig under forberedelsen av en småkravssak.⁹⁷⁸

Under selve sluttbehandlingen er forsinkelsesalternativet mer aktuelt. Dersom en part fremsetter en ny prosesshandling under rettsmøtet til sluttbehandling, som ideelt skal være planlagt avholdt i løpet av få timer kan det nok raskt medføre en forsinkelse dersom motpartens rett til blant annet kontradiksjon skal ivaretas.⁹⁷⁹ Spørsmålet blir da hva som må forstås med en «vesentlig» forsinkelse.

Terskelen «vesentlig» er en relativ størrelse. I henhold til ordlyden er det imidlertid ikke tvilsomt at det må noe ekstra til. Det er ikke tilstrekkelig med enhver form for forsinkelse.⁹⁸⁰ I allmennprosessen må det nok aksepteres forsinkelser på flere timer, så fremt dette ikke medfører at rettsmøtet må skje over flere dager enn det planlagte.

⁹⁷⁷ For mer om rettens adgang til å sette frister i prosessen, se avhandlingens 6.4.4.

⁹⁷⁸ I det tilfelle at det likevel gjennomføres rettsmøter, slik praksis viser, er det likevel ikke tvilsomt at bestemmelsen får anvendelse på alle stadier av prosessen, jf. NOU 2001:32 A, s. 107 første spalte.

⁹⁷⁹ At en parts forsinkede fremsettelse av prosesshandlinger ikke skal ha negative implikasjoner for motparten er et gjennomgående hensyn i vurderingen av hvorvidt preklusjon skal finne sted, jf. NOU 2001:32 B, s. 913 andre spalte.

⁹⁸⁰ Dette kan også begrunnes i den latinske læresetningen *de minimis non curat lex*. Retten skal ikke knytte negative virkninger til handlinger med ubetydelige konsekvenser, jf. Michael Legg og Andrew Higgins, *Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?*, (2016), s. 158.

I småkravsprosessen skal det trolig mindre til for at terskelen for «vesentlig» er nådd, sammenlignet med allmennprosessen. Dette skyldes særlig hensynet til en proporsjonal behandling, et viktig moment i behandlingen av småkravssaker. Eksempelvis vil en forsinkelse på få timer raskt kunne medføre en økt ressursbelastning på partene, og ikke minst domstolen, som ikke kan anses proporsjonal. Dette blir forsterket ved at et rettsmøte til sluttbehandling er ment å skulle avholdes innen 2-3 timer.⁹⁸¹

Hvorvidt et rettsmøte må «utsettes» er enklere å konstatere. Her det ikke tale om en forskyvning av de eksisterende tidsrammene for prosessen, men å forskyve hele rettsmøtet. Er dette nødvendig for å ivareta motpartens interesser er vilkåret oppfylt. Alternativet er imidlertid kun aktuelt på sluttbehandlingsstadiet, i alle fall hvis tvistelovens begrepsbruk skal være konsekvent. Utsettelse er noe annet enn omberamning av en sak. Omberamning skjer i forkant av rettsmøtet, slik at utsettelse naturlig må forstås som en endring av tidspunkt for et påbegynt rettsmøte.⁹⁸²

7.2.4. Rettens skjønnsmessige adgang til å prekludere

Selv om det er tale om en unnlattelse, og at det å tillate prosesshandlingen fremmet vil innebære en vesentlig forsinkelse eller utsettelse, innebærer ikke dette automatisk at prosesshandlingen skal prekluderes. Dommeren er gitt et «kan»-skjønn. Bestemmelsen er imidlertid taus om hvilke momenter som er relevante i vurderingen.

At preklusjonsvurderingen er basert på skjønn og ikke absolutte regler må ses i sammenheng med hvilke fristoversittelser som preklusjonsregler er ment å skulle motvirke. Dersom reglene skal ha en preventiv effekt er det fristoversittelser som kunne vært unngått som preklusjonsreglene skal ramme. Dommeren må derfor vurdere den enkelte for sent fremsatte prosesshandling, og de konkrete følgene denne vil ha for prosessen, før preklusjonsvirkning inntreffer. Også øvrige preklusjonsbestemmelser i tvisteloven åpner for skjønn.⁹⁸³

Det typiske tilfellet der preklusjon skjer er der en part har opptrådt illojalt i prosessen.⁹⁸⁴ Dersom en part eksempelvis bevisst har unnlatt å fremsette en ny prosesshandling tidligere, med mål om å trenere prosessen er det et viktig argument for preklusjon. Dette er en adferd

⁹⁸¹ Se avhandlingens punkt 4.6.1.

⁹⁸² Se tvl. § 16-2 første ledd, der det fremgår at omberammelse kan kreves av en part når vedkommende har gyldig fravær til et etterfølgende rettsmøte.

⁹⁸³ Eksempelvis åpner tvl. § 9-6 for skjønnsmessige vurderinger som et ledd i å vurdere hvorvidt preklusjon ikke skal skje, se nedenfor i punkt 7.3.4. Også etter tvl. § 9-16 tredje ledd er dommerens vurderinger sentralt for å vurdere hvorvidt preklusjon skal skje uten at motparten har protestert.

⁹⁸⁴ I forarbeidene brukes betegnelsen «klart klanderverdig», jf. NOU 2001:32 B, s. 764 første spalte.

som ikke anses ønskelig, og som det således må reageres mot dersom reglenes ønskede preventive effekt skal oppnås. Preklusjon er imidlertid ikke forbeholdt tilfeller der det kan påvises en form for illojalitet. Fristoversittelser kan også skyldes forglemmelser. I slike situasjoner blir også øvrige faktorer av relevans for dommerens vurdering mer aktuelle. I slike tilfeller er det i litteraturen fremholdt at vurderingen består av en avveining mellom å oppnå et materielt riktig resultat, og hensynet til en rask saksavvikling.⁹⁸⁵

Utgangspunktet for vurderingen må være hvorvidt parten er representert av advokat eller ikke. Terskelen for å prekludere må presumeres å være høyere for selvprosederende parter. Dette skyldes potensial for manglende kunnskap om prosessreglene, så vel som at småkravsprosessen skal være uformell.

Et annet sentralt moment i vurderingen er hvilket tidspunkt i prosessen preklusjon vurderes på. Av forarbeidene følger det eksempelvis at

«[u]nder 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».⁹⁸⁶

Ved å anvende formuleringen «atskillig sterkere grunner» gis det inntrykk av at preklusjon kun unntaksvis vil være aktuelt på saksforberedelsestadiet. Utgangspunktet er at terskelen for preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd skal være høy når den vurderes anvendt på saksforberedelsestadiet.

Den høye preklusjonsterskelen på saksforberedelsestadiet skyldes blant annet at saken på dette tidspunktet kan endre fokus. Dette kommer til uttrykk gjennom blant annet rettens klarleggingsplikt, som i stor grad aktualiseres under forberedelsen av saken. Retten bør derfor være varsom med å avskjære prosesshandlinger på dette stadiet, men heller veilede partene.⁹⁸⁷ I tillegg er det større muligheter til å iverksette ressursbesparende tiltak dersom det fremsettes nye krav, påstander eller påstandsgrunnlag på dette tidspunktet, sammenlignet med under sluttbehandlingen. Eksempelvis vil det enklere kunne gjennomføres en utsettelse av saken i relativt god tid, slik at partene ikke har startet de helt store forberedelser til sluttbehandlingen. All den tid preklusjon er et inngripende tiltak, som strider mot disposisjons- og forhandlingsprinsippet, bør det kun brukes sekundært.

⁹⁸⁵ Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 385.

⁹⁸⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 424 andre spalte.

⁹⁸⁷ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 161.

Spørsmålet om en prosesshandling skal prekluderes eller ikke har også nær sammenheng med prosessens funksjoner. Det er fremholdt at ved å anvende preklusjonsregler så tilsidesettes hensynet til et materielt riktig resultat, noe som vanskeliggjør konfliktløsning mellom partene.⁹⁸⁸ Der en part har blitt nektet å fremme en prosesshandling, kan preklusjonen brukes til å begrunne et eventuelt tap, og således bidra til at parten blir mindre villig til å opptre i henhold til dommens resultat. Da oppnås ikke konfliktløsning. Dette støtter utgangspunktet om at preklusjonsreglene må anvendes med forsiktighet, og at terskelen må være høy. Ytterligere vekt får argumentene i småkravprosessen, som tross alt skal være en mer uformell prosess enn allmennprosessen. Her er det gode grunner for at retten bør være enda mer tilbakeholden med å anvende preklusjonsregelen.

Et annet moment av betydning er hvilken type prosesshandling det er tale om. Dette skyldes at følgene ved preklusjon, utover at handlingen ikke kan gjennomføres, har nær sammenheng med reglene om rettskraft. I henhold til tvl. § 19-15 tredje ledd, skal retten:

avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, om ikke saksøkeren på grunn av tvist om avgjørelsens bindende virkning eller andre særlige forhold likevel har søksmålsinteresse etter § 1-3.

Dersom det er tale om å prekludere påstander, påstandsgrunnlag eller bevis, så utelukkes disse fra en rettslig prøving med permanent virkning, da disse prosesshandlingene er underlagt kravet som behandles. At det med få unntak ikke er mulig å innta påstander, påstandsgrunnlag eller bevis for det aktuelle rettsspørsmålet i en senere sak er derfor et moment som kan tale mot preklusjon av denne type prosesshandling. I småkravssaker må imidlertid dette momentets vekt avhenge av de prosessøkonomiske konsekvensene den nye prosesshandlingen medfører.⁹⁸⁹

Er det imidlertid tale om å fremsette et nytt krav etter en frist er oversittet, er det mindre grunn til å vise tilbakeholdenhet. I henhold til tvl. § 19-15 tredje ledd lest antitetisk står partene fritt til å anlegge ny sak om nye krav. Fra et prosessøkonomisk perspektiv er det likevel grunn til å tillate endring, så fremt tilførselen ikke vil øke ressursbruken i den aktuelle saken til et uforholdsmessig nivå. I de fleste saker må det antas at det er mindre kostnadskrevenne at sakskomplekset avsluttes under én behandling.⁹⁹⁰

⁹⁸⁸ Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 33.

⁹⁸⁹ Se også Erik Eldjarn, *Materiell prosessledning* (2016), s. 285.

⁹⁹⁰ Det må presumeres at én sak som regel vil være mindre ressurskrevenne enn to. Se Ulla Jacobsson, *Argumentation i civilprocessen* (1987), s. 358.

De eventuelle merkostnadene som blir påført motparten må også tas inn i rettens vurdering. Etter småkravsprosessens sakskostnadsbestemmelse er det begrenset mulighet for å få erstattet sakskostnader. I motsetning til etter tvl. § 9-16 kan ikke fremsettelsen av den nye prosesshandlingen aksepteres under den forutsetning at parten må «godtgjøre motpartens merutgifter».⁹⁹¹ Faren for at motparten blir påført ekstrautgifter som ikke kan erstattes er derfor større i småkravssaker. Etter småkravsprosessens regler er eneste unntak fra begrensingen i sakskostnaderstatningen at saken er anlagt uten grunn, et unntak som ikke aktualiseres av en for sent fremsatt prosesshandling. Dette tilsier at motpartens merkostnader i alle fall må kunne inntas som et moment i rettens vurdering av hvorvidt preklusjon skal skje.

Om følgen av å fremsette en prosesshandling innebærer en utsettelse av saken, i motsetning til en forsinkelse, kan også være et moment av betydning. Dersom følgen er utsettelse kan det tale med vekt for preklusjon i en småkravssak. Det må presumeres at det sjelden vil være rom for utsettelse av småkravssaker, noe som blant annet skyldes tremånedersfristen for dom samt retten til en effektiv rettergang etter grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1.⁹⁹² Muligheten for en utsettelse av saken vil følgelig kunne begrenses avhengig av den enkelte domstols kapasitet. I tillegg vil en utsettelse kunne medføre en økt ressursbruk, som sett i lys av tvistegenstandens verdi raskt kan anses som uforholdsmessig.⁹⁹³ Også her begrenses likevel momentets vekt ved at småkravsprosessen skal være uformell.⁹⁹⁴

Relevant i vurderingen er også dommerens veiledningsplikt. Dersom retten har veiledet, og partene ikke har opptrådt i henhold til veiledningen, kan det brukes som argument for preklusjon. Har imidlertid retten avstått fra å veilede partene, eksempelvis ved ikke å ha oppfordret en part til å tilby bevis i henhold til tvl. § 11-5 femte ledd, kan det tale mot preklusjon dersom en part fremsetter relevante bevis etter en angitt frist. *Eldjarn* går så langt som å si at «En forutsetning for å avskjære er nærmest at parten tidligere er veiledet om forholdet».⁹⁹⁵ Jeg er langt på vei enig, så fremt parten er uten representasjon. Er parten representert er det mindre grunn til å knytte sterke bånd mellom rettens veiledning og preklusjonen, i alle fall der det foreligger øvrige momenter som taler for preklusjon.⁹⁹⁶

⁹⁹¹ Se tvl. § 9-16 andre ledd.

⁹⁹² Se avhandlingens punkt 4.8.1.

⁹⁹³ Se Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 285.

⁹⁹⁴ I litteraturen er dette spenningsfeltet beskrevet som et paradoks: «På den ene siden begrenses rettens mulighet til å sørge for et forsvarlig prosessopplegg av prosessøkonomiske grunner; på den andre siden kan dette medføre at saken må utsettes, og at prosessøkonomiske hensyn av den grunn ikke ivaretas», jf. Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 286.

⁹⁹⁵ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 286.

⁹⁹⁶ Prosessfullmektigens handlinger og unnlatelser skal tross alt virke for og mot parten, jf. tvl. § 3-5 andre

Det er også slik at saksforberedelsen etter småkravsprosessens regler skal skje fullt ut skriftlig. Dette kan vanskeliggjøre vurderingen av hvorvidt det er forhold som taler med styrke for eller imot preklusjon.⁹⁹⁷ Det kan være vanskeligere for retten å få klarhet i årsaken til at prosesshandlingen ikke er fremmet tidligere når kommunikasjonen er skriftlig. Dette kompliseres ytterligere av at lovgiver i stor grad legger til grunn at også skriftvekslingen skal være begrenset.⁹⁹⁸ Poenget gjør seg særlig gjeldende der det er selvprosederende parter involvert i saken, da det kan være vanskeligere for dem å få grep om hvilken informasjon som er relevant i rettens vurdering. Dette kan medføre at dommerens skjønn begrenses, da informasjonen som skjønnet forutsetter ikke er like tilgjengelig som etter eksempelvis allmennprosessen. I verste fall avstår dommeren fra å prekludere i for mange tilfeller, da grunnlaget for vurderingen er vanskelig tilgjengelig. Dette ville i så fall stå i motsetning til både den preventive og operative begrunnelsen for preklusjonsreglene.

Et annet moment i vurderingen er årsaken til at unnlatsen har funnet sted. Dersom parten ikke har vært kjent med grunnlaget tidligere, kan det være et moment som taler mot preklusjon.⁹⁹⁹ I slike tilfeller slår i alle fall ikke den preventive begrunnelsen bak preklusjonsreglene inn. Når parten ikke har vært kjent med muligheten for å fremme en prosesshandling tidligere, har det ikke vært mulig å fremsette den tidligere.

Det er i disse dager også et økt fokus på teknologiske virkemidler i prosessretten. Dersom en part ikke har fått fremsatt en prosesshandling i tide på grunn av (etterprøvbare) teknologiske utfordringer, kan det være et moment som taler for at retten bør tillate at beviset fremmes.¹⁰⁰⁰ Et eksempel kan være dersom noe kommer for sent frem på grunn av feil med Aktørportalen, og alternative fremsettelsesmåter vil medføre at prosesshandlingen fremmes etter en frist.

Et avsluttende poeng i vurderingen av om preklusjon av nye påstandsgrunnlag kan skje, som er særlig relevant i småkravssaker, er den eventuelle tilknytningen prosesshandlingen har til EUs

ledd.

⁹⁹⁷ Se Erik Eldjarn, *Materiell Prosessledning* (2016), s. 286, der det uttales at «[u]ten en adgang til å avholde saksforberedende møter også i småkravsprosessen er det heller ikke mulig å anvende en preklusjonsregel i småkravsprosessen». Se også Bengt Lindell, *Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken* (1993), s. 222.

⁹⁹⁸ Se ovenfor, i avhandlingens punkt 6.4.2.

⁹⁹⁹ Tilsvarende fremgår av tvl. § 9-16 første ledd bokstaf, og er dermed også antatt å være et relevant moment etter tvl. § 16-6 tredje ledd, jf. Tore Schei m.fl., *Twisteloven Bind I* (2013), s. 548. Dette er også fremholdt som et relevant moment av *Lindell*, men da knyttet til de svenske reglene, jf. Bengt Lindell, *Civilprosessen* (2017), s. 314.

¹⁰⁰⁰ Se Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, «Is E-Justice Reform of Norwegian Civil Procedure Finally Happening», *Oslo Law Review* (2016) (s. 72-88), s. 78. Her omtales kun teknologiske vanskeligheter som medfører fraværdom eller avvisning. Det er ingen grunn til at momentet ikke skulle ha relevans også der teknologiske vanskeligheter kun medfører preklusjon av en enkelt prosesshandling.

forbrukerdirektiv. Dersom en part fremmer et nytt påstandsgrunnlag tilknyttet forbrukervernet kan dette neppe prekluderes, uavhengig av hvorvidt øvrige faktorer i vurderingen taler for preklusjon. Dette skyldes rettens plikt til *ex officio* å veilede partene om det vern de nyter etter forbrukerdirektivet, som drøftet ovenfor.¹⁰⁰¹ Når retten i utgangspunktet har en vid plikt til å veilede om at partene har et særlig forbrukervern er det lite koherent dersom de samtidig skal kunne prekludere prosesshandlingen knyttet til forbrukervernet. Kan det nye påstandsgrunnlaget knyttes til direktivet må retten antas å være tilnærmet avskåret fra å prekludere dette.

Basert på ovennevnte kan det konkluderes med at dommerens skjønn er stort. Det er mange relevante momenter som har plass i vurderingen. Vektingen vil avhenge av den konkrete saken. Et gjennomgangstema er likevel spørsmålet om det er tale om en selvprosederende eller ikke. Hvis svaret er ja vil det i de færreste tilfeller være rom for å prekludere en prosesshandling etter tvl. § 16-6 tredje ledd, så fremt årsaken til manglende fremsettelse ikke kan betegnes som illojal.

7.3. Preklusjon av partenes prosessuelle innsigelser

7.3.1. Tvisteloven § 9-6 andre ledd som rettslig utgangspunkt

Når en part reiser en innsigelse mot motpartens prosessopplegg må denne behandles av retten.¹⁰⁰² Dersom innsigelsen kommer sent i prosessen kan behandlingen medføre at prosessen tar lengre tid enn planlagt. Da spørsmålet påvirker sakens behandling må retten i utgangspunktet ta stilling til hvorvidt innsigelsen kan gjøres gjeldende. Innsigelsen kan således medføre at partene og retten må vurdere ytterligere problemstillinger enn det saken i utgangspunktet la opp til.

I småkravssaker, og for så vidt i alminnelige tvister, skal slike forsinkende elementer unngås. Retten er dermed tillagt en mulighet til å prekludere også en parts innsigelser mot motpartens prosessopplegg. Dette samsvarer med målsetningen om å oppnå en effektiv behandling av tvister. Likevel er det ikke ubetenkelig å prekludere innsigelser, på samme grunnlag som nevnt ovenfor om preklusjon av øvrige prosesshandlinger.¹⁰⁰³

¹⁰⁰¹ Se avhandlingens punkt 6.6.

¹⁰⁰² Dette følger blant annet av disposisjons- og forhandlingsprinsippet. En innsigelse mot motpartens prosessopplegg er en måte å påvirke rettens avgjørelsesgrunnlag, som er innenfor partenes rett.

¹⁰⁰³ Se avhandlingens punkt 7.1.3.

Spørsmålet om preklusjon av partenes innsigelser reguleres ikke eksplisitt i tvistelovens småkravskapittel. Det følger imidlertid av tvl. § 10-2 første ledd at tvl. § 9-6, som blant annet regulerer preklusjon av parters prosessuelle innsigelser, får anvendelse også i småkravssaker. Bestemmelsens andre ledd regulerer spørsmålet om preklusjon av partenes innsigelser, og lyder:

En part må sette fram innsigelser mot prosesshandlinger så snart parten har mulighet for det. Settes innsigelsen fram 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.¹⁰⁰⁴

Bestemmelsens øvrige ledd omhandler blant annet partenes rett til å uttale seg om prosessuelle spørsmål, reguleringen av tidspunktet for og behandlingsformen for avgjørelser under saksbehandlingen. Innholdsmessig er bestemmelsens øvrige ledd ikke av direkte betydning for spørsmålet om preklusjon av partenes innsigelser, og behandles dermed ikke særskilt i det videre.

Innholdet i tvl. § 9-6 andre ledd er ingen fullstendig nyvinning. En noe tilsvarende bestemmelse var inntatt i tvistemålsloven § 91. Første og andre ledd lød:

Indsigelser mot fremme av saken eller mot enkelte rettergangsskridt maa parterne fremsætte, *saasart der under saksbehandlingen blir anledning til det.* [andre ledd] I motsat fald sættes indsigelsen ut av betragtning, hvis ikke retten av eget tiltak maa ta hensyn til den omstændighet, indsigelsen grundes paa, eller *parten gjør sandsynlig, at han ikke har visst om den, og at dette ikke er hans skyld.*¹⁰⁰⁵

De uthevede vilkår er noe tilsvarende de som fremgår av dagens bestemmelse. Det øvrige av bestemmelsen kan og må forstås ulikt. Rettskilder som omtaler tvml. § 91 i sin helhet må på grunn av disse ulikhetene anvendes med forsiktighet for forståelsen av dagens bestemmelse. Der kildene kun sier noe spesifikt om de uthevede vilkårene i tvml. § 91 kan de imidlertid anvendes til støtte for en slutning om tvl. § 9-6 andre ledd.¹⁰⁰⁶

Innholdet i vilkårene som fremgår av tvl. § 9-6 andre ledd skal behandles nedenfor. Først skal noen generelle poenger med bestemmelsen gjennomgås. For det første må gjenstanden for

¹⁰⁰⁴ Dersom preklusjon inntreer i henhold til bestemmelsen er parten også avskåret fra å motsette seg at prosesshandlingen fremmes ved anke, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 291 første spalte, sammenholdt med s. 293 andre spalte.

¹⁰⁰⁵ Mine kursiveringer.

¹⁰⁰⁶ De enkelte likheter mellom bestemmelsene er også fremhevet i forarbeidene, se NOU 2001:32 B, s. 751 andre spalte.

innsigelse som fremmes etter tvl. § 9-6 knytte seg til en prosesshandling. Bestemmelsen omhandler altså ikke eventuelle materielle innsigelser som fremsettes for sent, da slike reguleres av andre preklusjonsbestemmelser. Noen praktiske eksempler der bestemmelsen kan anvendes, er på en parts protest mot motpartens fremsettelse av nye bevis, eller nye krav. Også innsigelser der følgen vil være at saken avvises faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde.¹⁰⁰⁷

For det andre omhandler tvl. § 9-6 kun innsigelser mot motpartens prosessopplegg. Bestemmelsen regulerer ikke hvordan retten skal ta stilling til eventuelle innsigelser mot dommerens opptreden. Dersom parten er misfornøyd med dommerens opptreden må dette håndteres i henhold til tvl. § 11-7, parten må anke den aktuelle avgjørelsen, eller så må parten anke den avsluttede saken på grunnlag av saksbehandlingsfeil. I tillegg har bestemmelsen kun betydning for innsigelser som ikke omhandler tematikk som dommeren må vurdere *ex officio*.¹⁰⁰⁸

For det tredje er utgangspunktet for vurderingen at preklusjon skal skje dersom en innsigelse er fremsatt for sent.¹⁰⁰⁹ Vilkårene som fremgår av bestemmelsen må være oppfylt for at innsigelsen skal kunne gjøres gjeldende, det er ikke vilkår for preklusjon. Vurderingstemaet er altså omvendt fra det som følger av tvl. § 16-6 tredje ledd, som er behandlet ovenfor.¹⁰¹⁰

For det fjerde skal behandlingen av hvorvidt en innsigelse skal prekluderes i utgangspunktet skje skriftlig, jf. tvl. § 9-6 fjerde ledd. Det at småkravsprosessens forberedelse er fullt ut skriftlig byr således ikke på særlige problemer for dette spørsmålet.¹⁰¹¹

For det femte følger det ikke av bestemmelsen at det skal tas noen særlige hensyn i småkravssaker. Som nevnt tidligere kan det imidlertid ikke legges til grunn at dette innebærer

¹⁰⁰⁷ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 312. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 247, der det fremgår at bestemmelsen «omfatter ikke bare uttak av stevning, men alle former for disposisjoner i søksmålet».

¹⁰⁰⁸ NOU 2001:32 B, s. 751 andre spalte.

¹⁰⁰⁹ NOU 2001:32 B, s. 751 første spalte.

¹⁰¹⁰ Se avhandlingens punkt 7.2.2.

¹⁰¹¹ Likevel er det slik at bestemmelsen åpner for muntlig forhandling om innsigelsen når «hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det». Da det ikke fremgår noen unntak for småkravsprosessen av bestemmelsen, kunne man anta at dette innebærer at det er adgang til å avholde et møte under saksforberedelsen. Det er det imidlertid ikke rom for. Bestemmelsen må tolkes i lys av tvl. § 10-2 første ledd som utelukker de øvrige møtebestemmelsene i tvistelovens kapittel 9, sammenholdt med de klare føringene fra forarbeidene om at retten ikke har anledning til å avholde saksforberedende møter i småkravssaker.

at alle vilkår skal forstås likt etter begge prosessformene.¹⁰¹² Det interessante her er å vurdere hvorvidt de særlige elementene i småkravsprosessen får betydning for bestemmelsens vilkår.

I det videre skal vilkårene for at en for sent fremsatt innsigelse skal tillates fremmet gjennomgås. Først knyttes noen bemerkninger til fristen for å fremsette innsigelse i 7.6.2. Deretter analyseres de øvrige vilkårene for at innsigelsen skal kunne gjøres gjeldende i punkt 7.6.3 og 7.6.4.

7.3.2. Fristen for å fremsette innsigelser

Forutsetningen for at det skal være nødvendig med en vurdering av vilkårene i tvl. § 9-6 andre ledd er at en innsigelse ikke er fremsatt «så snart parten har mulighet for det». For meg fremstår det ikke umiddelbart naturlig å oppstille en frist for å fremme en innsigelse. Innsigelsen skal presumtivt ta sikte på å hindre det som parten oppfatter som en feil ved rettens avgjørelsesgrunnlag. Innsigelsen kan dermed tas til inntekt for ønsket om et materielt riktig resultat. De samme hensyn som er fremhevet ovenfor, vedrørende preklusjon av prosesshandlinger, gjør seg imidlertid gjeldende også for preklusjon av innsigelser. Hensynet til effektivitet og prosessøkonomi må veie tungt. Innsigelser som tas til følge kan ha store konsekvenser for den videre saksbehandlingen, og det er derfor et poeng at de fremmes ved tidligst mulig anledning. Partene må gis et incentiv til å fremme innsigelser så snart de er kjent med grunnlaget for innsigelsen. Preklusjonsreglenes preventive funksjon er fremtredende.

I motsetning til tvl. § 16-6 tredje ledd er det her ikke tale om en konkret frist. Fristen «så snart parten har mulighet for det» er relativ, og overlater vurderingen av om fristen er overholdt eller ikke til dommerens skjønn.¹⁰¹³ Dette kan henge sammen med at bestemmelsens utgangspunkt er at preklusjon skal skje dersom fristen er oversittet, og at terskelen for unntak er noe høy. Særlig i småkravsprosessen kan det dermed være grunn til å tillegge dommeren skjønn allerede ved inngangsvilkåret, spesielt siden prosessformen er ment å være mindre formell.¹⁰¹⁴

Til tross for at vurderingen av om fristen er oversittet må foretas konkret er det noen momenter som er av særlig relevans i vurderingen som kan identifiseres. For det første er det en forutsetning at motparten faktisk må ha fremsatt en prosesshandling. Det kan ikke forventes at

¹⁰¹² Se avhandlingens punkt 4.4.4.

¹⁰¹³ Det skjønnsmessige aspektet i bestemmelsen er også fremhevet i forarbeidene, jf. NOU 2001:32 B, s. 751 første spalte.

¹⁰¹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 200 andre spalte.

partene er så proaktive at de agerer basert på hvilke handlinger motparten potensielt kan finne på å foreta. Særlig gjelder dette dersom selvprosederende parter deltar i prosessen.

Starttidspunktet for vurderingen må være når den aktuelle prosesshandlingen er meddelt parten. Etter dette må parten få tid til å gjøre nødvendige undersøkelser og vurderinger før fristen kan sies å være nådd.¹⁰¹⁵ I dette ligger blant annet at parten må kunne samtale med en prosessfullmektig eller annen rådgiver. Dette underbygges av hensynet til en effektiv rettspleie. Profesjonell bistand kan bidra til å avklare innsigelsens reelle gjennomslagsmulighet. Er den håpløs kan veiledningen spare saken for en unødvendig prosess knyttet til innsigelsen.¹⁰¹⁶

En annen faktor som kan innvirke på vurderingen er hvilken form for prosesshandling det er tale om. Det kan kreve ulike grader av undersøkelser fra partens side avhengig av om det eksempelvis er tale om fremsettelsen av et nytt krav sammenlignet med et nytt bevis. Det vil presumptivt kreve færre undersøkelser for å vurdere hvorvidt det skal fremmes innsigelser mot et bevis enn et krav, da grunnlaget for sistnevnte kan være langt mer omfattende enn det som vil være tilfellet for et nytt bevis.

En ulempe med at fristen er relativ er at det kan være vanskelig for særlig selvprosederende parter å kartlegge når innsigelsen senest må fremmes. Når det i tillegg er en relativt høy terskel for å unngå preklusjon, dersom retten skulle finne at fristen er overtrådt, står selvprosederende i en potensielt uheldig posisjon. Her er det imidlertid rom for skjønn. Dersom retten ser at parten, etter en konkret vurdering av partens forutsetninger, har reagert raskt bør det være tilstrekkelig til å konstatere at vilkåret er oppfylt. Motsetningsvis, dersom parten har brukt unødig lang tid, eksempelvis som en uthalingstaktikk, er det grunn til å anta at fristen må sies å være ute. Å slå ned på uthalingstaktikker er i kjernen av preklusjonsreglens operative funksjon.

7.3.3. Parten må ikke være kjent med grunnlaget for innsigelse

Dersom en innsigelse er fremsatt for sent, er neste skritt å vurdere hvorvidt parten likevel skal tillates å gjøre innsigelsen gjeldende. Første vilkår er at «parten ikke var kjent med at det var grunnlag for å gjøre innsigelse». Ved at vilkåret begrenser seg til at kunnskapen må omhandle «grunnlaget» for å gjøre innsigelse fremstår det ikke som om det er tilstrekkelig at parten var kjent med prosesshandlingen det reises innsigelse om. Også kjennskap til det juridiske grunnlag

¹⁰¹⁵ Forarbeidene til bestemmelsen bruker begrepet «områ seg», jf. NOU 2001:32 B, s. 751 første spalte.

¹⁰¹⁶ Dette er fremhevet særskilt for småkravprosessen og innsigelser, jf. NOU 2001:32 A, s. 338 andre spalte.

for innsigelse må være tilstede. Parten må ha hatt kunnskap om muligheten til å komme med en innsigelse.¹⁰¹⁷

Dersom en part er representert ved advokat må det kunne legges til grunn at parten var kjent med grunnlaget for innsigelse.¹⁰¹⁸ Retten må kunne legge til grunn at en advokat kan identifisere prosessuelle grunnlag for innsigelser basert på egen klient prosessopplegg. Unntak kan selvfølgelig aktualiseres, men det er nok som regel først der en part er selvprosederende at det er grunn til å vurdere ytterligere om vedkommende faktisk hadde kunnskap om grunnlaget for innsigelsen.

Selvprosederende parter når nok enklere igjennom med et argument om at de var uvitende om grunnlaget for innsigelse. Dette skyldes det første rettens veiledningsplikt. Dersom retten:

«ser at det vil kunne være viktig for parten å gjøre innsigelse mot et rettergangsskritt, og må regne med at uvitenhet kan være årsak til at innsigelse ikke fremsettes, vil retten normalt ha plikt til å gi parten den nødvendige veiledning».¹⁰¹⁹

Det er kun tale om en plikt dersom retten oppfatter at det er «viktig» for en part å fremme innsigelse, samtidig som det fremstår som om parten ikke har fremsatt innsigelse på grunn av «uvitenhet». Det er således ikke slik at retten automatisk skal spørre parten om vedkommende vil reise innsigelse mot eksempelvis saksanlegget i sin helhet, men det må foretas en skjønnsmessig vurdering. Når saksforberedelsen i tillegg er skriftlig kan dommerens mulighet til å vurdere hvorvidt særlig årsaken til manglende innsigelse er uvitenhet. All den tid det er et prosessuelt grunnlag som skal identifiseres er det likevel rimelig at retten, i alle fall der det er relativt åpenbart at en part kunne reist innsigelse, legger til grunn at veiledningsplikten inntreffer. Dersom veiledning ikke gis kan det vanskelig legges til grunn at parten var kjent med grunnlaget for innsigelsen.¹⁰²⁰ Et unntak fra dette må være dersom parten gjennom sitt øvrige prosessopplegg har gitt inntrykk av å ha kjennskap til grunnlaget.

¹⁰¹⁷ En annen forståelse kan virke prosessdrivende, i alle fall der det er selvprosederende. Det er en lite prosessøkonomisk løsning at partene ved første øyekast må reise innsigelser mot nye prosesshandlinger uten å vurdere hvorvidt de har rettslig grunnlag for innsigelsen.

¹⁰¹⁸ Dette støttes av en uttalelse i forarbeidene knyttet til anke grunnet manglende kunnskap om grunnlaget for innsigelse. Om dette uttalte Tvistemålsutvalget at hvis «det skal være noe grunnlag for en anke, må det for det første være unnskyldelig at parten ikke kjente at det var grunnlag for innsigelse. Det vil bare kunne være tilfellet dersom parten ikke er representert ved advokat», jf. NOU 2001:32 A, s. 361 andre spalte. Uttalelsen er ikke direkte overførbar, da den omhandler muligheten til å bruke en ikke fremsatt innsigelse som grunnlag for anke. Den gir likevel uttrykk for den generelle ideen om at det må legges til grunn at advokater er kjent med prosessuelle regler og hvilke faktiske omstendigheter som aktualiserer disse.

¹⁰¹⁹ NOU 2001:32 B, s. 751 andre spalte.

¹⁰²⁰ I forarbeidene er det også fremholdt at strenge preklusjonsregler ikke samsvarer med småkravsprosessens

Et annet spørsmål er hvorvidt vilkåret om kjennskap er oppfylt dersom det ikke kan påvises at parten rent faktisk innehar kunnskap om det faktiske grunnlaget for innsigelsen, men at forholdene likevel har ligget til rette for at slik kunnskap lett kunne oppnås. Et eksempel på en situasjon der en slik vurdering var nødvendig, fremgår av en dom avsagt etter allmennprosessens regler fra Borgarting lagmannsrett avsagt i 2012.¹⁰²¹ Ankemotparten påberopte seg en vernetingsklausul inntatt i en avtale inngått på brasiliansk, et språk fremmed for ankende part. Sistnevnte fremsatte en innsigelse mot fremsettelsen av vernetingsklausulen i 2012. Ankende part hevdet han ikke hadde fått oversatt avtalen til norsk før november 2012, og at det først var da han hadde blitt kjent med grunnlaget, og at han således hadde fremmet innsigelsen så raskt som mulig. Motparten hadde imidlertid ved prosesskriv oversendt en versjon av avtalen oversatt til engelsk til ankende part allerede i 2011. Ankende part hadde dermed fått en versjon han kunne forstå, men valgte å ikke fremme innsigelse før oversettelsen til morsmålet sitt forelå. Det var dermed ikke tvilsomt at han i utgangspunktet burde ha fremsatt den tidligere og spørsmålet ble således om han var «kjent med grunnlaget for innsigelsen». Lagmannsretten la til grunn at han fra 2011 hadde *mulighet* til å oppnå kunnskap om de faktiske forholdene fordret innsigelsen. Innsigelsen ble derfor ikke tillatt fremmet.

Lagmannsrettens slutning kan tas til støtte for at partene må agere forholdsvis raskt der det foreligger omstendigheter som potensielt kan fordre en innsigelse. Til tross for at lagmannsrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt ivaretar slutningen som treffes hensynet til en effektiv prosess, og argumentet har således relevant. En kan ikke avvente subjektivt sett optimale forhold før en velger å protestere.¹⁰²² Å unngå unødvendig trenering av saken er som sagt et sentralt element i preklusjonsreglenes begrunnelse. I tillegg kommer hensynet til prosessøkonomi inn med særlig tyngde i småkravssaker. Dersom det å ikke sette seg inn i motpartens prosesshandlinger skulle være en legitim grunn til at vilkåret skulle anses oppfylt, ville det uthult både preklusjonsregelens preventive og operative formål. En slik forståelse ville bidratt til å motarbeide en effektiv rettergang, noe som ikke er et ønsket resultat i hverken allmenn- eller småkravsprosessen.

Oppsummert er nok faktoren med størst vekt i vurderingen hvorvidt parten er representert eller ikke. Med representasjon kan vilkåret nesten presumeres ikke å være oppfylt. Motsetningsvis

formål, noe som kan tilsi at rettens skjønn blir noe mer vinklet mot å unngå preklusjon i småkravssaker, jf. NOU 2001:32 B, s. 763 andre spalte. Uttalelsen er tilknyttet den mer generelle preklusjonshjemmelen i tvl. § 9-16, men prinsippet må være allmenngyldig.

¹⁰²¹ LB-2012-17936.

¹⁰²² I dommen fremheves det også at «[p]artene er dessuten selv nærmest til å bære risikoen for følgene av at de har signert en avtale på et språk de ikke forstår», jf. LB-2012-17936.

må det i de fleste tilfeller legges til grunn at en selvprosederende part var uvitende om grunnlaget for innsigelsen.

7.3.4. Å prekludere innsigelsen må ikke fremstå urimelig

Dersom retten legger til grunn at parten ikke var kjent med grunnlaget for innsigelsen, så blir neste spørsmål hvorvidt det å prekludere innsigelsen er «urimelig». Hva som skal forstås med «urimelig» må ses i sammenheng med forutsetningen for vurderingen. Unntaket vurderes jo kun der en part har oversittet en frist. Parten har således opptrådt i strid med det som forventes etter regelverket. At lovgiver på dette grunnlag har latt preklusjon være hovedregelen taler for at det generelt skal være en høy terskel for at unntak skal finne sted, noe som må påvirke urimelighetsvurderingen.

Likevel er det slik at småkravsprosessen skal være mer uformell enn allmennprosessen. At noe annet skal gjelde for kun denne bestemmelsen er lite trolig. Med mindre formalitet kommer en høyere terskel for preklusjon.¹⁰²³ Dette kan brukes som argument for at «urimelig» må forstås noe mildere i en småkravssak enn i en sak etter allmennprosessen. I tillegg er det under saksforberedelsen av en småkravssak vanskeligere å veilede partene, da veiledningen må skje skriftlig.¹⁰²⁴ Også dette kan bidra til å heve terskelen for å prekludere.¹⁰²⁵

Det må videre tas utgangspunkt i at unnlatelsen av å fremme innsigelsen på et tidligere tidspunkt må være unnskyldelig, så fremt det er det juridiske grunnlaget som parten mener har vært ukjent.¹⁰²⁶ For at det å unnlate å gjennomføre en prosessuell handling skal kunne påstås å være unnskyldelig må det være tale om en selvprosederende part. Er man representert vil det nok sjelden være aktuelt å kalle preklusjon for en urimelig følge av ikke å ha opptrådt etter prosessreglene.¹⁰²⁷

Et siste moment er tidspunktet for innsigelsen.¹⁰²⁸ Den er fremsatt senere enn «så snart parten hadde mulighet for det». Det må likevel være et moment i urimelighetsvurderingen om

¹⁰²³ Også her kan det ses til uttalelsen i forarbeidene om at småkravsprosessen ikke er egnet for strenge preklusjonshjemler, jf. NOU 2001:32 B, s. 763 andre spalte

¹⁰²⁴ Manglende veiledning kan også være et moment i urimelighetsvurderingen, jf. Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 248.

¹⁰²⁵ *Eldjarn* uttaler eksempelvis at «jo strengere preklusjonsregler dess sterkere forventning om å veilede under saksforberedelsen», jf. Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 170/171. Sitatet omhandler ikke småkravsprosessen. Likevel kan sitatet brukes som støtte for at begrenset veiledningsmuligheter under forberedelsen av saken kan påvirke hvor strengt dommeren må håndheve preklusjonsreglene.

¹⁰²⁶ NOU 2001:32 A, s. 361 andre spalte, i sammenheng med avhandlingens note 1018 ovenfor.

¹⁰²⁷ Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 248.

¹⁰²⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 248.

innsigelsen kommer rett etter fristen, eller helt opp mot sluttbehandlingsmøtet. Jo nærmere sluttbehandlingsmøtet innsigelsen kommer, desto større sannsynlighet er det for at innsigelsen medfører fare for utsettelse. Utsettelse skal unngås i småkravssaker, og det at innsigelsen fremmes sent i prosessen kan således tas til inntekt for at det ikke er urimelig at innsigelsen avskjæres.

7.4. Avskjæring av bevis grunnet proporsjonalitetsbetraktninger

7.4.1. Litt om rettsgrunnlaget for avskjæring

Ønsket om en proporsjonal ressursbruk står sentralt i begrunnelsen for opprettelsen av en egen småkravprosess. Unødvendig eller irrelevante bevis bidrar til å øke kostnadene med prosessen utover det som kan anses som proporsjonalt i en sak om små verdier. I dette kapitlet er spørsmålet hvilken adgang retten har til å avskjære bevis som ikke anses å ha betydning for prosessen og bevis som ikke anses proporsjonale, i henholdsvis punkt 7.4.2 og 7.4.3 mv. Først skal det her knyttes noen merknader til rettsgrunnlaget for avskjæring tilknyttet ønsket om proporsjonalitet.

I tvistelovens småkravskapittel er ikke spørsmålet om avskjæring på grunn av proporsjonalitet på saksforberedelsestadiet regulert. Småkravprosessens regler suppleres imidlertid av lovens alminnelige deler.¹⁰²⁹ Her er det lovens kapittel 21 om bevis som er aktuelt. Det er særlig to bestemmelser som er av interesse. Først er det tvl. § 21-7 om bevis uten betydning:

- (1) Partene kan bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes.
- (2) Retten kan nekte ført bevis som
 - a) ikke er klarlagt som bestemt i § 21-6 annet ledd,
 - b) ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig, eller
 - c) retten finner det nødvendig å føre på annen måte.¹⁰³⁰

I tillegg har tvl. § 21-8, om uforholdsmessig bevisførsel, betydning. Bestemmelsen lyder:

- 1) Det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen. Er det varslet bevisføring av et omfang som går ut over dette, kan retten begrense

¹⁰²⁹ Se avhandlingens punkt 4.4.4.

¹⁰³⁰ Bestemmelsen samsvarer innholdsmessig med deler av tvml. § 189 nr. 1. Praxis knyttet til den gamle bestemmelsen kan således i utgangspunktet anvendes til å belyse også dagens bestemmelse.

bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1, men innenfor rammen av de begrensninger som følger av formålet.

(2) Hvis bevisføringen kan begrenses på ulike måter, har parten valget mellom disse.

I utgangspunktet er dette bestemmelsene som må anvendes dersom retten vurderer avskjæring av bevis grunnet proporsjonalitetshensyn under saksforberedelsen. I litteraturen er det imidlertid stilt spørsmål ved hvorvidt tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b og c samt tvl. § 21-8 første ledd kommer til anvendelse i småkravsprosessen.¹⁰³¹ Slutningen er ikke nærmere begrunnet. Jeg kan ikke se at det skulle være noen grunn til at bestemmelsene skulle ha noen begrenset anvendelse i småkravssaker. Det fremstår heller ikke som om dette har vært lovgivers intensjon, i alle fall er det ikke omtalt i tvistelovens forarbeider. Når det ikke er vektige kilder som tilsier at bestemmelsene er unntatt fra småkravsbehandling, samtidig som hensynene bak bestemmelsene er å begrense bevisførselen til et proporsjonalt nivå, må det legges til grunn at bestemmelsene kan anvendes.¹⁰³² At anvendelsen av de nevnte bestemmelsene kan bli noe mindre aktuell i småkravssaker er et annet spørsmål, se nedenfor.

Den eneste bestemmelsen i tvistelovens småkravskapittel som regulerer spørsmålet om proporsjonalitetsbegrunnet avskjæring er tvl. § 10-3 femte ledd:

(5) Bevis gjennomgås og føres bare så langt det er grunn til det ut fra en avveining av hensynene til forsvarlig og prosessøkonomisk behandling.

Bestemmelsen regulerer gjennomføringen av rettsmøtet til sluttbehandling av saken. Når avskjæring faktisk kan skje drøftes nedenfor. Bestemmelsen har likhetstrekk med tvl. § 21-8 første ledd. Begge bestemmelsene omhandler bevisbegrensning på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger. Spørsmålet er om tvl. § 21-8 første ledd har betydning i småkravsprosessen under sluttbehandlingen, eller om den konsumeres av tvl. § 10-3 femte ledd.

I utgangspunktet får tvl. § 21-8 også anvendelse under sluttbehandlingen av en småkravssak. Det er likevel slik at tvl. § 10-3 femte ledd er ment å skulle konkretisere proporsjonalitetsprinsippets gjennomslagskraft i småkravssaker, noe som kan tas til inntekt for at bestemmelsen er mer vidtgående enn den generelle bestemmelsen.¹⁰³³ Intensjonen har i alle

¹⁰³¹ Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse* (2016), s. 282.

¹⁰³² Se NOU 2001:32 A, s. 460 andre spalte. Her uttales det at «utvalget [mener] at det bør innføres en begrensning ut fra proporsjonalitet – at bevisføringen i større grad enn nå søkes tilpasset betydningen av saken. Alt for ofte ser man, også i saker av begrenset betydning, en oppblåst bevisføring». Uttalelsen er tilknyttet tvl. §§ 21-7 og 21-8.

¹⁰³³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 402 første spalte.

fall ikke vært at bestemmelsen skal ha et snevrere anvendelsesområde. Det fremstår dermed som om tvl. § 10-3 femte ledd er det rettslige grunnlaget for bevisavskjæring på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger i småkravssaker, under sluttbehandlingen. Tilsvarende er lagt til grunn i litteraturen.¹⁰³⁴ Dersom det skulle bli tale om alternative begrensingsmåter må partene likevel kunne velge mellom disse, i samsvar med tvl. § 21-8 andre ledd. I tillegg kan også tvl. § 21-7 anvendes under sluttbehandlingen.

Uavhengig av hvilken bestemmelse som anvendes som grunnlag for avskjæring må det også ses hen til EMK art. 6 nr. 1. Vurderingen av når avskjæring skal skje er i utgangspunktet noe den enkelte stat er nærmerest til å foreta. Forutsetningen er at reglene ikke krenker retten til en rettfærdig rettergang, og da særlig retten til «equality of arms». Dette følger blant annet av *Lb Interfinanz A.G. mot Kroatia*.¹⁰³⁵

I det videre drøftes først forutsetningen for at et bevis skal kunne føres, nemlig at det har betydning for avgjørelsen som skal treffes. Deretter vurderes rettens adgang til å avskjære bevis på grunn av proporsjonalitetsbetraktninger under saksforberedelsen og sluttbehandlingen i henholdsvis punkt 7.4.3 og 7.4.4.

7.4.2. Beviset må ha betydning for avgjørelsen som skal treffes

Som en naturlig følge av at tvisteloven legger opp til en proporsjonal behandling av saker er det et krav om at alle bevis må ha betydning for den avgjørelsen som skal treffes. Relevanskravet kommer til uttrykk i tvl. § 21-7 første ledd, som gjengitt ovenfor. Bestemmelsen oppstiller kun en begrensning for partenes bevisførsel, og har således ikke betydning for krav, påstander eller påstandsgrunnlag.¹⁰³⁶ Den oppstiller imidlertid ingen tidsmessige restriksjoner, og kan således anvendes både under saksforberedelsen og under sluttbehandlingen. Avskjæring etter bestemmelsen krever heller ikke motpartens protest, og retten kan altså avskjære på eget initiativ.¹⁰³⁷

Det følger av ordlyden at kun bevis som har «betydning» for å bevise de faktiske omstendighetene som må være tilstede for å oppnå den ønskede rettsfølgen kan føres.

¹⁰³⁴ Se Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 191.

¹⁰³⁵ Her ble det uttalt at «The Convention does not lay down rules on evidence as such. It is for the national courts to assess the evidence they have obtained and the relevance of any evidence that a party wishes to have produced. The Court has nevertheless to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair as required by Article 6 § 1», jf. *Lb Interfinanz A.G. mot Kroatia*, dom 27. mars 2008, avsnitt 26. Se også Ola Johan Settem, Applications of the 'Fair Hearing' Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings (2016), s. 338 mv.

¹⁰³⁶ Se Rt. 1994 s. 440, s. 442-443 og Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 277.

¹⁰³⁷ Se Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 295.

Bestemmelsen er ment å skulle forstås antitetisk, slik at bevis uten betydning kan nektes ført.¹⁰³⁸ Når det skal vurderes hvorvidt et bevis har betydning for avgjørelsen, skal det tas utgangspunkt i partenes pretensjoner.¹⁰³⁹ Det partene må pretendere er at det aktuelle beviset må ha betydning for «de krav domstolen skal avgjøre, de påstandsgrunnlag parten gjør gjeldende og partens pretensjoner om rettsregler».¹⁰⁴⁰

Terskelen for å avskjære bevis på grunn av manglende betydning må antas å være høy. Dette må ses i sammenheng med disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Det er partene som har det primære ansvaret for bevisbildet. Mener en part at et bevis er av betydning må retten i utgangspunktet legge dette til grunn. Proporsjonalitetsprinsippet er imidlertid også aktuelt her, slik at retten, under den forutsetning at relevansen ikke fremstår klar, må foreta en viss grad av overprøving av bevisets betydning. Spørsmålet er hvilke faktorer som inngår i vurderingen. Denne må foretas konkret, da det avgjørende er hvorvidt dommeren i den aktuelle saken mener at beviset er av betydning eller ikke.¹⁰⁴¹ Likevel kan enkelte faktorer av generell relevans identifiseres.

Dersom et bevis ikke kan anses å underbygge noen av sakens elementer kan det konstateres at det ikke er av betydning for rettens avgjørelse. I småkravssaker med selvprosederende kan dette vurderingstemaet nok aktualiseres i større grad enn der partene er representerte ved advokat. For det første kan det, avhengig av den rettslige problemstillingen, være vanskelig å identifisere hvilke faktiske omstendigheter som er rettslig relevant som selvprosederende. I tillegg er det ikke alltid like lett å holde tilstrekkelig distanse når en skal fremme bevis. Sammenlignet med det tilfelle at parten er representert, og får veiledning om relevant bevisførsel, er det en større fare for at en selvprosederende part kan ha et økt behov for å presentere bevis for kontekstuelle omstendigheter. Disse faktorene gjør at spørsmålet om sammenhengen mellom beviset og sakens problemstilling kan bli særlig aktuelt i dommerens vurdering etter tvl. § 21-7.

¹⁰³⁸ Dette fremgår implisitt av forarbeidene, da det uttales at bestemmelsen skal gi «begrensinger i adgangen til å føre bevis», jf. NOU 2001:32 B, s. 948 andre spalte. Uten adgang til å nekte beviset ført er det ingen begrensing.

¹⁰³⁹ Rt. 2013 s. 1719, avsnitt 37. Se også Tore Schei m.fl., *Tvisteloven Bind I*, (2013), s. 769 samt Per M. Ristvedt og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte 'discovery'», *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 2 (2015) (s. 105-178), s. 124.

¹⁰⁴⁰ NOU 2001:32 B, s. 949 første spalte. Dersom det beviset parten ønsker ført ikke har direkte betydning for den eksisterende påstanden, men heller skal vise et større eller mindre tap slik at påstanden må endres, er det nok tilstrekkelig til at beviset må anses å ha betydning i saken. Det er således rom for noen nyanser, jf. Rt. 2010 s. 946 samt Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 296.

¹⁰⁴¹ Se Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker: Særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget (Oslo 2016), s. 159.

Vurderingen av hvorvidt avskjæring skal skje influeres også av når rettens vurdering foretas. Jo tidligere vurderingen foretas, desto høyere er terskelen for å avskjære.¹⁰⁴² På saksforberedelsestadiet er det for eksempel grunn til å være tilbakeholden med å slå fast at bevis er uten betydning. Dette skyldes at retten på dette tidspunktet ikke nødvendigvis har tilstrekkelig oversikt over hva som vil være det sentrale i saken. I småkravprosessen er også saksforberedelsen skal være begrenset og skriftlig. Den økte faren for misforståelser mellom partene og retten som dette medfører, er et ytterligere argument for tilbakeholdenhet med avskjæring grunnet manglende betydning under forberedelsen av småkravssaker.¹⁰⁴³

Dersom retten mener at et bevis har betydning skal det etter første ledd tillates ført. I andre ledd er det imidlertid opplistet ytterligere tre avskjæringsgrunnlag. Opplistingen må ses i sammenheng med første ledd, og gir således uttrykk for tilfeller der lovgiver har ment at et bevis som regel ikke vil ha tilstrekkelig betydning, og der det derfor vil være naturlig å avskjære beviset. Likevel er retten tillagt et «kan»-skjønn, slik at det er opp til dommeren i den enkelte sak å vurdere om beviset faktisk skal avskjæres, til tross for at forhold som de opplistede er tilstede.¹⁰⁴⁴ I det videre skal de alternative vilkårene drøftes.

Det første grunnlaget som kan utløse en vurdering om avskjæring er der partenes bevistilbud ikke er tilstrekkelig klarlagt, jf. tvl. § 21-7 andre ledd bokstav a. Av tvl. § 21-6 følger det at:

- (1) Partene opplyser i bevistilbud til retten hvilke bevis de vil føre.
- (2) Parten skal angi hva beviset skal godtgjøre, og skal kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset, så langt parten ikke kan regne med at motparten er kjent med denne.

Bestemmelsen kommer til anvendelse i småkravprosessen.¹⁰⁴⁵ Begrunnelsen for kravet om angivelse av bevisets betydning kan delvis utledes av tvl. § 21-6 andre ledd; motpartens rett til kontradiksjon må ivaretas. Dette gjøres enklest ved at motparten gjennom bevistilbudet blir informert om hva parten som fremsetter beviset mener at dette skal bidra til.

¹⁰⁴² Se Inge Lorange Backer, Norsk sivilprosess (2015), s. 296.

¹⁰⁴³ Se avhandlingens punkt 6.4.3.

¹⁰⁴⁴ Om overprøvmuligheter vedrørende avskjæringsavgjørelser etter tvl. § 21-7 andre ledd, har Høyesterett uttalt at «[v]ed prøvingen av om vilkårene for å avskjære bevisene er til stede etter tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b, har utvalget full kompetanse, jf. tvisteloven § 29-3 første ledd, jf. § 30-3 første ledd. Utvalgets kompetanse med hensyn til om avskjæring bør finne sted, er begrenset etter tvisteloven § 29-3 andre ledd. Ankeutvalget kan uansett prøve lagmannsrettens saksbehandling, jf. Rt-2013-1336 avsnitt 21», jf. Rt. 2014 s. 753, avsnitt 17. Uttalelsen gjelder spesifikt bokstav b, men tilsvarende må antas å gjelde for de øvrige alternativene.

¹⁰⁴⁵ Tore Schei mfl., Tvisteloven Bind I (2013), s. 361.

I tillegg må kravene til bevistilbud ses i lys av rettens vurdering av bevisets betydning. Dersom bevistilbudet ikke i tilstrekkelig grad viser hvorfor det aktuelle beviset bidrar til sakens opplysning kan retten vanskelig legge til grunn at beviset har større betydning for avgjørelsen som skal treffes. Dersom parten ikke kan godtgjøre dets relevans er det mer nærliggende å legge til grunn at det ikke har betydning, med den følge at beviset må avskjæres.

Når det er tale om en småkravssak er kanskje dommerskjønnet av særlig betydning for dette alternativet. Dommerens plikt til å veilede for å oppnå klarhet i saken er nok mer aktuell i småkravssaker, på grunn av et økt antall selvprosederende. Dette må høyne terskelen for å avskjære bevis på grunn av mangler ved bevistilbudet.¹⁰⁴⁶ Her vil det være mer aktuelt at dommeren yter veiledning etter bevistilbudet er inngitt. Først der parter ikke velger å opptre i samsvar med veiledningen er det rimelig at avskjæring skjer.

Tvisteloven § 21-7 andre ledd bokstav b hjemler avskjæring av bevis som ikke «er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig». Det kan vanskelig påstås at bevis som ikke har nevneverdig betydning vil være proporsjonalt, og det kan således sjelden forsvares å tillate slikt fremmet.¹⁰⁴⁷

Dersom retten finner at et bevis som er fremmet må føres på en annen måte enn den parten har valgt, er også dette et grunnlag for å avskjære bevis, jf. tvl. § 21-7 annet ledd bokstav c. Også dette må knyttes til bevisets betydning. All den tid retten mener at det faktum beviset skal bekrefte, må bekreftes på annen måte, har det aktuelle bevismiddelet ingen betydning for rettens avgjørelsesgrunnlag. Dette henger nært sammen med prinsippet om det beste bevismateriale.¹⁰⁴⁸ Også denne avskjæringsadgangen må ses i lys av dommerens veiledningsplikt, jf. særlig tvl. § 11-5 femte ledd.¹⁰⁴⁹

I småkravssaker kan dette være et unntak av særlig betydning, på grunn av at prosessen skal legge til rette for at selvprosederende parter skal kunne delta. Det er grunn til å tro at den selvprosederende part ikke nødvendigvis er kjent med hvilken bevisform som best egner seg i en rettslig kontekst, noe som eksempelvis er aktuelt der saken ikke har et helt enkelt bevisbilde.

¹⁰⁴⁶ Se Ørnulf Øyen, *Prosessuell preklusjon i sivilprosessen* (2014), s. 209 og Trond Eilertsen og Per M. Ristvedt, «Tvisteloven – sett fra et advokatperspektiv», *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 1 (2008) (s. 1-32), s. 16.

¹⁰⁴⁷ Det er nærliggende å anta at også tvl. § 21-8 kan anvendes som grunnlag for avskjæring for denne type bevis. Bestemmelsen behandles nærmere nedenfor.

¹⁰⁴⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 565.

¹⁰⁴⁹ Dette i motsetning til svensk rett, der det ikke fremstår som om retten har noen plikt til å veilede partene slik at de fremmer det beste bevis, jf. Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* (2010), s. 220.

Forutsetningen for at bevis skal kunne avskjæres på også dette grunnlaget må imidlertid være at retten har benyttet seg av veiledningsplikten etter tvl. § 11-5 femte ledd.

7.4.3. Avskjæring på saksforberedelsestadiet

Når det er tale om avskjæring etter tvl. § 21-8 må det forutsettes at beviset er relevant, og tilstrekkelig klarlagt, jf. tvl. § 21-7. Her er det således tale om avskjæring av bevis primært begrunnet i prosessøkonomiske hensyn – bevisførselen begrenses som et ledd i å holde sakens omfang begrenset. Avskjæring av uforholdsmessig omfattende bevis kan også bidra til et mer korrekt resultat. For mange bevis, som ikke kan anses nødvendige, kan forvirre.¹⁰⁵⁰ Retten kan risikere å måtte forholde seg til så mange faktorer, at det sentrale ender opp med å fremstå mindre betydningsfullt. Faren for et resultat som er mindre i samsvar med de faktiske forholdene i saken, kan bli større. Også ønsket om et materielt riktig resultat kan dermed ivaretas gjennom avskjæring.

For at retten skal kunne avskjære bevis etter tvl. § 21-8 første ledd må det for det første være tale om bevisføring av et omfang som ikke står i et «rimelig forhold» til «den betydning tvisten har», et uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet. Vurderingen fordrer naturlig nok en konkret vurdering av den enkelte sak. Noen generelle retningslinjer som vurderingen bør ta utgangspunkt i kan likevel oppstilles.

Utgangspunktet er at det må være en lavere terskel for å avskjære bevis under forberedelsen av småkravssaker, enn i saker etter allmennprosessen. Dette fremgår av lovens system, ved at kun bevis det «finnes grunn til» å føre, kan føres under sluttbehandlingen, jf. tvl. § 10-3 femte ledd. Regelen gir uttrykk for at hovedregelen er minst mulig bevisførsel, innenfor rammene av en forsvarlig behandling. I allmennprosessen er det kun er tale om at det «foretas annen bevisføring» under sluttbehandlingen, jf. tvl. § 9-15 sjette ledd, og det fremstår således ikke å være en målsetning i seg selv å unngå bevisførsel, kun å begrense den til et proporsjonalt nivå.¹⁰⁵¹ Selv om det her er tale om bevisførselen under sluttbehandlingen, er det ikke tvilsomt at dette også kan påvirke terskelen for avskjæring under saksforberedelsen. Dette har sammenheng med at sluttbehandlingen av en småkravssak skal avholdes på kort tid, noe som vanskeliggjøres dersom avskjæringsreglene ikke kan benyttes aktivt også under forberedelsen av saken.

¹⁰⁵⁰ Se Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* (2010), s. 56-57.

¹⁰⁵¹ Se Maria Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker* (2016), s. 15.

Et spørsmål som må avklares, er hvilket perspektiv betydningen av tvisten skal fastsettes fra. Er det saksøkers, saksøktes, eller rettens objektive oppfattelse av bevisets nødvendighet som skal legges til grunn? Bestemmelsen gir ingen konkrete holdepunkter for vurderingen, men er ment å være et praktisk uttrykk av proporsjonalitetsprinsippet. Utgangspunktet må dermed antas være likt som for proporsjonalitetsprinsippet generelt, som behandlet i avhandlingens kapittel 3.¹⁰⁵² Det må altså være rom for å innta både rettens og partenes oppfatning av bevisets betydning for saken i vurderingen.

Tilsvarende må nok retten heller ikke for bevisspørsmål kun foreta proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av den foreliggende saken. Det må vurderes om saken kan ha relevans på et samfunnsplan, og om det således er behov for en ytterligere grad av bevisføring enn det som hadde vært ansett nødvendig dersom saken kun hadde interesse for partene. At tilsvarende betraktninger må gjelde for vurderingen av bevisavskjæring som for det alminnelige proporsjonalitetsprinsippet, kan finne støtte i begrunnelsen for småkravsregelverket.¹⁰⁵³ Viktigheten av rettsavklaring på rettsområder som i stor grad dreier seg om småkravsummer, eksempelvis forbrukersaker, tilsier at den generelle viktigheten av en sak bør kunne vektes tungt i spørsmålet om sakens betydning. Er det tale om et rettsspørsmål som ikke er avklart tidligere, eller et spørsmål det kildetilfanget har endret seg siden avklaringen, bør normen være at dommeren skal vurdere saken som å være av større betydning, og at bevisføringen følgelig tillates å bli noe mer omfattende enn normalt.¹⁰⁵⁴ I småkravssaker er nok dette likevel et moment som i liten grad vil aktualiseres, da saker som har større betydning presumptivt må overføres til allmennprosessen, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d.

Partenes enighet om at beviset må føres er også et moment av betydning for avskjæringsspørsmålet.¹⁰⁵⁵ Forhandlingsprinsippet kan tilsi at dette er et moment som må vektes tungt. Det er partene som i utgangspunktet skal avgjøre hvilke bevis saken skal tuftes på og de bør derfor kunne ha det avgjørende ordet. De alminnelige proporsjonalitetsbetraktningene må imidlertid få avgjørende vekt.¹⁰⁵⁶ Oppfatter eksempelvis retten beviset som noe unødvendig, samtidig som det vil være ressurskrevende å fremstille det, og tvistegjenstanden har lav verdi er det neppe et «rimelig forhold» mellom beviset og tvistegjenstanden. En slik vurdering av vektingen av momentet kan støttes i det faktum at proporsjonalitetsprinsippet ikke kun skal

¹⁰⁵² Se avhandlingens punkt 3.1.2.

¹⁰⁵³ Se avhandlingens punkt 2.2.

¹⁰⁵⁴ I forbrukersaker vil eksempelvis nye EU-direktiver innebære større og mindre endringer som må tas stilling til hos norske domstoler, se avhandlingens punkt 6.6.3.

¹⁰⁵⁵ NOU 2001:32 B, s. 950 første spalte. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 889.

¹⁰⁵⁶ NOU 2001:32 B, s. 950 første spalte.

ivareta partene, og deres utgifter med saken, men også en større samfunnsfunksjon.¹⁰⁵⁷ Enighet kan imidlertid ha betydning dersom dommeren er i tvil om bevisets betydning.

I vurderingen av bevisets betydning må også retten til likebehandling være relevant.¹⁰⁵⁸ Begge parter må få lik adgang til å føre bevis de oppfatter som relevante. I småkravssaker kan denne vurderingen bli særlig aktuell, da det presumptivt må forventes flere partskonstellasjoner med selvprosederende parter mot representerte parter. Det viktige for vurderingen blir at den representerte parten ikke får større adgang til å føre bevis basert på advokatens evne til bedre å argumentere for bevisets betydning.

Til tross for at bevisføringen anses uproporsjonal etter den alminnelige proporsjonalitetsvurderingen er det ikke gitt at avskjæring av beviset skal finne sted. I tillegg oppstiller tvl. § 21-8 første ledd et krav om at avskjæringen må skje for å «oppnå lovens formål etter § 1-1», men innfor de «begrensninger som følger av formålet». Formålet med loven oppstiller følgelig både positive og negative føringer for begrunnelsen for avskjæring. Fremgangsmåten må følgelig bli at det først tas stilling til om begrunnelsen for å avskjære ivaretar formålene med tvisteloven, før det deretter tilsvarende må vurderes om begrunnelsen kan anses å stride mot formålene.

Med «lovens formål etter § 1-1» menes for det første at rettergangen skal innebære en «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av retts tvister».¹⁰⁵⁹ For det andre skal den enkeltes «behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene» ivaretas.¹⁰⁶⁰ At dette kan by på vanskelige vurderinger er ikke tvilsomt. *Schei m.fl.* har uttalt at:

«Av momentene i formålsparagrafen vil hensynet til effektiv og rask behandling, og behovet for at den enkelte skal få håndhevet sine rettigheter uten at ulikhet i ressurser er avgjørende for sakens utfall, typisk være argumenter for avskjæring, mens hensynet til rettferdig, forsvarlig og tillitskapende behandling vil veie på den andre vektskålen».¹⁰⁶¹

¹⁰⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 50 første spalte.

¹⁰⁵⁸ Det menneskerettslige aspektet, altså retten til likebehandling, tilknyttet føring av bevis ble også fremhevet under arbeidet med tvisteloven, se NOU 2001:32 A, s. 456 første spalte.

¹⁰⁵⁹ Tvl. § 1-1 første ledd første punktum.

¹⁰⁶⁰ Tvl. § 1-1 første ledd andre punktum. Dette samsvarer med sivilprosessens funksjoner, som småkravprosessen er ment å skulle tilrettelegge for at oppnås også i småkravssaker, se avhandlingens punkt 2.1.

¹⁰⁶¹ Tore Schei mfl., *Tvisteloven: Kommentartutgave Bind II*, 2. utgave Universitetsforlaget (Oslo 2013), s. 802.

Uttalelsen gir uttrykk for det spenningsfeltet som naturlig oppstår der retten skal søke å ivareta samtlige elementer av tvistelovens formål, og motsetningene som kan oppstå dem imellom.

Et eksempel på en sak der formålet til en effektiv behandling synes vurdert, er dom inntatt i Rt. 2013 s. 817. Her vurderte Høyesteretts ankeutvalg om lagmannsretten rettmessig hadde avskåret bevis, blant annet etter tvl. § 21-8 første ledd. Saken hadde gått etter allmennprosessen, men de generelle uttalelsene har betydning også ved vurderingen etter småkravprosessen.¹⁰⁶² I Høyesteretts vurdering ble det blant annet uttalt at «fremleggelse av disse rapportene hverken kan være tidkrevende eller spesielt byrdefullt på annen måte»,¹⁰⁶³ noe som fremstår som en vurdering av om avskjæring vil fremme en mer effektiv behandling.¹⁰⁶⁴ Utsagnet tilsier at dommeren må se hen til hvilken faktisk økt tidsbruk fremsettelse av det aktuelle beviset vil innebære. Vurderingen må kunne foretas basert på faren for eventuelle omberammelser og utsettelse i forkant av rettsmøtet, så vel som fare for utsettelse under rettsmøtet til sluttbehandling. Der prosessen ikke vil bli forsinket i nevneverdig grad vil dette motsetningsvis måtte være et moment som taler for at bevis ikke skal avskjæres, også i småkravprosessen. Motsetningsvis kan mindre forsinkelser medføre avskjæring i småkravprosessen, og ikke i saker etter allmennprosessen, da småkravssaker er mer sårbare for økt tidsbruk.

7.4.4. Avskjæring under sluttbehandlingen

Tvisteloven § 10-3 femte ledd tredje punktum omhandler uforholdsmessig bevisføring under rettsmøtet til sluttbehandling. Bestemmelsen lyder:

Bevis gjennomgås og føres bare så langt det er grunn til det ut fra en avveining av hensynene til forsvarlig og prosessøkonomisk behandling.

Det er begrepet «føres bare så langt» som her gir en indikasjon på at dette er ment som en avskjæringshjemmel. Bevis som ikke føres kan heller ikke brukes som begrunnelse for dommerens avgjørelse, jf. tvl. § 11-1 første ledd.¹⁰⁶⁵ Dette innebærer at bevis som anses uforholdsmessige i henhold til bestemmelsens vilkår må avskjæres. I tillegg fremstår det som om at avskjæring og begrensning av bevisførsel er utgangspunktet i småkravprosessen. Dette da

¹⁰⁶² Dommen omhandlet allmennprosessen, men det er ingen hensyn eller særegenheter ved småkravprosessen som skulle tilsi at dette må argumentene mangler relevans i vurderingen av tvl. § 21-8 i en småkravssak.

¹⁰⁶³ Rt. 2013 s. 817, avsnitt 14.

¹⁰⁶⁴ En noe tilsvarende uttalelse kan finnes i Rt. 2012 s. 1440, avsnitt 5, der det uttales at «Høyesteretts ankeutvalg kan ikke se at bevisene fremlagt som bilag til prosesskrivene 5. og 10. september 2012, vil føre til noen endring av sakens karakter eller vidløftiggjøring av saken. Samtykke til føring av disse bevisene blir etter dette gitt».

¹⁰⁶⁵ Der det er tale om fullt ut skriftlig behandling av en småkravssak, får tvl. § 11-1 andre ledd anvendelse.

formuleringen «[b]evis [...] føres bare så langt det er grunn til det» er inntatt. Dette taler dermed for at det i utgangspunktet er føringen av bevis som må begrunnes, og ikke avskjæringen. Partene må overbevise retten om at det er «grunn» til å føre beviset. Et slikt utgangspunkt har ingen betydning dersom tvl. § 10-3 femte ledd ikke er ment å ha virkning som avskjæringshjemmel. Det ville da ikke vært knyttet noen følge til det å ikke kunne påvise en «grunn». Tvl. § 10-3 femte ledd tredje punktum må derfor kunne anvendes som hjemmel for avskjæring på selvstendig grunnlag.

Ideelt skal det ikke være nødvendig med anvendelse av tvl. § 10-3 femte ledd i småkravprosessen, da saken bør være tilspisset i forkant av rettsmøtet til sluttbehandling.¹⁰⁶⁶ Rettsmøtet skal jo ideelt avholdes på 2-3 timer. Å anvende denne tiden til prosessuelle spørsmål, i stedet for å fokusere på den materielle problemstillingen, vil ikke samsvare med hensynet til en effektiv og forsvarlig rettergang. Bestemmelsen er kanskje derfor mer aktuell som en type sikkerhetsventil, der dommeren under rettsmøtet finner at et forhold er tilstrekkelig belyst. Tilsvarende slutning kan støttes av en uttalelse fra *Schei m.fl.* vedrørende anvendelsen av tvl. § 21-8 i hovedforhandling:

«Det antas at rettens kompetanse til å avskjære uforholdsmessig omfattende bevisføring har hatt betydning i kommunikasjonen mellom retten og partene under saksforberedelsen og ført til begrensning av bevisførselen uten at det har vært nødvendig å sette spørsmålet om avskjæring på spissen».¹⁰⁶⁷

Dette samsvarer med det som ble fremholdt ovenfor vedrørende avskjæring på saksforberedelsestadiet – her skal dommeren *veilede* til prosessen blir mest mulig konsis. Uttalelsen vedrørende § 21-8 gir også inntrykk av at det som hovedregel må antas at avskjæring grunnet proporsjonalitet sjelden vil komme på spissen under sluttbehandlingen av en sak.

I tillegg synes det, under arbeidet med tvisteloven, å være forutsatt at det skal være forholdsvis enkle saker som behandles etter prosessformen. Saker som krever mer omfattende føring av bevis, må overføres til allmennprosessen, da småkravprosessen ikke muliggjør en forsvarlig vurdering av store mengder bevis.¹⁰⁶⁸ Også dette taler for at avskjæring ikke er den primære

¹⁰⁶⁶ At det vil være gunstig med en avklaring av bevisavskjæringsspørsmål forut for sluttbehandling er også fremholdt i praksis, eksempelvis i en dom fra Oslo Byfogdembete, TOBYF-2011-171389-1. Se også avhandlingens punkt 3.6.1. om fordelene med en forsterket saksforberedelse.

¹⁰⁶⁷ Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind II* (2013), s. 802. Selv om uttalelsen ikke retter seg mot tvl. § 10-3 fremstår den som å være av forholdsvis generell art. Utgangspunktet som det gis uttrykk for her må gjelde på tvers av bestemmelsene. Som nevnt ovenfor skal ikke tvl. § 10-3 femte ledd tolkes snevrere enn tvl. § 21-8.

¹⁰⁶⁸ Av tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d følger det at saker skal overføres til allmennprosessen dersom

sanksjonsmuligheten der bevismengden blir for stor, under den forutsetning at bevisene er av relevans.¹⁰⁶⁹

Generelt må terskelen for avskjæring også under sluttbehandlingen være noe høy. Partene må oppfatte at avskjæringen er rettfærdig, og ikke unødvendig. Sammenlignet med adgangen til å avskjære under saksforberedelsen må terskelen imidlertid antas å være noe lavere. Der dommeren ser et behov for tilpassing av bevisomfanget i rettsmøtet til sluttbehandling må det være en reell mulighet til å iverksette tiltak, noe regelverket åpner for.

Som konkludert med ovenfor er det begrenset adgang til å avskjære bevis på saksforberedelsestadiet. Det er dermed ikke utenkelig at det blir behov for avskjæring under sluttbehandlingen. Den skriftlige forberedelsen gjør at terskelen for å avskjære basert på proporsjonalitetshensyn under saksforberedelsen blir særlig høy. Det er dermed ikke utenkelig at retten må foreta avskjæring under sluttbehandlingen i større grad enn det som er tilfelle etter allmennprosessen.

Også rettsmøtet i småkravprosessens lengde av relevans. Kommer partene til et møte som er berammet til 3 timer med store mengder bevis, der spørsmålet for retten er av primært rettslig karakter, må dommeren kunne vurdere avskjæring. Hvis ikke blir alternativet å omberamme saken eller å ha et nytt rettsmøte. Begge deler er ugunstig i et småkravsperspektiv, da prosessen nettopp skal legge til rette for et lavt kostnadsnivå og en effektiv behandling.

Er prosessen først kommet dit hen at spørsmålet om avskjæring er kommet opp under rettsmøtet til sluttbehandling blir spørsmålet hvilke vilkår som må være oppfylt for at dette legitimt skal kunne skje. Etter tvl. § 10-3 femte ledd kan avskjæring skje der det ikke kan påvises en «grunn» til at beviset skal føres. Hva som menes med «grunn» skal avgjøres basert på en «avveining av hensynene til forsvarlig og prosessøkonomisk behandling» av saken.¹⁰⁷⁰ Begrepet må også ses i lys av bestemmelsens foregående punktum, der lovgivers ønske om «konsentrasjon» i prosessen fremgår. Som så mye annet i småkravprosessen må også spørsmålet om hva som er en «grunn» avgjøres basert på den konkrete saken. Én retningslinje kan imidlertid oppstilles.

Dersom beviset ikke tilfører noe eget, men heller fremstår som kun å støtte øvrig bevismateriale, må det nok i småkravprosessen presumeres at det ikke er grunn til å føre beviset. I slike tilfeller

«hensynet til forsvarlig behandling» nødvendiggjør det. Store mengder bevis, som alle fremstår nødvendige, kan typisk være noe som nødvendiggjør behandling etter allmennprosessen.

¹⁰⁶⁹ Er de irrelevante, må jo bevisene avskjæres etter tvl. § 21-7.

¹⁰⁷⁰ Også her må partene få rett til å uttale seg før bevis avskjæres, jf. tvl. § 9-6 første ledd, jf. § 10-2 første ledd.

vil avskjæringen i seg selv ikke gjøre prosessen mindre forsvarlig, faktumet som beviset skal bevise anses jo bevist, samtidig som avskjæringen bidrar positivt prosessøkonomisk. Det vil derfor sjelden være «grunn» til å føre støttebevis.

7.5. Oppsummering og vurderinger

7.5.1. Økt preklusjonsadgang

Et av utgangspunktene for småkravsprosessens utforming var at prosessformen skulle være mindre formell, herunder at det ikke passet med strenge preklusjonsregler.¹⁰⁷¹ Argumentet fremstår blant annet som hovedårsaken til at tvl. § 9-16 ikke fikk anvendelse i småkravssaker, slik at tvl. § 16-6 tredje ledd er det eneste grunnlaget for preklusjon i disse sakene. Det er likevel slik at preklusjonsadgang er fremholdt som et virkemiddel som kan bidra til en mer effektiv gjennomføring av prosessen. En mer effektiv behandling krever mindre ressurser. En rimeligere og mer effektiv rettergang er med på å motvirke et av problemene med småkrav og sikring av sivilprosessens funksjoner, nemlig at sakens behandling blir uforholdsmessig omfattende. Slik reglene er i dag, fremstår rettsgrunnlaget for preklusjon som noe bortgjemt, og lite forutsigbart. Det er en adgang til å prekludere, men den kan nok rent unntaksvis benyttes.¹⁰⁷² Spørsmålet er om det er et behov for en tydeligere preklusjonsregel i småkravsprosessens.

For det første er de bakenforliggende hensynene tvl. § 9-16 skal ivareta, også aktuelle i småkravssaker. Bestemmelsen ble inntatt i loven som et ledd i å utvide preklusjonsadgangen i allmennprosessens, sammenlignet med rettstilstanden under tvistemålsloven.¹⁰⁷³ Dette da en adgang til preklusjon ble ansett som en nødvendighet, både for aktiv saksstyring og for konsentrasjon av prosessen. I tillegg skal bestemmelsen bidra til at saker, så langt det lar seg gjøre, klarlegges allerede på saksforberedelsestadiet.¹⁰⁷⁴ Gjennomgangstemaet er å tilrettelegge for en effektiv behandling, samme målsetning som etter småkravsprosessens. Jeg er enig i at småkravsprosessens ikke bør ha like strenge preklusjonsregler som i allmennprosessens. Det betyr imidlertid ikke at alternativet må være ingen automatisk preklusjonsregel.

En annen faktor som underbygger behovet for tydeligere preklusjonsregler, i alle fall under sluttbehandlingen, er at småkravsprosessens skal legge til rette for selvprosederende parter. Det

¹⁰⁷¹ NOU 2001:32 B, s. 763 andre spalte.

¹⁰⁷² Se avhandlingens punkt 7.2.2 sammenholdt med 7.2.4.

¹⁰⁷³ Tore Schei mfl., Tvisteloven Bind I (2013), s. 346.

¹⁰⁷⁴ Tore Schei mfl., Tvisteloven Bind I (2013), s. 346.

er nok større sannsynlighet for at en part som ikke er kjent med de alminnelige prosessreglene presenterer nye prosesshandlinger under sluttbehandlingen, sammenlignet med en part representert ved advokat. Slik reglene er nå, er det ikke gitt at retten har adgang til å prekludere prosesshandlingene, så fremt dommeren ikke har satt egne frister for fremsettelse av prosesshandlinger. Det er altså et større potensiale for utsettelse eller forsinkelser her på grunn av sent fremsatte prosesshandlinger, sammenlignet med allmennprosessen, der tvl. § 9-16 får anvendelse.

Behovet for en tydeligere adgang til å prekludere, enn det som er tilfellet etter dagens lovgivning, kan også illustreres med en dom fra 2012, avsagt i Oslo tingrett. Her nedla saksøker ny påstand under rettsmøtet til sluttbehandling. Dommerfullmektigen prekluderte påstanden, begrunnet slik:

«Retten tillot ikke påstandsendringen under henvisning til de samme hensyn som begrunner tvisteloven § 9-16 første ledd, og det henvises for øvrig til rettsboken om dette».¹⁰⁷⁵

Når det fremgår av tvisteloven § 10-2 og § 10-3 at tvl. § 9-16 ikke får anvendelse, kan preklusjon ikke skje på bakgrunn av hensynene bestemmelsen skal ivareta.¹⁰⁷⁶ Dommen illustrerer likevel at det i enkelte saker er et behov for å ha en tydeligere adgang til preklusjon. Manglende regulering kan medføre at dommeren oppfatter seg forpliktet til å opptre i strid med småkravsreglene.¹⁰⁷⁷

I høringsnotatet om endringer i tvisteloven fra 2018 er det forsøkt å imøtegå noe av preklusjonsbehovet jeg har nevnt ovenfor, i alle fall i noen grad. Det er fremmet et forslag om at det skal foretas endringer i dagens tvl. § 10-2. Tredje ledd, og det nye fjerde ledd er foreslått utformet slik:

(3) En part som vil trekke inn et nytt krav eller en ny part i medhold av §§ 15-1 til 15-3, [utvide] [endre] påstanden til et framsatt krav, sette fram et nytt påstandsgrunnlag eller tilby nye bevis, må foreta prosesshandlingen så snart parten har mulighet for det. Partene plikter innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er

¹⁰⁷⁵ TOSLO-2012-203644, under «Fremstilling av saken».

¹⁰⁷⁶ Se avhandlingens 7.2.1.

¹⁰⁷⁷ Se også TOSLO-2016-127153. Her uttales det at «Etter rettens syn er nevnte påstandsgrunnlag fremsatt for sent til å bli tatt opp til realitetsvurdering. Selv om preklusjonsregelen i tvisteloven § 9-10 jf. § 9-16 ikke er gitt tilsvarende anvendelse i småkravsprosess, finner retten at saksøker påstandsgrunnlag må prekluderes». Det henvises hverken til tidligere oppsatt frist, eller tvl. § 16-6 tredje ledd, og det må derfor antas at preklusjonen skjedde uten rettsgrunnlag.

varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det.

(4) Der en part ikke har overholdt sin plikt etter tredje ledd første og annet punktum, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket.

Forslaget er basert på Øyens forslag fra 2010, og er ment å skulle tydeliggjøre adgangen til preklusjon i småkravssaker.¹⁰⁷⁸ Endringen som er foreslått får tydeligere frem at det er en preklusjonsadgang i småkravprosessen, og gir partene et klarere incentiv til å fremsette prosesshandlinger ved første anledning. Etter mitt skjønn, er likevel ikke forslaget til endring ideelt.

En av ulempene med forslaget til bestemmelsen knytter seg til en uttalelse i høringsnotatet om at «[v]ilkårene bør i hovedsak være de samme som etter tvisteloven § 16-6 tredje ledd».¹⁰⁷⁹ Som vist ovenfor skal ikke tvl. § 9-16 anvendes i småkravssaker, men likevel er det lagt til grunn at bestemmelsen skal ha betydning for tolkningen av tvl. § 16-6 tredje ledd. Dette er ikke en koherent løsning. Utfra høringsnotatet fremstår det som om de nye tilføringene i tvl. § 10-2 må tolkes i lys av tvl. § 16-6 tredje ledd, noe som tilsier at uklarhetene knyttet til forståelsen av tvl. § 16-6 tredje ledd i dag, vedvarer.

I tillegg legger ikke høringsforslaget opp til en endret saksforberedelse. Forutsetningen for at preklusjon skal kunne skje i større grad enn det som er tilfellet etter dagens bestemmelse, er nettopp en forsterket saksforberedelse. Som vist ovenfor, er en gjennomgående forutsetning for preklusjon veiledning. Veiledning er enklest gjennomførbart i rettsmøter, som nevnt i kapittel 6. For at preklusjon skal kunne skje, må retten veilede partene om følgene av for sent fremsatte prosesshandlinger samt når fristene utløper. Særlig gjelder dette når selvprosederende deltar i prosessen. Skal retten sikre seg at selvprosederende har forstått veiledningens betydning, er det sikrest å gjennomføre veiledningen muntlig. Dersom partene ikke er kjent med preklusjonsfølgen, er det etter mitt skjønn ikke aktuelt å prekludere. Uten møteadgang vil den faktiske muligheten til å anvende den nye preklusjonsbestemmelsen dermed være begrenset. Løsningen som er presentert i høringsnotatet utgjør dermed, etter min mening, ikke et fullgodt alternativ.

¹⁰⁷⁸ Høringsnotatet (2018), s. 19, jf. Ørnulf Øyen, Preklusjon i småkravprosessen (2010), s. 81.

¹⁰⁷⁹ Høringsnotatet (2018), s. 19.

I kapittel 6 foreslo jeg et nytt tredje ledd i tvl. § 10-2, som åpnet for saksforberedende møte, dersom det av retten anses nødvendig.¹⁰⁸⁰ Retten og partene kan, ved behov, ha en muntlig dialog. I tillegg er mitt forslag at saksforberedelsen avsluttes to uker før sluttbehandlingen, slik at det innføres en konkret frist for fremsettelse av prosesshandlinger, som kan medføre preklusjon i henhold til tvl. § 16-6 tredje ledd, eller, hvis høringsnotatet vedtas, den nye tvistelovens § 10-2 fjerde ledd.¹⁰⁸¹ I samsvar med høringsnotatet gjelder den foreslåtte fristen både krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis, i motsetning til dagens bestemmelse, som kun gjelder bevis. Etter mitt skjønn imøtegår mine forslag behovet for en tydeliggjøring av preklusjonsreglene.

Begrunnelsen for at jeg oppfatter mitt forslag som et bidrag til økt funksjonsoppnåelse er todelt. For det første blir fristen for å fremme prosesshandlinger tydeligere, noe som er gunstig i en prosess der selvprosederende skal kunne delta. En part som opplever å få en prosesshandling prekludert, kan oppfatte preklusjonen som mer retterferdig der fristen er klar, enn der preklusjonsfølgen kommer som en overraskelse. I tillegg medfører fristen at preklusjon kan skje under sluttbehandlingen, også for andre prosesshandlinger enn bevis. Fristen er heller ikke absolutt, i den forstand at retten ikke behøver å knytte preklusjonsvirkninger til fristoversittelsen, jf. tvl. § 16-6 tredje ledd. Forslaget medfører dermed ikke at det innføres en mye strengere preklusjonsnorm, og strider således ikke mot ønsket om at småkravprosessen skal være mindre formell. En eksplisitt frist gjør likevel preklusjonsreglene noe mer forutberegnelig, og utvider tidsrommet for når preklusjon kan skje, noe som har potensiale til å øke prosessens effektivitet ved behov.

For det andre gjør muligheten for saksforberedende møte at retten lettere kan tilrettelegge for at partene faktisk forstår betydningen av å fremsette prosesshandlinger ved første anledning, særlig når det gjelder selvprosederende. Ved at retten kan forsikre seg om at partene underveis i prosessen er gjort kjent med følgen av fristoversittelse, kan terskelen for å prekludere bli noe lavere, sammenlignet med dagens rettstilstand. Det er selvfølgelig ikke et mål at preklusjon skal kunne skje oftere, men det må være en målsetning at dommeren kan prekludere der behovet oppstår. Per i dag, med den begrensede kommunikasjonen som skjer i forkant av sluttbehandlingen, er det ikke underlig dersom terskelen for å prekludere prosesshandlinger fremstår svært høy. Som nevnt kan en god anvendelse av preklusjonsregler innebære et effektiviserende element i prosessen. Når vurderingen av om preklusjon faktisk skal skje beror

¹⁰⁸⁰ Se avhandlingens punkt 6.8.1.

¹⁰⁸¹ Se avhandlingens punkt 6.8.2.

på dommerens skjønn, er det også rom for å ivareta hensynet til selvprosederende i prosessen samt småkravprosessens mer uformelle preg.

Et grep som kan tas for å gjøre adgangen til preklusjon tydeligere i småkravskapitlet, er å innta en henvisning til tvl. § 16-6 tredje ledd i tvl. § 10-2 fjerde ledd. Eksempelvis kan et nytt fjerde ledd, basert på mitt tidligere forslag, se slik ut:

(4) Saksforberedelsen avsluttes to uker før rettsmøtet til sluttbehandling etter tvl. § 10-3. Før saksforberedelsens avslutning plikter partene å varsle om bevis, nye påstander og nye påstandsgrunnlag og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det. *Prosesshandlinger fremsatt etter fristen behandles etter tvl. § 16-6 tredje ledd.*

Henvisningen påvirker ikke adgangen til preklusjon, men gjør det enklere, i alle fall for selvprosederende, å identifisere tvl. § 16-6 tredje ledd som relevant for saksbehandlingen.

Når det gjelder rettens adgang til å prekludere partenes innsigelser i småkravprosessens, er denne tilnærmet lik adgangen etter allmennprosessens. Dommeren er gitt et vidt skjønn, som etter min mening er egnet til å sikre at innsigelser som er fremmet med illojale hensikter kan prekluderes. Samtidig er det rom for at dommeren kan velge å la for sent fremsatte innsigelser gjøres gjeldende. Dette gjør at selvprosederendes rettsstilling kan ivaretas, dersom årsaken til at innsigelsen ikke er fremkommet tidligere skyldes manglende prosessuelle ressurser. At det er rom for denne form for skjønnsmessige vurderinger tilrettelegger for at retten kan utjevne ulikheter mellom partene, en forutsetning for funksjonsoppnåelse.¹⁰⁸² Etter min mening er det ikke behov for endringer i lovteksten her.

7.5.2. Proporsjonalitetshensyn som begrunnelse for avskjæring av bevis

Det er relativt vide rammer for retten til å avskjære prosesshandlinger som ikke anses å være proporsjonale, i samsvar med det økte fokuset på proporsjonalitet som fremgår av tvl. § 10-1 første ledd. Foruten det faktum at saksforberedelsen i en småkravssak kan vanskeliggjøre vurderingen av hvorvidt et bevis mangler relevans, eller at bevisførselen er uforholdsmessig omfattende, er min vurdering av tvl. § 10-3 femte ledd, sammenholdt med tvl. § 21-7 og § 21-8, at bestemmelsene tilrettelegger for å begrense bevisførselen. Dommeren har vide rammer for å avskjære der behovet oppstår. Når det gjelder spørsmålet om bevisførselen er relevant

¹⁰⁸² Se avhandlingens punkt 2.3.

eller proporsjonal er svaret svært avhengig av de konkrete forholdene i saken. Det er således ikke et spørsmål lovgiver bør detaljstyre.¹⁰⁸³

Jeg ser heller ikke noe behov for å tydeliggjøre anvendelsen av tvl. § 21-7 og § 21-8 i småkravskapitlet. Etter mitt skjønn er det lite tvilsomt at bestemmelsene kan anvendes i småkravssaker, og det er ikke ytterligere behov for klargjøring av dette i lovteksten. I lovens alminnelige deler er det mer nærliggende å presisere at en bestemmelse ikke kommer til anvendelse i småkravssaker, da utgangspunktet er anvendelse.

Dersom retten skal avskjære bevis under saksforberedelsen, noe det kan være grunn til i den enkelte saken, kan vurderingen vanskeliggjøres av at forberedelsen er skriftlig. I tvilstilfeller er det nok enklere å avgjøre at et bevis skal avskjæres dersom partene enkelt kan konsulteres gjennom et møte. Dette er problematikk som allerede er ivaretatt av de tidligere forslagene til lovendring, fremsatt i kapittel 6.¹⁰⁸⁴

En mulig tilføyelse i småkravssaker er å endre utgangspunktet for bevisførsel i småkravssaker, slik at partene må få tillatelse til å føre bevis. Dette er eksempelvis tilfellet i dansk småsagsproces.¹⁰⁸⁵ Dersom denne løsningen skulle anvendes i norsk rett ville det imidlertid stride mot utgangspunktet om fri bevisførsel. Selv om det kunne medført større begrensning av bevisførselen i småkravssaker ser jeg ikke et behov for slike større endringer basert på dagens lovgivning. I tillegg er den danske ordningen basert på at det er retten som skal stå for forberedelsen av saken. At retten også får ansvaret for å avgjøre hvorvidt bevis skal føres eller ikke, er en konsekvens av dette. I norsk rett er det fremdeles opp til partene å forberede saken, og løsningen kan dermed vanskeligere implementeres.

¹⁰⁸³ Se NOU 2001:32 A, s. 150, der Tvistelovsutvalget anerkjente behovet for noen grad av fleksibilitet i lovgivningen. Se også Anna Wallerman, Om fakultativa regler (2017), s. 71, der fordelene og ulempene med lovgivning basert på enten «legalitet» eller «delegation» drøftes. I denne sammenhengen er det særlig fordelene med fakultative regler som er interessant. Ved at retten gis større fleksibilitet gjennom utformingen av lovreglene, er muligheten for ressurstilpassing av den enkelte sak større, samtidig som lovbestemmelsene blir mer tilpasningsdyktige.

¹⁰⁸⁴ Se avhandlingens punkt 6.8.1.

¹⁰⁸⁵ Se avhandlingens punkt 5.2.3.

Kapittel 8. Skriftlig sluttbehandling

8.1. Rettsgrunnlaget for skriftlig sluttbehandling i småkravssaker

Utgangspunktet for sluttbehandlingen av en småkravssak, er at denne skal gjennomføres muntlig, jf. tvl. § 10-3 første ledd første punktum, jf. tredje ledd. Dette samsvarer med muntlighetsprinsippet, som er vernet etter grl. § 95, EMK art. 6 nr. 1, og SP art. 14. Muntlighetsprinsippet fremgår også av tvistelovens formålsparagraf, der det står at «partene på et trinn av saken [skal] kunne redegjøre muntlig for den».¹⁰⁸⁶ Sivile saker skal altså som hovedregel avsluttes med en muntlig behandling.¹⁰⁸⁷ Dette må også ses i lys av at muntlig behandling av saker er ansett å være den mest effektive behandlingsformen.¹⁰⁸⁸

Tvistelovsutvalget fremholdt likevel at behandlingen av enkelte småkravssaker kan effektiviseres dersom det ikke avholdes en muntlig forhandling, og at skriftlig behandling i slike saker dermed kan være et alternativ.¹⁰⁸⁹ En slik mulighet eksisterer også i allmennprosessen, så vel som i andre prosessordninger.¹⁰⁹⁰ Muligheten til å gjennomføre en sak skriftlig, er en anerkjennelse av at ulike saker krever ulik behandling, for slik å oppnå optimal effektivisering.¹⁰⁹¹ Adgangen til skriftlig sluttbehandling kan altså bidra til å ivareta proporsjonalitetsprinsippet i småkravprosessen. Spørsmålet er når småkravprosessen saker kan undergå en fullt ut skriftlig behandling, og hvorvidt denne adgangen bidrar til funksjonsoppnåelse for småkrav.

I småkravprosessen fremgår vilkårene for skriftlig sluttbehandling av tvl. § 10-3 første ledd andre punktum, som lyder:

Når det er ønskelig av prosessøkonomiske hensyn, kan retten gi samtykke til at partene gjør avtale om at behandlingen i stedet skal være skriftlig.

¹⁰⁸⁶ Tv. § 1-1 andre ledd tredje strekpunkt.

¹⁰⁸⁷ Tilsvarende gjelder også for straffesaker, men det er ikke temaet her. Se lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. mai 1981 nr. 25 § 278 første ledd.

¹⁰⁸⁸ Se NOU 2001:32 A, s. 141, første spalte.

¹⁰⁸⁹ Se for eksempel NOU 2001:32 A, s. 342, første spalte.

¹⁰⁹⁰ Se tvl. § 9-9 andre ledd. Se også til dansk rett, jf. rpl. § 366. I EUs småkravsforordning er hovedregelen skriftlig behandling, og muntlighet er unntaket, jf. småkravsforordningens artikkel 5 nr. 1 første setning sammenholdt med andre setning.

¹⁰⁹¹ Dette kommer implisitt til uttrykk i tvistelovens forarbeider, der det gis uttrykk for at det sentrale må være hvilken behandlingsform som anses hensiktsmessig i den enkelte sak, jf. NOU 2001:32 A, s. 141, første spalte.

Som det fremgår av bestemmelsen avhenger skriftlig sluttbehandling av tre faktorer. Partene må enes om at slik behandling skal finne sted, behandlingen må innebære en prosessøkonomisk gevinst, og retten må samtykke til avtaleinngåelsen. For øvrig er tvisteloven taus om hvilke omstendigheter som må foreligge for at en skriftlig sluttbehandling skal finne sted.

I det videre skal fordelene og ulempene med muntlighet og skriftlighet gjennomgås i punkt 8.2. I punkt 8.3 drøftes muligheten til å oppgi retten til en muntlig sluttbehandling som følger av grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1.

I punkt 8.4 skal kravene til partenes avtale analyseres. Det må avklares hvordan partenes avtale må utformes, for at den skal anses tilstrekkelig til å oppgi sin rett til muntlig behandling. Rettens samtykke til partenes avtale drøftes i punkt 8.5. Til tross for at partene legitimt har et ønske om å oppgi sin rett til muntlig behandling, må retten sørge for at grunnleggende prosessuelle garantier ivaretas. Å identifisere hvilke momenter retten må ta stilling til, før tillatelse til skriftlig sluttbehandling gis, er målet for dette punktet. Sist drøftes funnene opp mot målet om funksjonsoppnåelse i småkravssaker i punkt 8.6.

8.2. Fordelene og ulempene med muntlig behandling

Den norske sivilprosessen var frem til 1915 preget av skriftlighet på samtlige stadier i prosessen.¹⁰⁹² Ved innføringen av tvistemålsloven ble dette endret, slik at muntlig avsluttende behandling ble hovedregelen for sivile saker.¹⁰⁹³ Årsaken til at muntlighet fikk større betydning, var primært negative erfaringer med en fullt ut skriftlig behandling. Prosessen ble oppfattet som langdryg, og lite egnet til å kartlegge faktiske forhold som grunnlag for dommen, da partenes fremstillinger ble for omstendelige og formelle.¹⁰⁹⁴ Dette må ses i sammenheng med den strenge praktiseringen av eventualmaksimen.¹⁰⁹⁵

Ved innføringen av tvisteloven ble adgangen til skriftlig behandling noe utvidet.¹⁰⁹⁶ Det ble innført obligatoriske skriftlige elementer, som eksempelvis sluttinnlegg samt adgang til at prosessen unntaksvis kunne gjennomføres fullt ut skriftlig. Spørsmålet som skal besvares i dette

¹⁰⁹² NOU 2001:32 A, s. 140 andre spalte. Se også Maria Astrup Hjort, Muntlighetsprinsippet i sivilprosessen – fra klubbeslag til tastetrykk, Institutt for offentlig rett (Oslo 2007), s. 8-10.

¹⁰⁹³ NOU 2001:32 A, s. 140 andre spalte.

¹⁰⁹⁴ NOU 2001:32 A, s. 140 andre spalte.

¹⁰⁹⁵ Se mer om eventualmaksimen i avhandlingens punkt 7.1.3.

¹⁰⁹⁶ NOU 2001:32 A, s. 141 første spalte.

punktet er hvilke argumenter som generelt taler for og imot muntlighet, og da motsetningsvis imot eller for skriftlighet.

Spørsmålet om hvilken form behandlingen av en sak skal ha, har tilknytning til spørsmålet om hvordan prosessens funksjoner best skal oppnås. For småkravprosessen innebærer det at valget av behandlingsform må tas basert på målsetningen om å oppnå en effektiv og billig, men samtidig rettferdig rettergang, for slik å åpne for domstolsbehandling av små krav. Når fordeler og ulemper med ulike behandlingsmåter skal fremheves er dette bakteppet for hva som anses som fordelaktige konsekvenser.

Et sentralt argument for muntlig sluttbehandling, er at behandlingsformen vil gjøre prosessen mer effektiv og konsentrert.¹⁰⁹⁷ Dette er et viktig moment når det er tale om behandlingen av småkrav, der effektivitet og konsentrasjon av prosessen vektles høyt. Begrunnelsen for den effektiviserende gevinsten er for det første at muntlig kommunikasjon som regel er mer uavbrutt. I motsetning til skriftlig behandling, der uklarheter må oppklares gjennom skriftveksling over tid, kan dommeren under et muntlig møte ta grep for å avklare uklarhetene umiddelbart.¹⁰⁹⁸ Dette gir en tidsgevinst da det tar kortere tid å komme med oppfølgingsspørsmål, og å gjennomføre en oppklarende dialog, enn der dette skal skje ved utveksling av prosesskriv.¹⁰⁹⁹ For det andre tar det tid å utforme brev og prosesskriv skriftlig.¹¹⁰⁰

Det er også antatt at muntlig sluttbehandling bedre legger til rette for at dommeren skal kunne utøve saksstyring.¹¹⁰¹ Igjen er begrunnelsen knyttet til at kommunikasjonen mellom partene og retten blir mer effektiv muntlig enn skriftlig.¹¹⁰² Samme begrunnelse gjør at det må antas å være enklere å veilede partene muntlig, enn skriftlig. Da vellykket veiledning er antatt å være effektiviserende, er også dette et argument for muntlig behandling.¹¹⁰³

I forarbeidene til tvisteloven fremholdes det også at muntlig behandling gir «retten en nærhet til bevisene og hele saken».¹¹⁰⁴ Argumentet henger nok sammen med idéen om at «papir rødmer ikke», og at retten enklere kan bedømme bevis fremsatt direkte.¹¹⁰⁵ Bevisumiddelbarhetsprinsippet står også sentralt i norsk prosessrett, og gir argumentet

¹⁰⁹⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 37 andre spalte.

¹⁰⁹⁸ Ulf Stridbeck, *Muntlighet ved domstol i Norge* (2005), s. 97.

¹⁰⁹⁹ Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 33/34.

¹¹⁰⁰ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 52.

¹¹⁰¹ Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 33.

¹¹⁰² Ulf Stridbeck, *Muntlighet ved domstol i Norge* (2005), s. 98.

¹¹⁰³ Se avhandlingens punkt 6.2.3, 6.2.4 og 6.2.5.

¹¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 37 andre spalte. Se også NOU 2001:32 A, s. 141 første spalte.

¹¹⁰⁵ Se Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 52 og Camilla Bernt, «Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven», *Jussens Venner* (2005) (s. 273-294), s. 274.

ytterligere vekt. Vekten begrenses likevel av at dommerens evne til å evaluere eksempelvis vitneutsagn, er noe mer nedtonet i teorien i dag, enn tidligere. Dette skyldes at mange utenforliggende faktorer påvirker vitneutsagn.¹¹⁰⁶ Likevel er ikke dette et avklart spørsmål, og bevisumiddelbarhet er derfor langt fra irrelevant som moment.¹¹⁰⁷ I tillegg påvirkes viktigheten av bevisumiddelbarhetsprinsippet av bevisbildet i den enkelte sak. Dersom de aktuelle bevisene er skriftlige sikrer også en skriftlig sluttbehandling prinsippet, i alle fall i noen grad.

Et problem med muntlighet er at det er en mindre etterprøvable fremstillingsmåte. Dommeren kan misforstå et vitneutsagn, eller gå glipp av informasjon som meddeles under den muntlige sluttbehandlingen. Dette er problemer som kan unngås ved at sluttbehandling gjennomføres skriftlig. Når dommen skal avsies basert på dokumenter er det større anledning for dommeren til å gjennomgå det skriftlige materialet igjen, dersom vedkommende mistenker å ha gått glipp av noe.¹¹⁰⁸ Også effektivitetshensyn kan her tale for skriftlighet. Dersom dommeren mener å ha gått glipp av noe etter en muntlig sluttbehandling må det innkalles til et nytt rettsmøte, noe som kan medføre økt kostnads- og tidsbelastning på retten og ikke minst partene.¹¹⁰⁹

Skriftlig behandling er også fremhevet som en mulig billigere løsning enn muntlig behandling.¹¹¹⁰ Dette gjelder ikke generelt, men er knyttet til det enkelte sakskompleks. Faktorer i vurderingen er blant annet prosessmaterialets kvalitet og sakens kompleksitet.¹¹¹¹ Jo mer komplisert, desto større fordel kan skriftlig behandling være, dersom den skriftlige fremstillingen kan gjøres mer kortfattet enn en fullt ut muntlig behandling. I tillegg kan skriftlig fremstilling gjøres mer oversiktlig enn muntlige innlegg. Særlig teknisk eller økonomisk kompliserte saker er fremholdt som aktuelle for skriftlig behandling.¹¹¹²

¹¹⁰⁶ Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 240-242.

¹¹⁰⁷ Se eksempelvis Pär Anders Granhag og Sara Landström, «Muntlighet vid domstol ur ett rättspsykologiskt perspektiv», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red), *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus (Uppsala 2005) (s. 267-290), s. 270-273. Her fremholdes det at behandlingsformen i alle fall kan påvirke opplevelsen av et vitnemål.

¹¹⁰⁸ Kravene til dommerens hukommelse er fremhevet som en ulempe med muntlig behandling, samtidig som dommerens mulighet til å «dvele ved teksten» er fremholdt som en fordel med skriftlig behandling, se Ulf Stridbeck, *Muntlighet ved domstol i Norge* (2005), s. 128-129.

¹¹⁰⁹ Se tvl. § 10-3 syvende ledd, jf. § 9-17 andre ledd. Her står det at hvis det viser seg «etter at saken er tatt opp til doms, at det er nødvendig med ytterligere forhandlinger for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag i saken, skal retten sørge for dette».

¹¹¹⁰ Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 34.

¹¹¹¹ Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 34

¹¹¹² Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 52. Det er imidlertid fremholdt at en fullt ut skriftlig forberedelse bør unngås også i teknisk kompliserte saker, da faren for at partene skriver forbi hverandre er tilstede, jf. Laura Ervo, «Swedish-Finnish Preparatory Proceedings: Filtering and Process Techniques», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016) (s. 19-56), 26.

Retten til en muntlig sluttbehandling henger også nært sammen med retten til en offentlig behandling av en sak. Dette kan illustreres med Grunnloven § 95 og EMK art. 6 nr. 1, der retten til en muntlig behandling utledes av retten til en offentlig behandling. I dette henseende er det sentralt at kravet om offentlighet ikke kun skal ivareta partene, men også samfunnet for øvrig.¹¹¹³ En transparent rettergang bidrar til økt kunnskap om og tillit til rettsvesenet. Prinsippet antas å muliggjøre kontroll med domstolenes rettsanvendelse, noe som igjen vil fremme domstolenes demokratiske legitimitet, øke kunnskapen om, og skape tillit til, rettsvesenet.¹¹¹⁴

I alminnelige rettssaker, med muntlig sluttbehandling, kan retten til en offentlig rettergang ivaretas med åpne rettsmøter. Dette må anstas å være den mest praktiske måten å sikre offentligheten tilgang til prosessen. Der sluttbehandlingen skjer skriftlig er det naturlig nok ikke noe rettsmøte å møte opp til. For at offentligheten skal få innsyn i rettsprosessen, krever det at interesserte ber om dokumentene i saken. Under arbeidet med tvisteloven, ble dette ikke ansett som et større problem, så lenge muligheten for dokumentinnsyn faktisk eksisterte.¹¹¹⁵ Ved tvistelovsreformen av 2004 ble også allmennhetens innsynsrett vesentlig utvidet, slik at det foreligger en reell innsynsmulighet.¹¹¹⁶ Dette skyldtes endringer i prosesslovgivningen, og da særlig muligheten til redusere muntlighet i prosessen.¹¹¹⁷ Selv om skriftlig behandling utsetter innsynstidspunktet noe, skal en avgjørelse etter småkravprosessen treffes relativt hurtig, og de interesserte får dermed informasjon om saken såpass raskt at det ikke kan anses som et problem knyttet til offentlighetsprinsippet.

Likevel må det antas at en fullt ut skriftlig prosess kan oppfattes som mindre tilgjengelig enn en muntlig prosess, da det må søkes om innsyn, i motsetning til å møte opp til et rettsmøte. Dersom en småkravssak må antas å kunne ha større samfunnsmessig betydning, kan det således argumenteres for at muntlig behandling er å foretrekke. Generelt er det nok slik det er de færreste småkravssaker som har større betydning for allmennheten.¹¹¹⁸ Medias interesse for

¹¹¹³ Se eksempelvis *Pretto mot Italia*, dom av 8. desember 1983, avsnitt 21.

¹¹¹⁴ Johs. Andenæs, Garantier for rettssikkerheten ved administrative avgjørelser, Det 19. Nordiske Juristmøte (Stockholm 1951), s. 30. Se også Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 566-567, og Eric Bylander, *Muntlighetsprinsippet* (2006), s. 408.

¹¹¹⁵ NOU 2001:32 A, s. 141 andre spalte.

¹¹¹⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 219 andre spalte og s. 220 første spalte. Se også Tore Schei mfl., *Tvisteloven Bind I* (2013), s. 490.

¹¹¹⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 219 andre spalte.

¹¹¹⁸ Med noen hederlige unntak, eksempelvis den såkalte «Blink 182»-dommen, TOSLO-2018-13450. Avgjørelsen ble omtalt på Dinside.no: <https://www.dinside.no/okonomi/band-avlyste---festival-ma-dekke-kundens-dagspass/70451661>, og medførte «etterspill» hos Norske Konsertarrangører: <https://www.konsertarrangor.no/nyhetsarkiv/2018/etterspill-rettsak-om-refusjon-av-festivalbilletter-ved-konsertavlysning/> (begge sist sett 25. januar 2019). Småkravssaken var altså av samfunnsmessig interesse.

saker om små verdier aktualiseres nok også mest av en dom som besvarer den problemstillingen som samfunnet har interesse i. I tillegg er retten til en offentlig behandling primært tillagt partene, og det må være tungtveiende interesser fra samfunnets side som alene skal kunne frata partene valget mellom skriftlig og muntlig sluttbehandling.¹¹¹⁹

8.3. Retten til muntlig sluttbehandling etter grl. § 95 og EMK art. 6 nr. 1

8.3.1. Retten til muntlig sluttbehandling

Det følger av grl. § 95 at «[r]ettergangen skal være [...] offentlig». Bestemmelsen oppstiller ikke eksplisitt en rett til muntlig sluttbehandling. Grunnlovens menneskerettsbestemmelser skal imidlertid tolkes i lys av Norges konvensjonsforpliktelser, noe som kan tolkes ut at grl. § 92, som pålegger statens myndigheter å:

«respekttere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».¹¹²⁰

Tilsvarende må gjelde for retten til offentlig rettergang. I dette henseende er det primært EMK art. 6 nr. 1 som er av relevans.¹¹²¹

I EMK art. 6 nr. 1 står det at «everyone is entitled to a [...] public hearing». Naturlig forstås «public» på samme måte som «offentlig» i Grunnloven, slik at det ikke kan utledes et direkte krav om muntlig behandling av konvensjonens ordlyd. EMD har imidlertid innfortolket en rett til muntlig behandling:

«However, it is well established in the Court's case-law that, as a rule, Article 6 § 1 entails an entitlement to an 'oral hearing', that is, a hearing of the parties (and/or their representatives) in person by the court, whether conducted in public or in private».¹¹²²

¹¹¹⁹ Rettstilstanden etter SP art. 14 er noe mer uavklart. I litteraturen er det lagt til grunn at partene ikke nødvendigvis står fritt til å oppgi retten til muntlig behandling, da også samfunnet har en rett til offentlig rettergang, jf. Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary, N.P. Engel (Kehl 2005), s. 325. Her fremstilles kun muligheten til å ekskludere pressen og offentligheten som et unntak til muntlig sluttbehandling. Hensynet til prosessøkonomi samt fordelene enkeltsaker kan nyte av en skriftlig behandling, taler likevel for at det også må være rom for å oppgi retten til en muntlig sluttbehandling etter SP art. 14.

¹¹²⁰ Se avhandlingens punkt 1.4.3.

¹¹²¹ Også SP art. 14 oppstiller krav om en «public hearing». Forståelsen av vilkåret i SP art. 14 spriker ikke med det som følger av EMK art. 6 nr. 1, og fremstillingen vil derfor fokusere på sistnevnte.

¹¹²² *Schädler-Eberle mot Lichtenstein*, dom av 18. juli 2013, avsnitt 82.

Som det fremgår av sitatet er dette ansett som veletablert praksis, og det er ikke tvilsomt at art. 6 nr. 1 gir parter i sivile saker en rett til muntlig behandling.¹¹²³ Rettigheten strekker seg imidlertid kun til én instans.¹¹²⁴ Denne rettighetsbegrensingen får nok mindre betydning i småkravprosessen, all den tid det i de fleste småkravssaker ikke vil være tale om en andreinstansbehandling.¹¹²⁵ Retten til en muntlig behandling av en sak i førsteinstans må altså stå særlig sterkt i småkravprosessen, da muligheten for reparasjon i en senere instans er begrenset.¹¹²⁶

Retten til muntlig behandling kan umiddelbart fremstå absolutt.¹¹²⁷ Dette ville samsvare med EMK art. 1, som sier at medlemsstatene «shall» sikre alles rettigheter etter konvensjonens del 1, herunder rettighetene etter EMK art. 6 nr. 1. Som de fleste regler, så gjelder likevel ikke retten til muntlig sluttbehandling uten unntak.¹¹²⁸ Dette følger eksempelvis av *Schädler-Eberle mot Liechtenstein*, der EMD uttalte at «[t]he obligation to hold a hearing is therefore not absolute».¹¹²⁹

Forutsetningen for unntak fra rettigheten må ses i lys av begrunnelsen bak regelen om offentlig, herunder muntlig, behandling. Også dette har EMD uttalt seg om. I *Pretto mot Italia* ble det sagt at:

¹¹²³ Se tilsvarende hos Jan Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (2017), s. 577 og William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights* (2015), s. 288-289. Tilsvarende forståelse er lagt til grunn for SP art. 14, jf. General Comment No. 32, 23. august 2007, avsnitt 28.

¹¹²⁴ *Lundevall mot Sverige*, dom av 12. november 2002, avsnitt 32.

¹¹²⁵ Se avhandlingens punkt 3.7 og 4.9.

¹¹²⁶ Slutningen kan finne støtte hos blant annet *Kjølbro*, som fremholder at det må foreligge «ganske særlige omstændigheder» for at muntlig forhandling ikke skal skje der det er tale om behandling i første og eneste instans, jf. Jan Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (2017), s. 577. Småkravprosessen er ikke formelt eneste instans tilgjengelig etter norsk rett, men sett i lys av ankebegrensningen i tvl. § 29-13 første ledd er realiteten ofte at førsteinstansbehandlingen er den eneste behandlingen saken får.

¹¹²⁷ Det foreligger et forslag til en grunnlovsendring som, hvis vedtatt, gjør at retten til offentlig, herunder muntlig, behandling, blir mer absolutt, se Dokument 12:8 (2015-2016). Forslaget skal i utgangspunktet grunnlovsfeste retten til å gjøre begrensinger i grunnlovsrettigheter, så fremt begrensingen følger av lov, er forholdsmessig og respekterer kjernen i rettighetene, jf. forslaget til ny § 113 a andre ledd, som fremgår av forslaget s. 7. Problemet er at forslaget andre ledd lyder: «Det kan ikke i noe tilfelle gjøres slike begrensninger i §§ [...] 95 [...]». Blir grunnlovsbestemmelsen vedtatt, er det følgelig ikke adgang til å gjøre inngrep i retten til en muntlig behandling, i alle fall etter den foreslåtte ordlyden, og det kan således bli forskjeller i vernet etter EMK art. 6 nr. 1 og grl. § 95. Bestemmelsen medfører ikke nødvendigvis at partene ikke kan oppgi sin rett til muntlig behandling, da det ikke er sikkert at oppgivelse av rettigheter forstås som en begrensning av vernet, en forutsetning for at den nye § 113 a eventuelt skal aktualiseres. Se Arnfinn Bårdsen, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Universitetsforlaget (Oslo 2017) (s. 62-90), s. 79-84.

¹¹²⁸ Av EMK art. 6 nr. 1 andre punktum følger det unntak knyttet til offentliggjøring av prosessen. Disse er ikke knyttet direkte til muntlig behandling, og vil derfor ikke behandles her.

¹¹²⁹ *Schädler-Eberle mot Liechtenstein*, dom 18.juli 2013, avsnitt 97.

«The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 § 1 [...] protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1 [...], namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention».¹¹³⁰

Av dette kan utledes at rettigheten til en offentlig, herunder muntlig, behandling har stor betydning for at menneskerettighetenes ivaretagelse hos domstolene skal bli synbar, både for partene og offentligheten. Dette har gjort at EMD, over tid, har oppstilt relativt restriktive vilkår for adgangen til å gjøre unntak fra retten til muntlig sluttbehandling. Disse kan knyttes til to ulike tilfeller. Det ene knytter seg til rettens adgang til å avgjøre at en sak skal behandles skriftlig uten partenes aksept. Det andre omhandler en parts adgang til å oppgi egne rettigheter. Vilkårene for at unntakene skal få anvendelse behandles suksessivt i det videre.

8.3.2. Vilkår for å akseptere skriftlig behandling

Det første unntaket fra muntlighet som EMD har oppstilt knytter seg til rettens adgang til å nekte en slik behandling. Problemstillingen aktualiseres der partene ønsker en muntlig behandling av saken, men retten nekter dem det. Dette er ikke en mulighet etter småkravprosessens regler, all den tid skriftlig sluttbehandling krever «avtale» mellom partene, jf. tvl. § 10-3 første ledd. De momentene som EMD har akseptert som relevant for å nekte muntlig behandling, kan likevel være relevant i vurderingen av om retten skal gi samtykke til skriftlig behandling. Momenter som kan tale for å frata partene en rett må klart nok være relevante i en vurdering av om partene selv skal kunne få oppgi rettigheten, da dette må antas å være mindre inngripende for partene.

For at retten skal beslutte at skriftlig sluttbehandling skal finne sted, til tross for partenes ønske om det motsatte måtte det, i henhold til EMDs tidligere praksis, foreligge «exceptional circumstances that justify dispensing with such a hearing».¹¹³¹ Bruken av begrepet «exceptional» tilsier at det kun var i tilfeller som skilte seg ut fra vanlige saker, og som oppsto sjelden, at unntaket var aktuelt.

I *Jussila mot Finland* ble dette noe myket opp. Her ble det uttalt at:

¹¹³⁰ *Preto mot Italia*, dom 8. desember 1983, avsnitt 21. Se tilsvarende uttalelser i *Axen mot Tyskland*, dom av 8. desember 1983, avsnitt 25 samt *Artemov mot Russland*, dom av 3. april 2014, avsnitt 102.

¹¹³¹ *Allan Jacobsson mot Sverige*, dom 19. februar 1998, avsnitt 46.

«[a]lthough the earlier cases emphasised that a hearing must be held before a court of first and only instance unless there were exceptional circumstances that justified dispensing with one [...] the Court has clarified that the character of the circumstances that may justify dispensing with an oral hearing essentially comes down to the nature of the issues to be decided by the competent national court, not to the frequency of such situations. It does not mean that refusing to hold an oral hearing may be justified only in rare cases».¹¹³²

Det som ble fremholdt her innebærer at det ikke lengre er tale om et unntak som er forbeholdt helt spesielle situasjoner. Man må se hen til den konkrete tvisten, og hva som kjennetegner denne. At en bestemt type omstendigheter oppstår ofte har altså ingen nevneverdig betydning i vurderingen av om retten kan nekte å avholde muntlig behandling. Tilsvarende støttes av dommen *Saccoccia mot Østerrike*, som ble avsagt to år etter *Jussila mot Finland*. Her ble ikke begrepet «exceptional» brukt, men kun begrepet «circumstances».¹¹³³ I dag fremstår det altså som om vurderingen primært retter seg mot hvorvidt den aktuelle saken kan egne seg for skriftlig behandling eller ikke.

I vurderingen av egnethet for skriftlig behandling er det enkelte momenter som anses som avgjørende. Et første moment er hvorvidt det er tale om å evaluere troverdighet av en part eller et vitne. Dersom dette er tilfelle taler det mot skriftlighet.¹¹³⁴

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har videre lagt til grunn at muntlig behandling som regel vil være påkrevd der det er uenigheter om faktiske omstendigheter, eksempelvis der det er tale om sprikende legeerklæringer.¹¹³⁵ Begrunnelsen er at hvis det fremlegges sprikende beviser om samme faktiske forhold må det presumeres at det vil være noe å hente ved muntlig utspørring av den som enten har opprettet beviset, eller den som har fremlagt det. Ved å få informasjon om for eksempel bevisets bakgrunn eller begrunnelse, kan retten få informasjon som forenkler valget mellom løsning x eller y.¹¹³⁶

¹¹³² *Jussila mot Finland*, dom av 23. november 2006, avsnitt 42. Tilsvarende standpunkt fremkommer også etterfølgende praksis. Se eksempelvis *Schädler-Eberle mot Liechtenstein*, dom 18. juli 2013, avsnitt 97.

¹¹³³ *Saccoccia mot Østerrike*, dom 18. desember 2008, avsnitt 71: « the right to a ‘public hearing’ under Article 6 § 1 entails the right to an ‘oral hearing’ unless there are circumstances which justify dispensing with such a hearing».

¹¹³⁴ *Saccoccia mot Østerrike*, dom 18. desember 2008, avsnitt 73.

¹¹³⁵ *Andersson mot Sverige*, dom 7. desember 2010, avsnitt 56.

¹¹³⁶ Se eksempelvis *Andersson mot Sverige*, dom 7. desember 2010. Spørsmålet var hvorvidt det forelå en krenkelse av klagers rett til muntlig behandling i en sak om økonomisk støtte etter arbeidsskade. Det ble fremlagt legeerklæringer, som tilsa ulike resultater. EMD la her vekt på at legene som hadde utformet erklæringene, ved en muntlig høring, kunne forklart seg om egne observasjoner, og at dette kunne fått betydning i saken, jf. avsnitt 56. Retten kunne derfor ikke legitimt frata Andersson retten til en muntlig behandling.

Retten må også vurdere hvorvidt saken omhandler spørsmål av særlig interesse for offentligheten. Hvis dette er tilfellet taler momentet for muntlighet. Dette er i overensstemmelse med begrunnelsen for retten til en offentlig og muntlig behandling, jf. *Preto mot Italia*, gjengitt ovenfor. Begrunnelsen for momentet har nok også sammenheng med at offentlighet som regel vil forutsette muntlighet.¹¹³⁷

Foreligger ingen av de nevnte forhold kan saken behandles skriftlig, så fremt saken kan «be adequately resolved on the basis of the case-file and the parties' written observations».¹¹³⁸ Essensen i dette momentet har nær tilknytning til at en sak skal undergis en forsvarlig behandling. De skriftlige redegjørelser som saken eventuelt skal bygges på, må inneholde all informasjon av betydning for rettens avgjørelse. Kan informasjonen ikke formidles skriftlig må muntlig behandling gjennomføres.

I *Pönka mot Estland* uttalte EMD seg konkret om skriftlig behandling i småkravssaker. Det ble her gitt uttrykk for at skriftlighet kunne være hovedregelen, såfremt saken fikk en forsvarlig behandling.¹¹³⁹ Utviklingen i EMDs praksis knyttet til «exceptional»-vilkåret, sammenholdt med momentene i vurderingen, og uttalelsen i sistnevnte dom, kan ses på som en aksept av nasjonalstatenes rett til å iverksette prosessuelle tiltak for å oppnå en mest mulig proporsjonal behandling av den enkelte sak, og slik bedre sikre allmenn «access to justice». Dette kan tilsi et noe utvidet dommerskjønn når det gjelder valget mellom skriftlig og muntlig behandling i småkravssaker.

8.3.3. Partenes rett til å avstå fra muntlig sluttbehandling

Partenes adgang til å oppgi retten til en offentlig, herunder muntlig, behandling er hverken regulert i Grunnloven eller i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. At det foreligger en slik adgang er imidlertid ikke tvilsomt. I *Håkansson og Sturesson mot Sverige* uttalte EMD at:

«neither the letter nor the spirit of this provision prevents a person from waiving of his own free will, either expressly or tacitly, the entitlement to have his case heard in public».¹¹⁴⁰

¹¹³⁷ Se avhandlingens punkt 8.2.

¹¹³⁸ *Döry mot Sverige*, dom 12. november 2002, avsnitt 37.

¹¹³⁹ *Pönka mot Estland*, dom 8. november 2016, avsnitt 30. Se også Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (2017), s. 579 samt avhandlingens punkt 3.1.3.

¹¹⁴⁰ *Håkansson og Sturesson mot Sverige*, dom 21. april 1990, avsnitt 66. Synspunktet er opprettholdt i senere praksis, se eksempelvis *Tolmachev mot Estland*, dom 9. juli 2015, avsnitt 50.

Uttalelsen samsvarer med konvensjonens formål, som er å motvirke konvensjonskrenkelser. Er en rettighet legitimt oppgitt kan det ikke samtidig påstås at rettigheten er krenket.¹¹⁴¹

Det er imidlertid oppstilt enkelte krav til oppgivelsen for at denne skal innebære at det ikke foreligger en krenkelse av retten til en muntlig behandling. I *Håkansson og Sturesson mot Sverige* uttalte EMD at oppgivelsen må skje «in an unequivocal manner».¹¹⁴² Saken omhandlet en ankesak, men vilkåret må gjelde uavhengig av instans, så fremt det ikke har vært noen forutgående muntlig behandling. Begrunnelsen for kravet om utvetydighet er at det er tale om oppgivelse av en menneskerettighet. Det må være objektivt synlig at det foreligger en oppgivelse for at statene skal kunne bli ansvarsfri. Uten slike krav ville vernet bli tilnærmet illusorisk, da statene kunne anføre oppgivelse ved hver potensielle krenkelse. Disse hensynene vil alltid gjøre seg gjeldende der det er tale om første mulighet for muntlig behandling, uavhengig av om dette er i første eller andre instans.

Vilkårets krav til tydelighet omhandler hvordan selve oppgivesehandlingen må gjennomføres. På norsk vil vilkåret oversettes til at det ikke må foreligge tvil om at oppgivelse har skjedd. Der det foreligger eksplisitt samtykke om skriftlig sluttbehandling er sjelden dette vilkåret problematisk. Mer aktuell er problemstillingen der det er anført en passiv aksept eller et implisitt samtykke.

I *Salomonsson mot Sverige* uttalte EMD at «[a] waiver can be done explicitly or tacitly, in the latter case for example by refraining from submitting or maintaining a request for a hearing».¹¹⁴³ At det er mulig å oppgi retten til muntlig behandling implisitt, herunder ved passivitet, er altså ikke tvilsomt. Ved vurderingen har EMD i andre saker sett hen til hvorvidt det var forventet at partene skulle kreve muntlig behandling hvis dette var ønsket.¹¹⁴⁴ Er normalordningen for den aktuelle sakstypen skriftlig behandling må partene antas å være kjent med dette, og passivitet vil kunne anses som en oppgivelse. Hvis muntlighet er hovedregelen, som for eksempel i småkravprosessen, er det tvilsomt om passivitet kan binde. Det må i alle fall kunne forventes en mer intensiv prøving av hvorvidt det faktisk foreligger en oppgivelse der det er tale om at passivitet skal innebære en fravikelse av muntlighet som hovedregel. Er retten i tvil må muntlig behandling gjennomføres.

¹¹⁴¹ Jørgen Aall, «Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)», *Nordic Journal of Human Rights* (2010) (s. 300-370), s. 312.

¹¹⁴² *Håkansson og Sturesson mot Sverige*, dom 21. april 1990, avsnitt 66.

¹¹⁴³ *Salomonsson mot Sverige*, dom av 12. november 2011, avsnitt 34.

¹¹⁴⁴ *Håkansson og Sturesson mot Sverige*, dom 21. april 1990, avsnitt 67.

Oppgivelsen skal også «be attended by minimum safeguards commensurate with its importance».¹¹⁴⁵ Uttalelsen kan naturlig forstås slik at det må foretas en viss kontroll ved at det foreligger et faktisk samtykke, som går ut over kravene til tydelighet som gjennomgått ovenfor. Et av elementene i denne kontrollen fremgår av *Deweer mot Belgia*. Her uttalte EMD at «[a]bsence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied».¹¹⁴⁶ Oppgivelsen må altså ha skjedd av egen fri vilje. Tilsvarende støttes av senere praksis.¹¹⁴⁷

Spørsmålet er hva som må forstås med «constraint». Det vil nok i de færreste saker være tale om faktisk tvang, gjennom eksempelvis direkte trusler eller lignende. Personer kan likevel føle seg tvunget til å ta en avgjørelse de ikke er komfortable med på annet grunnlag, spesielt i saker med ujevne styrkeforhold.¹¹⁴⁸ Dette kan være vanskelig for retten å evaluere, men er et aspekt som retten må være bevisst på ved kontakt med partene når det er spørsmål om oppgivelse av en grunnleggende rettighet.

I *Sejdovic mot Italia* uttalte EMD at det ved vurderingen av oppgivelsen av en rettighet, også må vurderes om parten «could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be».¹¹⁴⁹ Uten at en part har vært bevisst konsekvensene av å oppgi en rettighet kan det vanskelig være tale om et legitimt samtykke. Følgen av oppgivelse er at statene blir unntatt ansvar for det som i utgangspunktet ville vært en krenkelse, fordi partens selvautonomi vektes tungt. Har imidlertid parten ikke forstått hva den gir avkall på er det mindre grunn til å la hensynet til selvautonomi fritta staten for ansvar.

Et siste element ved vurderingen av hvorvidt det foreligger en legitim oppgivelse av retten til muntlig sluttbehandling er om det foreligger offentlige interesser som tilsier at slik behandling må finne sted, slik at samtykket må ses bort fra. Dette følger blant annet av *Salomonsson mot Sverige*.¹¹⁵⁰ I praksis er ikke kravet presisert ytterligere, men det fremstår som om at saker med et strafferettslig preg typisk vil måtte avholdes muntlig.¹¹⁵¹ Etter norsk rett kan dette eksempelvis være saker som omhandler tilleggsskatt. Da antas det at offentlige interesser tilsier

¹¹⁴⁵ *Dílípak og Kaakaya mot Tyrkia*, dom 4. mars 2014, avsnitt 79.

¹¹⁴⁶ *Deweer mot Belgia*, dom 27. februar 1980, avsnitt 49. Uttalelsen omhandler oppgivelse av retten til domstolsprøving, men det er ikke tvilsomt at uttalelsen er relevant også for andre typer oppgivelse av rettigheter.

¹¹⁴⁷ Se eksempelvis *Simeonovi mot Bulgaria*, dom 12. mai 2017, avsnitt 115, der det fremgår av partenes oppgivelse må skje «of his own free will».

¹¹⁴⁸ Se Jørgen Aall, *Waiver of Human Rights* (2010), s. 340-342, der muligheten for å tape goder fremheves som et tilfelle der en part kan føle seg indirekte truet til å oppgi en rettighet.

¹¹⁴⁹ *Sejdovic mot Italia*, dom 1. mars 2006, avsnitt 87. Se også *Jones mot Storbritannia*, avgjørelse 9. september 2003, under «The Law».

¹¹⁵⁰ *Salomonsson mot Sverige*, dom 12. november 2002, avsnitt 34.

¹¹⁵¹ Se *Jussila mot Finland*, dom 23. november 2006, avsnitt 43.

en muntlig forhandling, så fremt sakens karakter ikke er særlig egnet for skriftlig behandling.¹¹⁵² Utover dette er ikke vilkårets innhold nærmere presisert gjennom praksis.¹¹⁵³

Et spørsmål i forlengelsen av hensynet til offentlige interesser er hvor intensiv domstolen skal være i vurderingen av hvorvidt det foreligger en legitim oppgivelse av retten til muntlig sluttbehandling. I småkravsprosessen er det jo tale om dispositive saker, noe som kan tilsi at retten ikke skal være for proaktiv i vurderingen av avtaleinngåelsen. Forutsetningen for overprøving er i alle fall at det foreligger en eller annen form for tvil om vilkårene for oppgivelse er oppfylt eller ei. Hvor stor tvil som kan kreves før prøving skal kunne skje, avhenger av partkonstellasjonen. *Aall* har fremholdt at en:

«deviation from a right based on a direct waiver vis-a-vis public authorities comes close to an interference and will therefore, presumably, be subject to stricter scrutiny compared to cases concerning waiver between private parties».¹¹⁵⁴

Det fremstår som om den private parts oppgivelse i saker mot staten i større grad må vurderes av domstolene. Sett i lys av at flere småkravssaker omhandler eksempelvis skattekrav, der staten er motpart, er problemstillingen aktuell.¹¹⁵⁵

Det er særlig to forhold som kan begrunne en slik differensiering i terskel for overprøving. For det første er det staten som er pliktsubjekt etter konvensjonen, jf. EMK art. 1. Ansvarer faller ikke bort ved at staten blir part i en sivil sak. Staten bør derfor kunne tåle en mer intensiv prøving fra domstolene på et mindre sikkert grunnlag, da det er i deres interesse å få ivaretatt rettighetene etter EMK art. 6 nr. 1 samt Grunnloven § 95.

For det andre vil følgene ved en intensiv overprøving kunne medføre en forlenget og fordyret prosess for den parten som mener at samtykke til skriftlig sluttbehandling foreligger. Der motparten er en privat part blir det således tale om kolliderende rettigheter, der den ene har rett på en effektiv rettergang, mens den andre har rett til en muntlig behandling. I slike tilfeller bør det kunne kreves faktisk grunnlag for tvil om samtykkets gyldighet for at domstolen skal prøve vilkårene. Tilsvarende hensyn gjør seg ikke gjeldende der det er tale om en statlig motpart, som

¹¹⁵² Se Jan Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (2017), s. 579 og s. 580.

¹¹⁵³ Se også Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten til domstolsprövning* (2015), s. 113/114.

¹¹⁵⁴ Jørgen Aall, *Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)* (2010), s. 308.

¹¹⁵⁵ Av 170 tilgjengelige småkravssaker, per 26. januar 2019, på Lovdata på søkeord «småkravsprosess» og «småkravprosess» omhandler 27 saker skatt- eller merverdiavgiftsspørsmål.

har et stort ressursapparat. Det er altså grunn til å senke terskelen for overprøving der det er tale om statlig motpart.

Oppsummert må spørsmålet om oppgivelse av rettigheter løses konkret. Det må ses hen til samtlige av de nevnte momenter, dersom oppgivelse av retten til en muntlig sluttbehandling skal skje uten at det går på bekostning av retten til en rettferdig rettergang. Vurderingen må ikke begrenses til enkeltmomenter, men må knytte seg til en helhetsvurdering, basert på interne, så vel som eksterne, faktorer rundt parten.

8.4. Partenes avtale

8.4.1. Avtalen som forutsetning for skriftlig sluttbehandling

En forutsetning for at en sak skal kunne avgjøres basert på skriftlig sluttbehandling er at partene har inngått «avtale» om dette, jf. tvl. § 10-3 første ledd andre setning. Begrunnelsen for at det kreves en avtale skyldes at retten til muntlig sluttbehandling primært er tillagt partene. Muntlighet skal blant annet sikre dem en rettferdig og offentlig rettergang. Skal rettighetene oppgis er det nødvendig at de rent faktisk har et ønske om skriftlig sluttbehandling for at dette legitimt skal kunne skje.¹¹⁵⁶ I utgangspunktet kan ikke retten ensidig frata dem retten til en muntlig sluttbehandling. Dette er i samsvar med det som følger av EMDs praksis, som vist ovenfor i punkt 8.3.¹¹⁵⁷

I dette punktet er siktemålet å avklare hvorvidt vilkåret om partenes avtale oppstiller noen form- eller innholds krav, særlig sett i lys av EMDs praksis om oppgivelse av retten til muntlig sluttbehandling. Tvisteloven § 10-3 første ledd regulerer ikke hvordan avtalen skal inngås. Etter ordlyden er det således ikke større krav til avtalen enn at partene får frem at de har blitt enige om at de ønsker skriftlig sluttbehandling av saken.¹¹⁵⁸ Manglende regulering av avtalens form og innhold åpner for tvil vedrørende spørsmålet om det kan oppstilles noen form- eller innholds krav for avtalens gyldighet.¹¹⁵⁹ Det første spørsmålet som skal behandles er hvorvidt en muntlig avtale kan binde en av partene, eller om det må kreves skriftlig aksept for at avtale skal foreligge. I utgangspunktet fremstår dette som et spørsmål uten betydning i småkravssaker,

¹¹⁵⁶ Se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 209.

¹¹⁵⁷ Se særlig *Pretto mot Italia*, dom 8. desember 1983, avsnitt 21 samt avhandlingens punkt 8.3.1.

¹¹⁵⁸ For alminnelige avtaler er det uttalt at det må fremstå som om at partene har ment å binde seg, jf. Johan Giertsen, *Avtaler* (2017), s. 3.

¹¹⁵⁹ Uklarheter rundt avtaler om prosessopplegget har potensiale for å være prosessdrivende, jf. NOU 2001:32 A, s. 145 første spalte. Det er følgelig nødvendig med avklaringer for hvordan avtale inngås, og når avtalen kan inngås.

da forberedelsen av saken skjer fullt ut skriftlig. Det kan således formodes at partene alltid vil gi skriftlig uttrykk for ønsket om skriftlig sluttbehandling. Spørsmålet om behandlingsform er imidlertid ikke av direkte betydning for tvistens innhold, og det kan dermed også formidles i muntlig kommunikasjon mellom retten og partene.¹¹⁶⁰

I forlengelsen av spørsmålet om form behandles adgangen til å inngå avtale ved passivitet. Det som er interessant er hvorvidt en part kan anses å ha inngått en avtale om skriftlig sluttbehandling ved å ikke besvare en forespørsel fra motparten eller retten. Sist vurderes det om partene kan inngå avtale om behandlingsform før tvist har oppstått.

8.4.2. Adgangen til muntlig avtaleinngåelse

Tvisteloven § 10-3 første ledd andre setning oppstiller ingen formkrav for avtalens gyldighet.¹¹⁶¹ Sett i lys av at avtalens virkning er at et viktig prosessuelt prinsipp fravikes er det imidlertid ikke urimelig å spørre om det likevel må innfortolkes krav til avtalens form. I denne sammenheng er det spesielt spørsmålet om skriftlighet som vilkår for gyldighet som er interessant.¹¹⁶² Fokuset her vil derfor være å avklare hvorvidt partenes avtale må utformes skriftlig for at den skal kunne tillegges rettsvirkning.

Det er ingen særlige bestemmelser som regulerer hvordan prosessuelle avtaler skal inngås, hverken i tvisteloven eller i øvrig lovgivning. Problemstillingen ble heller ikke behandlet i forarbeidene.¹¹⁶³ Et utgangspunkt kan derfor søkes i de alminnelige avtalerettslige bindingsreglene. Det følger av NL 5-1-1 at «[e]n hver er pliktig at etterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl lovet og indgaaet haver».¹¹⁶⁴ Utgangspunktet er at enhver avtale, uavhengig av om den er inngått muntlig eller skriftlig, er bindende. Det kan med andre ord ikke oppstilles noe generelt krav om skriftlighet for at en overenskomst mellom to eller flere parter skal anses som en bindende avtale etter alminnelige avtalerettslige regler.¹¹⁶⁵ Følges dette utgangspunktet også i prosessretten tilsier det at avtalen om skriftlig sluttbehandling kan inngås muntlig.

¹¹⁶⁰ Se avhandlingens punkt 4.5.3.

¹¹⁶¹ Ordlyden omtaler kun «avtale» generelt.

¹¹⁶² Andre formkrav knyttet til avtaleinngåelse, eksempelvis vitner, er ikke relevante for denne type avtale.

¹¹⁶³ Retten må tillate at avtalen inngås, og det formål vitner typisk skal ha, notoritet, ivaretas således av retten. Se NOU 2001:32 A, Del 2 punkt 3.15. Her drøftes kun hvorvidt partene skal ha mulighet til å inngå avtaler om prosessreglene, men ikke avtalens form.

¹¹⁶⁴ Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687.

¹¹⁶⁵ Se eksempelvis Rt. 1962 s. 780, s. 782 og Rt. 2006 s. 1585, avsnitt 49 sammenholdt med avsnitt 45. Se også Johan Giertsen, *Avtaler* (2017), s. 44, se også Carl Jacob Arnholm, *Alminnelig avtalerett*, Tanum (Oslo 1949), s. 113 og Kai Krüger, *Norsk kontraktsrett*, Alma Mater (Bergen 1989), s. 54

At avtalen kan inngås muntlig finnes det også støtte for gjennom systembetragtninger. Av tvistelovens system fremstår det som om det går et bevisst skille mellom prosessavtaler som må gjøres skriftlig for å være gyldig og avtaler der skriftlighet ikke er et krav for gyldighet. Eksempelvis fremgår det eksplisitt av tvl. § 4-6 andre ledd, om avtalt verneting som begrenser norske domstolers internasjonale kompetanse, at avtalen må gjøres skriftlig for å være gyldig. Lovgivers valg om å oppstille eksplisitte formkrav for enkelte prosessavtaler kan tilsi at det ikke har vært en intensjon om å oppstille formkrav for de øvrige prosessavtalene, herunder avtalen om skriftlig sluttbehandling etter tvl. § 10-3 første ledd andre punktum.

Hensynet til prosessøkonomi kan imidlertid tas til inntekt for at det må oppstilles et krav om skriftlig avtaleinngåelse. Dersom avtalen om skriftlig sluttbehandling inngås muntlig er det alltid en fare for at en tapende part vil forsøke å påberope at avtale aldri ble inngått. Ankes saken kan det at det er tvil om avtale faktisk var inngått brukes som begrunnelse for at saken må tillates fremmet eller i alle fall oppheves.¹¹⁶⁶ At saken har blitt avgjort uten ivaretagelse av en parts grunnleggende rettigheter, altså retten til en muntlig behandling, må utvilsomt være en saksbehandlingsfeil som må antas å ha hatt betydning for avgjørelsen.¹¹⁶⁷ Er avtalen inngått skriftlig unngås denne problematikken.

Det må likevel legges til grunn at det ikke foreligger noen absolutte formkrav for avtalen om skriftlig sluttbehandling. Avtalen må dermed kunne inngås skriftlig, så vel som muntlig. Når retten uansett må akseptere at avtalen inngås er det i tillegg færre betenkeligheter ved manglende formkrav. Dersom retten er i tvil om avtale faktisk er inngått er det mer nærliggende at dommeren kontakter partene og dobbeltsjekker partenes intensjon, heller enn at det oppstilles noen absolutte formkrav. Småkravsprosessen skal jo være mindre formell og mer fleksibel, noe som tilsier mindre absolutte regler.

8.4.3. Binding ved passivitet

Et spørsmål som oppstår i forlengelsen av at det ikke kan oppstilles formkrav er hvorvidt en part kan bindes ved passivitet. Heller ikke denne problemstillingen er behandlet i tvistelovens forarbeider.¹¹⁶⁸ Den har imidlertid blitt berørt i underrettspraksis, uten større analyse. I en dom fra Sør-Trøndelag tingrett ble en selvprosederende part ansett å ha akseptert skriftlig sluttbehandling, da han ikke hadde respondert på spørsmål fra retten om det var behov for å

¹¹⁶⁶ Jf. tvl. § 29-13 første ledd og § 29-12 andre ledd.

¹¹⁶⁷ Jf. tvl. § 29-3 første ledd.

¹¹⁶⁸ Se NOU 2001:32 A, Del 2 punkt 3.15.

avholde muntlig behandling.¹¹⁶⁹ Motparten hadde gitt uttrykk for at skriftlig behandling var å foretrekke.

Spørsmålet om passiv binding behandles heller ikke i litteraturen, i alle fall for prosessuelle avtaler.¹¹⁷⁰ Om det faktisk er rettskildemessig hold i at passivitet skal binde en part til en prosessuell avtale er dermed en uavklart problemstilling, som skal behandles i det videre. Her er det tale om tilfeller der én av partene eksplisitt har gitt uttrykk for at skriftlig behandling er ønskelig. Dersom ingen av partene ønsker skriftlig behandling er det ikke tvilsomt at passivitet ikke er tilstrekkelig til at partene har inngått en avtale.

Ser en igjen til alminnelige avtalerettslige regler er det rom for at passivitet i noen tilfeller kan binde partene. I følge *Giertsen* kan:

«passivitet [...] i unntakstilfeller, særlig i kombinasjon med andre omstendigheter, tolkes i retning binding, typisk hvis partene har hatt en relasjon hvor passivitet kan bli forstått som en aksept».¹¹⁷¹

Det som kan utledes av sitatet er at i alminnelige avtaleforhold, der partene i utgangspunkt har full avtalefrihet, kan passivitet kun unntaksvis binde. Spørsmålet er om tilsvarende adgang eksisterer for prosessuelle avtaler.

Også i prosessretten har partene noen grad av bestemmelsesrett i prosessen, i alle fall i dispositive saker, som småkravssaker alltid vil være. Eksempelvis er det slik at partene har kontroll for ytterrammene av prosessen, i henhold til disposisjons- og forhandlingsprinsippet.¹¹⁷² Likevel er det retten som i de fleste spørsmål har endelig avgjørelsesmyndighet i prosessuelle spørsmål. Det er med andre ord ikke slik at partene har fri kontroll over prosessen, noe som skiller prosessavtaler fra alminnelige avtaler.¹¹⁷³ Prosessavtaler har også en sterkere tilknytning til samfunnet for øvrig enn avtaler som kun regulerer forholdet mellom to parter, da avtalene også binder domstolene. I tillegg er hensyn

¹¹⁶⁹ Se TSTRO-2014-101425 under punktet «Sakens bakgrunn og rettslige behandling». Se også TOSLO-2009-170363 under punktet «Framstilling av saken», der det ble samtykket til skriftlig behandling basert på «prosessøkonomiske hensyn og etter ønske fra saksøker uten at innvendinger er fremkommet fra saksøkte». I begge sakene var den passive part selvprosederende.

¹¹⁷⁰ Se likevel Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess* (2015), s. 83. Her reises i alle fall spørsmålet om hva som må kreves for avtaleinngåelser etter tvisteloven.

¹¹⁷¹ Johan Giertsen, *Avtaler* (2017), s. 55.

¹¹⁷² Se avhandlingens punkt 6.2.6.

¹¹⁷³ Jf. Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten til domstolsprövning* (2014), s. 81. Her uttales det at «Däremot är det staten som genom domstolerna förfogar över det processuella rättsskyddet och parternas möjlighet att styra över detta genom avtal är kraftig begränsad. Ett sådant avtal sinsemellan försöker binda en tredje utomstående part, i det här fallet staten genom domstolerna».

som begrunner binding ved passivitet i alminnelig avtalerett, eksempelvis hensynet til velfungerende omsetningsliv, ikke av større relevans i prosessrettslig sammenheng.¹¹⁷⁴ Når terskelen for å bli bundet ved passivitet i rent privatrettslige forhold er høy, må den således være enda høyere i prosessretten.

Et argument som taler for at passivitet skal kunne binde en part er spenningsforholdet mellom kolliderende rettigheter. Den ene parten har rett på en muntlig behandling, mens den andre har krav på en avgjørelse innen rimelig tid, og ønsker skriftlig behandling.¹¹⁷⁵ Kolliderende rettigheter er et tilbakevendende tema hos EMD, der statene kan tilkjennes en større skjønnsmargin der ulike parter rettigheter kolliderer enn der det er tale om å kun begrense én rettighet.¹¹⁷⁶ Dersom saken oppfattes som egnet for skriftlig behandling, og en part ikke svarer på en forespørsel om slik behandling kan gjennomføres, kan det altså være et argument for at muntlig behandling i noen tilfeller skal anses oppgitt ved passivitet. Dette forutsetter imidlertid at muntlig behandling vil medføre en mye lengre behandlingstid av saken, sammenlignet med skriftlig behandling. Argumentet er derfor ikke allmenngyldig, men knyttet til konkrete sakskompleks. Det er også heller tvilsomt at skriftlig behandling medfører en så stor differanse i behandlingstid, da det her er tale om småkravssaker som forsvarlig skal kunne behandles innenfor begrensede tidsrammer.¹¹⁷⁷ Vekten av argumentet er dermed svært begrenset.

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har videre primært akseptert passivitet som grunn nok til å oppgi retten til muntlig behandling der hovedregelen i den aktuelle prosessen er skriftlig behandling.¹¹⁷⁸ Det er ikke tilfellet for småkravssaker, som har muntlig behandling som hovedregel. Sett hen til kravet om utvilsom oppgivelse, utledet av EMDs praksis, er det

¹¹⁷⁴ Om hensynene bak avtalerettslig binding ved passivitet, se Maria Veia Lund, *Passivitet*, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2017), s 248-254. I denne sammenheng er det særlig prosessrettens krav om en rettfærdig rettergang som trumfer hensynet til omsetningslivets tarv.

¹¹⁷⁵ At kolliderende rettigheter er relevant i vurderingen av om muntlig behandling skal finne sted kan finnes støtte for hos Eric Bylander, *Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé* (2005), s. 27. I et avsnitt om muntlig behandling og EMK art. 6 nr. 1, uttales det at «Även hänsyn til motstående intressen, såsom konventionsrätten till domstolsprövning inom skälig tid, kan medföra att rätten till muntlig förhandling får vika [...]». Konteksten for argumentet er ulik, men argumentets er likevel relevant. Dispositive saker har to private parter, som begge har rett på ivaretagelse av sine rettigheter.

¹¹⁷⁶ Tradisjonelt er argumentet knyttet til kollisjonen mellom ytringsfriheten og retten til privatliv, jf. *Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge*, dom 16. januar 2014, avsnitt 32, der det uttales at «the Court may be required to verify whether the domestic authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in certain cases, namely on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right to respect for private life enshrined in Article 8». Argumentet må også være relevant for øvrige rettigheter, så fremt ingen av dem er absolutte, da ønsket må være at begge parter rettigheter blir sikret på best mulig måte. Se også Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2018), s. 156-157.

¹¹⁷⁷ Se tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d.

¹¹⁷⁸ Se avhandlingens punkt 8.3.3.

derfor tvilsomt at passivitet kan anses som tilstrekkelig til å anse retten til muntlig behandling oppgitt.

Et ytterligere argument mot å akseptere oppgivelse av rettigheter ved passivitet i småkravsprosessen er at prosessformen skal tilrettelegge for selvprosederende parter. Det er ikke gitt at en selvprosederende part forstår følgene av å ikke respondere på rettens eller motpartens forespørsel om skriftlig sluttbehandling. Prosessregler kan være vanskelig å forstå i utgangspunktet, og blir neppe enklere å forstå i en situasjon der det opprinnelige prosessløpet forsøkes fraveket.¹¹⁷⁹ Dersom en selvprosederende ikke svarer på hvorvidt skriftlig behandling er ønsket er det mer nærliggende at retten faller tilbake på lovens hovedregel. Særlig sett i lys av EMDs krav til oppgivelsen samt kravet om at småkravsprosessen ikke skal gå på akkord med grunnleggende prosessuelle rettigheter.¹¹⁸⁰

Oppsummert er etter min mening ikke rettskildemessig grunnlag for å akseptere avtalerettslig binding på grunn av passivitet i småkravsprosessen, med særlig vekt på EMDs praksis. Denne løsningen samsvarer også med at skriftlig sluttbehandling skal være en behandlingsform som benyttes rent unntaksvis. En utvidet tolkning av vilkårene for avtaleinngåelse, som binding ved passivitet krever, samsvarer ikke med lovgivers intensjon om at adgangen til skriftlig sluttbehandling skal være snever.

8.4.4. Avtale inngått forutfor saksanlegg

Et siste spørsmål knyttet til partenes avtaleinngåelse er hvorvidt partene har adgang til å inngå avtale om behandlingsformen før tvisten er oppstått. Ovenfor, i punkt 8.2, ble enkelte fordeler og ulemper med skriftlig og muntlig behandling gjennomgått. Særlig fordelene med skriftlig behandling kan være ønskelig for enkelte parter å sikre seg i alle tilfeller der det skulle oppstå en tvist. En profesjonell part med mange medkontrahenter spredd over hele landet, med tilhørende økt potensiale for konflikt, slipper eksempelvis å møte i retten ved at saken behandles skriftlig. Dette kan være ressursbesparende, sammenlignet med et rettsmøte som krever oppmøte.¹¹⁸¹ Spørsmålet er om partene står fritt til å inngå slike forhåndsavtaler.

Ordlyden i tvl. § 10-3 første ledd oppstiller ikke noe krav om at avtale om skriftlig sluttbehandling først kan inngås etter oppstått tvist. Til sammenligning fremgår det eksempelvis

¹¹⁷⁹ At prosessregelverket kan være komplisert ble blant annet fremhevet i forarbeidene til tvisteloven når spørsmålet om avtaler om prosessopplegget ble drøftet, jf. NOU 2001:32 A, s. 145 første spalte.

¹¹⁸⁰ Jf. *Pönkä mot Estland*, dom 8. november 2016, avsnitt 30. Se også avhandlingens punkt 2.4 og 3.1.3.

¹¹⁸¹ Møteplikten fremgår av tvl. § 23-1 første ledd.

eksplicit av tvisteloven at avtaler om verneeting og utenrettslig mekling, som er inngått før tvist har oppstått, ikke er bindende for forbrukere.¹¹⁸² Når lovgiver har valgt å ikke innta tilsvarende restriksjoner på avtaler om behandlingsform i småkravssaker, er det et argument som taler for at partene står fritt til selv å avgjøre tidspunktet for avtaleinngåelsen. Tilsvarende støttes av tvistelovens forarbeider, der det ble uttalt at partene burde «ha en relativt stor frihet til å avtale andre behandlingsregler der det kan være et rimelig behov for det».¹¹⁸³ Uttalelsen har størst betydning for spørsmålet om hva partene skal kunne avtale, men gir uttrykk for at lovgiver ville tillegge partene i dispositive saker større valgmuligheter for prosessens gjennomføring. I utgangspunktet kan ideen om større valgfrihet også medføre at partene selv er best egnet til å velge når de vil inngå avtaler om prosessformen.

I litteraturen er det fremholdt at oppgivelsen av rettigheter etter EMK art. 6 nr. 1, som retten til en muntlig sluttbehandling er, også kan oppgis i forkant av en tvist.¹¹⁸⁴ Hvorvidt avtalen aksepteres fremstår å bero på en konkret vurdering i den enkelte saken, med en mer intensiv prøving enn der avtalen er inngått etter tvisten oppsto.¹¹⁸⁵ Det at heller ikke EMD har lagt ned forbud mot oppgivelse av rettigheter før tvist har oppstått tilsier at partene i utgangspunktet må kunne velge å inngå avtale i forkant også etter tvisteloven § 10-3 første ledd.

Et annet moment i vurderingen er at småkravprosessen presumtvt vil preges av saker der styrkeforholdet mellom partene er noe ujevnt. Spørsmålet er om dette også påvirker adgangen til å inngå avtale om skriftlig behandling i forkant av eventuelle rettsprosesser. Ujevne styrkeforhold er eksempelvis brukt som moment i saker for EMD, der det har vært tale om oppgivelse av rettigheter, noe som medfører at det klart nok er relevant i vurderingen etter tvl. § 10-3 første ledd.¹¹⁸⁶ I tillegg nyter eksempelvis forbrukere et særlig vern etter EØS-avtalen, herunder forbrukerdirektivet. Vernet går blant annet ut på at retten må sikre at forbrukere ikke utsettes for urimelige avtalevilkår.¹¹⁸⁷ Dette åpner for at retten må vurdere om oppgivelse av retten til en muntlig sluttbehandling, før en tvist er oppstått, er urimelig. At det er tale om et ujevnt styrkeforhold er derfor høyaktuelt som et moment i rettens vurdering av om den aktuelle

¹¹⁸² Se henholdsvis tvl. § 4-6 tredje ledd andre punktum og § 7-1 første ledd andre punktum.

¹¹⁸³ NOU 2001:32 A, s. 144 andre spalte.

¹¹⁸⁴ Se Lotta Maunsbach, *Avtal om rätten til domstolsprövning* (2014), s. 116.

¹¹⁸⁵ Jørgen Aall, *Waiver of Human Rights* (2010), s. 344.

¹¹⁸⁶ Se Jørgen Aall, *Waiver of Human Rights* (2010), s. 344. Uttalelsen omtaler oppgivelse av retten til å oppgi domstolsbehandling totalt, eksempelvis for at en sak kan behandles etter voldgift i stedet. Momentet må likevel anses relevant når det gjelder oppgivelse av andre grunnleggende rettigheter, da hensynet er å ivareta den svakere parts rettigheter, noe som også er av generell betydning.

¹¹⁸⁷ Se avhandlingens punkt 6.6.2.

avtalen skal tillates. Det er imidlertid ikke tale om et forbud mot at det i småkravssaker kan oppgis rettigheter i forkant.

Det avgjørende poenget som taler for at avtaler inngått også før tvisten er oppstått må anses gyldige, er at retten uansett må tillate at avtalen inngås før avtalen får betydning i prosessen. Således kan retten sikre eksempelvis forbrukerhensyn eller hensynet til selvprosederende på annen måte enn ved at avtalen automatisk ikke skal anses bindende.¹¹⁸⁸ Når det gjelder verneting og utenrettslig mekling, der avtale inngått før tvist har oppstått ikke er bindende for forbrukere, er det avtaler som fratrar retten domsmyndighet. Rettens mulighet til å ivareta forbrukerens rettigheter begrenses således. Tilsvarende gjelder ikke for spørsmålet om behandlingsform. Etter min mening er det dermed relativt klart at partene må kunne inngå avtale om prosessform før tvist har oppstått.

8.5. Rettens samtykke til skriftlig sluttbehandling

8.5.1. Forholdet mellom rettens avgjørelse og partenes avtale

Uansett om partene ønsker å inngå, eller har inngått, avtale om skriftlig sluttbehandling må retten gi samtykke for at avtalen skal få virkning, jf. tvl. § 10-3 første ledd.¹¹⁸⁹ Dersom partene selv tar initiativ til skriftlig behandling må retten ta stilling til hvorvidt det skal gis samtykke til avtalen. Samtykke må vurderes raskest mulig etter at partene har reist problemstillingen, i samsvar med ønsket om en effektiv saksbehandling, da avgjørelsen påvirker gjennomføringen av prosessen for øvrig.

Dersom partene ikke har inngått avtale om skriftlig sluttbehandling, og heller ikke reiser problemstillingen underveis, er spørsmålet hvorvidt retten kan reise muligheten for den alternative behandlingsmåten. Svaret på dette må være ja. Når skriftlig sluttbehandling skal være et effektiviserende virkemiddel må partene, der retten mener at saken behandles mest effektivt skriftlig, kunne forespeiles muligheten.¹¹⁹⁰ Synspunktet finner støtte i tvistemålslovens regler om forenklet rettergang. I tvml. § 313 andre ledd fremgikk det eksplisitt at retten kunne forspørre partene om hvorvidt forenklet rettergang var ønsket, dersom saken var ansett

¹¹⁸⁸ To profesjonelle parter må eksempelvis stå fritt til å avtale behandlingsmåte for tvister knyttet til eksempelvis bestemte pengekrav i forkant av at tvisten oppstår, da de må formodes å forstå konsekvensene av avtalen.

¹¹⁸⁹ Tilsvarende gjelder i allmennprosessen, se tvl. § 9-9 andre ledd.

¹¹⁹⁰ Dette ble eksempelvis gjort av en dommer i Sør-Trøndelag tingrett, jf. TSTRO-2014-101425. Av dommen fremgår det at «[e]tter at retten mottok tilsvaret ble det tatt kontakt med partene for å avklare hvorvidt de ønsket å enes om skriftlig behandling da saken fremsto egnet til dette».

egnet.¹¹⁹¹ Tvistemålsutvalget tok imidlertid ikke eksplisitt stilling til hvorvidt det samme utgangspunktet skulle gjelde for småkravsprosessen. Overføringsverdien er dermed noe begrenset, men ikke irrelevant.

Det er imidlertid i mindre grad enn etter allmennprosessen tilrettelagt for at retten skal komme i posisjon til å vurdere hvorvidt skriftlig behandling er egnet på eget initiativ. Som nevnt skal forberedelsen av en sak ideelt skje ved utveksling av kun stevning og tilsvaer.¹¹⁹² Dette kan i enkelte tilfeller være nok til at retten kan vurdere hvorvidt saken vil nyte godt av en skriftlig sluttbehandling, men neppe i alle saker. Motsetningsvis er et av momentene som skal behandles under planmøte etter tvl. § 9-4 hvorvidt saken skal behandles skriftlig.¹¹⁹³ Hvis retten kan reise spørsmålet i en muntlig dialog, fremstår det som en løsning som kan gi retten et bedre grunnlag for å vurdere hvorvidt skriftlig behandling er en egnet behandlingsform. Når kommunikasjonen mellom partene og retten skjer skriftlig, er det en større fare for at dommeren ikke får nok kunnskap om saken, og ikke minst partene, til å selv reise spørsmålet om skriftlig behandling. I alle fall må dette antas der det er tale om småkravssaker som ikke er helt enkle. Om dette er en ulempe av større praktisk betydning er heller tvilsomt, all den tid skriftlig behandling kun skal benyttes unntaksvis.¹¹⁹⁴

Det er også en grunn til at dommeren må være mer tilbakeholden med å forespørre, i alle fall selvprosederende, parter om de er interessert i skriftlig sluttbehandling gjennom brev. Når forespørselen skjer skriftlig kan den oppfattes som pressende, i motsetning til der den fremsettes som et ledd i en muntlig dialog. Partenes avtale er ikke bindende dersom en part oppfatter seg presset til å oppgi retten til muntlig sluttbehandling.¹¹⁹⁵ Her er det imidlertid mulig at retten kan benytte adgangen til å ta uformell muntlig kontakt med partene via telefon eller lignende, da spørsmålet om behandlingsform ikke har direkte materiell betydning. Dersom retten skal kunne spørre selvprosederende parter om de er interessert i en skriftlig sluttbehandling må retten uansett, i større grad enn der partene selv tar opp spørsmålet, forklare hva slik behandling innebærer. Ivaretas disse hensynene er det likevel ingenting i veien for at retten, der skriftlig behandling fremstår egnet, forespør partene om slik behandling er ønskelig.

¹¹⁹¹ En slik adgang ble ansett å være «ønskelig», jf. Ot.prp. nr. 47 (1985-1986), s. 114.

¹¹⁹² Se avhandlingens punkt 4.5.3.

¹¹⁹³ Se tvl. § 9-4 andre ledd bokstav d.

¹¹⁹⁴ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 401 andre spalte.

¹¹⁹⁵ Se avhandlingens punkt 8.3.3.

Retten kan imidlertid ikke ensidig, eller i enighet med kun én part, avgjøre at saken skal avsluttes med skriftlig sluttbehandling.¹¹⁹⁶ Dersom ikke begge parter ønsker å avtale skriftlig sluttbehandling er alternativet avskåret for retten, uavhengig av hvor prosessøkonomisk denne type behandling skulle fremstå. Begrensingen illustrerer at rettens ansvar for å sikre en effektiv rettergang ikke skal gå på bekostning av partenes rett til en rettferdig, herunder muntlig, rettergang. Ivaretagelse av partenes rettigheter er som nevnt sentralt for å kunne si at småkravsprosessen sikrer sivilprosessens funksjoner for småkravsinnhavere.¹¹⁹⁷

8.5.2. Utgangspunkter for rettens vurdering av samtykke

Rettens vurdering av om tillatelse til skriftlig sluttbehandling skal gis er i et spenningsfelt. På den ene siden er skriftlig behandling noe partene ønsker. I henhold til disposisjonsprinsippet kan det antas at dette er et moment som må vektas tungt. På den andre siden står formelle krav til prosessen, som ikke nødvendigvis kan tilsesettes basert kun på partenes ønsker. I tillegg skal muntlig sluttbehandling også ivareta samfunnsmessige hensyn, som det ikke er gitt at partene ensidig skal kunne oppgi. Spørsmålet i det videre er hvilke momenter som retten mer konkret må se hen til i sin avgjørelse av om skriftlig sluttbehandling er egnet for en småkravssak.

For at retten skal kunne samtykke til avtalen om skriftlig behandling må slik behandling være ønskelig av «prosessøkonomiske hensyn», jf. tvl. § 10-3 første ledd. Dette innebærer at skriftlig behandling må innebære et effektiviserende element for å være aktuelt. Skriftlig behandling må altså være mer prosessøkonomisk enn muntlig behandling.¹¹⁹⁸ Hvis ikke, kan ikke retten gi samtykke. Sett hen til formålene med småkravsprosessen, som i stor grad er å legge til rette for en enklere og mer effektiv rettergang er dette et naturlig utgangspunkt. For at prinsippet om en muntlig behandling skal aksepteres fraveket må det innebære en forsterkning av prosessformens formål. Utover dette byr ikke bestemmelsens ordlyd på større presiseringer av hva retten kan vektlegge.

Selv om kun «prosessøkonomiske hensyn» fremheves i vurderingen av om tillatelse til skriftlig sluttbehandling skal gis, er det ikke tvilsomt at også andre momenter må være relevante. Retten har blant annet et ansvar for å sikre partene en rettferdig rettergang, noe som vil gå ut over en ren vurdering av prosessøkonomi.¹¹⁹⁹ Begrensingen i tvl. § 10-3 første ledd må derfor forstås

¹¹⁹⁶ Jo Hov, Rettergang I (2010), s. 563.

¹¹⁹⁷ Se avhandlingens punkt 2.4.

¹¹⁹⁸ Anne Robberstad, Sivilprosess (2018), s. 209.

¹¹⁹⁹ Se avhandlingens punkt 2.4 samt 3.1.3.

som en begrensning av hvilke faktorer som kan inntas som argumenter for at en skriftlig behandling skal gjennomføres.¹²⁰⁰ Når det gjelder motargumenter innebærer ordlyden ingen begrensning.

Utgangspunktet for vurderingen av om samtykke skal gis, er at terskelen må være høy. Dette skyldes at retten til en muntlig sluttbehandling står særlig sterkt i småkravsprosessen, noe som best kan illustreres med en sammenligning av tvl. § 10-3 første ledd og tvl. § 9-9 første ledd. Småkravsprosessens bestemmelse starter med å konstatere at den foretrukne behandlingsformen er muntlig, og skriftlig behandling er et klart unntak fra dette. I allmennprosessen differensieres det ikke mellom de ulike behandlingsformene, og muntlig og skriftlig behandling presenteres som fullgode alternativer.¹²⁰¹ Når skriftlig og muntlig behandling er likestilt i allmennprosessen, er det grunn til å anta at terskelen for å samtykke er noe lavere, enn i småkravsprosessen, der muntlighet er den foretrukne behandlingsmåten.¹²⁰²

I tillegg har retten større handlingsrom i allmennprosessen enn etter småkravsprosessen. Der retten i allmennprosessen kan velge mellom fullt ut muntlig eller skriftlig behandling, eller en kombinasjon, er hovedregelen etter småkravsprosessen at behandlingen må være enten eller. Til tross for at det unntaksvis kan inngis skriftlige innlegg i småkravsprosessen, jf. tvl. § 10-2 tredje ledd, er den absolutte hovedregel at ulike behandlingsformer ikke skal kombineres.¹²⁰³ Også dette taler for at det i færre tilfeller vil være aktuelt med skriftlig behandling, da det ikke er rom for å supplere med muntlige innslag ved behov.

Et ytterligere moment som taler for tilbakeholdenhet med å akseptere skriftlig behandling, er at det ikke er adgang til forberedende rettsmøter. I dansk rett er tidligere møter inntatt som en faktor som kan demme opp for skriftlig sluttbehandling.¹²⁰⁴ Dersom ett eller flere møter avholdes under forberedelsen, er det mindre betenkkelig at det ikke avholdes en muntlig sluttbehandling, da partene allerede har fått kommunisert direkte med dommeren. Dette ivaretar både partenes rett til å presentere saken sin direkte for en dommer, samtidig som retten har fått et bedre grunnlag for å vurdere hvorvidt partene, og saken for øvrig, er egnet for skriftlig

¹²⁰⁰ Det fremstår som om lovgiver valgte å kun konkretisere hvilke argumenter som kunne tas til inntekt for å fravike en muntlig behandling. Hensyn som taler mot en skriftlig behandling er allerede legitimert ved at muntlig behandling er hovedregelen.

¹²⁰¹ Se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 211.

¹²⁰² Også *Robberstad* oppfatter muntlig sluttbehandling som den formelle hovedregel i småkravsprosessen, jf. Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 219.

¹²⁰³ NOU 2001:32 A, s. 342 første spalte. Det fremstår uansett som om det er mer aktuelt å innta skriftlige elementer i en muntlig sluttbehandling, enn omvendt, se eksempelvis Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning* (2017), s. 671.

¹²⁰⁴ Se lovforslag 1. mars 2006 nr. 168, merknader til § 366.

behandling. Særlig er dette viktig der selvprosederende parter deltar. Når det ikke er adgang til møter, er det noe som kan tilsi større tilbakeholdenhet med å akseptere partenes avtale om skriftlig sluttbehandling, så fremt ikke begge parter er representert ved advokat.

Et motargument mot skriftlig sluttbehandling er at saken kan dras ut i tid dersom skriftvekslingen skjer via tradisjonell post, noe som nok medfører at behandlingsformen ikke kan anses som mer prosessøkonomisk enn muntlig behandling. Dette kan imidlertid teknologiske løsningen bidra til å motvirke. Fra og med 2018 skal eksempelvis alle advokater bruke Aktørportalen til å kommunisere med hverandre og retten. Aktørportalen er en «nettportal for utveksling av saksinformasjon og dokumenter i tvistesaker, skjønnsaker, og for innsending av salær i både sivile saker og straffesaker».¹²⁰⁵ Dersom partene i en småkravssak er representert ved advokat, og hovedargumentet mot skriftlig behandling er at skriftveksling tar tid, kan kommunikasjon gjennom Aktørportalen dermed gjøre at skriftlig behandling blir mer ønskelig. Er en part selvprosederende får Aktørportalen mindre betydning i dette henseende, da selvprosederende ikke har plikt til å anvende portalen.¹²⁰⁶ Det er per nå heller ikke mulig for selvprosederende å benytte seg av portalen.¹²⁰⁷ Dette i motsetning til Aktørportalens danske parallellsystem, der selvprosederende som overveiende hovedregel plikter å kommunisere digitalt med motparten og retten.¹²⁰⁸

For øvrig er det flere momenter som retten må vurdere før samtykke gis. Som nevnt i punkt 8.2 er et av elementene i begrunnelsen for muntlig sluttbehandling at prinsippet om offentlighet lettere kan ivaretas. Dersom en småkravssak kan være av stor samfunnsmessig interesse er det grunn til å vurdere hvorvidt saken derfor krever muntlig behandling. Dette er nok sjelden et aktuelt moment, men må kunne inntas i vurderingen i særtilfeller.

Det kanskje mest avgjørende momentet, er hvorvidt retten mener at skriftlig behandling er en hensiktsmessig behandlingsform. I denne vurderingen må det for det første ses hen til hvordan bevisbildet ser ut. Krever saken muntlig bevisførsel gjennom forklaringer, er det en indikator

¹²⁰⁵ Domstolsadministrasjonen, Domstolenes aktørportal, s. 1:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/aktorportalen/20180913-handbok-aktorportalen-versjon-6.pdf>

¹²⁰⁶ Se forskrift om elektronisk kommunikasjon med domstolene 28. oktober 2016 nr. 1258 § 3a første ledd.

¹²⁰⁷ Det er imidlertid slik at det skal legges til rette for at også selvprosederende skal kunne anvende portalen, jf. Domstolsadministrasjonen, Domstolenes aktørportal s. 1. Dette er planlagt gjennomført i løpet av 2019, jf. Domstolsadministrasjonens plan «Videreutvikling av Aktørportalen»:

<https://www.domstol.no/no/domstolenes-aktorportal/videreutvikling-av-aktorportalen/>

¹²⁰⁸ Jf. rpl. § 148a stk. 1, der det fremgår at tilnærmet alle sivile saker, herunder småsager, skal anlegges og behandles via en digital saksportal, minretssag.dk. Det er ikke tatt forbehold for selvprosederende.

på at behandling i rettsmøte er mest hensiktsmessig. Er bevismaterialet skriftlig kan motsatt slutning treffes.¹²⁰⁹

Også sakens problemstilling har innvirkning på hvorvidt skriftlig behandling er egnet eller ikke. Dersom det primært er et juridisk spørsmål som skal behandles, er det noe som kan tale for at skriftlig behandling er en mulighet.¹²¹⁰ Dette skyldes tvl. § 11-3, som pålegger retten ansvaret for rettsanvendelsen. Selv om partene så klart skal fremme sitt syn på hvordan den aktuelle regelen skal forstås, er det ikke et like stort behov for muntlig dialog for å avklare eventuelle misoppfatninger. Retten skal jo tolke bestemmelsen i henhold til juridisk metode. Partenes argumentasjon er av mindre betydning, sammenlignet med der tvisten knytter seg til de faktiske omstendighetene.

Muligheten til å gjennomføre fjernmøte, som alternativ til skriftlig behandling, kan også influere avgjørelsen av om skriftlig behandling skal finne sted. Fjernmøte som et reelt alternativ til skriftlig behandling, må forutsette at domstolene har god nok fjernmøteteknologi.¹²¹¹ I tider der domstolene får færre ressurser, og ikke flere, er det mulig at teknologiens rolle må nedprioriteres.¹²¹² Likevel er det ikke tvilsomt at dersom retten får innarbeidet teknologiske virkemidler i rettshverdagen, som muliggjør en økt bruk av fjernmøteteknologi, fjernes i alle fall kostnadene med muntlig møte som argument for en skriftlig sluttbehandling.

Oppsummert må retten foreta en konkret vurdering av den enkelte sak, der hensynet til en effektiv, men samtidig forsvarlig behandling, må være avgjørende. Sett i lys av den begrensede forberedelsen en småkravssak står i fare for å undergå, er det likevel grunn til å tro at retten nok er mer tilbakeholden med å innvilge samtykke til skriftlig behandling i småkravssaker, sammenlignet med allmennprosessen.

8.5.3. Selvprosederende parter

Skriftlig sluttbehandling er i utgangspunktet et virkemiddel som ikke er egnet for selvprosederende parter. I motsetning til eksempelvis tvl. § 11-5, er ikke hensynet til

¹²⁰⁹ Se Anne Robberstad, *Sivilprosess* (2018), s. 209.

¹²¹⁰ Se Jo Hov, *Rettergang i sivile saker* (2017), s. 52.

¹²¹¹ At ikke alle domstoler er fullt utstyrt kommer til uttrykk i Digitale arbeidsmåters rapport: «Rettsaler for papirløse rettsmøter», 12. september 2018, s. 18. Her uttales det eksempelvis at «det er ikke uvanlig i tingrettene at dommeren og advokatene samler seg rundt en høyttalertelefon som står og vipper på kanten av dommerbordet, med for dårlig lyd kvalitet til at lyden høres i hele salen» og «Digitale arbeidsmåters vurdering er at det er nokså akutt behov for å forbedre denne situasjonen, og at det bør være standardisert utstyr for fjernmøteteknologi i rettsalene».

¹²¹² Manglende ressurser i domstolene er blant annet omtalt i *Juristen* nr. 7 (2018), s. 24-25 og *Advokaten* nr. 12 (2018), s. 46-47. I sistnevnte ble behovet for ressurser tilknyttet teknologi særskilt nevnt, jf. s. 47.

selvprosederende parter eksplisitt fremhevet som et moment i vurderingen av om skriftlig sluttbehandling skal kunne finne sted. I tvistelovens forarbeider fremgår det likevel at

«[s]kriftlig saksbehandling er best egnet for rettskyndige aktører, som har et godt grunnlag for å framføre sine synspunkter så presist som det er behov for».¹²¹³

Sitatet omhandler ikke selvprosederende eksplisitt. Det er likevel nærliggende å forstå sitatet slik at skriftlig behandling uten rettskyndige aktører, som regel parter uten representasjon, er mindre aktuelt. Sitatet må således tas til inntekt for at skillet mellom representerte og selvprosederende parter har relevans også i rettens vurdering av om samtykke til skriftlig sluttbehandling skal gis i småkravssaker. I det videre skal begrunnelsen for at retten, som hovedregel, ikke bør samtykke til skriftlig sluttbehandling når selvprosederende parter deltar i prosessen.

At retten ikke bør samtykke til skriftlig behandling der selvprosederende deltar, skyldes for det første at det må kunne presumeres at skriftlig behandling som regel forutsetter noen juridiske forkunnskaper hos partene, for at behandlingsformen skal innebære et effektiviserende element. Dersom partene ikke vet nok om hva som er juridisk relevant, slik at retten eksempelvis må kommunisere veiledning og lignende gjennom brev, er nok skriftlig behandling sjelden den mest prosessøkonomiske behandlingsmåten. Dette utelukker ikke at også saker med selvprosederende parter kan gjennomføres skriftlig, men høyner terskelen for at retten skal kunne gi samtykke. Det er jo så klart mulig at også selvprosederende kan ha relevante kunnskaper om juridiske problemstillinger.

For det andre er rettens mulighet til å vurdere hvorvidt selvprosederende parter innser hvilke følger oppgivelsen retten til en muntlig sluttbehandling kan innebære, svakere i småkravssaker enn etter alminnelige saker.¹²¹⁴ Dette henger primært sammen med det faktum at forberedelsen av saken også er skriftlig. Forutsetningen for at sluttbehandlingen skal kunne gjennomføres skriftlig er at dette er en hensiktsmessig behandlingsform. Begrenset kommunikasjon, i alle fall mer begrenset enn der det er adgang til saksforberedende møter, kan gjøre det vanskelig for retten å vurdere hvorvidt den selvprosederende parter har nok informasjon om følgene av skriftlig behandling.

¹²¹³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), s. 198 første spalte.

¹²¹⁴ Det er jo et krav etter EMDs praksis at oppgivelse av retten til en muntlig sluttbehandling kun er gyldig dersom parten har vært klar over konsekvensene av å oppgi rettigheten, jf. *Sejdovic mot Italia*, dom 1. mars 2006, avsnitt 87.

Det er likevel fremholdt at skriftlig behandling ikke er utelukkende negativt for selvprosederendes rettsstilling, i alle fall for enkelte sakstyper. *Bragdø-Ellenes* fremhever særlig forvaltningssaker.¹²¹⁵ Begrunnelsen for dette er at behandlingen hos forvaltningsorganet tradisjonelt har vært skriftlig, slik at partene i alle fall i noen grad er kjent med behandlingsformen i forkant av domstolsprosessen. Likevel fremheves det at forvaltningsprosessen typisk er enklere utformet enn domstolsprosessen, noe som begrenser argumentets vekt.¹²¹⁶ I tillegg argumenteres det for at å ikke måtte møte i retten kan virke mindre stressende på den selvprosederende.¹²¹⁷ Det siste argumentet får nok særlig tyngde i saker mellom en selvprosederende og en representert part, der den selvprosederende kan føle seg som en einstøing i en prosess der de øvrige aktørene er jurister. Skriftlig behandling kan i alle fall gjøre de umiddelbare forskjellene mindre synlige for den selvprosederende parten. Dette er likevel ikke poenger som tilsier at skriftlig behandling av småkravssaker alltid er passende, men illustrerer viktigheten av at muligheten faktisk bør vurderes basert på forholdene i den enkelte saken.

Dersom retten skal akseptere en avtale om skriftlig sluttbehandling, der minst en av partene er selvprosederende, må det i alle fall kunne presumeres at dommeren tillegges et ekstra ansvar for å ivareta partenes rettigheter. Dette kan finnes støtte for i retten til likebehandling av partene som følger av EMK art. 6 nr. 1. I tillegg forutsetter funksjonsoppnåelse at partene sikres en rettferdig rettergang. Når det er tale om å oppgi en grunnleggende rettighet, må dommeren ha et større fokus på å motvirke særlig prosessuelle ulikheter mellom partene. Også dette kompliseres imidlertid ved at eventuell veiledning av partene, som er det mest typiske virkemiddel retten har for å utjevne ulikheter, må skje skriftlig i alle ledd av prosessen.

8.6. Oppsummering og vurderinger

Å gjennomføre sluttbehandlingen av en sak skriftlig, er ment som et virkemiddel som skal sikre en mest mulig prosessøkonomisk behandling av saker. Det fremstår ikke som om skriftlig behandlingsform i småkravprosessen har som formål å skulle utligne forskjeller mellom partene, eller å gjøre prosessen ytterligere rettferdig enn det en muntlig behandling vil være.

¹²¹⁵ Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprøving* (2014), s. 186.

¹²¹⁶ Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprøving* (2014), s. 186.

¹²¹⁷ *Bragdø-Ellenes* fremholder at skriftlig kommunikasjon kan fremstå mindre stressende for Selvprosederende, enn å møte i retten, der motparten er en «øvrighet», jf. Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Universitetsforlaget (Oslo 2014), s. 186.

Målsetningen er at muligheten til å endre behandlingsform skal medføre at kostnadene tilknyttet prosessen senkes, som igjen vil senke domstolsterskelen. Skriftlig sluttbehandling har dermed mulighet til å utligne et av problemene med sikring av sivilprosessens funksjoner i småkravssaker, så fremt saken likevel undergår en forsvarlig behandling.

Adgangen til å gjennomføre en sluttbehandling i småkravssaker skriftlig, er naturlig nok snever, da muntlig sluttbehandling jevnt over er fremhevet som den mest prosessøkonomiske gjennomføringsmåten. Kun unntaksvis er det slik at skriftlig behandling er det rimeligere alternativet, noe som er en forutsetning for at behandlingsformen skal kunne benyttes.

Dersom selvprosederende deltar i prosessen, er nok muligheten for skriftlig sluttbehandling enda mindre, uavhengig av dommerens vurdering av den konkrete problemstillingen. Dette skyldes i all hovedsak at forberedelsen av småkravssaker er skriftlig. Når skriftlig sluttbehandling medfører at hele prosessen blir skriftlig, forsterkes eksempelvis veilednings- og kommunikasjonsproblematikken som er behandlet i kapittel 6 og 7. Det er enda større grunn til å frykte at misforståelser ikke er kommet til uttrykk i det skriftlige materialet, som kan virke mot den selvprosederende. Misforståelsene kan eksempelvis knytte seg til forståelsen av problemstillingen, noe som gjør at dommerens grunnlag for vurderingen av om skriftlig behandling er egnet kan bli feilaktig.

Når adgangen til skriftlig sluttbehandling er så snever, er nok bidraget som virkemiddel for funksjonsoppnåelse for småkravssaker generelt begrenset. Når et virkemiddel kun unntaksvis kan benyttes, er det ikke dette som på systemnivå bidrar mest til at småkravssaker som gruppe skal sikres domstolstilgang.

Selv om jeg overfor har uttalt at muligheten for skriftlig sluttbehandling er liten, er det ikke slik at behandlingsformen er uaktuell. Det foreligger ingen formell statistikk vedrørende behandlingsformen i tingrettene. Av 170 tingrettsavgjørelser tilgjengelig på Lovdata, der småkravsprosessen er anvendt, er i alle fall 14 saker gjennomført skriftlig.¹²¹⁸ Dette indikerer at dommere har vurdert enkelte småkravssaker dithen, at de mener skriftlig behandling er rimeligere enn muntlig behandling og at behandlingsformen er egnet. Skriftlig behandling er altså ikke irrelevant som et virkemiddel på veien mot funksjonsoppnåelse for småkrav. Tvert imot er det fremholdt at eksempelvis skattesaker, en type saker som kan behandles etter

¹²¹⁸ I alle fall fremgår det eksplisitt av 14 av dommene at sluttbehandlingen er gjennomført skriftlig per 26. januar 2019.

småkravsprosessen, er særlig egnet for skriftlig behandling.¹²¹⁹ Det må således være en målsetning at loven tilrettelegger for at de saker som vil nyte godt av en skriftlig sluttbehandling, får muligheten til det.

Utgangspunktet for reguleringen av skriftlig sluttbehandling i småkravssaker, er etter mitt skjønn god. Dommerens adgang til å nekte samtykke dersom skriftlig behandling fremstår mer kostnadskreven, eller mindre forsvarlig enn muntlig behandling, åpner for ivaretagelse av partenes grunnleggende rettigheter. Men som det meste annet, har også adgangen til skriftlig sluttbehandling et forbedringspotensial. Som vist har det eksempelvis i praksis vært gjennomført skriftlig sluttbehandling basert på passivitet hos en av partene, noe som kan innebære en menneskerettslig krenkelse. Slike situasjoner kan medføre at partene sitter igjen med et inntrykk av at prosessen ikke har vært rettferdig. Uten en rettferdig rettergang kan det ikke være tale om funksjonsoppnåelse.

Hvordan det skal tilrettelegges for en større grad av sikkerhet rundt vurderingene som foretas knyttet til hvorvidt skriftlig behandling er avtalt og hensiktsmessig, finnes det ingen fasitsvar på. Min oppfatning er at det ikke er nødvendig å innta flere presiseringer i tvl. § 10-3 første ledd. Bestemmelsen åpner for konkrete vurderinger. Om skriftlig sluttbehandling er egnet som behandlingsform må avgjøres i det konkrete tilfellet. I det videre forutsettes det at skriftlig behandling er ønsket som et effektiviserende virkemiddel for at småkravsbehandlingen skal bidra til funksjonsoppnåelse, og at det skal kunne benyttes i den grad det er behov for det.

Et grep som kan tas, er å åpne for i alle fall ett saksforberedende møte, dersom retten ser et behov for det.¹²²⁰ Ved at partene kan kommunisere direkte med retten, unngår man for det første tvil knyttet til avtaleinngåelsen. Retten kan spørre partene direkte om de ønsker muntlig behandling eller ikke. Særlig når det gjelder selvprosederende parter, er det et poeng at retten forsikrer seg om at partene har forstått hva skriftlig behandling innebærer. At partene forstår hva oppgivelsen av retten til en muntlig sluttbehandling innebærer, er et krav for at oppgivelsen ikke skal innebære en krenkelse av EMK art. 6 nr. 1.¹²²¹ Er begge parter representert ved advokat, må det motsetningsvis kunne legges til grunn at de er kjent med følgene av å oppgi fra muntlig behandling, og behovet for saksforberedende møte begrenses.

¹²¹⁹ Ulf Stridbeck, *Muntlighet ved domstol i Norge* (2005), s. 118.

¹²²⁰ Se forslag til hvordan dette kan komme til uttrykk i loven, i avhandlingens punkt 6.8.1.

¹²²¹ *Sejdovic mot Italia*, dom 1. mars 2006, avsnitt 87. Se også *Jones mot Storbritannia*, avgjørelse 9. september 2003, under «The Law».

Dersom sakens problemstilling, slik den fremgår av stevningen, tilsier skriftlig behandling, kan et saksforberedende møte også tilrettelegge for skriftlig behandling med selvprosederende parter i flere tilfeller. Retten kan gjennom dialog forsikre seg om at partene forstår hvordan en skriftlig behandling gjennomføres, samtidig som det legges til rette for at retten og partene har samme oppfatning om problemstillingen som skal behandles. Dette kan gjøre at retten i større grad oppfatter grunnlaget som tilstrekkelig til å foreta en vurdering av sakens egnethet for skriftlig behandling. Eksempelvis kan det bli enklere å evaluere om sakens problemstilling er av primært juridisk karakter, med et relativt avklart faktum, slik at rettens vurderinger er det viktige. Da kan saken, også med selvprosederende, kunne behandles mer effektivt, enn ved en muntlig behandling.

Når det er sagt, er det ikke tvilsomt at adgangen til skriftlig behandling er et av de virkemidlene som har mindre betydning for at sivilprosessens funksjoner skal sikres for småkrav. Det er et fåtall saker der skriftlig behandling er mer effektivt enn muntlig behandling. Muligheten er likevel god, og det bør tilrettelegges for at den kan benyttes i de tilfellene der skriftlighet er et gode.

Kapittel 9. Avsluttende bemerkninger

9.1. Oppsummeringer

Problemstillingen denne avhandlingen skulle besvare var hvorvidt de virkemidlene som lovgiver har valgt for småkravsprosessen utgjør bidrag til å sikre sivilprosessens funksjoner. Utgangspunktet for vurderingen var hvorfor sivilprosessens funksjoner tradisjonelt ikke har vært oppfylt for småkrav. Problemene som ble identifisert var at småkravsinnhavere har funnet prosessen for tidkrevende og dyr sammenlignet med tvistesummen.¹²²² Dette har som følge at personer har avstått fra å anlegge sak ved domstolene, noe som effektivt umuliggjør sikring av sivilprosessens funksjoner. I tillegg har sakstypen vært preget av ulike styrkeforhold mellom partene som ikke har blitt håndtert i særlig grad, noe som har medført at den svakere part har kommet dårligere ut.¹²²³ Sist har prosesser knyttet til småkrav stått i fare for å la hensynet til en effektiv behandling gå på bekostning av partenes forventning om en rettferdig prosess.¹²²⁴

Det er også identifisert mange ulike måter å håndtere problematikken med småkrav og domstolstilgang på. Noen gjennomgående tendenser er at saksforberedelsen forsterkes, at dommeren får en mer sentral rolle og at gjennomføringen av prosessen blir mindre formell.¹²²⁵ Det internasjonale fokuset på en forsterket saksforberedelse skiller seg ut, da det står i motsetning til den norske småkravsprosessen, der saksforberedelsen er nedtonet sammenlignet med allmennprosessen. Særlig det faktum at både den svenske og danske reguleringen har fått innført en mulighet til å avholde muntlige møter under saksforberedelsen, der det tidligere var utelukket, har hatt betydning for vurderingene av de norske reglene.¹²²⁶

Når det gjelder drøftelsene om dommerens rolle, avskjæringsadgangen og muligheten for skriftlig sluttbehandling i småkravsprosessen, hadde de to formål. For det første skulle kapitlene bidra til å vurdere det enkelte virkemiddels bidrag for å sikre sivilprosessens funksjoner. Dette er gjort løpende i avhandlingen, og kun hovedtrekkene gjengis nedenfor. Det andre formålet var å danne et grunnlag for slutninger om småkravsprosessen på et mer overordnet plan. Funnene knyttet til småkravsprosessens system presenteres nedenfor i avhandlingens 9.2.

¹²²² Se avhandlingens punkt 2.2.

¹²²³ Se avhandlingens punkt 2.3.

¹²²⁴ Se avhandlingens punkt 2.4 samt 3.1.2.

¹²²⁵ Se avhandlingens punkt 3.5.

¹²²⁶ Se avhandlingens punkt 5.2.2 og 5.3.2.

Basert på funnene drøftes alternative løsninger på problematikken i avhandlingens siste punkt, 9.3.

Dommerens utvidede rolle i prosessen, som et bidrag til å utligne problemene med småkrav og funksjonsoppnåelse, ble analysert i kapittel 6. Her ble det konstatert at reglene knyttet direkte til dommerens aktive saksstyring og veiledning ikke nødvendigvis er problematiske.¹²²⁷ Dommeren er gitt et vidt skjønn, noe som åpner for skreddersøm av prosessen. Problemet med dommerens rolle i småkravssaker, knyttes til manglende adgang til saksforberedende møter, noe som fremstår som en motsetning til de internasjonale tendensene analysert i kapittel 3. At forberedelsen av saker må skje skriftlig medfører større potensiale for misforståelser i prosessen.¹²²⁸ I tillegg vanskeliggjøres gjennomføringen av veiledning, ved at skriftlig kommunikasjon er vanskeligere tilgjengelig, særlig for selvprosederende.¹²²⁹ Veiledning er sentralt for å utligne forskjeller mellom partene. Forskjeller mellom partene er også en av hovedutfordringene med småkrav og funksjonsoppnåelse. Det er således grunn til å frykte at problemet med ulike styrkeforhold ikke bøtes på i tilstrekkelig grad. I tillegg medfører begrenset mulighet til muntlige møter at dommerens mulighet til å styre saken aktivt, med fokus på en effektiv gjennomføring, forvanskes. Aktiv saksstyring skal sikre at saken undergår en proporsjonal behandling. Uten en effektiv kommunikasjonskanal, er faren stor for at saken drar unødig ut i tid. Samlet sett medfører dette at dommerens rolle som virkemiddel i småkravprosessen ikke fremstår som et fullgodt bidrag til å ivareta sivilprosessens virkemidler.

Adgangen til å avskjære prosesshandlinger ble drøftet i kapittel 7. Adgangen til å avskjære prosesshandlinger basert på proporsjonalitet er ansett som god, etter lovens ordlyd. Problemet er at dommeren ikke har en god kommunikasjonskanal med partene, for å kunne foreta vurderingen av hvorvidt bevisfremsettelsen er proporsjonalt eller ikke, i alle fall i tvilstilfeller.¹²³⁰ Skriftlig forberedelse kan medføre at dommeren bli for tilbakeholden, som kan medføre at bevisførselen blir uforholdsmessig omfattende, med den følge at prosessen drar ut i tid, med påfølgende kostnadsbelastning. En dyrere prosess enn nødvendig sikrer ikke en proporsjonal rettergang, og muligheten for funksjonsoppnåelse svekkes.

¹²²⁷ Se avhandlingens punkt 6.8.1.

¹²²⁸ Se avhandlingens punkt 6.4.3.

¹²²⁹ Se avhandlingens punkt 6.3.

¹²³⁰ Se avhandlingens punkt 7.5.2.

Også avskjæring på grunn av fristoversittelser ble behandlet i kapittel 7. Preklusjonsadgang er en forutsetning for en effektiv prosess.¹²³¹ Preklusjonsadgangen i småkravsprosessen ble funnet å være svært snever, noe som for det første kom som en følge av manglende skille mellom forberedelse og sluttbehandling.¹²³² Dette medfører at det ikke eksisterer noe klart skille for når en prosesshandling er fremsatt for sent. Skulle det være oppsatt en frist, er det likevel begrenset mulighet til å prekludere. Også dette skyldes at saksforberedelsen er skriftlig. Vurderingen av om det er forhold som taler for eller imot preklusjon er vanskelig å foreta uten å samtale med partene, særlig når veiledning gjerne er ansett å være en forutsetning for preklusjon.¹²³³ Når årsaken til at preklusjon i liten grad kan skje skyldes småkravsprosessens regler, og ikke behovet i den enkelte sak, er det en fare for at prosessen i enkelte saker drar unødige ut i tid. Dette medfører at preklusjonsreglene i småkravsprosessen ikke utgjør et tilstrekkelig godt bidrag for å sikre en mest mulig effektiv behandling. Det er altså en fare for at regelverket i alle fall ikke sikrer funksjonsoppnåelse i alle småkravssaker.

Hvorvidt adgangen til skriftlig sluttbehandling utgjør et positivt bidrag til funksjonsoppnåelse for småkrav ble behandlet i kapittel 8. Forutsetningen for at skriftlig sluttbehandling skal være en mulighet er at partene er enige, samt at retten finner at skriftlig behandling er den mest prosessøkonomiske behandlingsformen.¹²³⁴ Av analysene kom jeg frem til at det ikke er noe problematisk med adgangen til skriftlig behandling knyttet til den aktuelle lovbestemmelsen. Dommeren har et vidt skjønn, som gjør at behandlingsformen kun skal anvendes der den konkrete saken nyter godt av det. Dersom skriftlig behandling gjør at prosessen blir mer effektiv, ikke plasserer en av partene i en utsatt posisjon, og fremstår forsvarlig, utgjør skriftlig behandling et bidrag til funksjonsoppnåelse for småkrav.¹²³⁵ Igjen er likevel problemet at dommerens vurdering av om disse parameterne er nådd vanskeliggjøres av at det ikke er rom for et muntlig møte under forberedelsen, for å forsikre seg om at alle har lik forståelse av problemstillingen som det skriftlige materialet skal omhandle.¹²³⁶ Dette gjør at det er fare for at skriftlig behandling ikke vil eller kan benyttes, også der slik behandling ville lagt til rette for bedre funksjonsoppnåelse gjennom en mer effektiv prosess.

¹²³¹ Se avhandlingens punkt 7.1.3.

¹²³² Se avhandlingens punkt 7.5.1.

¹²³³ Se avhandlingens punkt 7.2.4 samt 7.5.1.

¹²³⁴ Se avhandlingens punkt 8.1.

¹²³⁵ Se avhandlingens punkt 8.7.

¹²³⁶ Se avhandlingens punkt 8.5.

9.2. Avhandlingens funn

Basert på gjennomgangen av funnene knyttet til det enkelte virkemiddel, må svaret på avhandlingens problemstilling, om småkravsprosessens virkemidler utgjør et bidrag til å sikre sivilprosessens funksjoner, være «tja». Med dette mener jeg at utgangspunktene for lovgivningen jevnt over er god. Norges prosessordning er tross alt fremholdt som en av verdens beste.¹²³⁷ Det har dermed formodningen mot seg at hele småkravsreguleringen skulle være feilslått. Småkravsprosessen har et potensial for å være et mer effektivt og billigere prosesspor enn allmennprosessen, og således legge til rette for funksjonsoppnåelse for småkrav, under enkelte forutsetninger. For det første må tvisten som behandles være relativt enkel og oversiktlig. Saken må kunne presiseres gjennom skriftlig kommunikasjon, eller ikke ha behov for større presiseringer. For det andre må partene ha en viss juridisk kompetanse, eller i alle fall en god evne til å uttrykke seg skriftlig, slik at dommeren ikke må utøve mye veiledning. Skriftlig veiledning medfører, som vist i kapittel 6, enkelte problemer som kompliserer partenes muligheter til å motta og agere på veiledningen. Disse beskrivelsene passer nok på flere småkravssaker, og for småkravsinnhaverne i disse sakene er småkravsprosessen et bidrag som senker terskelen for å gå til sak. Prosessrisikoen er mindre og mer forutberegnelig, på grunn av begrensingen av muligheten til å få erstattet sakskostnader, samtidig som partene oppfatter at de har fått en rettferdig rettergang.¹²³⁸ Begge deler bøter på noe av problematikken med at risikoen ved saksanlegg har vært for stor i småkravssaker.

Gjennomgående fremstår det likevel som om begrenset saksforberedelse, herunder forbud mot rettsmøter, er en svakhet med småkravsprosessen på et systemnivå. Tvisteloven legger ikke opp til at en sak kan få en skreddersydd forberedelse, til tross for at skreddersøm av prosessen er et uttalt mål med tvistelovsreformen. Som vist i avhandlingens punkt 6.8, 7.5 og 8.7, får den begrensede forberedelsen betydning for dommerens veiledningsmulighet, preklusjons- og avskjæringsadgangen samt muligheten til å vurdere hvorvidt saken skal avsluttes ved skriftlig behandling. I tillegg er det begrenset ankeadgang i småkravssaker. Muligheten for å få rettet opp eventuelle feilvurderinger er begrenset, noe som gjør at prosessen kan fremstå enda mindre rettferdig. Dette begrenser muligheten for at småkravsprosessens virkemidler skal kunne sies å utgjøre et positivt bidrag til funksjonsoppnåelse.¹²³⁹

¹²³⁷ Halvard Haukeland Fredriksen og Magne Strandberg, *Is E-Justice Reform of Norwegian Civil Procedure Finally Happening* (2016), s. 80.

¹²³⁸ Se avhandlingens punkt 2.2 og 2.4.

¹²³⁹ Se avhandlingens punkt 4.9.

At saksforberedelsen i småkravssaker er nedtonet, samsvarer heller ikke med de internasjonale tendensene, eller erfaringene fra Danmark og Sverige. Internasjonalt har det blitt fremhevet at en forsterket saksforberedelse, som muliggjør en aktiv dommer, er en forutsetning for at sivilprosessens funksjoner skal sikres, herunder sikre en effektiv prosess.¹²⁴⁰ Både i Danmark og i Sverige er det mulig med rettsmøter under forberedelsen, også i småkravssaker. Dette var opprinnelig ikke tillatt i Danmark, men i 2012 ble møteadgangen innført, da behovet for skreddersøm av prosessen ble synliggjort.¹²⁴¹ At det etter den norske småkravprosessen er valgt en motsatt løsning enn i de nordiske nabolandene samt de internasjonale tendensene, er en indikator på at de norske reglene ikke nødvendigvis er ideelle.

En ytterligere følge av den begrensede saksforberedelsen er at selvprosederende parters rettsstilling står i fare for å bli svakere enn det som har vært lovgivers intensjon. Tvistelovens regler åpner for at dommeren kan ivareta selvprosederendes særlige behov gjennom veiledning, i alle fall i teorien. Når det er slik at retten ikke har anledning til å møte partene under forberedelsen, er det likevel en fare for at veiledningen ikke oppfattes korrekt av partene, eller at retten ikke oppfatter behovet for veiledning. Dette kan medføre at selvprosederende parter ender i en vesentlig dårligere posisjon, enn en representert part.¹²⁴² Eksempelvis kan partens prosesshandlinger bli prekludert, parten kan samtykke til skriftlig behandling uten egentlig å være klar over hva det innebærer, eller parten kan tape saken på grunn av feilaktig eller mangelfull bevisførsel. Dette underbygger at småkravprosessen virkemidler ikke er et fullgodt alternativ for å sikre funksjonsoppnåelse for småkrav. Selvprosederende er ikke sikret å få informasjon formidlet på en forståelig måte etter at stevning er inngitt. Manglende informasjon kan medføre at parten sitter igjen med et inntrykk av at prosessen ikke er rettferdig. At partene, og samfunnet for øvrig, oppfatter prosessen som rettferdig er en forutsetning for at det skal være tale om funksjonsoppnåelse. Også dette går imot de generelle ideene i den internasjonale debatten om en proporsjonal rettergang, som fremhever muligheten til å opptre som selvprosederende når det er tale om å sikre at prosessen kostnader holdes nede.¹²⁴³ Lave kostnader bidrar til å gjøre domstolsprosessen mer tilgjengelig for småkrav, noe som muliggjør funksjonsoppnåelse også for disse kravene.¹²⁴⁴

¹²⁴⁰ Se avhandlingens punkt 3.5.

¹²⁴¹ Se avhandlingens punkt 5.2.4.

¹²⁴² Se avhandlingens punkt 6.3 og 8.5.3.

¹²⁴³ Se avhandlingens punkt 3.3.

¹²⁴⁴ Se avhandlingens punkt 2.2.

Det fremstår som om fellesnevneren som kan forklare disse, etter mitt skjønn uheldige utfallene, er en feiloppfatning om hva en småkravssak er. Det fremstår som om flere av virkemidlene valgt for å sikre funksjonsoppnåelse baserer seg på en oppfatning om at små krav er enkle krav. Dette illustreres blant annet av at saksforberedelsen er nedtonet i småkravsprosessen, som skal sikre en proporsjonal rettergang i småkravssaker, samtidig som saksforberedelsen er fremhevet som særlig viktig for å oppnå en proporsjonal rettergang i alminnelige saker.¹²⁴⁵ For meg fremstår dette som noe paradoksalt.

At småkravssaker blir oppfattet som enkle, er en relativt vanlig misoppfatning, men den holder ikke alltid vann.¹²⁴⁶ Det er ingenting som tilsier at småkravssaker ikke også kan omhandle relativt intrikate juridiske problemstillinger, eller et kronglete faktum. Til dette kan det innvendes at dersom en småkravssak ikke er enkel, kan sikkerhetsventilen i tvl. 10-1 tredje ledd bokstav d anvendes for å overføre småkravssaken til allmennprosessen. Dette er imidlertid ikke tilstrekkelig til å unngå en begrenset saksforberedelse for mer kompliserte småkravssaker. Bestemmelsen skal være nettopp en sikkerhetsventil, og terskelen for anvendelse skal være høy. Det er dermed grunn til å tro at det er et ikke ubetydelig antall småkravssaker som er mer komplisert enn det som forutsettes etter loven, som samtidig ikke er komplisert nok til å flyttes til allmennprosessen.

9.3. Forslag til løsninger

For saker som ikke er helt enkle og oversiktlige, er det ikke gitt at småkravsprosessen faktisk tilrettelegger for domstolstilgang for mindre krav. Spørsmålet er hvordan løsning som best ivaretar hensynet til en effektiv rettergang, som krever begrensede ressurser, samtidig som prosessen kan tilpasses den enkelte tvist og sikre en rettferdig rettergang.

Et alternativ er å senke terskelen for overføring til allmennprosessen, altså terskelen for å anvende tvl. § 10-3 tredje ledd bokstav d.¹²⁴⁷ Dette er etter mitt skjønn ikke heldig, da det er en fare for at bestemmelsen ender opp med å bli brukt i for stor utstrekning. Allerede under arbeidet med tvisteloven ble faren for et slikt resultat fremholdt, som vist i kapittel 4.¹²⁴⁸ En slik løsning samsvarer ikke med det formål småkravsprosessen skal ha, nemlig å legge til rette for

¹²⁴⁵ Se avhandlingens punkt 6.4.3.

¹²⁴⁶ Xandra Kramer og Shusuke Kakiuchi, Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity, 2016, s. 15 sammenholdt med s. 12 og 13 i pdf-format.

¹²⁴⁷ Se avhandlingens punkt 4.4.2.

¹²⁴⁸ Se avhandlingens punkt 4.1.

funksjonsoppnåelse for småkrav. Dersom det blir for enkelt å overføre saken fra småkravsprosessen til allmennprosessen blir anvendelsesområdet mer usikkert, noe som kan medføre en tilbakeholdenhet hos småkravsinnhavere mot å ta saker til domstolene. Forsvarlighetsvurderingen er juridisk og skjønnsmessig av karakter, og det kan knapt forventes at, i alle fall selvprosederende, parter kan foreta en vurdering av hvilket prosesspor saken skal gå etter, dersom terskelen senkes. Betydningen av å ha kostnadsbegrensinger undergraves også med et slikt tiltak, da muligheten for at disse likevel ikke benyttes blir for stor. Dette er dermed ikke et virkemiddel som bidrar til at sivilprosessens funksjoner ivaretas i større grad enn det dagens regelverk allerede gjør.

Det andre alternativet er at småkravsprosessen fjernes som et eget prosesspor, og at det i allmennprosessens regler heller åpnes for skreddersøm av den enkelte sak.¹²⁴⁹ Her kan den svenske modellen brukes som inspirasjon.¹²⁵⁰ Ulempen med en slik fremgangsmåte er at småkravsprosessen ikke kan sies å ha vært et stabilt tilskudd til norsk prosessrett over tid. Når småmålslagen ble implementert inn i den alminnelige prosessreguleringen, hadde særreguleringen av prosessen for småkrav eksistert i Sverige over år. Faren for at praktiseringen av reglene ville bli lik i alle sakene når kun et prosessregelverk ble benyttet, var derfor liten. Domstolene var allerede kjent med anvendelsen av fleksible prosessregler gjennom småmålslagen. I Norge, der småkravsprosessen kun har eksistert i drøye 10 år, er det en fare for at prosessen ender opp i samme gamle spor, slik at småkravsproblemene forsterkes igjen. Dette var fremhevet som en fare under arbeidet med tvisteloven.¹²⁵¹ I tillegg ender man opp med en mindre forutsigbar prosess, som kan avskrekke småkravsinnhavere fra å anlegge sak ved domstolene.

Det tredje, og etter min mening, beste alternativet, er å innføre en adgang til saksforberedende møte(r). Som sagt er dagens småkravsprosess god nok for å sikre en effektiv og rettferdig behandling av enkle saker. Det som er mangelfullt, er tiltak for å sikre at saker i skjæringspunktet mellom de enkle og de som ikke forsvarlig kan behandles etter småkravsprosessen, også kan sikres en effektiv og rettferdig rettergang. Adgang til saksforberedende møter er den enkleste måten regelverket kan legge til rette for at den enkelte sak får en forsvarlig behandling.

¹²⁴⁹ Se avhandlingens punkt 3.4.2.

¹²⁵⁰ Se avhandlingens punkt 5.3.

¹²⁵¹ Se avhandlingens punkt 4.1.

Forutsetningene for at småkravsprosessen skal være et bidrag til å sikre sivilprosessens funksjoner er at partene, og samfunnet, oppfatter prosessen som god. Uten saksforberedende møter, i alle fall i de sakene som ikke er helt enkle, kan dette bli vanskelig å oppnå. Særlig dersom selvprosederende parter deltar.

Som vist i kapittel 6, 7 og 8 gjør muligheten for saksforberedende møter at dommeren i større grad kan skreddersy prosessen i samsvar med behovet i den enkelte sak, i alle fall når det gjelder saksstyring, veiledning, avskjæring og sluttbehandlingsform. Det er også grunn til å tro at tilsvarende positiv effekt vil oppnås i andre spørsmål som oppstår under prosessen, eksempelvis muligheten for mekling og behovet for fagkyndige meddommere. Også dette er spørsmål som dommeren enklere kan forholde seg til gjennom direkte dialog med partene, i alle fall der det er en eller flere selvprosederende parter.

At dommeren har mulighet til å tydeliggjøre hvilke vurderinger som er foretatt muntlig for partene, særlig der det er tale om spørsmål som ikke krever en skriftlig begrunnelse, kan også medføre at partene slår seg til ro med dommerens avgjørelse.¹²⁵² Desto mindre konflikt som oppstår knyttet til avgjørelser i prosessen, jo bedre. Det oppstår da mindre behov for ytterligere prosesskriv knyttet til spørsmål som ikke egentlig er avgjørende for sakens materielle problemstilling.

Begrunnelsen for at møter ikke skulle være nødvendig i småkravssaker, fremstår primært å skyldes proporsjonalitetsbetraktninger. Dersom møteadgang forstås synonymt med personlig oppmøte, er det forståelig at adgang til saksforberedende rettsmøter forstås som et kostnadsbelastende element. Det er imidlertid slik at fokuset på teknologiske virkemidler er økt siden tvistelovens inntreden i norsk prosessrett.¹²⁵³ Å sikre at domstolene har gode teknologiske løsninger, som muliggjør eksempelvis fjernmøte, er satt på dagsordenen. For småkravsprosessen innebærer dette at i alle fall kostnadsproblematikken faller bort som argument mot saksforberedende møter. Som vist løpende i kapittel 6, 7 og 8 er det tvert imot grunn til å tro at forberedelsen kan bli enda mer konsentrert dersom det avholdes møter.

Å innta en adgang til å avholde møter under forberedelsen kan også være signal om at småkravsprosessen skal være en forenklet prosess, men ikke en forhastet prosess. Resultatet skal basere seg på et godt avgjørelsesgrunnlag. Når sluttbehandlingen skal være kortfattet, krever dette enten at saken er enkel og oversiktlig, eller at dommeren har mulighet til å forsikre

¹²⁵² Eksempelvis gjelder dette spørsmålet om bruk av fagkyndige meddommere.

¹²⁵³ Se særlig avhandlingens punkt 8.6.

seg om at partenes fremstilling er korrekt før sluttbehandlingen tar til. Sistnevnte krever etter mitt skjønn at dommeren må kunne innkalle til saksforberedende møte ved behov, særlig der selvprosederende parter deltar i prosessen.

Det er også ulemper med å åpne for saksforberedende møter. For eksempel er det en fare for at en utvidelse av saksforberedelsen fører småkravsprosessen nærmere allmennprosessen, med tilhørende kostnader. Dette vil motvirke småkravsprosessens formål, som er å være en mer effektiv og rimeligere prosess enn den alminnelige prosessen. Uansett hvilken måte problematikken håndteres på vil det være mulige ulemper. Etter min mening er det verdt å ta risikoen med å innføre en adgang til å gjennomføre saksforberedende møte, og heller sikre at denne møteadgangen ikke benyttes i for stor grad gjennom retningslinjer eller lignende, dersom behovet skulle oppstå.

Tidligere i avhandlingen har jeg fremsatt et forslag til lovendringer som, etter min mening, legger til rette for at også småkravssaker som ikke er helt enkle, kan få en forsvarlig rettergang.¹²⁵⁴ Forslagene er begrunnet i avhandlingens punkt 6.8, 7.5 og 8.6. Alle omhandler tvl. § 10-2, og skal legge til rette for en sterkere saksforberedelse også i småkravssaker. Etter mitt forslag ser bestemmelsen i sin helhet slik ut (endringene er kursivert):

1) §§ 9-2, 9-3 og 9-6 til 9-8 gjelder tilsvarende.

2) Retten skal gjennom kontakt med partene og ved nødvendig veiledning etter § 11-5 legge særlig vekt på raskt å bringe på det rene om det er ytterligere som bør foretas under saksforberedelsen, og om det kan være grunnlag for en minnelig ordning

(3) Hvis sakens fremdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte på annet grunnlag anses nødvendig, kan retten innkalle til saksforberedende møte. Saksforberedende møte gjennomføres fortrinnsvis som fjernmøte, jf. tvl. § 13-1 andre ledd.

(4) Saksforberedelsen avsluttes to uker før rettsmøtet til sluttbehandling etter tvl. § 10-3. Før saksforberedelsens avslutning plikter partene å varsle om bevis, nye påstander og nye påstandsgrunnlag og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt. Partene kan innen samme frist avgi skriftlige utredninger når særlige grunner taler for det. Prosesshandlinger fremsatt etter fristen behandles etter tvl. § 16-6 tredje ledd.

¹²⁵⁴ Se avhandlingens punkt 6.8.

(5) Når saksforberedelsen er avsluttet utformer retten en sammenfatning av partenes påstander og påstandsgrunnlag samt varslet bevisførsel. Denne skal meddeles partene innen én uke før sluttbehandlingen. Dersom partene er uenige i sammenfatningen må dette meddeles retten og motparten før rettsmøtet til sluttbehandling.

Endringen i tredje ledd åpner for saksforberedende møter, men kun unntaksvis. Forslaget skal sikre en effektiv rettergang, samtidig som dommeren kan tilpasse behandlingen etter sakens behov. Fjerde ledd skal gjøre at partene får en klarere oppfordring til å ferdigstille saken så tidlig som mulig, samtidig som muligheten for preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd fremheves. Femte ledd pålegger retten å utforme en sammenfatning av saken, en løsning inspirert av dansk og svensk rett, noe som skal legges til rette for at sluttbehandlingen av saken skal kunne begrenses til de nødvendige spørsmålene som må drøftes, og ikke mer.

Det er sikkert andre måter å angripe problematikken på. Bestemmelsen kan utformes på en annen måte, eller endringene kan komme til uttrykk andre steder i loven. Årsaken til at jeg mener at det uansett er behov for en lovendring, er at dagens løsning gjør at prosessen i for stor grad avhenger av den enkelte dommer.¹²⁵⁵ Enkelte benytter seg av planmøter, andre ikke. Hva årsaken er til at enkelte avstår fra å gjennomføre møter, er ikke sikker, men jeg vil anta at det kan knyttes til at det ikke fremgår noen møteadgang av loven. Særlig dersom det er dommerfullmektiger som administrerer saken. Begrenset erfaring kan gjøre det vanskeligere å ta avgjørelser om sakens gjennomføring, i alle fall når mulighetene ikke finner støtte i loven.

Uavhengig av hvilken måte problematikken gjennomgått håndteres på, er det sentrale at småkravsprosessen ikke må ende opp som en alt for forenklet prosess. Det er tross alt ganske store summer som kan behandles etter prosessformen, slik at sakene som behandles nok kan ha stor betydning for partene.¹²⁵⁶ Blir prosessen alt for forenklet, bare basert på tvistesummen og forutsetningen om at sakene er enkle, kan en i verste tilfelle risikere at de kanskje mest hverdagslige tvistene fremstår hastebehandlet. En mulig følge av dette er at befolkningen kan ende opp med en antakelse om at hverdagskonfliktene ikke håndteres like seriøst hos domstolene, som saker relatert til en mer privilegert samfunnsgruppe. Satt på spissen, risikerer man at allmennprosessen fremstår som et «njudningsmedel för överklassen», mens

¹²⁵⁵ Det er en målsetning at prosessen ikke er for avhengig av den enkelte dommeren, i alle fall utenfor det som følger av loven, da det kan gi prosessen et preg av å ikke være forutsigbar. Se Anna Nylund, *The structure of civil proceedings* (2018), s. 25, med videre henvisninger.

¹²⁵⁶ Det er jo en mulighet for at saker opp til kr 250 000 skal behandles etter småkravsprosessen, i henhold til høringsnotatet fra 2018. Ingen vil vel påstå at et krav i denne størrelsesordenen er ubetydelig, i alle fall for Ola Normann.

småkravsprosessen fremstår som en annenrangs rettergang for annenrangs borgere.¹²⁵⁷ Skjer dette, mister småkravsprosessen sin effekt som tilrettelegger for at sivilprosessens funksjoner skal oppfylles også i småkravssaker. Småkravsprosessen skal ikke være like omfattende som allmennprosessen, men den må være god nok.¹²⁵⁸ For et antall småkravssaker, er min oppfatning at småkravsprosessen enda ikke møter denne standarden.

¹²⁵⁷ Sitater fremkommer hos Per Henrik Lindblom, *Sena Uppsatser* (2006), s. 125.

¹²⁵⁸ Som hovedregel er jo småkravsbehandlingen den eneste behandlingen en småkravssak får, se avhandlingens punkt 4.9.

Kildeliste

Lover:

Kongeriket Norges Grunnlov, 17 mai 1814

Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687

Lov om Forbrukerklageutvalget 17. februar 2017 nr. 7 (forbrukerklageloven)

Lov om godkjenning av klageorganer for forbrukersaker 17. juni 2016 nr. 29

Lov om mekling og rettergang i sivile tvister 17.juni 2005 nr. 90 (tvisteloven)

Lov om forbrukerkjøp 21. juni 2002 nr. 34

Endringslov til rettergangslovgjevninga 28. april 2000 nr. 34

Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) 27. november 1992 nr. 109

Lov om tvangsfullbyrdelse 26. juni 1992 nr. 86 (tvangsfullbyrdelsesloven)

Lov om endringer i rettergangslovgivningen 24. august 1990 nr. 54

Endringslov til rettergangslovgivningen 27. juni 1986 nr. 48

Lov om konkurs 8. juni 1984 nr. 58 (Konkursloven)

Lov om rettsgebyr 17. desember 1982 nr. 86 (rettsgebyrloven)

Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22. mai 1981 nr. 25

Lov om skifte 21. februar 1930 (skifteloven)

Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai 1918 nr. 4 (avtaleloven)

Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13. august 1915 nr. 6 (tvistemålsloven)

Lov om domstolene 13. august 1915 nr. 5 (domstolloven)

Folkerettslige konvensjoner, traktater og erklæringer:

ALI-UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. november 1950,
ETS nr. 5

Charter of Fundamental Rights of The European Union, 18.12. 2000, C-346/01

Danmark og Den Europæiske Union, 31. desember 1992, C-348/01

Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåte EUT C 326, 26. oktober 2012, s. 47-201

Utenlandske lover:

Danmark

Lov nr. 169 af 5. juni 1953 Danmarks Riges Grundlov

Retsplejeloven, lovbekendtgørelse 14. november 2018 nr. 1284

Lov nr. 538 af 8. juni 2006 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love

England

Civil Procedure Rules 1998 nr. 3132

Sverige:

Lag om ändring i rättegångsbalken (1987:747)

Lag om rättegången i tvistemål om mindre värden (1974:8)

Rättshjälpslag (1996:1619)

Rättegångsbalk (1942:740)

Tyskland:

Zivilprozessordnung, 30 januar 1877

Gerichtsverfassungsgesetz, 27. januar 1877

Direktiver og forordninger:

Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR)

Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council

Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts

Regulation (EU) 2015/2421 of The European Parliament and of The Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1869/2006 creating a European order for payment procedure

Regulation No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR)

Regulation No 1215/2012 of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Brusselsforordningen)

Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure

Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure

Lovforarbeider og andre offentlige dokumenter:

Innst. 169 S (2012-2013) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Dokument 12:8 (2015-2016) Grunnlovsforslag 8

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

Innst. O. nr. 110 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Prop. 145 L (2015-2016) Lov om Forbrukerklageutvalget (forbrukerklageloven)

Prop. 64 L (2013-2014) Lov om opplysningsplikt og angrerett ved fjernsalg og salg utenom faste forretningslokaler (angrerttloven) (gjennomføring av direktiv 2011/83/EU om forbrukerrettigheter)

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

Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) Om lov om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven)

Ot.prp. nr. 47 (1985-1986) Om lov om endringer i rettergangslovgivningen

Justis- og beredskapsdepartementets «Forslag til endringer i tvisteloven – tvistelovevalueringen», sendt på høring i juli 2018:

<https://www.regjeringen.no/contentassets/a810bd3445cd4f89a0d8368955f41e2f/horingsnotat---tvistelovevalueringen.pdf> (sist sett 25. januar 2019)

NOU 2017:8 Særdomstoler på nye områder? Vurdering av nye domstolsordninger for foreldretvister, barnevernsaker og utlendingssaker

NOU 2010:11 Nemndsbehandling av forbrukertvister

NOU 2003:19 Makt og demokrati

NOU 2001:32 Rett på sak

NOU 1999:22 Domstolene i første instans

NOU 1983:48 Småkravsprosess

Utenlandske forarbeider:

Danmark:

Lovvedtakelse 29. mars 2012 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m. (LFV 2012-03-29 nr 58)

Lovforslag 14. desember 2011 nr. 58 om ændring af retsplejeloven m.m. (LFF 2011-12-14 nr. 58)

Lovforslag 1. mars 2006 nr. 168 om ændring av retplejeloven og forskellige andre love (LFF 2006-03-01 nr. 168)

Betænkning 2004 nr. 1436 om adgang til domstolene: reform av den civile retspleje III

Betænkning 1997 nr. 1341 Småsagsudvalgets betænkning

Betænkning 1979 nr. 886 om behandling af sager af mindre værdi ved domstolene

England:

Lord Woolf, Access to Justice – Final report (1996)

Sverige:

Kungl. Maj. Ts proposition nr. 87 år 1973

Prop. 2015/16:39 En modernare rättegång II

Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång - reformering av processen i allmän domstol

Prop. 1999/2000:26 Effektivisering av förfarandet i allmän domstol

Prop. 1986/1987:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande

Forarbejder til småkravsforordningen:

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council amending Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, 19. November 2013

Forskrifter og rundskriv:

Forskrift om Forbrukerklageutvalget 17. februar 2017 nr. 100

Forskrift om elektronisk kommunikasjon med domstolene 28. oktober 2016 nr. 1258

Forskrift til tvisteloven 21. desember 2007 nr. 1605 (tvistelovsforskriften)

Rettshjelpsforskriften av 12. desember 2005 nr. 1443

Forskrift om ikraftsetting av lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) og om overgangsregler til tvisteloven, 26. januar 2007 nr. 88

Regler om bruk av rettskapper m.v. ved domstolen, 26. juni 1995 nr. 577

Forskrift etter rettsgebyrloven m.m. 15. februar 1983 nr. 86 (rettsgebyrforskriften)

Norsk rettspraksis:

Høyesterett

HR-2018-2127-U

HR-2018-1369-U

HR-2018-1327-U

HR-2018-679-U

HR-2016-2406-U

HR-2016-1446-A

HR-2016-712-U

Rt. 2015 s. 1488

Rt. 2015 s. 250

Rt. 2014 s. 753

Rt. 2014 s. 193

Rt. 2013 s. 1719

Rt. 2013 s. 817

Rt. 2012 s. 1440

Rt. 2011 s. 29

Rt. 2010 s. 1221

Rt. 2010 s. 946

Rt. 2010 s. 267

Rt. 2009 s. 1652

Rt. 2009 s. 604

Rt. 2007 s. 1196

Rt. 2006 s. 1585

Rt. 2006 s. 179

Rt. 2005 s. 1350

Rt. 2005 s. 1036

Rt. 2000 s. 1599

Rt. 1998 s. 774

Rt. 1994 s. 440

Rt. 1983 s. 1418

Rt. 1963 s. 996

Rt. 1962 s. 780

Rt. 1950 s. 981

Rt. 1948 s. 1166

Lagmannsretten

LB-2015-157729

LB-2014-195567

LB-2014-184960

LB-2012-17936

LB-2011-8872

LB-2010-43786 (RG-2010-456)

LB-2009-122119 (RG-2009-1034)

LG-2018-91914

LG-2015-142290

LG-2013-24065

LH-2010-52417

Tingrettene

TALST-2009-24524

TAUAG-2009-112145

TDRAM-2011-148954

TFOSN-2012-146461

TFOSN-2009-42674

TGJOV-2014-174657

THAUG-2015-97438

THEGG-2017-60043

TKISA-2011-160942

TLARV-2013-73024

TNERO-2015-20846

TNERO-2015-2215

TNERO-2013-163129

TOBYF-2011-171389-1

TOSLO-2018-13450

TOSLO-2017-161928.

TOSLO-2017-151006

TOSLO-2016-127153

TOSLO-2016-105341

TOSLO-2016-44279

TOSLO-2015-68581

TOSLO-2014-55236

TOSLO-2012-203644

TOSLO-2012-188192

TOSLO-2011-36507

TOSLO-2010-174742

TOSLO-2010-27902

TSAFO-2010-129574

TSGUD-2014-147988

TSTAV-2014-134627

TSTRO-2014-101425

Utenlandsk rettspraksis:

Danmark:

U.2014.1647Ø

U.2014.675Ø

U.2010.963/1V

Avgjørelser fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol:

Industrial Financial Consortium Investment Metallurgical Union mot Ukraina, dom 26. juni 2018

Regner mot Den tjekkiske republikk, dom 19. september 2017

Lazarenco og andre mot Ukraina, dom 27. juni 2017

Simeonovi mot Bulgaria, dom 12. mai 2017

Fröbrich mot Tyskland, dom av 16. mars 2017

Palchik mot Ukraina, dom 2. mars 2017

Pönkä mot Estland, dom 8. november 2016

Tolmachev mot Estland, dom 9. juli 2015

Mitovi mot Den tidligere Jugoslaviske republikken Makedonia, dom 16. april 2015

Artemov mot Russland, dom av 3. april 2014

Dílípak og Kaakaya mot Tyrkia, dom 4. mars 2014

Lillo-Stenberg og Sæther mot Norge, dom 16. januar 2014

Schädler-Eberle mot Lichtenstein, dom av 18. juli 2013

Salomonsson mot Sverige, dom av 12. november 2011

Andersson mot Sverige, dom 7. desember 2010

Andrejeva mot Latvia, dom 18. februar 2009

Saccoccia mot Østerrike, dom 18. desember 2008

Lb Interfinanz A.G. mot Kroatia, dom 27. mars 2008

Jussila mot Finland, dom 23. november 2006

Sejdovic mot Italia, dom 1. mars 2006

Döry mot Sverige, dom 12. november 2002

Lundevall mot Sverige, dom av 12. november 2002

Göç mot Tyrkia, dom 11. juli 2002

Kress mot Frankrike, dom 7. juni 2001

Kudla mot Polen, dom 26. oktober 2000

Scarth mot Storbritannia, dom 22. juli 1999

Allan Jacobsson mot Sverige, dom 19. februar 1998

Ruiz-Mateos mot Spania, dom 23. juni 1993

Håkansson og Sturesson mot Sverige, dom 21. april 1990

Axen mot Tyskland, dom av 8. desember 1983

Pretto mot Italia, dom av 8. desember 1983

Deweer mot Belgia, dom 27. februar 1980

Golder mot Storbritannia, dom 21. februar 1975

Neumeister mot Østerrike, dom 27. juni 1968

Jones mot Storbritannia, avgjørelse 9. september 2003

Generelle rekommandasjoner fra FNs menneskerettighetskomite:

General Comment No. 32, 23. august 2007

Avgjørelser fra EU-domstolen:

ZSE Energia, a.s. mot RG, sak C-627/17, dom 22. november 2018

Froukje Faber mot Autobedrijf Hazet Ochten BV, sak nr. C-497/13, dom 4. juni 2015

ÖBB Personenverkehr AG mot Gotthard Starjakob, sak C-417/13, dom 28. januar 2015

Banco Español de Crédito mot Joaquín Calderón Camino, sak. nr. C-618/10, dom 14. juni 2012

Pannon GSM Zrt. mot Erzsébet Sustikné Győrfi, sak nr. C-243/08, dom 4. juni 2009

Océano Grupo Editorial SA v Roció Murciano Quintero, sak C-240/98 til C-244/98, dom 27. juni 2000

Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen mot Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, sak nr. C-430/93 og C-431/93, dom 14. desember 1995

Rapporter

CEPEJ, European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice

Civil Justice Council rapport «Access to Justice for Litigants in Person (or self-represented litigants)» (2011)

Digitale arbeidsmåters rapport: «Rettsaler for papirløse rettsmøter», 12. september 2018:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/digdom/rettssaler-for-papirlose-rettsmoter.pdf>

(sist sett 25. januar 2019)

Domstolsadministrasjonens årsrapport for 2017, «Saksavvikling i domstolene»:

[https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-](https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-13/domstolene-i-2017/)

[13/domstolene-i-2017/](https://www.domstol.no/no/domstoladministrasjonen/publikasjoner/arsrapport/tema-13/domstolene-i-2017/) (sist sett 25. januar 2019)

Domstolsstyrelsens årsberetning 2017:

http://www.domstol.dk/om/publikationer/Publikationer/domstolsstyrelsens_aarsberetning_2017_pdfa.pdf (sist sett 25. januar 2019)

Forbrukerklageutvalgets årsrapport for 2017:

<https://www.forbrukerklageutvalget.no/om-forbrukerklageutvalget/arsrapport-og-regnskap-2017/> (sist sett 25. januar 2019)

Hålogaland lagmannsretts årsmelding for 2017:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/halo/internett/dokument/arsmelding-2017-halogaland-lagmannsrett.pdf> (sist sett 25. januar 2019)

Justis- og beredskapsdepartementets rapport «Evaluering av tvisteloven»:

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/rapporter/evaluering_tvisteloven.pdf?id=2149677 (sist sett 25. januar 2019)

Litteratur:

Adrian, Lin, «The Role of Court-Connected Mediation and Judicial Settlement Efforts in the Preparatory Stage», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (2014), s. 209-231

Adrian, Lin, «Procesretfærdighed – det er også *måden*, der teller», *Juristen* nr. 3 (2013), s. 107-116

Almkvist, Gustaf og Niklas Elofsson, «Rättegångskostnader i förenklade tvistemål», *Svensk Juristtidning* (2013), s. 150-168

Andenæs, Johs., *Garantier for rettssikkerheten ved administrative avgjørelser*, Det 19. nordiske juristmøte (Stockholm 1951)

Andersson, «*Ex officio* Application of the Unfair Terms Directive Cases against Consumers», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019), s. 143-160

Andrews, Neil, *English Civil Procedure: Fundamentals of the new civil justice system*, Oxford University Press (Oxford 2003)

Arnholm, Carl Jacob, *Alminnelig avtalerett*, Tanum (Oslo 1949)

Asp, Petter, «Om relationalistisk metod eller spridda anteckningar i jämförande rättsvetenskap», Petter Asp og Kimmo Nuotio (red.), *Konsten att Rättsvetenskap*, Iustus forlag (Uppsala 2004), s. 47-67

Augdahl, Per, *Norsk Civilprosess*, Holbæk Eriksen (Trondheim 1947)

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget (Oslo 2015)

Baldwin, John, «Small claims hearings: the “interventionist” role played by district judges», *Civil Justice Quarterly* (1998) (s. 20-34)

Baldwin, John, *Small claims in the county courts in England and Wales : the bargain basement of civil justice?*, Clarendon Press (New York 1997)

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Lasse Højlund Christensen og Clement Salung Petersen, *Den civile retspleje*, Hans Reitzels (København 2017)

Barak, Aharon, «The Nature of Judicial Discretion and its Significance», Ola Wiklund (red.) *Judicial Discretion in European Perspective*, Norstedts juridik og Kluwer Law International (Stockholm/Haag 2003)

von Bargen, Jan Malte, «In-Court Mediation in Germany: A Basic Function of the Judiciary», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation* (2014), s. 77-95

Beier, Jürgen, «The Woolf Report and German Civil Procedure», *The Liverpool Law Review* vol. XIX (1) (1997), s. 67-88

Bellander, Henrik, *Rättegångskostnader: Om kostnadsbördan i dispositiva tvistemål*, Iustus (Uppsala 2017)

Berglund, Cecilie Østensen, «Effektiv saksforberedelse i sivile saker», Gunnar Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling – Festskrift til Tore Schei*, Universitetsforlaget (2016), s. 137-164

Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Fagbokforlaget (Bergen 2011)

- Bernt, Camilla, «Utenrettslige forklaringer og erklæringer som bevis i den nye tvisteloven», *Jussens Venner* (2005), s.273-294
- Bernt, Jan Fridthjof og Synne Sæther Mæhle, *Rett, samfunn og demokrati: innledning til jussstudiet*, Gyldendal akademisk (Oslo 2007)
- Björling, Erik, *Rättstillämpningens tystnad. En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen*, Juridiska institutionens skriftserie (Göteborg 2017)
- Blandhol, Sverre, *Konfliktanalyse*, Fagbokforlaget (Bergen 2014)
- Boe, Erik Magnus, *Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære*, Universitetsforlaget (Oslo 2010)
- Boye, Knut, *Preklusive og andre viktige frister i sivile saker*, Gyldendal akademisk (Oslo 2011)
- Bragdø-Ellenes, Sunniva Cristina, *Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike*, Universitetsforlaget (Oslo 2014)
- Brown, Henry J. og Arthur L. Marriott, *ADR principles and practice*, Sweet & Maxwell (London 2011)
- Bylander, Eric, *Muntlighetsprincipen*, Iustus (Uppsala 2006)
- Bylander, Eric, «Muntlighet vid domstol i Norden – En exposé», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus (Uppsala 2005), s. 19-45
- Bylander, Eric, «Muntlighet vid domstol i Sverige», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus (Uppsala 2005), s. 131-180
- Bårdsen, Arnfinn, «Å forstå og bli forstått», Johnny Herre (red.), *Festskrift till Stefan Lindskog*, Jure Förlag (Stockholm 2018), s. 87-99
- Bårdsen, Arnfinn, «Norges Høyesterett, Grunnloven og menneskerettighetene», Andreas Føllesdal, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.), *Menneskerettighetene og Norge: Rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*, Universitetsforlaget (Oslo 2017), s. 62-90
- Bårdsen, Arnfinn og Dag Bugge Nordén, «På talefot med tvisteloven», *Jussens Venner* vol. 43 (2008), s. 1-90

- Camion, Clément, «Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution», Karim Benyekhlef, Jane Bailey, Jacquelyn Burkell og Fabien Gélinas (red.), eAccess to Justice, University of Ottawa Press (2016), s. 317-335
- Cappelletti, Mauro, Access to Justice: A world survey Book 1, Sijthoff and Noordhoff (Alphenaaandenrijn 1978)
- Cappelletti, Mauro, «Access to Justice», The Rabel Journal of Comparative and International Private Law 40. Jahrg., H 3/4, (1976), s. 669-717
- Charkoudrian, Lorig, Deborah Thompson Eisenberg og Jamie L. Walter, «What Difference Does ADR Make? Comparison of ADR and Trial Outcomes in Small Claims Court», Conflict Resolution Quarterly nr. 1 (2017), s. 7-45
- Cordero-Moss, Giuditta, Internasjonal privatrett på formuerettens område, Universitetsforlaget (Oslo 2013)
- Cortés, Pablo, «The online court: filling the gaps of the civil justice system?», Civil Justice Quarterly (2017), s. 109-126
- Dahlager, Christian, Få ret, Nyt Juridisk Forlag (2010)
- Dahlager, Christian, Behandling af småsager, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2009)
- Dalberg-Larsen, Jørgen, Lovene og livet: en rettsociologisk grundbok, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2014)
- Eckhoff, Torstein, Rettskildelære, Universitetsforlaget (Oslo 2001)
- Eide, Erling og Endre Stavang, Rettsøkonomi, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2018)
- Eilertsen, Trond og Per M. Ristvedt, «Tvisteloven – sett fra et advokatperspektiv», Tidsskrift for forretningsjus nr. 1 (2008), s. 1-32
- Eldjarn, Erik, «Fordeler og ulemper med nasjonal prosessautonomi på EU og EEG-rettens område», Europarättslig tidskrift nr. 3 (2017), s. 525-541
- Eldjarn, Erik, Materiell prosessledning, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2016)

Ervo, Laura, «Swedish-Finnish Preparatory Proceedings: Filtering and Process Techniques», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016), s. 19-56

Francioni, Francesco, «The Rights of Access to Justice under Customary International Law», Francesco Francioni (red.), *Access to Justice as a human right*, Oxford University Press (Oxford 2007), s. 1-55

Fredriksen, Halvard Haukeland og Magne Strandberg, «*Ex Officio* Application of EU Consumer Protection Law in Norwegian Courts», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019), s. 161-181

Fredriksen, Halvard Haukeland og Magne Strandberg, «Is E-Justice Reform of Norwegian Civil Procedure Finally Happening», *Oslo Law Review* (2016), s. 72-88

Fredriksen, Halvard H., «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner* nr. 6 (2013), s. 371-399

Fredriksen, Halvard Haukeland, «Tvisteloven og EØS-avtalen», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008), s. 289-357

Fridén, Hugo, «Exekution, funktion och bevekelsegrund för att betala i tid», Torbjörn Andersson og Bengt Lindell (red.), *Festskrift til Per Henrik Lindblom*, Iustus (Uppsala 2004), s. 163-195

Galič, Aleš, «The Preparatory Stage of Civil Proceedings in Slovenia, the Czech Republic and Slovakia: Halfway There Yet?», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016), s. 111-140

Galič, Aleš «The Aversion to Judicial Discretion in Civil Procedure in Post-Communist Countries: Can the Influence of EU Law Change it?», Michal Bobek (red.), *Central European Judges Under the European Influence: The Transformative Power of the EU Revisited*, Hart Publishing (Oxford 2015), s. 99-124

Gélinas, Fabien, «Judicial Architecture and Rituals», Fabien Gélinas m.fl (red.), *Foundations of Civil Justice*, Springer (Sveits 2015), s. 1-37

Genn, Hazel, «Do-it-yourself law: access to justice and the challenge of self-representation», *Civil Justice Quarterly* (2013), s. 411-444

- Genn, Hazel, «What Is Civil Justice For? Reform ADR, and Access to Justice», *Yale Journal of Law & the Humanities*, Wntr, Vol.24 (1), (2012), s. 397-417
- Genn, Hazel, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press (Cambridge 2009)
- Giertsen, Johan, *Avtaler*, Universitetsforlaget, 2. utgave 2017 (Oslo 2014)
- Gillespie, Alisdair, og Siobhan Weare, *The English Legal System*, Oxford University Press (Oxford 2015)
- De Girolamo, Debbie, «Rhetoric and civil justice: a commentary on the promotion of mediation without conviction in England and Wales», *Civil Justice Quarterly* (2016), s. 162-185
- Gomard, Bernhard og Michael Kistrup, *Civilprosessen*, Karnov Group (København 2013)
- Granhag, Pär Anders og Sara Landström, «Muntlighet vid domstol ur ett rättspsykologiskt perspektiv», *Muntlighet vid domstol i Norden*, Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red.), Iustus (Uppsala 2005), s. 267-290
- Graver, Hans Petter, «Høyesterett og rettsutviklingen – førti år etter», Hans Chr. Bugge, Hilde Indreberg, Aslak Syse og Arnulf Tverberg (red.), *Liv, lov og lære: Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget (Oslo 2016), s. 242-254
- Graver, Hans Petter, «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for rettsvitenskap* (2008), s. 149-178
- Griss, Irmgard, «The Austrian Model of Cooperation Between the Judges and the Parties», C.H. van Rhee og Fu Yulin (red.), *Civil Litigation in China and Europe*, s. 179-184
- Grønvik, Marie, Espen Kheradmandi og Per Ole Svor (red.), *EuroRett* nr. 11 (2015)
- Hagerup, Francis, *Den norske civilproces*, Aschehoug (Kristiania 1918)
- Hagerup, Francis, *Forelæsninger over den norske civilproces 2*, Aschehoug (Kristiania 1899)
- Hagerup, Francis, *Forelæsninger over den norske civilproces*, H. Aschehoug (Kristiania 1895)
- Hannaford-Agor, Paula og Nicole Mott, «Research on Self-Represented Litigation: Preliminary Results and Methodological Considerations», *The Justice System Journal*, vol. 24, nr. 2 (2003), s. 163-181
- Hanycz, Colleen M., «More access to less justice: efficiency, proportionality and costs in Canadian civil justice reform», *Civil Justice Quarterly* (2008), s. 98-122

Harris, David J., M. O'Boyle og Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (Oxford 2014)

Hau, Wolfgang, «Europeanisation of Civil Procedure», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019), s. 51-65

Hayes, Maurice, «Access to Justice», *Studies: An Irish Quarterly Review* vol. 99 nr. 393 (2010), s. 29-42

Hennig, Martin, *Frihandel med helseskadelige rus- og næringsmidler: EU- og EØS-rettens rammer for nasjonalt vern av folkehelsen*, Universitetsforlaget (Oslo 2015)

Hjort, Maria Astrup, «Hvilket ansvar har dommeren for å legge til rette for et godt avgjørelsesgrunnlag i en sivil sak?», *Jussens Venner* (2018), s. 382-398

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

Hjort, Maria Astrup, *Muntlighetsprinsippet i sivilprosessen – fra klubbeslag til tastetrykk*, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo (Oslo 2007)

Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Papinan (Oslo 2017)

Hov, Jo, *Rettergang I*, Papinan (Oslo 2010)

Hov, Jo, *Rettergang I: Sivil- og straffeprosess*, Papinan (Oslo 1999)

Høyer, Ruth Anker og Jon Bonnevie Høyer, «Small claims world wide», *Rett på sak* nr. 4 (2007), s. 30-31

Jacobsson, Ulla, «Argumentation i civilprocessen», Olle Höglund, m.fl. (red.), *Festskrift til Lars Welamson, Norstedts juridik* (Stockholm 1987), s. 349-368

Jochimsen, Jørgen, *Civilprocessuel Oversigt*, Karnov Group (København 2017)

Jolowicz, JA, «Adversarial and inquisitorial models of civil procedure», *The International and Comparative Law Quarterly* nr. 2 (2003), s. 281-295

Juul-Sandberg, Jakob, «Hvornår skal en sag udgå af småsagsprocessen i medfør af retsplejelovens § 402, stk. 1?», *Fuldmægtigen* 2013.193., s. 2-5

Kilian, Matthias og Francis Reagan, «Legal expenses insurance and legal aid—two sides of the same coin? The experience from Germany and Sweden», *International Journal of the Legal Profession* vol. 11 (2004), s. 233-255

Kirk, Henrik, *Sagsomkostninger i civile sager*, Thomson Reuters (København 2011)

Kjelland-Mørde, Kristin mfl., *Konflikt, mekling og rettsmekling*, Universitetsforlaget (Oslo 2008)

Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europæiske menneskerettighedskonvention: for praktikere*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2017)

Kleineman, Jan, «Rättsdogmatisk metod», Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur (Lund 2018), s. 21-46

Kramer, Xandra og Shusuke Kakiuchi, «Relief in Small and Simple Matters in an Age of Austerity», H. Pekcanitez, N. Bolayir & C. Simil (Eds.), *XVth International Association of Procedural Law World Congress*, Istanbul: Oniki Levha Yayıncılık (2016), s. 121-225

Kramer, Xandra, «The structure of civil proceedings and why it matter: exploratory observations on future ELI-UNIDROIT European rules of civil procedure», *Uniform Law Review* (2014), s. 218-238

Krans, Bart, «EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar», *European Review of Private Law* nr. 4 (2015), s. 567-588

Kristiansen, Bettina Lemann, «Domstolenes tilgængelighed», Per Andersen (red.), *Om rettens tilgængelighed*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag (København 2009), s. 87-119

Krüger, Kai, *Norsk kontraktsrett*, Alma Mater (Bergen 1989)

Landsman, Stephan, «Pro Se Litigation», *Annual Review of Law and Social Science*, nr. 8 (2012), s. 231-253

Legg, Michael og Andrew Higgins, «Responding to Cost and Delay Through Overriding Objectives – Successful Innovation?», Colin B. Picker, Guy I. Seidman (red.), *The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments*, Springer (Cham; Sveits 2016), s. 157-181

Lewis, Paul, «The consumer's court? Revisiting the theory of the small claims procedure», *Civil Justice Quarterly* (2006), s. 52-69

Lie, Markus Hoel, Kommunalrettslig representasjon: Binding og erstatning, Universitetsforlaget (Oslo 2011)

Lindblom, Per Henrik, Grupptalan i Sverige: bakgrund och kommentarer till lagen om grupprättegång, Norstedts juridik (Stockholm 2008)

Lindblom, Per Henrik, Sena Uppsatser: Om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen, Norstedts juridik (Stockholm 2006)

Lindblom, Per Henrik, Progressiv process: spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen, Iustus (Uppsala 2000)

Lindblom, Per Henrik, «En struntsak– Om process och execution rörande småbelopp», Per Henrik Lindblom (red.), Process och exekution: vänbok til Robert Boman, Iustus (Uppsala 1990), s. 253-274

Bengt Lindell, Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling, Iustus (Uppsala 2017)

Lindell, Bengt, Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken, Nodstedt (Stockholm 1993)

Lindell, Bengt, Partsautonomins gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen, Iustus (Uppsala 1988)

Lund, Maria Veia, Passivitet, Cappelen Damm Akademisk (Oslo 2017)

Lødrup, Peter, «Oppreisning – et praktisk rettsinstitutt», Tidsskrift for erstatningsrett (2006), s. 211-237

Marcus, Richard, «The Right of Access to Justice – The Experience of the U.S. since the 1960s», International Association of Procedural Law (2014), s. 277-287

Martinez, Cristian Oro, «The Small Claims Regulation: On the Way to an Improved European Procedure?», Burkhard Hess, Maria Bergström og Eva Storskrubb (red.), EU Civil Justice: current issues and future outlook, Hart Publishing (Oxford, England 2013), s. 123-140

Maultzsch, Felix, «National Report: Germany – The Right to Access to Justice and Public Responsibilities», International Association of Procedural Law (2014), s. 247-264

Maunsbach, Lotta, Avtal om rätten til domstolsprövning, Norstedts juridik (Stockholm 2015)

McGill, Shelley, «Small Claims Court Identity Crisis: A Review of Recent Reform Measures», *Canadian Business Law Journal* Vol. 49 (2010), s. 213-255

Michelsen, Hans M., *Sivilprosess, Ad notam* Gyldendal (Oslo 1999)

Murray, Peter L. og Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press (Durham N.C. 2004)

Mæhle, Synne Sæther, «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens Venner* nr. 5 og 6 (2004), s. 329-342

Mæland, Henry John, «Recent Developments in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts», Volker Lipp og Halvard Haukeland Fredriksen (red.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck (Tübingen 2011), s. 71-85

Nordby, Andreas, Ole Andenæs og Borgar Høgetveit Berg, «Tvisteloven ti på topp og ti på bunn», *Lov og Rett* nr. 1 (2012), s. 3-22

Nordhelle, Grethe, *Mekling: Konfliktforståelse og konflikthåndtering*, Gyldendal akademisk (Oslo 2006)

Nordtveit, Ernst, «Småkrav – summarisk inndrivning og rettshjelp», *Jussens Venner* (1976), s. 327-346

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, N.P. Engel (Kehl 2005)

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget (Oslo; Bergen 2004)

Nylund, Anna og Magne Strandberg, «Conclusions on Civil Procedure and Harmonisation of Law», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), *Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties*, Intersentia (Cambridge 2019), s. 221-232

Nylund, Anna, «The structure of civil proceedings – convergence through the main hearing model?», *Civil Procedure Review* nr. 2 (2018), s. 13-39

Nylund, Anna, «Introduction to the Preparatory Stage of Civil Proceedings», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016), s. 1-15

Nylund, Anna, «Preparatory Proceedings in Norway: Efficiency by Flexibility and Case Management», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *Current Trends in Preparatory Proceedings*, Springer (Sveits 2016), s. 57-79

Nylund, Anna, «Access to Justice: Is ADR a Help or Hindrance», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation*, Springer (Sveits 2014), s. 325-344

Nylund, Anna, «Conclusions on the Future of Civil Litigations in the Nordic Countries», Laura Ervo og Anna Nylund (red.), *The Future of Civil Litigation*, Springer (Sveits 2014), s. 409-428

Nylund, Anna, «Europeanization of Norwegian Civil Procedure», Volker Lipp og Halvard Haukeland Fredriksen (red.), *Reforms of Civil Procedure in Germany and Norway*, Mohr Siebeck (Tübingen 2011), s. 125-134

Nylund, Anna, «Europeisering av sivilprosessen», Jon Petter Rui (red.), *Rettshjelp fra kyst til vidde – Festskrift til Jusshjelpa i Nord-Norge 20 år*, Gyldendal Akademisk (Oslo 2009), s. 201-216

Nylund, Anna, *Tillgången till den andra instansen i tvistemål*, Suomalainen Lakimiesyhdistys (Helsinki 2006)

Omura, Masahiko, «General Report – Effective Access to Justice: The Right to Access to Justice and Public Responsibilities», *International Association of Procedural Law* (2014), s. 233-245

Owe, Stein, «Særregler for arbeidsrettslige tvister og ved begjæring om konkurs fra arbeidstaker», *Arbeidsrett* nr. 1 (2016), s. 127-136

Peczenik, Aleksander, «Juridikens allmänna läror», *Svensk Juristtidning* (2005), s. 249-272

Pedersen, Jussi Erik, *Begrunnelse av rettsavgjørelser*, Universitetsforlaget (Oslo 2016)

Petersen, Lars Lindenchrone og Erik Werluff, *Dansk retspleje: civil-, faged-, skifte- og straffeprocessen*, Karnov Group (København 2017)

Prince, Sue, «Mediating small claims: are we on the right track?», *Civil Justice Quarterly* (2007), s. 328-340

Rainey, Bernadette, Elisabeth Wicks og Clare Ovey, Jacobs, White & Ovey – *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (Oxford 2014)

Resnik, Judith, «Managerial Judges: The Potential Costs», *Public Administration Review* nr. 45 (1985), s. 686-690

Reusch, Christian, «Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile saker», Gunnar Bergby mfl. (red.), *Rettsavklaring og rettsutvikling: festskrift til Tore Schei på 70-årsdagen*, Universitetsforlaget (Oslo 2016), s. 165-183

Reusch, Christian, «*Anne Robberstad: Sivilprosess*. Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Bergen 2009. 365 s.», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 1 (2010), s. 193-208

van Rhee og R.R. Verkerk, «The Netherlands: a no-nonsense approach to civil procedure reform», C.H. van Rhee og Y. Fu. Dordrecht (red.), *Civil litigation in China and Europe. Essays on the role of the judge and the parties*, Springer (Dordrecht 2014), s. 259-280

van Rhee, C.H., «Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective», X.E. Kramer og C. H. van Rhee (red.), *Civil Litigation in a Globalising World*, T. M. C. Asser Press (Nederland 2012), s. 39-63

van Rhee, C.H., «Introduction: In within a Reasonable Time – The History of Due and Undue Delay in Civil Litigation», *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, Vol. 28 (2010), s. 7-33

Rhode, Deborah L., *Access to Justice*, Oxford University Press (New York 2004)

Ristvedt, Per M. og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte ‘discovery’», *Tidsskrift for forretningsjus* nr. 2 (2015), s. 105-178

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, Fagbokforlaget (Bergen 2018)

Robberstad, Anne, «Hagerup, prosessen og den nye tvistemålsloven», Sverre Blandhol og Dag Michalsen (red.), *Rettsforsker, politiker, internasjonalist: Perspektiver på Francis Hagerup*, *Oslo Studies in Legal History* no. 25 (2007), s. 193-203

Robberstad, Anne, «Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten», *Lov og Rett* nr. 4 (2002), s. 195-223

Rui, Jon Petter, «Komparasjon innen strafferett og -prosess», *Tidsskrift for strafferett* nr. 4 (2009), s. 434-468

Rui, Jorun I., *Mistenktes innsyn i straffesaken: I spenningsfeltet mellom tillit og kontroll*, Universitetsforlaget (Oslo 2017)

Ryssdal, Anders, «Aktiv dommerstyring», *Lov og Rett* (2006), s. 129-130

Rønneberg, Anne Lise, «Tilsynsutvalget for dommere – overvåker av god dommerskikk», Arne Fanebust m.fl. (red.), *Juss og etikk*, Universitetsforlaget (Oslo 2005), s. 129-149

Sandgren, Claes, «Är rättsdogmatiken dogmatisk?», *Tidsskrift for rettsvitenskap* nr. 4-5 (2005), s. 648-656

Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights: A commentary*, Oxford University Press (Oxford 2015)

Schei, Tore, «Norges Høyesterett ved 200-årsjubileet», Tore Schei, Jens Edvin A. Skoghøy og Toril M. Øye (red.), *Lov, sannhet, rett – Jubileumsskrift til Norges Høyesterett 200 år*, Universitetsforlaget (Oslo 2015), s. 1-42

Schei, Tore, m.fl., *Twisteloven: Kommentartutgave Bind I, 2. Utgave*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)

Schei, Tore, m.fl., *Twisteloven: Kommentartutgave Bind II, 2. Utgave*, Universitetsforlaget (Oslo 2013)

Schei, Tore, *Twistemålsloven: lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6, 1915: med kommentarer: B.1: §§ 1-182*, Tano Aschehoug (Oslo 1998)

Settem, Ola Johan, *Applications of the «Fair Hearing» Norm in ECHR Article 6(1) to Civil Proceedings*, Springer (Tyskland 2016)

Siems, Mathias, *Comparative Law*, Cambridge University Press (Cambridge 2014)

Silver, Jonathan og Trevor C. W. Farrow, «Canadian Civil Justice: Relief in Small and Simple Matters in an Age of Efficiency», *Erasmus Law Review* nr. 4 (2015), s. 232-244

Silvestri, Elisabetta, «Italy: Civil Procedure in Crisis», C.H. van Rhee og Fu Yulin (red.), *Civil Litigation in China and Europe*, s. 235-255

Sjövall, Fredrik og Samuel Rudvall, *De europeiska civilprocessförordningarna: en kommentar*, Norstedts juridik (Stockholm 2018)

Skeie, Jon, *Den norske civilproces Bind 1*, O.Norli (Oslo 1939)

- Skoghøy, Jens Edvin A., Rett og rettsanvendelse, Universitetsforlaget (Oslo 2018)
- Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, Universitetsforlaget (Oslo 2017)
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Menneskerettighetenes stilling etter Grunnloven», Lov og Rett, nr. 4 (2015), s. 195-196
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», Jussens Venner nr. 4 (2014), s. 297-339
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Dommerrollen gjennom de siste 50 år – noen utviklingstrekk», Lov og Rett nr. 1-2 (2011), s. 4-24
- Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av utenlandske rettsavgjørelser som argument ved rettsanvendelsen», Rett og Toleranse: Festskrift til Helge Johan Thue, Torstein Frantzen mfl. (red), Gyldendal akademisk, (Oslo 2007), s. 564-574
- Skoghøy, Jens Edvin A., Tvisteløsning, Universitetsforlaget (Oslo 2001)
- Solum, Lawrence B., «Procedural Justice», Southern California Law Review, 78 (2004), s. 181-321
- Sorabji, John, «An Examination of the Influence of European Union Law», Anna Nylund og Magne Strandberg (red.), Civil Procedure and Harmonisation of Law. The Dynamics of EU and International Treaties, Intersentia (Cambridge 2019), s. 89-100
- Sorabji, John, «Austerity's Effect on English Civil Justice», Erasmus Law Review nr. 4 (2015), s. 159-173
- Sorabji, John, «The Crisis of Legal Aid and Alternative Solutions», International Association of Procedural Law (2014), s. 341-367
- Spaak, Torben, «Rättspositivism och juridisk metod», Maria Nääv og Mauro Zamboni (red.), Juridisk metodlära (Lund 2018), s. 47-78
- Storskrubb, Eva og Jacques Ziller, «Access to Justice in European Comparative Law», Francesco Francioni (red.), Access to Justice as a Human Right, Oxford University Press (New York 2007), s. 177-203
- Strandberg, Magne, Beviskrav i sivile saker, Fagbokforlaget (Bergen 2012)

- Strandberg, Magne, Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part, *Jussens Venner* nr. 3 (2011), s. 165-181
- Stridbeck, Ulf, «Muntlighet ved domstol i Norge», Eric Bylander og Per Henrik Lindblom (red), *Muntlighet vid domstol i Norden*, Iustus (Uppsala 2005), s. 87-130
- Sundet, Norunn Løkken, «Oversikt over reglene om sakskostnader», *Jussens Venner* (2018), s. 399-417
- Thornburg, Elizabeth G. «The Managerial Judge Goes to Trial», *University of Richmond Law Review* nr. 4 (2010), s. 1261-1325
- Torafson, Hjörtur, «Småsaksprosess», *Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet Del 1* (Oslo 1999), s. 53-76
- Tronson, Brenda, «Towards Proportionality – The ‘Quick, Cheap and Just’ Balance in Civil Litigation», Colin B. Picker og Guy Seidman (red.), *The Dynamism of Civil Procedure – Global Trends and Developments*, Springer (Cham, Sveits 2016), s. 183-202
- Tørum, Amund Bjøranger og Ingvald Falch, «Bør tvisteloven legge bedre til rette for ‘storkravprosess’», *Lov og Rett* nr. 5 (2015), s. 315-317
- Ulsted, Tor André, «Fagkyndige meddommere i sivile rettssaker», *Lov og Rett* nr. 4 (2014), s. 229-243
- Uzelac, Alan, «Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World – Global Developments – Towards Harmonisation (and Back) », *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems*, Springer (Sveits 2014), s. 3-31
- Vangsnes, Jørgen, *Sivilprosess i et nøtteskall*, Gyldendal (Oslo 2018)
- Voet, Stefaan, «Relief in Small and Simple Matters in Belgium», *Erasmus Law Review* nr. 4 (2015), s. 147-158
- Waage, Frederik, *Det offentlige som procespart: Forvaltningsrettens virkning i civilprocessen*, Karnov Group (København 2017)
- Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*, Iustus (Uppsala 2015)
- Welstad, Trond, «Nils Kristian Sundbys *Om normer* 30 år etter. En ny generasjon jurister – fortsatt aktuell?», *Kritisk juss* nr. 2 (2013), s. 83-106

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, Norstedts juridik (Stockholm 2013)

Westberg, Peter, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik (Stockholm 2010)

Woo, Margaret, «Comparative Law: A Plurality of Methods», Loïc Cadiet, Burkard Hess og Marta Requejo Isidro (red.), *Approaches to Procedural Law: The pluralisms of Methods*, Nomos Verlagsgesellschaft (Baden-Baden 2017), s. 47-64.

Yngvesson, Barbara og Patricia Hennessey, «Small Claims, Complex Disputes: A Review of the Small Claims Literature», *Law & Society Review*, vol. 9, 1975, s. 219-274

Zetterström, Stefan og Anna-Sara Lind, *Offentlig rätt*, Liber (Stockholm 2016)

Zuckerman, Adrian A.S. «Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure», Adrian A.S. Zuckerman (red.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press (Oxford 1999), s. 3-52

Øyen, Ørnulf, «Prosessuell preklusjon i sivilprosess», *Jussens Venner* nr. 4 (2014), s. 187-221

Øyen, Ørnulf, «Prosessuell preklusjon i småkravprosess», *Lov og Rett* nr. 1-2 (2010), s. 76-81

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Fagbokforlaget (Bergen 2018)

Aall, Jørgen, «Waiver of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III) », *Nordic Journal of Human Rights* (2010), s. 300-370

Internetthenvisinger og annet:

Advokaten nr. 12 (2018), s. 46-47

Din Side, artikkel om TOSLO-2018-13450:

<https://www.dinside.no/okonomi/band-avlyste---festival-ma-dekke-kundens-dagspass/70451661> (sist sett 25. januar 2019)

Domstolsadministrasjonen, Domstolenes aktørportal:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/aktorportalen/20180913-handbok-aktorportalen-versjon-6.pdf> (sist sett 25. januar 2019)

Domstolsadministrasjonen, «Videreutvikling av Aktørportalen»:

<https://www.domstol.no/no/domstolenes-aktorportal/videreutvikling-av-aktorportalen/> (sist sett 25. januar 2019)

Domstolsstyrelsens « Statistikk for civile saker – 2017: Modtagne og avsluttede civile saker»:

http://www.domstol.dk/om/talogfakta/statistik/Documents/Civile%20sager/2017/Civile%20sager_byretter%202017%20-%20modtagne%20og%20afsluttede%20sager.pdf (sist sett 25. januar 2019)

Domstolsverket – Sveriges Domstolars domstolsstatistikk 2017:

http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2017.pdf (sist sett 25. januar 2019)

Ebays tvisteløsningsmulighet:

<https://www.ebay.com/help/buying/default/ask-ebay-to-step-in?id=4701> (sist sett 25. januar 2019)

Europakommisjonens ODR-plattform:

<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.show> (sist sett 25. januar 2019)

EØS-komiteens beslutning nr. 181/2012, 28. september 2012

Forliksrådets hjemmeside:

http://www.forlikssraadet.no/index.php?page_id=30 (sist sett 25. januar 2019)

Informasjonsskriv fra byretten i East Liverpool, Ohio:

http://www.elcourt.org/Forms/small_claims.pdf (sist sett 25. januar 2019)

Juristen nr. 7 (2018), s. 24-25

Juristkontakt nr. 5 (2016) Intervju med Ruth Anker Høyen i Juristkontakt, s. 24-26

Lovdatas informasjonsside for rettskildesøket «Tingretter – sivile»:

<https://lovdata.no/pro/#rettskilder> (sist sett 25. januar 2019)

Lov og Rett nr. 4 2016, Volum om «storkravsprosess» som er behandlet som en helhet.

Norges Domstolers informasjonsside om småkravsprosess:

<https://www.domstol.no/no/Sivil-sak/Sakstyper/Smakravsprosess/> (sist sett 25. januar 2019)

Norges Domstolers skjemaside:

<https://www.domstol.no/no/arv-og-skifte/dodsfall-og-arv/skjema/> (sist sett 25. januar 2019)

Norske Konsertarrangørers omtale av TOSLO-2018-13450:

<https://www.konsertarrangor.no/nyhetsarkiv/2018/etterspill-rettsak-om-refusjon-av-festivalbilletter-ved-konsertavlysning/> (sist sett 25. januar 2019)

Ontarios informasjonsside om småkrav:

<https://www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca/english/courts/scc/> (sist sett 25. januar 2019)

Oslo tingretts «Retningslinjer for behandling av småkravssaker i Oslo tingrett»:

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/obyr/internett/brosjyrer/retningslinjer-sivile-saker-smakrav.pdf> (sist sett 25. januar 2019)

Oversettelse av ZPO:

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (sist sett 25. januar 2019)

SpareBank1s generelle forsikringsvilkår for innboforsikring:

https://www.sparebank1.no/nb/bank/privat/forsikring/innboforsikring/_jcr_content/par/progressive_disclosu/progressive-disclosure-par/download/file.res/Innboforsikring.PDF (sist sett 25. januar 2019)

Store norske leksikon, søkeord «plikt»:

https://snl.no/plikt_-_filosofi (sist sett 25. januar 2019)

Sør-Trøndelag tingretts høringsuttalelse til endringer i tvisteloven, 17.10.2018

Quebecs informasjonsside om småkrav:

<https://www.justice.gouv.qc.ca/en/your-disputes/small-claims/maximum-amount-of-claim/#> (sist sett 25. januar 2019)

Årsstatistikk for tingrettene (2017):

<https://www.domstol.no/globalassets/upload/da/internett/domstol.no/domstoladministrasjonen/statistikk/statistikk-2018/arsstatistikk--forsteinstans-2017.pdf> (sist sett 25. januar 2019)