



# **Proporsjonalitetsprinsippet i tvisteloven**

*av Agnetha J. Åsheim*

*Stor masteroppgave i rettsvitenskap  
ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet  
Våren 2008*

<b>1. INNLEDNING .....</b>	<b>6</b>
1.1 Bakgrunn .....	6
1.2 Avhandlingens tema, problemstilling og avgrensning .....	8
1.3 Historie - sivil lovgivning i norsk rett .....	9
1.4 Internasjonal påvirkning .....	10
1.4.1 Påvirkning fra andre land .....	10
1.4.2 Internasjonale konvensjoner .....	11
1.5 Forarbeider .....	12
1.6 Plan for den videre fremstilling .....	12
<b>2. LOVREFORM OG INNFØRING AV NYE PRINSIPPER.....</b>	<b>13</b>
2.1 Reformbehov .....	13
2.2 Tvistelovens hovedfunksjoner og formål .....	14
2.3 Tvisteloven medfører endringer i vektning av prinsipper .....	16
2.4 Aktiv saksstyring .....	17
2.4.1 Skjerpelse av plikten til aktiv saksstyring etter tvisteloven .....	17
2.4.2 Planmøtet og sluttinnlegg .....	18
2.4.3 Krav til dommere og advokater .....	19
2.4.4 Prosessøkonomi .....	20
<b>3. SMÅKRAVSPROSESS .....</b>	<b>24</b>
3.1 Innledning .....	24
3.2 Småkravsprosess i utlandet .....	25
3.2.1 Hvem kan Norge sammenlignes med .....	25
3.2.2 Sverige .....	26
3.2.3 Danmark .....	26
3.2.4 Løsning av småkrav utenfor Norden .....	27
3.3 Småkravsprosess – en enklere og hurtigere prosess enn allmennprosessen .....	28
3.4 Forlikrådsbehandling av småkrav .....	31
3.4.1 Uenighet under lovforberedelsen .....	31

3.4.2	Innføring av nærmest obligatorisk forliksrådsbehandling av småkrav .....	32
3.4.3	Rettsikkerheten .....	32
3.5	Anvendelsesområdet for småkravsprosess .....	35
3.5.1	Hovedregel .....	35
3.5.2	Økonomisk verdi – grunnlag for prosesspor .....	36
3.5.3	Anvendelsesområdet og rettsikkerhet .....	38
3.6	Retts hjelp .....	39
3.6.1	Begrensning i dekning av omkostninger til retts hjelp .....	39
3.6.2	Hvordan er muligheten til å benytte advokat i småkravsprosessen .....	40
3.6.3	Selvprosederende parter og tvistelovens hovedfunksjon .....	43
3.7	Materiell prosessledelse .....	44
3.7.1	Ordlyden gir rett til materiell prosessledelse .....	44
3.7.2	Selvprosederende parter medfører en forutsetning om materiell prosessledelse ....	45
3.7.3	Medfører forutsetningen om materiell prosessledelse også en plikt .....	47
3.8	Enkel og rask prosess – bedre enn ingen prosess .....	49
3.9	Småkravsprosess på bakgrunn av erfaringer fra Nord-Troms tingrett .....	51
3.9.1	Det behandles få saker for småkravsprosess .....	51
3.9.2	Praktiske konsekvenser og utfordringer for domstolen .....	52
a)	<i>Prioritering av småkravssaker?</i> .....	52
b)	<i>Selvprosederende parter og hovedregelen om to til tre timers muntlig sluttbehandling</i> .....	53
c)	<i>Store krav til dommeren</i> .....	53
<b>4.</b>	<b>BEVISA VSKJÆRING OG BEGREN SNING I DEKNING AV SAKSKOSTNADER UT I FRA PROPORSJONALITET .....</b>	<b>54</b>
4.1	Noen utgangspunkter .....	54
4.2	Proporsjonalitetsvurderingen etter § 21-8 .....	56
4.2.1	Tolkning av lovtekst .....	56
a)	<i>Bestemmelsen ordlyd</i> .....	56
b)	<i>Øvrig lovtekst</i> .....	59
c)	<i>Sammenfatning av tolkning av lovtekst</i> .....	60
4.2.2	Tolkning av forarbeider .....	61

a) Uttalelser i forarbeidene.....	61
b) Partens interesse.....	61
c) Saker av prinsipiell betydning.....	64
d) Partenes felles enighet.....	66
e) Sammenfatning av tolkning av forarbeider.....	67
4.2.3 Tolkning av rettspraksis.....	67
a) Rettskildemessig verdi.....	67
b) Gjennomgang av praksis.....	67
c) Sammenfatning av tolkning av rettspraksis.....	70
4.2.4 Oppsummering av proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av rettskildene.....	70
a) Proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av rettskildene.....	70
b) Forsøk på oppstilling av regelen.....	72
4.3 Betydningen av § 21-8 for kostnadsnivået.....	74
4.4 Proporsjonalitetsbegrensning i bevisføring i småkravsprosess i forhold til allmennprosess.....	75
4.4.1 Tidspunkt for avskjæring.....	75
4.4.2 Adgang til avskjæring.....	76
4.5 Begrensning i dekning av saksomkostninger ut i fra proporsjonalitet.....	78
4.5.1 Bestemmelsens innhold.....	78
4.5.2 Hensyn bak bestemmelsen.....	78
4.5.3 Proporsjonalitetsvurderingen etter § 20-5.....	80
a) Hva skal proporsjonalitetsvurderingen knytte seg til.....	80
b) Hvordan er vurderingen knyttet til bevisføring i "etterkontrollen" i § 20-5 i forhold til "førkontrollen" i § 21-8.....	81
4.5.4 Overprøving av avgjørelse etter § 20-5.....	83
<b>5. BEGRENSNING I ADGANGEN TIL ANKE.....</b>	<b>86</b>
5.1 Noen utgangspunkter.....	86
5.2 Begrensning i overprøvingsadgangen for kjennelser og beslutninger.....	87
5.2.1 Kjennelser.....	87
5.2.2 Beslutninger.....	89
5.3 Samtykke for fremming av anke i formuessaker under kr 125 000.....	93

5.3.1	Endringer i forhold til tvistemålsloven.....	93
5.3.2	Samtykkevurderingen.....	94
	<i>a) Momenter som ordlyd og forarbeid gir anvisning på.....</i>	<i>94</i>
	<i>b) Andre momenter som kan være relevant på bakgrunn av proporsjonalitetstankegangen.....</i>	<i>95</i>
	<i>c) Hvor bør terskelen for samtykke settes .....</i>	<i>96</i>
	<i>d) Etter at ankeforhandlingen er startet kan samtykke likevel nektes.....</i>	<i>97</i>
5.3.3	Opphevelse som alternativ til samtykke i småkravssaker.....	98
5.3.4	Rettens fastsettelse av tvistegjenstandens verdi .....	100
5.3.5	Krav til begrunnelse av beslutning om å nekte ankesamtykke .....	100
5.4	Nektelse av anke som ”klart” ikke kan føre frem .....	101
5.4.1	Vilkår for nektelse og overprøving av nektelsen. ....	101
5.4.2	Begrunnelsen for regelen .....	102
5.4.3	Bakgrunnen for at det i straffesaker nå gjelder et krav om begrunnelse av ankenektelser.....	104
5.4.4	Anvendelse av ankesilingsregelen i sivile saker i forhold til i straffeprosessen ...	106
5.4.5	Hensyn for at det også i sivile ankenektelser bør kreves begrunnelse .....	107
5.4.6	Må det på bakgrunn av EMK også for sivile saker kreves at ankenektelser begrunnes?.....	109
	<i>a) Det rettslige spørsmål.....</i>	<i>109</i>
	<i>b) Er ankenektelse etter en ankebehandling etter nasjonal rett.....</i>	<i>110</i>
5.5	Proporsjonalitetsprinsippets gjennomslag ved utforming av ankereglene.....	113
<b>6.</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>114</b>
<b>7.</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>117</b>

# 1. INNLEDNING

## 1.1 Bakgrunn

Lov 17. juni nr. 90 2005 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) trådte i kraft 1. januar 2008. Loven medfører en del endringer i forhold til lov 13. august nr. 6 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven). Tvisteloven er bygget opp rundt ivaretagelsen av en rekke hensyn og prinsipper. Det er fortsatt grunnleggende hensyn at den sivile rettergang skal gjennomføres forsvarlig, fremme det materielle riktige resultat og skape tillit til domstolen. Men tvisteloven legger opp til at disse hensyn i større grad enn tidligere avveies mot hensynet til å få saken avgjort innen rimelig tid med akseptable omkostninger. Tvisteloven er bygget opp ut i fra en målsetting om at den sivile rettergang skal avvikles på en raskere og rimeligere måte. Ved at kostnadene senkes, er tanken at terskelen for å bringe saker inn for retten skal bli lavere slik at flere små saker bringes inn for domstolene. Loven skal bidra til en større grad av rettsavklaring og en riktigere tvisteløsning.<sup>1</sup> Det er i loven lagt større vekt på at partene skal kunne komme til en minnelig løsning, og det er lagt større vekt på saksforberedelse. Det er også innført et prinsipp om en mer aktiv dommerstyring av prosessen samt et gjennomgripende proporsjonalitetsprinsipp.

I proporsjonalitetsprinsippet står prosessøkonomien i forhold til partene og samfunnet sentralt. I vurderingen må det også tas hensyn til at en sak kan ha prinsipiell betydning for andre enn partene. I proporsjonalitetstankegangen ligger også at viktige tvister for den enkelte og samfunnet, må sikres en særlig trygg behandling.<sup>2</sup>

I forarbeidene er det uttalt at de tiltak som kan føre til at prosessen blir mindre kostbar, skal gis størst vekt ved utformingen av den nye prosessloven, og at et prinsipp om proporsjonalitet er det som antas å ville få størst betydning for kostnadsnivået for partene.<sup>3</sup> Forarbeidene

---

<sup>1</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), s. 13.

<sup>2</sup> NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A, s. 133 første spalte.

<sup>3</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 42 første spalte.

uttaler at ”håndteringen av den enkelte sak skal gjennomføres av et proporsjonalitetsprinsipp”.<sup>4</sup>

Det følger av formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 første ledd at:

”Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.”

For å oppnå lovens formål i første ledd skal ”saksbehandlingen og kostnadene stå i et rimelig forhold til sakens betydning”, jf. § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt. I dette ligger det et prinsipp om proporsjonalitet som går ut på at prosessen skal tilpasses sakens verdi og viktighet. Mindre viktige saker skal avgjøres raskere og rimeligere enn saker av større betydning.

Justisdepartementet uttaler at det er ”viktig at dette prinsippet både kommer til uttrykk i generelle regler og konkretiseres i forslaget til et særskilt prosesspor for saker om mindre verdier, småkravsprosessen, ...”<sup>5</sup>. Forarbeidene trekker også frem andre regler der prinsippet har gitt seg utslag; regelen som gir retten mulighet til å fastsette tidsrammer for de ulike deler av hovedforhandlingen, at gjennomgåelse av bevis skal gjøres enklere og bestemmelsen som gir dommeren mulighet til i større grad enn etter tidligere rett å avskjære bevis ut i fra en proporsjonalitetsvurdering. I tillegg nevnes begrensningen i retten til overprøving og reglene om forenklet domsbehandling som delvise utslag av prinsippet.<sup>6</sup> Tore Schei mfl. uttaler at ”sterkest kommer hensynet til proporsjonalitet til uttrykk ved den begrensning som har skjedd i ankeretten samt i reglene om småkravsprosess”.<sup>7</sup> Aktiv saksstyring, bevisavskjæring, begrensning av saksomkostninger og småkravsprosess, trekkes frem av Mæland, som de regler som viser proporsjonalitetsprinsippets vekt.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 13 annen spalte.

<sup>5</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 42 første spalte.

<sup>6</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 42 første spalte.

<sup>7</sup> Tore Schei mfl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, Oslo 2007 s. 25.

<sup>8</sup> Henry Johan Mæland, *Kort Prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, Bergen 2006 s. 33.

## 1.2 Avhandlingens tema, problemstilling og avgrensning

Avhandlingen skal gjennomgå og drøfte de viktigste utslag av proporsjonalitetsprinsippet. Herunder vil avhandlingen reise problemstillinger i tilknytning til reglene som er gitt på bakgrunn av hensynet til proporsjonalitet. Avhandlingen skal undersøke hvordan partslikskapsprinsippet og rettssikkerhetshensynet er avveid mot proporsjonalitetsprinsippet og fokuset på en hurtigere og rimeligere prosess. For å få belyst de praktiske utslag av proporsjonalitetsprinsippet vil en kilde i avhandlingen være samtale med nestleder i Nord-Troms tingrett, Unni Sandbukt.

Lovgiver ønsker at tvisteloven skal virke som en reform av den sivile prosessen. Avhandlingen vil kunne være med å belyse om prinsippet er egnet til å ivareta de hensyn og formål som ligger bak. Og om disse formål og hensyn kan forsvare den vekt prinsippet har fått i tvisteloven.

Det viktigste og mest konkrete utslaget av prinsippet må sies å komme til uttrykk gjennom en av lovens nyvinninger, småkravsprosess. Dette er et eget prosessspor for små og middels store saker. Saker utenom dette vil behandles etter den ordinære allmennprosess. I tvisteloven er det også innført en nytt prosessspor for gruppesøksmål. Spesialprosess er en fjerde type betegnelse på spesielle prosessregler for egne sakstyper.

Et annet viktig utslag av proporsjonalitetsprinsippet er at prinsippet direkte kan begrense adgangen til å føre bevis etter § 21-8. I tillegg kan utmålingen av erstatning for saksomkostninger settes ned på bakgrunn av proporsjonalitetsbetraktninger.

Proporsjonalitetsprinsippet er også hovedhensynet bak begrensningene i ankeadgangen etter kapittel 29.

Etter § 29-13 første ledd kreves samtykke for fremming av anker under kr 125 000. Ankesummen er således hevet i forhold til tvistemålsloven som krevde samtykke for anker under 50 000.



Etter § 29-13 annet ledd er det innført en nyvinning som medfører at retten kan nekte anker som den mener ”klart” ikke vil føre frem. Ankesamtykke og ankenektelse gjelder for bare for dommer. Men det er imidlertid også innført en begrensning i adgangen til å angripe beslutninger og kjennelser om saksbehandling. Paragraf 29-3 annet ledd begrenser ankegrunnene for enkelte kjennelser. Tredje ledd begrenser i betydelig grad ankegrunnene for beslutninger.

På denne bakgrunn vil avhandlingen drøfte og reise problemstillinger i tilknytning til småkravsprosess, bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet, nedsettelse av dekning av sakskostnader på bakgrunn proporsjonalitet og begrensninger i adgangen til anke.

Prinsippet om aktiv saksstyring henger sammen med proporsjonalitetsprinsippet og skal derfor også behandles.

Proporsjonalitetsprinsippet er også kommet til uttrykk gjennom en rekke enkeltbestemmelser i loven. Ettersom prinsippet er kommet til uttrykk i lovens formålsbestemmelse, skal prinsippet generelt være et moment i de skjønsmessige vurderingen retten foretar. Dette vil for eksempel gjelde i vurderingen av muntlig eller skriftlig saksbehandling, adgangen til å beslutte fjernmøter/fjernavhør, tidsrammer for hovedforhandlingen, rettens sammensetning, bruk av sakkyndige eller når tidsrammer for hovedforhandlingen skal fastsettes. Avhandlingen vil ikke behandle denne type utslag av proporsjonalitetsprinsippet.

Avhandlingens problemstilling er:

Proporsjonalitetsprinsippet i tvisteloven.

### **1.3 Historie - sivil lovgivning i norsk rett**

Fra den eldste tid var det ikke et prinsipielt skille mellom sivile saker og straffesaker, men det ble tidlig utviklet forskjeller for behandlingen av sakene. Prosessreglene var imidlertid de samme helt frem til vedtakelsen av straffeprosessloven i 1887. Magnus Lagabøters landslovbok skapte fra 1270-årene rettsenhet ved at denne ble vedtatt på de forskjellige lagtingene. Først ved vedtakelsen av Norske Lov i 1687 ble det materielle innhold endret i

større grad.<sup>9</sup> Rettergangsformen i Norske Lov bygde på eldre rettspraksis og foreskrev i hovedsak en muntlig form. Men loven åpnet for skriftlighet, og med tiden utviklet det seg til at alt foregikk skriftlig, bortsett fra behandlingen for Høyesterett. Den skriftlige prosessen medførte sendretktighet og i 1797 ble det derfor innført forligelseskommisjoner. Disse hadde bare meklingskompetanse og ikke avgjørelseskompetanse. Ved tvistemålsloven av 1915, som trådte i kraft i 1927, fikk forliksrådene domskompetanse.<sup>10</sup>

Innføringen av straffeprosessloven i 1887 tydeliggjorde reformbehovet i sivilprosessen; forskjellen mellom de to prosessene var på dette tidspunkt blitt svært stor. Det hadde innenfor sivilprosessen utviklet seg til en utelukkende skriftlig behandling som var svært tidskrevende. En sak kunne versere i flere år uten at dommeren fikk se verken parter eller vitner. Arbeidet med en ny sivilprosesslov ble startet i 1891 da Civilproceslovkommisjonen ble oppnevnt. I Ot.prp. nr. 1 (1910) ble svakhetene ved systemet kartlagt. Departementet ønsket at den sivile prosessen i likhet med straffeprosessen skulle bygge på muntlighet og bevisumiddelbarhet. Allerede da var lovgiver opptatt av at kostnadene ved prosessen måtte holdes nede. Reformen skulle medføre større prosessenergi og mer konsentrasjon. I tillegg skulle muntlighet føre til bedre saksstyring fra dommeren, og bevisumiddelbarhet skulle gi sikrere resultater. Som et resultat av Civilproceslovkommisjonens arbeid ble domstolloven, tvistemålsloven og tvangsfullbyrdelsesloven vedtatt 13. august 1915.<sup>11</sup> Tvistemålslovens utvidelse av forliksrådets saklige kompetanse var den største endringen av tvistemålsloven siden vedtakelsen i 1915 og frem til tvisteloven som trådte i kraft i 2008. I 1986 ble reglene om forenklet rettergang innført, men disse reglene har vært lite brukt i praksis. Menneskerettighetene har også medført endringer i tvistemålsloven siden vedtakelsen. Dette omtales i avsnitt 1.3.<sup>12</sup>

## **1.4 Internasjonal påvirkning**

### **1.4.1 Påvirkning fra andre land**

---

<sup>9</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 118–119 første spalte.

<sup>10</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 120 siste spalte og s. 121 første spalte.

<sup>11</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 122–124 første spalte.

<sup>12</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 126.

Da tvistemålsloven ble innført i 1915, var oppfatningen at denne prosessordningen var et kontinentalt prosesssystem. Men muntligheten som preget prosessreglene, kan spores til engelsk rett. Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at dagens sivilprosess ikke ligner særlig mer på tysk rett enn på engelsk rett. Forarbeidene peker på at man i Tyskland har fjernet seg fra muntlighet i mye større grad enn i norsk rett. Det uttales videre at norsk sivilprosess har flest likhetstrekk med svensk og dansk rett, og at det derfor er naturlig å plassere den norske prosessordningen i en nordisk modell som ligger mellom den engelske modellen og de kontinentale. Forarbeidene fremholder videre at det særlig er den danske retsplejeloven som er lik det norske prosesssystemet.<sup>13</sup>

### **1.4.2 Internasjonale konvensjoner**

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) inkorporerer jf. § 2 fire viktige menneskerettighetskonvensjoner. Dette er FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966, FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 16. desember 1966, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950 og konvensjon av 20. november 1989 om barns rettigheter. Konvensjonene gjelder direkte som norsk rett. Det følger av menneskerettsloven § 3 at konvensjonsbestemmelsene ved motstrid med norsk lov, vil gå foran. Konsekvensen av dette er at så langt disse konvensjonene har betydning for sivile saker, vil de supplere reglene i tvisteloven og ved eventuell motstrid gå foran.

De viktigste konvensjonsbestemmelsene for den sivile rettergangen er SP artikkel 14 nr. 1 og EMK artikkel 6 nr. 1. De to konvensjonenes regulering er innbyrdes uavhengig. Avhandlingen vil ikke behandle SP artikkel 14. På de fleste viktige områder vil uansett innholdet i de to konvensjonsbestemmelsene i praksis langt på vei være sammenfallende. Men det foreligger langt mer avklarende praksis i etter EMK artikkel 6 nr. 1. De krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til en ”rettferdig rettergang” omtales i de deler av avhandlingen det er aktuelt.

Tvisteloven gjelder i henhold til § 1-2 ”med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Formålet med den generelle

---

<sup>13</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 124–125 første spalte.

folkerettsreservasjonen er å sikre at saksbehandlingen er i overensstemmelse med folkerettslige regler som Norge er bundet av. Luganokonvensjonen er den viktigste internasjonale føringen for de norske prosessreglene. Paragraf 1-2 har ingen selvstendig betydning for konvensjoner som er inkorporert i norsk rett.<sup>14</sup>

## 1.5 Forarbeider

Twistemålsutvalget som ble nedsatt i 1999, avgav i 2001 innstilling til ny lov om meglings og rettergang i sivile saker – NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A og Bind B. Utvalget ble ledet av Tore Schei, som da var dommer i Høyesterett. I dag er han høyesterettsjustitiarius. Justisdepartementet la i 2005 frem forslag til tvistelov i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Denne ble godkjent av Kongen i statsråd 4. mars 2005. Det ble under stortingsbehandlingen ikke brukt mye tid på loven. Stortingets justiskomite avgav innstilling – Innst. O. nr. 110 (2004–2005) om lov om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven). Deretter ble loven vedtatt i Odelstinget og Lagtinget i løpet av få dager. Det ble ikke foretatt mye endringer i forhold til odelstingsproposisjonen. I tillegg har Justisdepartementet kommet med Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover).<sup>15</sup>

## 1.6 Plan for den videre fremstilling

Avhandlingen vil i kapittel 2 se på formålet med tvisteloven og bakgrunnen for det nye gjennomgående proporsjonalitetsprinsippet. I dette kapittelet vil også prinsippet om en mer aktiv dommerstyring behandles. I kapittel 3 vil avhandlingen behandle småkravsprosess. I kapittel 4 behandles bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet og begrensning i saksomkostninger ut i fra proporsjonalitet. Kapittel 5 omhandler begrensninger i adgangen til anke. Avhandlingens kapittel 6 inneholder avslutning.

---

<sup>14</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 130 første spalte og s. 180–181.

<sup>15</sup> Jens Edvin Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, Oslo 2007 s. 11–12.

## 2. LOVREFORM OG INNFØRING AV NYE PRINSIPPER

### 2.1 Reformbehov

Twistemålsloven er fra 1915 og bygger på de rettstanker som var på denne tiden. I forarbeidene til tvisteloven er det fremhevet at de endringer samfunnet har gjennomgått fra tiden på slutten av 1800-tallet, da lovforarbeidet foregikk, og frem til i dag har vært så betydelige at dette i seg selv er en god grunn til å vedta en ny prosesslov.<sup>16</sup> Det har vært en rekke endringer i tvistemålsloven siden vedtakelsen i 1915, men de grunnleggende prinsippene i loven har stått uforandret frem til i dag. I forarbeidene fremheves at det ikke kan tas for gitt at de samme prinsipper gjør seg gjeldende i dag som for over 100 år siden. Det uttales videre at det i dag er et problem at den sivile rettergangen er svært kostbar, og at dette utelukker flere samfunnsgrupper fra å bringe saker inn for retten.<sup>17</sup> Videre ble tvistemålsloven vedtatt lenge før menneskerettighetene ble satt på dagsorden, og loven var derfor utformet uten hensyn til EMK. Etersom Norge har forpliktet seg til EMK, er det nødvendig å ha en prosesslovgivning som ivaretar de krav EMK stiller til rettergangen. Forholdet til EMK utgjør et ”vesentlig behov for en total gjennomgang og oppdatering av sivilprosessreglene”.<sup>18</sup>

I kravet til ”fair trial” etter EMK artikkel 6 nr. 1, ligger at behandlingen må være forsvarlig. En forsvarlig saksbehandling skal fremme det materielt riktige resultat. Dette innebærer en grundig saksbehandling som opplyser saken fullstendig. I henhold til artikkel 6 nr. 1 følger det en rett til rettergang ”innen rimelig tid”. I kravet til en ”rettferdig rettergang” ligger det også et krav om en rimelig proporsjonalitet mellom tvistegjenstanden og saksbehandlingen. Dersom prosesskostnadene ikke står i forhold til tvistegjenstandens verdi, vil dette kunne føre til at krav ikke bringes inn for domstolen.<sup>19</sup> EMK artikkel 6 nr. 1 gir enhver rett til å få avgjort borgelige rettigheter og plikter (sivile tvistemål) ved en uavhengig og upartisk domstol. Dette omtales som ”access to justice” og er satt på dagsorden i internasjonal sammenheng. I dette

---

<sup>16</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 111.

<sup>13</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 111.

<sup>18</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 112.

<sup>19</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 132 første spalte.

ligger at borgerne skal ha en tilstrekkelig adgang til å få sine rettslige konflikter behandlet og avgjort ved domstolen.<sup>20</sup> En kostbar og langvarig prosess vil kunne føre til at domstolen ikke er egnet til å behandle mindre saker.

Det fremgår av forarbeidene at ”hos oss er kostnadene ved å føre en sivil rettssak meget betydelige, og behandlingstiden har vært vesentlig for lang ved mange domstoler.”<sup>21</sup>

Det er ikke ønskelig at partene må leve urimelig lenge i uvisshet i den tiden saken behandles av domstolen. I en konfliktsituasjon kan dette oppleves belastende for partene. Dette kan være med på å svekke tilliten til domstolen utad. Det høye kostnadsnivået og den lange behandlingstiden etter tvistemålsloven medførte et behov for å gjennomgå sivilprosessloven og reformere sivilprosessen.

Forarbeidene uttaler om tvisteloven at den er en ”betydelig reform som legger til rette for et kulturskifte i rettspleien og en tidsmessig behandling av sivile tvister”.<sup>22</sup>

## **2.2 Tvistelovens hovedfunksjoner og formål**

Tvistemålsutvalget trekker frem to hovedfunksjoner som den nye tvisteloven skal ha. For det første skal den fremme rettssikkerhet for den enkelte. For det andre skal loven ivareta samfunnets behov for at den materielle lovgiving slår igjennom.<sup>23</sup> Dette er også fulgt opp av Justisdepartementet.<sup>24</sup> Dette er kommet til uttrykk i lovens formålsbestemmelse, jf. § 1-1 første ledd første og annet punktum.

Rettsikkerhetsbegrepet har et komplekst innhold. I rettsikkerhet ligger det først og fremst en forsikring om at behandlingen skal være forsvarlig og grundig. Dette vil også være det viktigste for å fremme det materielle riktige resultat. På den ene siden avhenger en forsvarlig behandling av at det brukes noe tid på saken, men på den annen side må saken avgjøres innen rimelig tid.

---

<sup>20</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 317 første spalte.

<sup>21</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 112 første spalte.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) om lov om endringer i tvisteloven, s. 7.

<sup>23</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 127 første spalte.

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 35 første spalte.

Selv om hovedfunksjonene til tvisteloven er angitt å være rettssikkerhet og materielt riktige avgjørelser, er hovedformålet med den nye tvisteloven i odelstingsproposisjonen angitt å være ”å gi en mer effektiv sivil rettspleie som gir raskere, billigere og riktigere tvisteløsning for partene og bidrar til rettsavklaring”.<sup>25</sup> Rettssikkerhetshensynet og spesielt hensynet til det materielt riktige resultat kan komme i konflikt med målet om en rask og billig prosess. Sjansen for at det materielt riktige resultat ikke oppnås, er større jo mindre tid og ressurser det brukes i en sak. I forarbeidene uttales at de tiltak som vil gjøre prosessen mindre kostbar, bør tillegges mest vekt fordi departementet mener at det er dette som kan føre til at domstolen kan ivareta sine kjernefunksjoner på en bedre måte.<sup>26</sup> Forarbeidene ser ikke ut til å gå nærmere inn på hvordan en rask og effektiv prosess ivaretar tvistelovens uttalte hovedfunksjon; rettssikkerhet og fremming av det materielt riktige resultat.

Ved at kostnadsnivået for behandling av sivile saker senkes, ønsker lovgiver å oppnå at terskelen for å bringe rettsspørsmål inn for domstolen senkes. Dette er et utslag av borgernes krav på ”access to justice” etter EMK artikkel 6 nr. 1. Innføringen av proporsjonalitet i prosessen skal også bidra til mer prosessuell likestilling mellom partene. Prinsippet om likhet i prosessuelle ressurser, ”equality of arms”, er et viktig prinsipp i tvisteloven. Fordi småkravsprosess er en billigere enklere prosess flere har råd peker skal denne ivareta hensynet ”equality of arms”.<sup>27</sup>

Tvisteloven har også som formål at tidsbruken skal gå ned. Dersom saksbehandlingstiden senkes vil dette kunne føre til lavere kostnader. Justisdepartementet uttaler at ”[r]egler som fremmer raskere saksbehandling og konsentrasjon om tvistens kjerne vil kunne gjøre tvisteløsningen billigere.”<sup>28</sup>

I Ot.prp. nr. 74 har Justisdepartementet satt opp måltall for hvordan tvisteloven skal virke:

- ”- Når det ses bort fra saker som vil gå etter småkravprosessen, bør partenes faktiske sakskostnader i gjennomsnitt bli redusert med 30 prosent.
- Et gjennomsnittlig dommerårsverk bør gjennomføre to og en halv ganger så mange saker etter småkravprosessen som det i dag gjennomfører saker som behandles etter

---

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 13 første og annen spalte.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 42 første spalte.

<sup>27</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 143 første spalte.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 14 første spalte.

tvistemålsloven.

- Når det ses bort fra saker som vil gå etter småkravprosessen, skal hovedforhandling og ankeforhandling i gjennomsnitt ta 30 prosent kortere tid enn i dag.
- Når det ses bort fra saker som vil gå etter småkravprosessen, bør et gjennomsnittelig dommerårsverk gjennomføre 15 prosent flere saker enn i dag.”<sup>29</sup>

Måltallene viser at lovgiver er har ambisiøse mål for hvor mye rimeligere og hurtigere den sivile rettergangen skal gjennomføres.

### **2.3 Tvisteloven medfører endringer i vektning av prinsipper**

Tvistemålsloven hadde enkelte innslag av et proporsjonalitetsprinsipp. Det viktigste var reglene om ankesum på kr 50 000 ved anke til lagmannsrett og kr 100 000 for anke til Høyesterett. Reglene om forenklet rettergang var også et utslag av et slikt prinsipp, men disse reglene har som nevnt hatt liten praktisk betydning. I rettspraksis har det utviklet seg et sterkere krav til begrunnelse av dommer i viktige saker enn for avgjørelser av mindre betydning, noe som er et utslag av en proporsjonalitetstankegang. Ved lovendring i 1993 ble beløpsgrensen på kr 20 000 som begrensning for forliksrådets domskompetanse, fjernet. Beløpsgrensen var et utslag av proporsjonalitetshensyn; saker av større verdi skulle sikres en mer omfattende behandling. Da beløpsgrensen ble opphevet, var dette et steg bort fra proporsjonalitetsprinsippet.

For at det skal være naturlig å anse hensynet til proporsjonalitet som et grunnprinsipp, må hensynet gi seg utslag i loven som helhet eller i et større antall regler. Selv om vi har sett enkelte innslag av prinsippet i tvistemålsloven, vil det gjennomgripende proporsjonalitetsprinsippet i den nye tvisteloven være å anse som et nytt grunnleggende prinsipp i den sivile rettergangen. Tvistemålsutvalget uttaler også: ”Dagens tvistemålslov er ikke bygget på noe gjennomgående prinsipp om proporsjonalitet mellom betydningen av den aktuelle tvisten og reglene for behandling av den.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) s. 47.

<sup>30</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 132 første spalte.



De hovedprinsipper tvistemålsloven bygget på, er videreført i tvisteloven. I tillegg til proporsjonalitetsprinsippet har en del andre prinsipper fått større vekt i tvisteloven enn de hadde etter den gamle loven. Prinsippet om hurtighet og konsentrasjon har fått langt større vekt i tvisteloven. Prinsippet går ut på at behandlingen skal konsentreres rundt det som er de sentrale delene av saken. Hensiktsmessig saksbehandling er et viktig tiltak for å senke kostnadsnivået. I tillegg er det viktig å utforme sakskostnadsregler som kan påvirke kostnadsnivået. Departementet mener derfor at domstolen må ha en langt mer aktiv rolle enn før, og uttaler at; ”en aktiv sakssyring som tar hensyn til proporsjonalitetsprinsippet, vil trolig være det viktigste virkemidlet”.<sup>31</sup> På bakgrunn av behovet for hurtighet, konsentrasjon og prosessøkonomi, har prinsippet om aktiv dommerstyring fått mer vekt i tvisteloven. Selv om prosessen i mindre grad enn før er styrt av partene, skal det fortsatt være en partsprosess, ikke en domstolsdominert prosess.<sup>32</sup> Dommeren vil etter den nye loven ha flere redskaper til å styre og sette rammer for prosessen. Aktiv saksstyring har karakter av å være et eget prinsipp, men dette prinsippet henger sammen med proporsjonalitetsprinsippet. Det fremgår av forarbeidene at aktiv saksstyring er et viktig virkemiddel for at saken skal behandles rask og konsentrert, men det er også viktig for å gjennomføre og håndheve proporsjonalitetsprinsippet.<sup>33</sup>

En forutsetning for rettssikkerhet er at domstolen er uavhengig og nøytral. Dette har gitt sitt utslag i parts- eller likhetsprinsippet. Etter tvisteloven står hensynet til rettssikkerhet og partslikhetsprinsippet relativt svakere fordi proporsjonalitetsprinsippet og prinsippet om en aktiv dommerstyring av prosessen er gitt større vekt enn hva tilfellet var etter tvistemålsloven.

## **2.4 Aktiv saksstyring**

### **2.4.1 Skjerpelse av plikten til aktiv saksstyring etter tvisteloven**

Retten har etter den generelle regel i § 11-6 *plikt* til å drive aktiv saksstyring. Dommeren skal gripe tak i saken på et tidlig stadium og styre prosessen. Dette kan også bidra til at flere saker avklares under saksforberedelsen.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 52 første spalte.

<sup>32</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 136 annen spalte.

<sup>33</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 42 annen spalte.

<sup>34</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 240 første spalte.

Aktiv saksstyring vil gjelde både i småkravsprosessen, allmennprosessen og gruppeprosessen. Tvistemålsloven hadde ingen slik generell regel om aktiv saksstyring. Bestemmelser om den konkrete gjennomføringen på de ulike stadier av saksbehandlingen finnes i spesielle bestemmelser. Rettens aktive saksstyring på saksforberedelsesstadiet i allmennprosess og småkravsprosess reguleres henholdsvis av § 9-4 og § 10-2 annet ledd. Aktiv saksstyring i den muntlige sluttbehandlingen i småkravsprosess reguleres i § 10-3 femte ledd annet punktum. Videre konkretiseres rettens aktive saksstyring i allmennprosessen under hovedforhandlingen i § 9-13. Denne bestemmelsen viderefører tvistemålsloven § 328 og § 327. Disse bestemmelsene ble praktisert ulikt fra dommer til dommer, men det ble aldri praktisert en gjennomgående aktiv saksstyring. Aktiv saksstyring under hovedforhandling fulgte også av tvistemålsloven. Men på bakgrunn av den alminnelige plikten i tvisteloven § 11-6, er plikten til aktiv saksstyring generelt skjerpet etter tvisteloven.

#### **2.4.2 Planmøtet og sluttinnlegg**

Det viktigste utslaget av rettens generelle plikt til aktiv saksstyring etter § 11-6, er § 9-4 som regulerer hvordan retten planmessig skal styre saksforberedelsen. Bestemmelsen har ingen parallell i tvistemålsloven og kan sies å være et av de viktigste midlene til at tvisteloven kan virke som en reform. Etter § 9-4 første ledd skal retten ”aktivt og planmessig styre saksforberedelsen for å oppnå en rask, prosessøkonomisk og forsvarlig behandling”.

Paragraf 9-4 annet ledd lister opp en rekke punkter som skal drøftes med partene før retten skal legge opp en plan for den videre behandlingen av saken. Herunder skal retten fastsette frister og treffe beslutninger.

Drøftingen skal skje i et rettsmøte som kan være et fjernmøte, jf. § 9-4 tredje ledd første punktum. Dersom rettsmøte ”åpenbart” er unødvendig, kan retten i stedet for rettsmøtet be om en skriftlig uttalelse fra partene, jf. § 9-4 tredje ledd annet punktum.

Planmøtet fører til at dommerstanden setter seg bedre inn i sakens dokumenter på saksforberedelsesstadiet, og er derfor avgjørende for at dommeren faktisk driver aktiv

saksstyring. Det vil kunne variere hvor stor aktivitet dommeren utøver, men et vist minimum av aktivitet er sikret ved innføringen av planmøtet.

I tillegg til planmøtet kan dommeren be partene avgi sluttinnlegg ved saksforeberedelsens slutt. Innlegget inneholder påstand, påstandsgrunnlag, de påberopte rettsregler og hvilke bevis som skal føres, jf. § 9-10 annet ledd. På denne måten kan retten få klarhet i tvisten før hovedforhandling. Normalordningen er at et slikt sluttinnlegg skal kreves. Det bør kun være i tilfeller der saken er oversiktlig at dette ikke kreves. Sluttinnlegget er en nyvinning og kan medvirke til at hovedforhandling kan gjennomføres mer konsentrert.

Reglene om aktiv saksstyring i småkravsprosessen vil behandles i kapittel 3.

### **2.4.3 Krav til dommere og advokater**

Twisteloven tar sikte på å legge ”grunnlaget for en kulturendring blant dommere, advokater og parter når det gjelder behandlingen av sivile tvister”.<sup>35</sup> En aktiv dommerstyring medfører en endring av dommerens rolle i forhold til tvistemålsloven. Tidligere har dommeren hatt en mer passiv rolle i den partsdrevde prosessen, spesielt i tiden før hovedforhandlingen starter. Dersom dommerens aktivitet skal kunne gjennomføres forsvarlig, stiller det krav til at dommeren har satt seg inn i sakens dokumenter før hovedforhandling. Videre kreves at dommere og advokater kommuniserer og samarbeider, slik at saken kan gjennomføres konsentrert og proporsjonalt. Dersom dommeren går for langt i å styre saken, kan han gjennom sin rolle som aktiv saksstyrer kunne gå over til å forhåndsdømme. Det er derfor svært viktig at dommeren begrenser seg til å være en prosessveileder. For å illustrere hvordan dommerens aktivitet skal utøves, har Anders Ryssdal i artikkelen ”Aktiv dommerstyring”<sup>36</sup>, trukket opp skillet mellom saksforberedende handling og den dømmende handling. Det fremgår av artikkelen at dommeren bør stille seg tre spørsmål. Det første spørsmålet som må stilles er: Hva er kravet, og hva er innsigelsene mot kravet? Når dette er klarlagt, er en over i saksforberedelsen, og da må det stilles spørsmål om relevansen. Først når saken skal opptas til doms, skal dommeren foreta den dømmende handling og stille spørsmålet: Hva skal resultatet bli?

---

<sup>35</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 13 annen spalte.

<sup>36</sup> Anders Chr. Stay Ryssdal, ”Aktiv dommerstyring”, *Lov og Rett*, 2006 s. 129–130.

Dersom dommeren skal utøve saksstyringen kun som prosessledelse, er det en forutsetning at dommeren er godt satt inn i saken og har kontroll på tvistes spørsmålet. Dette stiller høye krav til dommeren og forutsetter en mer omfattende tidsbruk i saksforberedelsen enn det som har vært vanlig etter tvistemålsloven. Det er foreløpig ikke bevilget midler til flere dommerstillinger, og det er derfor et spørsmål om dommerstanden har kapasitet til den grundige saksforberedelsen som kreves etter den nye loven. Dersom dommeren skal styre saken aktivt allerede saksforberedelsesstadiet, er det helt nødvendig at forberedelsen må være grundig. Dersom dommeren styrer saken feilaktig, vil dette være et skår i rettssikkerheten. Selv om dommerens handlinger viser seg å være forsvarlig ut i fra relevansspørsmålet, er det viktig at dommeren fremstår som nøytral slik at domstolens troverdighet overfor borgerne ikke svekkes. Det forutsetter selvsagt at dommerens handlinger verken er eller fremstår som forhåndsdomming.

I teorien virker skillet mellom prosessledelse og forhåndsdomming nokså klart. I praksis kan det tenkes tilfeller der dette skillet ikke er like lett å trekke. Dersom den ene partens advokat har gjort en dårlig jobb, og dommeren må gripe inn under saksforberedelsen, vil dette kunne føre saken inn i det riktige sporet. Overfor den parten dommeren griper inn overfor, vil det lett kunne føles som om dommeren har tatt den andres parti. Under saksforberedelsen kan det også være vanskelig å forutse hvordan saken vil arte seg under hovedforhandlingen; saken kan ta en annen vending enn hva dommeren kunne forutse.

Dersom dommerens rolle som aktiv saksstyrer skal fungere, må både dommere og advokater ha klart for seg at dommeren skal ha to funksjoner; han skal være en saksstyrer under forberedelsen, og han skal dømme i saken.

#### **2.4.4 Prosessøkonomi**

Aktiv saksstyring under saksforberedelsen og under hovedforhandling skal være et virkemiddel for å få ned prosesskostnadene. Det er spesielt dommeraktivitet fra starten av saken som skal kunne påvirke en hurtigere og mer kostnadseffektiv prosess. På bakgrunn av at dommeren er satt inn i saken når hovedforhandlingen starter, legger loven opp til at

advokatenes innledningsforedrag skal være kortfattet, og at tyngden skal legges på prosedyren.

Det er et spørsmål om dette er en funksjonell ordning som alltid lar seg gjennomføre. Ofte kan det være mye dokumenter for dommeren å sette seg inn under saksforberedelsen. Dette kan for eksempel tenkes i større og mer kompliserte formuesrettslige tvister der det er flere tusen sider dokumentutdrag. Det er neppe et entydig svar på dette, og funksjonaliteten i tvistelovens system vil kunne bero på sakens art. I de enkle og oversiktlige saker vil det nye systemet kunne fungere greit. Skoghøy stiller seg kritisk til de nye ordningene tvisteloven legger opp til. Skoghøy hevder:

”I de fleste sivile saker er det ut fra min erfaring mest hensiktsmessig å la innledningsforedragene være hovedinnleggene. Dette gjelder blant annet i større formuesrettslige tvister.”<sup>37</sup>

Skoghøy stiller også spørsmål ved prosessøkonomien i tvistelovens krav til saksforberedelsen fra dommerens side. Han mener at det er langt mindre ressurskrevende at prosessfullmektigen setter dommeren inn i saken gjennom innledningsforedraget. Dette vil spesielt gjelde i større formuesrettslige tvister der det ofte er omfattende materiale å sette seg inn i.<sup>38</sup>

Kravene til saksforberedelse fører til at advokatene også vil måtte bruke mer tid på saksforberedelsen. Ryssdal har i artikkelen ”Aktiv saksstyring”<sup>39</sup> uttalt at Advokatforeningen har påpekt at tvisteloven vil medføre mer advokatarbeid som ikke er kostnadsfritt. I vurderingen av prosessøkonomien må dette også tas med i betraktning. Dersom disse kostnadene spares inn ved at det brukes mindre ressurser under hovedforhandlingen, vil økt advokatarbeid under saksforberedelsen kunne være prosessøkonomisk. I tillegg vil den økte ressursbruken under saksforberedelsen kunne føre til at flere saker forlikes før hovedforhandling.

Skoghøy mener at behovet for økt antall dommere ved tingretten er betydelig undervurdert. Han mener den økte arbeidsmengden rettsmeglingsordningen, plikten til aktiv saksstyring og

---

<sup>37</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 85

<sup>38</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 85 og 86.

<sup>39</sup> Anders Chr. Stay Ryssdal, ”Aktiv dommerstyring”, *Lov og Rett*, 2006 s. 129–130, siste avsnitt s. 130.

økt saksforberedelse medfører, ikke vil bli kompensert av at et økt antall saker forlikes. For tingretten vil retten normalt bare settes med en dommer. Gevinsten av bortfall av hovedforhandling vil derfor ikke bli like stor som for lagmannsretten, som settes med tre dommere.<sup>40</sup>

Forarbeidene tar, som nevnt, sikte på at hovedforhandling i snitt skal ta 30 prosent kortere tid enn det som var vanlig etter tvistemålsloven, og at et gjennomsnittlig dommerårsverk skal gjennomføre 15 prosent flere saker.<sup>41</sup> Tvistelovens økte fokus på saksforberedelse skal være et virkemiddel for å nå tvistelovens mål. Men økt tidsbruk under saksforberedelsen krever mer arbeid fra en dommerstand som allerede har stort arbeidspress. Det kan være et spørsmål om dommeren har kapasitet til å sette seg så godt inn i saken som tvistelovens regler om saksforberedelse krever.

Nestleder i Nord-Troms tingrett, Unni Sandbukt, mener at tvisteloven legger et stort arbeidspress på dommerstanden. Hun mener at det helt klart burde vært bevilget mer penger til dommerstillinger. Ettersom saksforberedelsen medfører mer ressursbruk fra advokater mener hun det er vanskelig å vurdere prosessøkonomien i det nye systemet. Det hun kan si med sikkerhet er at flere saker forlikes, og at det brukes kortere tid i hovedforhandlingen. Hun mener at den aktive saksstyringen under saksforberedelsen fører til en helt annen kontakt mellom dommer og advokater, enn det som var vanlig tidligere. Hun mener planmøtet er en meget positiv avgjørende nyordning som medfører at dommeren *må* sette seg inn i saken og utøve aktivitet.

Det er relativt kort tid siden tvisteloven trådte i kraft, men ut i fra erfaringene fra Nord-Troms tingrett virker det som at dommerne mener at økt fokus på saksforberedelsen fungerer. Det er da spesielt planmøtet som virker å være den avgjørende faktoren for at dommeren utøver aktivitet. Selv om det er vanskelig å vurdere prosessøkonomien i det nye systemet, vil det uansett være positivt at flere saker forlikes under saksforberedelsen. På denne måten kan partene bli enige, og de slipper den belastningen en hovedforhandling ofte kan være.

Når det gjelder tyngdeforskyvningen over på prosedyren, har Nord-Troms tingrett, i følge Sandbukt, en praktisk tilnærming til dette. I saker der det under saksforberedelsen viser seg at

---

<sup>40</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 139.

<sup>41</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) s. 47.

det er mye dokumenter, og at det vil være meget ressurskrevende for dommeren å sette seg godt nok inn i saken, legges det opp til et system nærmere tvistmålsloven. Dommeren tar da kontakt med partene, og det blir en enighet om at dommeren settes inn i saken under innledningsforedraget under hovedforhandling. Generelt mener Sandbukt at systemet med kortere innledningsforedrag er en ordning som ikke har fått helt gjennomslag i praksis. Unni Sandbukt sier at domstolen uansett vil ha fokus på å gjennomføre prosessen på fornuftig måte. Det avgjørende er ikke nødvendigvis akkurat det som står i lovteksten.

Det er ikke alltid like lett for lovgiver å forutse hvordan en lovbestemmelse vil fungere i praksis. Det er dommerne som er nærmest til å vite hvordan det er mest praktisk å legge opp saksbehandlingen. I utgangspunktet bør lovgiverviljen respekteres. Men dersom noe viser seg å ikke være praktisk bør retten kunne gjennomføre saksbehandlingen på en fornuftig og forsvarlig måte.

Når det gjelder endring av dommerens rolle i prosessen, mener Sandbukt at innføring av et prinsipp om en mer aktiv saksstyring vil være mer nyskapende for noen dommere, enn for andre. Hun mener at det tidligere har vært varierende hvor mye aktivitet dommere har utvist.

Gjennomføringen av planmøtet etter § 9-4 vil sikre et minimumsnivå på dommeraktivitet. Dette kan medføre en mer ensartet praksis vedrørende dommeraktivitet under saksforberedelsen.

## 3. SMÅKRAVSPROSESS

### 3.1 Innledning

I 1975 ble Småkravsutvalget oppnevnt, og småkravsprosessen ble utredet i delutredning II NOU 1983:48. Småkravsutvalgets forslag ble ikke fremmet. Justisdepartementet begrunnet dette med at det ikke var aktuelt å innføre en prosessordning der målet var at flere saker skulle bringes inn for retten. Departementet mente også at forslaget ikke gikk lengre i forenklet behandling enn loven allerede åpnet for. Departementet gikk i stedet inn for et forslag om regler som åpnet for en forenklet rettergang. Høringsrunden viste at det var delte meninger om småkravsprosessen. Tvistemålsutvalget oppnevnt 9. april 1999, og arbeidet med sivilprosessreformen ble startet.<sup>42</sup>

Småkravsprosessener er, som nevnt tidligere, tvistelovens viktigste utslag av proporsjonalitetsprinsippet. Hensynene bak proporsjonalitetsprinsippet begrunner også innføringen av småkravsprosessen. Gjennom dette nye prosessporet skal det i tråd med proporsjonalitetsprinsippet brukes mindre ressurser på små og mellomstore saker i behandling i tingretten. Småkravsprosessen er utformet på bakgrunn av tvistelovens formål om en enklere, hurtigere og billigere prosess. I tillegg er prosessformen et viktig utslag av EMK artikkel 6 nr.1 og ”access to justice”. Det var debatten rundt ”access to justice” som også dannet utgangspunktet for Småkravsutvalgets reformforslag i 1983.

Tvistemålsutvalget peker på at selv om innføringen av småkravsprosessen har som siktemål å senke domstolsterskelen, er det ikke noe mål å fjerne enhver terskel for å gå til domstolen.<sup>43</sup>

Tvistemålsutvalget oppsummerer avveiningen for spørsmålet om innføring av småkravsprosess:

---

<sup>42</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 335 første spalte.

<sup>43</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 335 annen spalte.



”På den ene siden har man behovet for forenkling og kostnadsproporsjonalitet, og på den annen hensynet til kvalitet og rettssikkerhet i konfliktløsningen. Det er et sentralt spørsmål for utvalget om det bør gis slike særlige prosessregler for behandlingen av småkrav, og hvordan disse i tilfelle bør utformes.”<sup>44</sup>

Denne avveiningen er kjernen i formålet med proporsjonalitetsprinsippet. Saksbehandlingen skal være rettssikkerhetsmessig, men dette må avpasses mot de kostnader og den tidsbruk betydningen av tvisten kan forsvare.

## 3.2 Småkravsprosess i utlandet

### 3.2.1 Hvem kan Norge sammenlignes med

For å kunne belyse hvilken vekt proporsjonalitetsprinsippet er gitt i den norske sivilprosessen, er det interessant å se på småkravsprosess i Sverige og Danmark, som er de land vår prosessordning har mest til felles med. Spørsmålet om en egen småkravsprosess er kjent i hele Vest-Europa og USA. Det har i de siste 20-30 år vært satt fokus på at enhver må ha tilgang til domstolen, slik at man har en reell mulighet til å få løst sine tvister på en rettferdig måte. Det er interessant å sammenligne hvordan proporsjonalitet og småkravsprosess har blitt gitt vekt og gjennomslag i andre land som har en lignende rettskultur som Norge. Ettersom den danske retsplejeloven er lik tvisteloven, er dansk rett av særlig interesse.<sup>45</sup>

To tingrettsdommere har foretatt en undersøkelse av behandling av småkrav i resten av verden. Ekteparet Ruth Anker Høyen og Jon Bonnevie Høyen tok vår/høst 2007 studiepermisjon fra sine stillinger som tingrettsdommere. De reiste i denne perioden rundt i verden for å undersøke hvordan småkrav løses i den sivile prosessen. I 2007 skrev de rapporten ”Småkravsprosess world wide” til Domstolsadministrasjonen. På denne bakgrunn ble det presentert en artikkel i *Lov og Rett* 2008 og en artikkel i *Rett på sak – Aktualitetsmagasin for domstolene* 2007. Avhandlingen vil kort se på dette materialet for å plassere den norske småkravsprosessen i forhold til resten av verden.

---

<sup>44</sup> NOU 2001: 32 Bind A, s. 317 første spalte.

<sup>45</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 125 første spalte.

### 3.2.2 Sverige

I Sverige ble det i 1974 innført en spesiell prosessform for behandling av små saker i en egen lov. I 1987 ble disse reglene noe endret og integrert i den alminnelige lov om sivile saker. I dag behandles derfor småkrav etter de alminnelige reglene, men enkelte særlige bestemmelser er beholdt. Disse bestemmelsene kommer til anvendelse på saker av en verdi i overkant av 18 000 SEK. Etter de særlige bestemmelse for små saker, behandles saken av en dommer i stedet for den alminnelige behandlingen med tre dommere. Videre kan en få erstattet saksomkostningene av den tapende part med den viktige begrensningen at det bare kan kreves erstatning for en time rådgivning etter satsene for rettshjelp.<sup>46</sup>

Twistemålsutvalget oppsummerer ordningen i Sverige slik:

”Sammenfatningsvis kan det sies at man i den svenske småkravsprosessen ved hjelp av noen få, men betydningsfulle, særregler og ved å utnytte fleksibiliteten i de alminnelige prosessreglene, har oppnådd en enklere domstolsbehandling enn vanlig.”<sup>47</sup>

Sverige har altså ikke et eget prosesspor for småkrav, men har valgt å gi særlige regler for behandling av saker under 18 000 SEK.

### 3.2.3 Danmark

Den danske lov for behandling av sivile saker, retsplejeloven, har ingen særlige regler for behandling av små krav. Det finnes derfor ingen småkravsprosess i Danmark. Det finnes imidlertid en rekke nemnder som alternative konfliktløsningsorganer. Det har vært forsøkt å innføre en småkravsprosess i Danmark ved tre anledninger. Første gang var i 1973, den andre var i 1979 og den siste gang var Småsagsudvalgets betenkning nr. 1341/1997. Det har aldri blitt oppslutning om disse forslagene. Småkravsprosessen utredes fortsatt som et ledd i utredningen om en alminnelig sivilprosessreform.

---

<sup>46</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 326.

<sup>47</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 327 annen spalte.

Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at Småsagsudvalgets utredning er grundig, og har vært en viktig kilde ved utarbeidelse av tvisteloven.<sup>48</sup> Det er derfor interessant å se litt nærmere på det som i denne utredningen er relevant i forhold til vedtakelsen og begrunnelsen av den norske småkravsprosessen.

Anvendelsesområdet for den småkravsprosessen som Småsagsudvalget foreslo, var angitt å være tvister til en verdi under 20 000 DKK. Det ble foreslått at partene kunne avtale seg bort fra det prosessporet de havnet i. Småsagsudvalget foreslo videre at småkravsprosessen kunne gjennomføres uten advokatbistand, og det ble derfor foreslått en omfattende veiledningsplikt fra dommerens side. Når det gjelder saksomkostninger, skulle den tapende part dekke disse med den begrensning at det ikke dekkes advokatutgifter ut over 1 500 DKK. I saker mellom næringsdrivende kunne det avtales at de alminnelige omkostningsreglene ble anvendt.

Det danske retsplejerådet ga med noen endringer sin tilslutning til forslaget. Men forslaget møtte sterk kritikk bl.a fra Advokatrådet. Kritikken gikk i hovedsak på rettssikkerheten rundt den advokatløse prosessen. Kritikerne mente også at dommerens nøytralitet ville bli satt på prøve gjennom den vide veiledningsplikten. Her ble det pekt på objektivitetsplikten etter EMK artikkel 6 nr. 1. Det ble også pekt på at 95 % av befolkningen var dekket under rettshjelpsordninger slik at kostnadsspørsmålet ikke var så avgjørende som Småsagsudvalget hadde lagt til grunn. Kritikken gikk også på at det i for liten grad var utredet alternativer gjennom konfliktløsningsmodeller. På bakgrunn av at også andre tunge organisasjoner stilte seg bak kritikken, ble lovforslaget ikke fremmet av Justisministeriet.<sup>49</sup>

Dette viser at i Danmark fikk hensynet til rettssikkerhet avgjørende vekt i forhold til behovet for å få ned kostnadene for behandling av småkrav.

### **3.2.4 Løsning av småkrav utenfor Norden**

Den nevnte undersøkelsen av løsning av småkrav i resten av verden tar for seg: England, Irland, Nederland, Tyskland, USA, Canada, New Zealand, Australia og Sør-Afrika (se kapittel 3.2.1). I disse landene blir småkrav i hovedsak avgjort av dommere eller andre juridisk

---

<sup>48</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 328 første spalte.

<sup>49</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 327–330.

utdannede. Det er lagt vekt på at prosessreglene skal være enkle. Det er derfor begrensninger knyttet til ileggelse av saksomkostninger og ankemuligheter.<sup>50</sup>

Det fremgår av artikkelen ”Small claims world wide” at:

”I den nye tvisteloven omfatter småkravsprosessen saker med tvistesum opp til kr 125 000. Det er et høyt beløp i internasjonal sammenheng. De land vi besøkte hadde til dels vesentlig lavere grenser for disse kravene, helt ned til ca kr 6 000 i Syd Afrika og ca kr 12 000 i Massachusetts. I de øvrige landene lå grensen mellom ca kr 40 000 og ca kr 60 000. Men samtlige domstoler ønsket å heve disse grensene vesentlig.”<sup>51</sup>

England har vært et foregangsland innenfor løsning av småkrav. ”Access til justice” var et viktig mål, og i 1996 ble det innført en spesiell small claims process med beløpsgrense på 3 000 pund. Da denne i 1999 ble økt til 5 000 pund, ca kr 55 000, ble det i det juridiske miljø hevdet at dette måtte være den aller høyeste grensen for behandling av småkrav. Private parter møter sjeldent med prosessfullmektig, profesjonelle parter møter med en solicitor eller en ansatt. Retten avsier muntlig dom rett etter saken. De kostnadene som maksimalt kan tilkjennes er 50 pund, og utgifter til advokat dekkes ikke. Fordi anke i de små sakene sees på som ”uproporsjonalt” er ankemulighetene er svært begrenset.<sup>52</sup>

### **3.3 Småkravsprosess – en enklere og hurtigere prosess enn allmennprosessen**

Småkravsprosess skiller seg fra i vesentlig grad fra allmennprosessen. Tvistemålsutvalget understreker at det er ”hensiktsmessig og viktig å samle reglene for småkravsprosess slik at det understrekes at dette er en egen – og enkel – prosessform”.<sup>53</sup> Reglene for småkravsprosess er samlet i kapittel 10. Reglene om allmennprosess i kapittel 9 supplerer ikke reglene i kapittel 10, med mindre dette er uttrykkelig sagt i kapittel 10. Tvistelovens alminnelige regler

---

<sup>50</sup> Jon Bonnevie Høyer, Ruth Anker Høyer, ”Forlikrådet – fra lekmanndomstol til kvalifisert tvisteløsningsorgan?”, *Lov og rett* 2008, nr. 05-06, s. 326–341 på s. 327 og ”Small claims world wide”, *Rett på sak – Aktualitetsmagasin for domstolene*, nr. 4 2007 s. 30.

<sup>51</sup> ”Small claims world wide”, *Rett på sak – Aktualitetsmagasin for domstolene*, nr. 4 2007 s. 30.

<sup>52</sup> Jon Bonnevie Høyer og Ruth Anker Høyer, ”Forlikrådet – fra lekmanndomstol til kvalifisert tvisteløsningsorgan?”, *Lov og rett* 2008, nr. 05–06, s. 326–341 på s. 327–328.

<sup>53</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 341 første spalte.

i første, andre, fjerde og femte del får anvendelse i småkravsprosess. Småkravsprosessens enkle og hurtige form er gjennomført både på saksforberedelsesstadiet, under hovedforhandling og ved domsutforming. Hensynene som begrunner småkravsprosessen er sterkest kommet til uttrykk gjennom § 10-5 som begrenser muligheten til å få dekket kostnader til rettshjelp. Dette medfører at det i dette prosessporet legges opp til selvprosederende parter (se kapittel 3.6).

Saksforberedelsen i småkravsprosessen bygger på at kontakten mellom partene skal være uformell og muntlig. Paragraf 10-2 første ledd gir enkelte av allmennprosessens regler anvendelse. Men §§ 9-4, 9-5 og 9-11 er i § 10-2 andre og tredje ledd er erstattet med langt enklere og uformelle regler. Det følger derfor av § 10-2 at det ikke skal avholdes planmøte eller rettsmøte under saksforberedelsen. Partene skal heller ikke avgi sluttinnlegg etter § 9-10. Ettersom saksforberedelsen er langt enklere, vil dommeraktivitet på dette stadium av saksbehandlingen få et mer beskjedent omfang.

Småkravsprosessens ”hovedforhandling” betegnes som muntlig sluttbehandling og følger av § 10-3. Rettens adgang til å styre ut i fra konsentrasjon og prosessøkonomi er utvidet i småkravsprosessen, jf. § 10-3 femte ledd andre og tredje punktum. Dette er et uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet har fått større vekt i denne prosessformen. På den ene siden vil det være i tråd med proporsjonalitetsprinsippet at det brukes mer tid og aktivitet fra dommeren på saker etter allmennprosessens. På den annen side krever småkravsprosessens form at dommeren styrer saken slik at tidsfrister kan overholdes. Det er i småkravsprosess lagt opp til at partene kan være selvprosederende, og dette vil kreve at dommeren aktivt styrer prosessen. Bestemmelsen om den muntlige sluttbehandlingen viser i stor grad hvilket gjennomslag hurtighet og konsentrasjon har fått. Det følger motsetningsvis av § 10-3 første ledd at behandlingen som utgangspunkt skal være muntlig. Saken kan behandles skriftlig dersom prosessøkonomien tillater dette. Departementet uttaler at dette rettsmøtet regulært skal være muntlig.<sup>54</sup>

Twistemålsutvalget foreslo at bestemmelsens overskrift skulle være ”Rettsmøte til avgjørelse av saken”. I departementets lovforslag ble denne endret til ”Muntlig sluttbehandling”. Dette er et uttrykk for den sterke vekt lovgiver legger på at småkravsprosessen skal være en muntlig,

---

<sup>54</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 764 første spalte.

enkel og rask behandling.<sup>55</sup> Dette henger sammen med at en skriftlig behandling når partene er selvprosederende, vil være mye vanskeligere og mer tidkrevende.

Den muntlige sluttbehandlingen i småkravsprosessen skal gjennomføres atskillig raskere enn en hovedforhandling i allmennprosess. Det følger av § 10-3 annet ledd tredje punktum at det må være ”særlige sterke grunner” for at rettmøtet kan vare over én dag. Dette setter sitt preg på prosessen og medfører en helt annen prosess enn det allmennprosessen er.

Twistemålsutvalget fremholder at det typiske bør være rettsmøte på to til tre timer, og at én dags rettsmøte reserveres for de saker som har tvistesum i det øvre sjiktet og har en relativt sett mer omfattende bevisføring.<sup>56</sup> Justisdepartementet antar at ”det i et flertall av sakene vil være grunnlag for å sette en halv dag som tidsramme”.<sup>57</sup>

Rettmøtet kan i tillegg gjennomføres som fjernmøte, jf. § 10-3 annet ledd første punktum. Dette er et sterkt uttrykk for den muligheten retten har til å tilpasse behandling og utgifter til størrelsen av kravet.

Det følger av § 10-4 første ledd at saker etter småkravsprosess ”normalt” skal være avsluttet med dom innen tre måneder etter at stevningen ble inngitt. Det følger av forarbeidene at selv om ordlyden åpner for det, er det er i utgangspunktet ikke adgang for domstolen til å la tiden gå over 3 måneder. Reservasjonen som ligger i ”normalt”, er gitt på bakgrunn av at noen domstoler kan ha vanskelig for å overholde tidsfristen i en overgangsfase. I allmennprosess er den tilsvarende fristen 6 måneder, jf. § 9-4 annet ledd bokstav h. Flere høringsinstanser mente at 3-månedersfristen vil medføre at saker for småkravsprosess må prioriteres før saker for allmennprosess. Lovgiver ønsker ikke at fristen skal gå på beskostning av berammelse av saker for allmennprosess og mener at fristen bare er et uttrykk for at saksbehandlingstiden i småkravsprosessen skal være kortere.<sup>58</sup>

Småkravsprosessen medfører også lempeligere krav til utforming av dom. Dommen skal ”kort” forklare hva saken gjelder, gjengi partenes påstander og påstandsgrunnlag og redegjøre for de momenter som retten har lagt avgjørende vekt på. Dette følger av § 10-4 fjerde ledd. Hensynet bak dette er at dommen skal kunne avsies hurtig. Når saken behandles muntlig kan

---

<sup>55</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 201.

<sup>56</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 342 første spalte.

<sup>57</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 402 første spalte.

<sup>58</sup> Ot. prp. nr. 74 (2006–2007) s. 35 annen spalte og s. 36 første spalte.

dommen avsies ved rettsmøtets avslutning, eller den kan avises innen en uke etter at den er tatt opp til doms. Det følger av forarbeidene at domsslutningen bør utformes skriftlig allerede ved avsigelsen.<sup>59</sup>

Etter § 10-6 ankes dom fra småkravsprosess etter reglene for allmennprosess. Dette behandles i kapittel 5.

## **3.4 Forlikrådsbehandling av småkrav**

### **3.4.1 Uenighet under lovforberedelsen**

Twistemålsutvalget mener at domstolenes konfliktløsningstilbud for småkrav og forbrukertvister ikke var tilfredsstillende etter tvistemålsloven av 1915. Det fremholdes videre av utvalget at det største problemet for behandling av små krav er de høye prosesskostnadene, og at dette bare kan reverseres ved drastiske tiltak. Utvalget legger videre til grunn at de ulike nemndene fortsatt vil være et viktig alternativ og supplement til domstolsbehandling også etter den nye tvisteloven.<sup>60</sup>

Under forberedelse av loven var det sterk uenighet om forlikrådet som tvisteløsningsorgan. Twistemålsutvalgets holdning er at forlikrådet ikke er et tilfredsstillende tvisteløsningsorgan. Bakgrunnen for dette er den manglende juridiske kompetanse og de rettssikkerhets spørsmål dette reiser. Flertallet i utvalget ønsker derfor ikke at forlikrådet skulle kunne avsi dom mot èn parts ønske. Mindretallet på et medlem går inn for at forlikrådet kan avsi dom når bare èn part ønsket det og tvistesummen er under 2G.<sup>61</sup>

Departementet er enig med mindretallet. Det mener at den ubetingede retten til å anke i tilstrekkelig grad ivaretar rettssikkerheten. Departementet mener at hensynene bak et proporsjonalitetsprinsipp også begrunner at små saker i størst mulig grad må kanaliseres bort

---

<sup>59</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 343 første spalte.

<sup>60</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 336 første og annen spalte.

<sup>61</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 739 annen spalte og 740 første spalte.

fra tingretten. Det er også lagt vekt på at forliksrådet er et desentralisert ”lavterskel” tvisteløsningstilbud.<sup>62</sup> Departementet går inn for en løsning i tråd med mindretallet i Tvistemålsutvalget. Den eneste endringen departementet foretok, var at beløpsgrensen ble satt til kr 125 000.

### **3.4.2 Innføring av nærmest obligatorisk forliksrådsbehandling av småkrav**

Forliksrådet kan behandle saker som anlegges for småkravsprosess. Dette følger av § 6-2 første ledd første punktum. Dersom ingen av unntakene i første ledd kommer til anvendelse, ”skal” alle formuessaker under kr 125 000 behandles i forliksrådet før den kan behandles i tingretten, jf. § 6-2 annet ledd. Det er således innført en nærmest obligatorisk forliksrådsbehandling av småkrav. Forliksrådet kan i saker under kr 125 000 avsi dom dersom en av partene ønsker det, jf. § 6-10 annet ledd. Dersom det i forliksrådet blir inngått forlik, har dette rettskraftvirkninger, jf. § 19-12 første ledd. Forlik kan ikke overprøves ved anke. Forlik må i henhold til annet ledd angripes ved gyldighetssøksmål for tingretten. Dom fra forliksrådet kan overprøves ved søksmål til tingretten, ikke anke. Dette følger av § 6-14 første ledd.

### **3.4.3 Rettssikkerheten**

Gjennom ordningen med forliksrådsbehandling legges det til rette for at tvister kan løses uten ordinær domstolsbehandling. Etersom proporsjonalitetsprinsippet er inntatt i tvistelovens formålsparagraf, skal dette prinsippet prege aktørene i den sivile prosessen på alle stadier av saken. I saker der tvistegjenstandens verdi er lav, er det derfor lovgivers ønske at partene skal komme til en løsning uten å bruke for mye ressurser. Nemnder, forliksråd og partenes advokater skal derfor i størst mulig grad søke å komme til en løsning raskt, dersom dette er mulig.

Departementet uttaler at selv om forliksrådsbehandling vil sikre at de mest unødige sakene løses før de kommer til domstolene, er det behov for å løse saker av mindre verdi for domstolene. Det er derfor behov for en småkravsprosess. At enkelte små saker har behov for

---

<sup>62</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 93.



en domstolsbehandling, begrunnes av departementet med at ”mye vil ikke bli forlikt. En del av de tvistene vil være så vidt kompliserte at verken forliksråd eller tvisteløsningsnemnd finner grunnlag for å treffe avgjørelse, og en del av avgjørelsene der vil partene ha et reelt behov for å få overprøvd av de alminnelige domstoler”.<sup>63</sup>

På bakgrunn av overnevnte uttalelser, ser det ut til at lovgiver har lagt til grunn at de enkleste og mest åpenbare tvister får sin løsning uten domstolens hjelp. Det er sannsynlig å anta at dette ofte vil være de enklere småkravssakene. Det vil si at småkravssaker som kommer så langt som til behandling for tingretten, ofte vil være mellomstore saker, eller de mer juridisk kompliserte sakene. Dermed ser lovgiver ut til å mene at på samme tid som enkelte småsaker er for kompliserte for forliksrådet, er de samme sakene enkle nok til at partene skal kunne klare seg i småkravsprosessen, uten advokat.

Argumentet om at forliksrådet er et rimelig og tilgjengelig tvisteløsningsorgan som skal bidra til at også de med mindre ressurser skal kunne få avgjort sine krav, har mye for seg.

Forliksrådet er en tilgjengelig måte for løsning av sivile tvister. Dette er en arena der partene kan komme sammen og bli enige, eller få en avgjørelse i sin sak på en rask og rimelig måte.

I saker for forliksrådet der partene inngår forlik uten å ha benyttet advokat, kan det være betenkelig. Dersom det ikke er konferert med advokat, er sannsynligheten for at parten inngår ”uriktige” forlik eller godtar ”uriktige” dommer størst. Med ”uriktig” menes at partens juridisk sett har et krav som vil kunne føre frem for domstolen.

Dersom en av partene møter med advokat, og den andre ikke, er kanskje risikoen størst for at parten uten juridisk bistand går med på et forlik han ikke hadde vært med på dersom han hadde hatt juridisk bistand. Manglende kyndig juridisk veiledning og forliksrådets manglende juridisk kompetanse reiser rettssikkerhetsspørsmål. Dersom det er ulik tilgang på ressurser som gjør at en part møter med advokat, og den andre ikke, vil dette kunne medføre at de svakere grupper i samfunnet stilles rettssikkerhetsmessig dårligere.

Også om man møter med en uerfaren fullmektig, kan man bli lurt til å inngå forlik. I Rt. 1994 side 1430 ble en advokat kjent erstatningsansvarlig for advokatfullmektigens forsømmelse

---

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 197 annen spalte.

ved inngåelse av rettsforlik i herredsretten (nåværende tingrett). Høyesterett kom til at varetakelsen av partenes interesser ikke var ivaretatt. Slik at selv om partene møter med advokat i forliksrådet, er en ikke sikret at forliket er riktig.

Ettersom forliksrådet kan avsi dom dersom en av partene ønsker det, er det sannsynlig at det i forliksrådet vil bli avsagt en del dommer. Kravet til en ”rettferdig rettergang” etter EMK artikkel 6 nr. 1 ivaretas i tvisteloven ved at partene har en ubetinget rett til bringe saken inn for småkravsprosess i tingretten.

Det kan stilles spørsmål ved om det for småkrav er i tråd med proporsjonalitetsprinsippet å behandle kravet først i forliksrådet, og deretter for tingretten. Bruk av tid og ressurser kan i enkelte saker tenkes å være høyt i forhold til sakens verdi. Dette vil gjelde både fra et samfunnsmessig perspektiv og sett fra partenes side. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet bør småkrav kunne få sin avgjørelse i en instans. Etter systemet i tvisteloven vil dette si at proporsjonalitetsprinsippet tilsier at småkrav bør avgjøres i forliksrådet. Jo mindre kravet er, jo lavere ned i rettssystemet bør kravet avgjøres.

Dette reiser imidlertid rettssikkerhetsspørsmål. I de sakene der en dom eller et forlik i forliksrådet er ”riktig”, vil problemstillingen ikke reise seg. Verre er det da med forlik som ikke ivaretar den ene parts interesser på en forsvarlig måte, slik tilfellet var i den nevnte dom i Rt. 1994 side 1430. Disse forlikene kan ikke ankes, og er rettskraftig avgjort. Forarbeidene til tvisteloven går ikke inn på dette, eller på de sakene der en part har en ”rett” verken han selv eller forliksrådsmedlemmene, er klar over. Det er da et spørsmål om rettssikkerhet og hensynet til det materielle riktige resultat, er tilstrekkelig ivaretatt i forhold til effektivitet og prosessøkonomi. Den ytterste konsekvens er at ressursvake parter i småkrav i realiteten ofte vil være henvist til bare forliksrådsbehandling.

Selv om anvendelsesområdet for småkravsprosessen er satt til kr 125 000, hadde det ikke vært nødvendig å sette grensen for forliksrådets domskompetanse like høyt. Realiteten kan fort bli at svært mange småkravssaker avgjøres av forliksrådet. Hensynet til en hurtig og rimelig prosess gjennom proporsjonalitetsprinsippet, vil gjennom dette ha fått en svært stor vekt i forhold til rettssikkerhetshensyn.

Sverige og Danmark har gitt proporsjonalitetsprinsippet langt mindre gjennomslagskraft. Danmark valgte på bakgrunn av rettssikkerhetshensyn å ikke innføre en småkravsprosess. Ettersom anvendelsesområdet for prosessen som ble vurdert i Danmark, var langt under anvendelsesområdet etter tvisteloven, var de rettssikkerhetshensyn som gjorde seg gjeldende i det danske forslaget langt svakere. Dersom de fleste småkrav etter tvisteloven skal avgjøres i forliksrådet, medfører dette betydelig større rettssikkerhetshensyn enn det Danmark sto overfor.

### **3.5 Anvendelsesområdet for småkravsprosess**

#### **3.5.1 Hovedregel**

Twistemålsutvalget mener at dersom det skal være grunnlag for å bringe små og middelstore krav inn for domstolen, må omkostningene ved disse sakene senkes. I denne sammenhengen peker utvalget på at det framgår av rettshjelpsmeldingen, St.meld. nr. 25 for 1999-2000, at en dag i retten antas å koste kr 25 000, forarbeid inkludert.<sup>64</sup> Kostnadene for en dag i retten vil variere ut i fra hvilke salærsatser det opereres med. Forretningsadvokater benytter inntil kr 2 500 per time. Med 6 timers rettsdag gir det inntil kr 15 000 per advokat, til sammen kroner kr 30 000. I tillegg kommer forberedende arbeid og dommerlønninger.<sup>65</sup> Dette er uten tvil høye tall.

Paragraf 10-1 angir hovedregel og virkeområde for småkravsprosessen. Det følger av annet ledd bokstav a, at saker der tvistegenstandens verdi er under kr 125 000 behandles etter reglene for småkravsprosess. Forarbeidene uttaler at det på bakgrunn av samfunnshensyn ikke skal være mulig å avtale seg bort fra dette.<sup>66</sup> Domstolsressurser skal ikke anvendes ut over det som er proporsjonalt forsvarlig. Ved at små og mellomstore tvister behandles i småkravsprosessen, frigjøres ressurser til å behandle flere saker i allmennprosessen. Anvendelsesområdet for småkravsprosessen er derfor ikke utformet bare med tanke på at enhver skal ha tilgang til å

---

<sup>64</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 337 annen spalte.

<sup>65</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 337 første spalte.

<sup>66</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 340 første spalte

løse tvister i en proporsjonal rettergang. Småkravsprosess skal også ivareta hensynet til en fornuftig og rasjonell bruk av domstolsressurser.

Tvistemålsutvalget uttaler at det er klar over at en sak med liten tvisteverdi kan være av like komplisert art som en sak der tvistesummen er høy. Utvalget velger å la det være avgjørende at en sak med tvistesum over kr 125 000 vil kunne tåle høyere kostnader enn en mindre sak.<sup>67</sup> Lovgiver går ikke inn på problemstillingen, men legger bare til grunn at det avgjørende er hensynet til prosessøkonomi. I dette ser lovgiver ut til å legge til grunn at lav tvistesum, ikke forsvarer den grundighet som kanskje må til dersom saken reiser juridiske kompliserte spørsmål. Disse uttalelsene viser hvor stor vekt proporsjonalitetsprinsippet har fått ved utformingen av loven.

Etter § 10-1 tredje ledd bokstav d skal allmennprosessen benyttes i saker ”hvor saken for en part har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist, eller hensynet til forsvarlig behandling nødvendiggjør behandling ved allmennprosess”. Forarbeidene uttaler at på bakgrunn av at reglene for småkravsprosess er fleksible, vil bestemmelsen kun fungere som en sikkerhetsventil.<sup>68</sup> Det skal derfor mye til for at saker under kr 125 000 skal besluttes ført for allmennprosessen. Også saker som ikke gjelder formuesverdier, kan behandles etter småkravsprosessen. Dette forutsetter at saken er relativ enkel slik at dette er ”forsvarlig og hensiktsmessig”, og at ”ikke begge parter motsetter seg en slik behandling”. Dette følger av § 10-1 annet ledd bokstav c.

### **3.5.2 Økonomisk verdi – grunnlag for prosesspor**

Fastsettelse av tvistesum etter reglene i kapittel 17 er avgjørende for om reglene om småkravsprosess kommer til anvendelse. Retten skal av eget tiltak ta stilling til verdien, jf. § 17-1 første ledd. I dette ligger det at retten skal vurdere verdien uavhengig av om en av partene gjør det gjeldende og at partenes syn ikke er bindende for retten. Forarbeidene understreker at det skal skje en mer intensiv prøving enn etter tvistemålsloven.<sup>69</sup> Hensynet bak dette er at det ikke skal være mulig for saksøker å sette størrelsen på kravet ut i fra hvilket prosesspor som er ønskelig.

---

<sup>67</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 første spalte.

<sup>68</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 340 første spalte.

<sup>69</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 430 første spalte.

Dersom saken gjelder ideelle interesser kommer reglene ikke til anvendelse. Dette følger av § 17-1 tredje ledd. Tvisteloven bygger på det tradisjonelle skillet mellom saker av formuesverdi som kan omregnes i penger, og ideelle interesser. Dersom tvistegenstanden har både formuesverdi og gjelder ideelle interesser, må det tas utgangspunkt i hva som er sakens dominerende karakter.<sup>70</sup> Mange saker som ikke er formuesrettslig er saker uten fri rådighet og faller utenfor småkravsprosessen, jf. § 10-1 tredje ledd bokstav c.

I proporsjonalitetsvurderingen etter § 21-8 og § 20-5 er partenes interesse i saken av relevant når sakens betydning skal fastsettes. I avgjørelsen av hvilke saker som går for småkravsprosess, er det utelukkende sakens økonomiske verdi som er av betydning. Forarbeidene begrunner dette med at det er de høye kostnadene ved allmennprosess som begrunner småkravsprosessen. Det er derfor tvistegenstandens verdi som er det sentrale avgrensningskriterium. Det vises også til at tvistegenstandens verdi er det alminnelige avgrensningskriterium også i utlandet.<sup>71</sup>

Når forarbeidene viser til utlandet, tas det ikke hensyn til at ingen andre land har like høy øvre grense for småkrav som i Norge. Det er nettopp for saker der tvistesummen er i øvre grense av småkravsprosessen, at hensynet til partenes interesser kan gjøre seg gjeldende. I proporsjonalitetsvurderingen etter §§ 21-8 og 20-5 er partenes ideelle interesse i saken av betydning. Ettersom det er proporsjonalitetstankegangen som ligger til grunn for prosessporet, kan det være nærliggende å reise problemstillingen om partenes interesse i saken burde være av betydning. I saker med tvistesum i øvre sjiktet av småkravsprosessen, kan det tenkes grunner for at partenes interesse burde være med i vurderingen av om saken skal føres for småkravsprosessen. På en annen side ville det være vanskelig å foreta en vurdering av partenes ideelle interesse i tvistegenstanden. Dette kunne ført til ulik praksis for hvilket prosesspor tvister havner i.

---

<sup>70</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 809 første spalte.

<sup>71</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 første spalte.

### 3.5.3 Anvendelsesområdet og rettssikkerhet

Som tidligere nevnt har både Danmark og Sverige vurdert en småkravsprosess, men ikke fremmet forslag om dette. Begrunnelsen var i hovedsak at rettssikkerheten ikke er tilstrekkelig ivaretatt i en slik forenklet prosess. Det er interessant at i de forslagene som ble vurdert i Danmark og Sverige, var anvendelsesområdet for småkravsprosessen langt snevrere enn i Norge. Det vil derfor være større rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldene ved den småkravsprosessen som er innført i Norge i dag. Forarbeidene fokuserer i liten grad på dette vide anvendelsesområdet, og hvordan rettssikkerhetshensynene er vurdert opp mot proporsjonalitetsprinsippets vekt. Ettersom de norske forarbeidene angir småkravsudvalgets betenkning å være en viktig kilde i arbeidet med den norske tvisteloven (se kapittel 3.2.3), kunne en kanskje forvente at Tvistemålsutvalget hadde drøftet det forholdsvis vide anvendelsesområdet i tvisteloven i forhold til den danske modellen.

Advokatforeningen mente i høringsrunden at den øvre grense for virkeområdet for småkravsprosessen bør være 1 G. Med mindre saksomkostningsregelen for allmennprosess anvendes, mente NHO også at grensen bør være 1 G.<sup>72</sup> Tvistemålsutvalget begrunner valget av anvendelsesområdet for småkravsprosessen med at i tvister som ligger mellom 1 G og 2 G, vil det være et misforhold mellom tvistesummen og prosesskostnadene dersom ikke disse sakene også skal følge småkravsprosessen. Det uttales videre at ”som system er dette uakseptabelt”.<sup>73</sup> Utvalget legger i denne sammenheng stor vekt på hensynet til proporsjonalitet og diskuterer i liten grad hvordan rettssikkerheten ivaretas.

Når det gjelder betegnelsen småkrav på de større småkravssakene, uttaler utvalget at tvister like under kr 125 000 er et betydelig beløp for de fleste. Derfor kan ”småkrav” være en lite treffende betegnelse. Men ettersom dette understreker betydningen av proporsjonalitet, ønsker utvalget likevel å benytte denne betegnelsen. Lovgiver har lagt vekt på at småkravsprosessen er fleksibel og åpner for at de største småkrav kan behandles mer grundig enn de mindre.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 197 første og annen spalte.

<sup>73</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 annen spalte.

<sup>74</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 annen spalte.

Gjennom disse uttalelsene ser det ut til at Tvistemålsutvalget legger til grunn at alle småkrav vil få en grundig nok behandling. Uansett er ikke det avgjørende for rettssikkerheten om større småkrav er sikret en grundigere behandling enn de mindre krav. Spørsmålet er om alle saker er sikret den grundige behandling som skal til for at saken kan behandles i tråd med forsvarlighetsprinsippet. Dersom kanaliseringen av småsaker til forlikrådet fungerer slik lovgiver ønsker, vil det i de større småkravssakene, økonomisk og juridisk sett, som i hovedsak kommer inn for behandling i tingretten.

Småkravprosessens fleksibilitet er kommet til uttrykk i § 10-1 første ledd. Det skal i følge denne bestemmelsen særlig legges vekt på at behandlingen er tilpasset ”betydningen av tvisten”. Bestemmelsen gir uttrykk for at det skal brukes mer ressurser på større småkravssaker enn på de mindre. Det er spørsmål hvordan ”betydningen av tvisten” etter § 10-1 første ledd skal forstås. Det er utelukkende tvistegjenstandens økonomiske verdi som ligger til grunn for at småkravprosessens kommer til anvendelse. Det går ikke frem av ordlyd eller forarbeider om det er kun den økonomiske verdi som skal legges til grunn for ”betydning av tvisten”, eller om partenes interesser og sakens betydning for andre enn partene er av betydning. I utgangspunktet hadde nok lovgiver i tankene at fleksibiliteten i småkravprosessens regelverk skal praktiseres slik at det er den økonomiske verdi som avgjør ”betydningen av tvisten”. Imidlertid vil nok dette neppe være avgjørende i praksis. Retten vil måtte bruke mer tid på saker som reiser kompliserte juridiske spørsmål, uavhengig av om tvistesummen er i øvre eller nedre sjiktet av småkravprosessens.

Sett i en nordisk og internasjonal sammenheng viser det vide anvendelsesområdet på småkravprosessens i tvisteloven, at proporsjonalitetsprinsippet er gitt stor vekt i forhold til de rettssikkerhetshensyn som taler mot en enkelt hurtig prosessform.

## **3.6 Rettshjelp**

### **3.6.1 Begrensning i dekning av omkostninger til rettshjelp**

I utgangspunktet kommer de alminnelige reglene for saksomkostninger i kapittel 20 til anvendelse for småkravprosessens. Men i småkravprosess setter § 10-5 grense for hva det

kan kreves erstatning for. Bestemmelsens annet ledd inneholder den viktigste begrensningen. Utenom merverdiavgift kan det bare kreves dekning for rettshjelp med inntil 20 prosent av sakens tvistesum. Det kan alltid kreves inntil kr 2 500, men aldri mer enn kr 25 000.

Loven sier ikke noe om hvordan beregning av sakskostnader skal foretas i saker som ikke gjelder formuesverdier etter § 10-1 annet ledd bokstav c. Forarbeidene sier heller ikke noe om dette. Men Schei mfl. hevder at i disse tilfellene må den øvre og nedre beløpsgrense for hva det kan kreves dekning for i § 10-5 annet ledd gjelde. Innenfor denne rammen må erstatningen utmåles etter den alminnelige regel i § 20-5. Denne løsningen bør være nærliggende å legge til grunn.

Muligheten til å få dekket omkostninger til rettshjelp er derfor begrenset etter dette prosessparet. § 10-5 tredje ledd inneholder en rimelighetssensur, slik at begrensningene i første og annet ledd ikke får anvendelse der en part på urimelig måte har brakt saken inn for domstolen. I den videre drøftelsen vil avhandlingen avgrense mot tilfeller som faller innenfor dette vilkåret.

Lovgiver uttaler at det er nettopp omkostningsregelen som er viktig for at småkravsprosessen skal fungere.<sup>75</sup> Denne regelen er det viktigste virkemiddelet til at omkostningene i prosessen kan senkes og gjøres forutsigbare. Gjennom den begrensede omkostningsregelen skal prosessrisikoen gjøres mindre.

### **3.6.2 Hvordan er muligheten til å benytte advokat i småkravsprosessen**

Tvistemålsutvalget uttaler at advokatbistand er en fordel fordi saken vil bli bedre opplyst og strukturert. Videre vil advokater kunne fraråde unødige søksmål, og forliksmekling vil kunne gjennomføres bedre ved advokatbistand. I tillegg vil domstolen være mer tilgjengelig for partene gjennom den trygghetten det er å benytte advokat. Utvalget ønsker på denne bakgrunn ikke å fremme et forslag som begrenser partenes ”adgang” til å benytte advokat, men de ønsker å sette en begrensning i de advokatutgiftene som kan erstattes.<sup>76</sup> Departementet uttaler at reglene bør utformes slik at det er praktisk mulig å føre saken uten prosessfullmektig i de

---

<sup>75</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 341 første spalte.

<sup>76</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 338 annen spalte.



saker der tvistesummen er lav. Departementet mener også at bruk av advokat vil føre til at det er større sjanse for at retten kommer frem til det riktige resultat. Det uttales videre at det derfor er viktig å legge til rette for at partene kan benytte advokat.<sup>77</sup>

I disse uttalelsene ser departementet ut til å mene at i de saker der tvistesummen er så lav at advokatutgiftene vil utgjøre en høy andel av dette, er det ønskelig at partene ikke benytter advokat. På den annen side uttaler departementet at hensynet til det materielle riktige resultat står sterkere ved bruk av advokat, slik at det også må legges til rette for at rettshjelp skal kunne benyttes.

Et av argumentene for at småkravprosessen åpner for forsvarlig saksbehandling, er at omkostningsregelen legger opp til et smidig system gjennom at det vil være mulig å få dekket en del utgifter til advokat i de større småkravssaker. Forarbeidene argumenterer også med at omkostningsregelen i Norge åpner for å få dekket langt mer enn det som skulle være mulig etter modellen som ble vurdert i Danmark. Der skulle det ikke dekkes advokatutgifter ut over 1 500 DKK. I tillegg trekker forarbeidene frem at omkostningsdekning ut i fra størrelsen på tvistegjenstanden, er vanlig i andre land som for eksempel England, Tyskland og Nederland.<sup>78</sup>

Problemet med sammenligningen, er at det er ingen land som er i nærheten av å ha et så vidt anvendelsesområdet for småkravssak som i Norge. Rettssikkerhetsproblemet reiser seg sterkest for de større småkravssakene. Saken skal ikke reise særlig vanskelige spørsmål før en forsvarlig utredning av en advokat kommer over lovens maksimale grense for dekning, det vil si kr 25 000. Selv om tvistegjenstandens verdi er kr 124 000, vil det maksimalt være mulig å få dekket kr 25 000 av rettshjelputgifter.

Når partene maksimalt kan få dekket 20 prosent av tvistesummen, er det uklart hva Justisdepartementet mener med uttalelsene om at det er viktig at det legges til rette for bruk av advokat. Dersom tvistesummen er for eksempel kr 10 000, er det mulig å få dekket rettshjelp tilsvarende en til to timer. I realiteten vil det da for advokaten kun være mulig å gi råd. Det vil være svært vanskelig å sette opp et prosesskriv innefor disse ressursrammene. Rettshjelp i rettsmøtet vil da praktisk talt være en umulighet. Uansett hvor enkle eller vanskelige juridiske spørsmål saken reiser, har parten i de aller fleste saker ikke noe annet valg enn å være

---

<sup>77</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 198 første spalte.

<sup>78</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 første spalte.

selvprosederende. Dersom saken er vanskelig, kan riktignok den snevre unntaksbestemmelsen i § 10-1 tredje ledd bokstav d anvendes.

Et annet spørsmål er hvordan partene på forhånd skal vite hvor stor tvistegjenstandens verdi er, slik at det kan beregnes hvor mye utgifter som kan brukes til advokat. Dersom retten setter tvistegjenstandens verdi til å være lavere enn saksøker har påberopt, vil den vinnende part selv måtte dekke omkostningene til advokat ut over de 20 prosentene eller eventuelt ut over kr 25 000. Advokatene vil måtte ta en vurdering av tvistegjenstandens verdi og vurdere sitt tidsforbruk ut i fra det. Det vil uansett være risiko for partene å benytte advokat. Selv om det ikke vil være aktuelt for noen å benytte mer penger på advokat enn tvistegjenstandens verdi, kan parter med ressurser i større grad ta risikoen og bruke advokat enn det parter med mindre midler kanskje vil kunne gjøre.

For tvister mellom næringsdrivende vil hensynene bak en småkravsprosess være annerledes enn for tvister mellom private. Forarbeidene til tvisteloven går ikke inn på næringslivets interesser i forhold til en småkravsprosess, og det foretas ikke noen drøftelser av dette. I motsetning fra forslaget i Danmark vil det som utgangspunkt ikke gjelde noe unntak for næringslivet. Fordi det ikke er ønskelig å binde opp ressursene i domstolen til saker av liten verdi, er dette ut i fra en allmenn samfunnsmessig proporsjonalitetsbetragtning velbegrunnet. Hensynet gjør seg i like sterk grad gjeldende selv om partene har økonomiske midler.

Begrensning i muligheten til erstatning for saksomkostninger vil imidlertid passe dårlig for saker mellom næringsdrivende. NHO uttalte i høringsrunden at det ikke bør gjelde andre begrensninger enn det som gjelder i allmennprosessen, og at saksomkostningsregelen ikke bør hemme lysten til å bruke advokat.<sup>79</sup> Ettersom loven ikke legger opp til noe unntak for næringslivet, har proporsjonalitetsprinsippet blitt gitt meget stor vekt i denne sammenhengen. På bakgrunn av at hensynet bak småkravsprosessen er å senke søksmålsterskelen ved å gjøre prosessen billigere og forutsigbar, kan det reises kritikk mot at det ikke er gjort unntak for næringslivet. I saker mellom næringsdrivende, vil hensynet til å senke søksmålsterskelen i liten grad gjøre seg gjeldende. I tillegg vil nok næringslivet gjennomgående benytte advokat uavhengig av tvistesummens størrelse.

---

<sup>79</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 196 annen spalte.

Lovgiver har riktignok ikke satt noe forbud mot bruk av advokat. Men det er heller ikke lagt til rette for at det kan brukes advokat, slik det fremholdes i forarbeidene. Det lovgiver i realiteten har lagt til rette for, er at det kan brukes advokat i svært begrenset grad. I tråd med omkostningsregelen vil det høre til unntakene at partene kan møte med prosessfullmektig. Dersom partene ikke skal benytte advokat, må de være selvprosederende. Det er derfor spørsmål om hensynet til prosessøkonomi kan forsvare et domstolssystem som legger opp til at det ikke er ønskelig at partene skal benytte den juridiske bistand som kreves for å få opplyst saken.

### **3.6.3 Selvprosederende parter og tvistelovens hovedfunksjon**

Tvisteloven legger i utgangspunktet opp til at partene skal være selvprosederende ved småkrav. Det kan derfor stilles spørsmål om det er hensiktsmessig å legge opp en prosess der partene skal opptre på egenhånd. Vil tvistelovens to hovedfunksjoner om rettssikkerhet og fremming av det materielle riktige resultat, ivaretas ved en slik prosess.

Hensynet til sakens opplysning, tilsier at partene bør bistås av advokat. Tvistemålsutvalget påpeker at saker om mindre tvistegjenstander, kan reise like kompliserte juridiske problemstillinger som saker etter allmennprosessen.<sup>80</sup> Men på bakgrunn av uttalelsene til departementet (se kapittel 3.6.2), ser det ut til at hensynet til det materielle riktige resultat ikke står like sterkt hos lovgiver i saker der tvistgjenstanden er lav.

Lovgiver ønsker nok i utgangspunktet flest mulig riktige avgjørelser, men legger stor vekt på at prisen å betale for dette ikke må være for høy. Det er derfor lagt avgjørende vekt på å redusere kostnadene. Dette til tross for at det i forarbeidene uttales at bruk av rettshjelp vil øke sjansen for at retten kommer frem til det materielle riktige resultat. Det er ikke tvilsomt at rettssikkerheten ivaretas på best måte gjennom bruk av rettshjelp. Den begrensede omkostningsregelen legger ikke til rette for fremming av lovens hovedfunksjoner, rettssikkerhet og fremming av det materielle riktige resultat.

---

<sup>80</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 339 første spalte.

## 3.7 Materiell prosessledning

### 3.7.1 Ordlyden gir rett til materiell prosessledning

Twisteloven § 11-5 har regler om rettens plikt og adgang til prosessuell og materiell veiledning. Tvistemålsloven hadde ikke noen generell bestemmelse om veiledning, men tvistemålsloven regulerte dette i § 86 annet ledd første punktum og § 87. I tillegg var det spredte enkeltbestemmelser om veiledning. Schei mfl. skriver at ”langt på vei er disse bestemmelsene videreført i tvisteloven, men veiledningsplikten går på noen punkter lenger”.<sup>81</sup> Skoghøy uttaler at loven ”i hovedsak viderefører tidligere gjeldende rett”.<sup>82</sup> Skoghøy skriver ikke noe om småkravprosessen spesielt, det er derfor nærliggende å anta at det var allmennprosessen han tenkte på i denne sammenhengen.

Bestemmelsens første ledd gjelder prosessuell veiledning, mens andre til femte ledd regulerer materiell veiledning. Annet ledd angir formålet med veiledningen. Rettens plikt til å skaffe klarhet i partenes prosesshandlinger reguleres i tredje ledd.

Kjernen i rettens adgang til å drive materiell prosessledning reguleres i fjerde og femte ledd. Retten ”kan” etter § 11-4 fjerde ledd oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål. Etter femte ledd ”kan” retten oppfordre en part til å tilby bevis. På bakgrunn av ordlyden har retten ikke plikt til materiell prosessledning.

Sjette og sjuende ledd inneholder fellesregler for materiell og prosessuell veiledning. Etter sjette ledd ”skal” retten ta ”særlig hensyn” til det ”behov” parter uten prosessfullmektig har for veiledning. Etter ordlyden har retten en plikt til å ta ”særlig hensyn” til det ”behov” selvprosederende parter har for veiledning. Sjuende ledd fastsetter at retten må utøve veiledning på en upartisk måte. I dette ligger det at veiledningen ikke må komme i konflikt med partslikhetsprinsippet.

Det interessante for avhandlingen er spørsmålet om i hvilken grad retten må drive materiell prosessledning når partene er selvprosederende. Spørsmålet er om selvprosederende parter

---

<sup>81</sup> Tore Schei mfl., s. 526.

<sup>82</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 33.

forutsetter en materiell prosessledning som i realiteten gir retten en plikt til materiell prosessledning.

### **3.7.2 Selvprosederende parter medfører en forutsetning om materiell prosessledning**

Selvprosederende parter vil skape utfordringer for domstolen som et nøytralt tvisteløsningsorgan. Partslikhetsprinsippet er en av de grunnleggende sivilprosessuelle prinsipper. Dette går ut på at dommeren skal være uavhengig og behandle begge parter likt. I saker der begge parter er uten prosessfullmektig, er det grunn til å tro at begge parter har behov for materiell veiledning. Det er derfor sannsynlig at dommeren må drive større grad av materiell veiledning enn systemet i tvistemålsloven la opp til. Dersom partene har behov for en utstrakt veiledning, reiser dette også spørsmål om det er mulig å gjennomføre prosessen innenfor fristene.

Forholdet til partslikhetsprinsippet kan tenkes å komme mest på spissen, i de tilfeller hvor den ene parten er representert ved prosessfullmektig, og den andre ikke. Dommeren vil ha plikt til å veilede begge parter, men det må antas at den selvprosederende parten vil trenge mer veiledning enn den andre parten.

Forarbeidene inneholder til dels motstridene uttalelser om hvor langt retten kan gå i materiell veiledning. Tvistemålsutvalget legger vekt på at retten må fremstå som en nøytral konfliktløser, og uttaler at materiell veiledning må utøves med forsiktighet. Utvalget fremholder at det ikke bør gjøres store endringer i forhold til tvistemålslovens regler for materiell veiledning. Utvalget uttaler også at saker med selvprosederende parter reiser særlige spørsmål om materiell prosessledning. Men at rettens rolle som nøytral konfliktløser, setter begrensninger i hvor langt retten kan gå i å veilede. Utvalget fremhever at dersom en part er selvprosederende, kan det i konkrete situasjoner være et moment som taler for veiledning. Imidlertid mener Tvistemålsutvalget at det kun er i særegne tilfeller at retten har plikt til å veilede.<sup>83</sup> Tvistemålsutvalget ser på bakgrunn av dette ut til å mene at retten i liten grad har en plikt til å veilede selvprosederende parter, og velger å la hensynet til rettens nøytralitet veie tyngst.

---

<sup>83</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 138 og s. 139 første og annen spalte.

Dersom retten ikke skal ha rett og plikt til å drive større grad av materiell veiledning innenfor småkravsprosessen, kan det oppstå problemer både for partene og dommere i prosessen. Dersom større grad av materiell veiledning ikke tillates, kan det være vanskelig å gjennomføre prosessen uten prosessfullmektig. En gjennomføring i tråd med tvistelovens målsetning om en raskere og rimeligere prosess vil også vanskeliggjøres. I saker der prosessen tar lengre tid, og i verste fall fører til et uriktig resultat, vil vinningen med å ikke bruke prosessfullmektig kunne falle bort.

Departementet er ikke enig med utvalgets sterke vektlegging av rettens nøytralitet. Justisdepartementet uttaler at ”det må antas at retten i stor utstrekning vil kunne veilede uten at denne tilliten blir svekket”.<sup>84</sup> Departementet fremholder at dette vil være mulig gjennom veiledning i en passende form, der retten ikke gir inntrykk av å engasjere seg for eller mot noen av partene. Departementet ønsker ikke å lovfeste en plikt til veiledning, og lar det være opp til rettens skjønn å veilede ut i fra hensynet til effektivitet og hensynet til det materielt riktige resultat. Det pekes også på at dette vil kunne ivareta det kontradiktoriske prinsipp. Departementet understreker også at tvisteloven trolig vil føre til at materiell veiledning vil få større omfang, fordi det nå er en utvidet rett og plikt for domstolen til å veilede, og at småkravsprosessen sannsynligvis vil føre til et økt behov for dette. Departementet peker videre på at den aktive saksstyringen vil føre til at retten på et tidlig stadium er godt satt inn i saken og dermed vil ha grunnlag for å drive materiell prosessledning.<sup>85</sup>

På bakgrunn av dette åpner tvisteloven for at retten kan veilede i den grad det er nødvendig for sakens opplysning. Dette vil først og fremst gjelde i saker med selvprosederende parter. En grunnleggende forutsetning for utøvelse av veiledning, må være at rettens nøytralitet ikke svekkes.

Det blir da spørsmål om hvor mye selvstendig rettskildeundersøkelser retten skal gjøre. Hvor mye tid skal det brukes til å få klarlagt faktum som er relevant og gjøre oppmerksom på ikke-påberopte påstandsgrunnlag, som for eksempel foreldelse der dette kan være relevant.

I praksis kan dette tenkes å være en vanskelig vurdering for dommeren. Loven gir dommeren stort spillerom, og det kan ikke uten videre legges til grunn at enhver dommer vil kunne

---

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173 første og annen spalte.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173 annen spalte.

praktisere materiell veiledning på en slik måte at partslikhetsprinsippet ikke svekkes. Dersom retten går for langt i sin materielle veiledning, slik at partslikhetsprinsippet krenkes, kan dette være saksbehandlingsfeil som leder til opphevelse etter § 29-21 første ledd. Dette kan også være tilfellet der retten gir uriktig, villedende eller for kategorisk informasjon. Dette var tilfellet i Rt. 1978 side 379. Høyesterett la til grunn at lagmannsretten ikke hadde dekning for å presentere problemet for partene i en så kategorisk og unyansert form. Dette ble ansett som saksbehandlingsfeil som kunne ha innvirkning på innholdet i dommen, og avgjørelsen ble opphevet.

Dersom retten gir uriktig veiledning vil dette lett kunne føre til opphevelse.<sup>86</sup> Ved innføringen av småkravsprosess som har ført til behovet for prosessledelse fra retten, kan det derfor være grunn til å anta at det for fremtiden vil bli opphevet flere dommer på grunnlag av feil veiledning. Dette vil være prosessøkonomisk uheldig.

Småkravsprosessen vil kunne medføre at dommerens rolle blir noe annerledes enn etter allmennprosessen. I de tilfeller hvor den ene parten er selvprosederende, vil det kunne være behov for en del veiledning i saker av en viss juridisk kompleksitet. Det finnes ingen bestemmelse eller system som sikrer at saker med lav tvistesum som reiser kompliserte juridiske spørsmål, føres med prosessfullmektig. Stor grad av materiell veiledning fra dommerens side kan tenkes å føre til situasjoner der den annen part oppfatter dommeren som den selvprosederende parts medhjelper. Selv om dommeren faktisk juridisk sett opptrer objektivt, kan det tenkes at den annen part ikke opplever dommeren som nøytral.

Partslikhetsprinsippet kan i enkelte situasjoner i småkravsprosessen settes på prøve. Proporsjonalitetsprinsippet gjennomslag har medført at hensynet til partslikhetsprinsippet er vektet svakere enn etter tidligere rett.

### **3.7.3 Medfører forutsetningen om materiell prosessledelse også en plikt**

Forutsetningen for at småkravsprosessen skal kunne gjennomføres forsvarlig uten hjelp av prosessfullmektig og innenfor de gitte tidsfristene, må være at domstolen driver materiell

---

<sup>86</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, 2. utgave, Oslo 2001 s. 715 og Tore Schei mfl., s. 540.

veiledning. Spørsmålet er derfor om ikke retten også må ha en *plikt* til materiell veiledning. Hvis partene skal være selvprosederende, forutsettes også materiell prosessledelse. Vil det da være riktig å si at retten ikke har plikt til materiell veiledning?

Etter ordlyden er den eneste plikten retten har til materiell prosessledelse den plikt retten har til å sørge for at partenes prosesshandlinger blir klarlagt etter § 11-5 tredje ledd. Paragraf 11-5 fjerde og femte ledd regulerer kjernen i materiell prosessledelse og gir, etter ordlyden ”kan”, ingen plikt for retten. I praksis vil det være en glidende overgang mellom de tilfeller der retten utøver sin plikt til å klarlegge påstander og påstandsgrunnlag etter tredje ledd, og de tilfeller der retten kommer over i å utøve sin rett til å oppfordre en part å ta ”standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken” etter § 11-5 fjerde ledd.

Departementet uttaler uttrykkelig at det ikke ønsker å ”lovfeste en generell regel om rettens plikt til veiledning”. Begrunnelsen for dette er at når en part møter med prosessfullmektig og denne ikke ser et påstandsgrunnlag, vil det ofte være slik at retten heller ikke ser det.

Hensynet til en effektiv saksavvikling tilsier at retten selv avgjør hvor nøye den vil tenke gjennom påstandsgrunnlag som ikke er påberopt. Samtidig er det uttalt at ”selv om det ikke lovfestes noen plikt for retten til å oppfordre partene til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som de ikke har trukket fram, finner departementet grunn til å presisere at det er en fordel at dette skjer.” Departementet uttaler også om materiell veiledning i samme avsnitt, at de nye reglene om rettens veiledning ”tar sikte på å innsnevre skrankene for retten til å gi veiledning og en utvidelse av dens plikt til å gjøre det”.<sup>87</sup>

På den ene siden tilsier ordlyd og forarbeidenes uttrykkelige uttalelse om det ikke er ønskelig å lovfeste en plikt til materiell prosessledelse, at det ikke er plikt til materiell veiledning i småkravsprosess når partene er selvprosederende. Etter tvisteloven var det riktignok også adgang til å være selvprosederende, det som gjør at spørsmålet stiller seg annerledes etter tvisteloven, er at det nå legges opp til en prosessform der partene skal være selvprosederende. Derfor følger det av § 11-5 sjette ledd, at retten ”skal” ta ”vesentlig hensyn” til det ”behov” selvprosederende parter har til veiledning. Dette taler for at retten i større grad bør ha plikt til å veilede. I tillegg uttaler departementet om materiell veiledning, at de nye reglene om

---

<sup>87</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 173 annen spalte.



veiledning innebærer ”en utvidelse av dens plikt til å gjøre det”. Dette taler for at retten har en plikt til veiledning i de tilfeller en eller begge parter er selvprosederende.

Dersom det er en plikt for retten til å veilede, medfører dette at manglende veiledning kan være saksbehandlingsfeil som leder til opphevelse. Det vil kanskje være riktig å si at selv om partene er selvprosederende, er det formelt sett ikke innført en generell plikt til materiell prosessledelse. Men systemet med småkravsprosess forutsetter reelt sett at retten må veilede partene. Det kan derfor i konkrete tilfeller tenkes at retten har plikt til å for eksempel foreslå aktuelle påstandsgrunnlag som partene ikke har tenkt på.

Etter tvistemålsloven var det i konkrete tilfeller unntaksvis en plikt til materiell veiledning.<sup>88</sup> Etter tvisteloven er det grunn til å anta at det vil være langt oftere konkrete tilfeller der retten har plikt til å drive materiell veiledning.

Imidlertid er en slik form for prosessledelse svært betenkelig i forhold til partlikehetsprinsippet og bør derfor utøves med forsiktighet. Dersom det er åpenbare påstandsgrunnlag som burde vært påberopt, bør retten ha en plikt til å veilede selvprosederende parter. Denne plikten kan ikke være vidtgående, og det er grunn til å tro at den begrensede tidsbruken i småkravsprosessen naturlig vil begrense dommerens mulighet til å drive materiell prosessledelse.

### **3.8 Enkel og rask prosess – bedre enn ingen prosess**

Tvistemålsutvalget mener at det ved utformingen av prosessen, må skje en avveining mellom en grundig behandling, og andre viktige hensyn som proporsjonalitet. Det uttales videre at en ”slik avveining – med et betydelig gjennomslag for proporsjonaliteten – er helt nødvendig i småkravsprosessen. Her vil valget stå mellom ”en forenklet, men rimelig forsvarlig prosessen ”rough and ready” prosess for å bruke det engelske uttrykket, og ingen prosess overhodet.”<sup>89</sup> Lovgiver mener at den tidligere kostbare prosessordningen førte til at små og middelstore krav, ikke ble brakt inn for domstolen, og at en forenklet prosess med avgjørende vekt på proporsjonalitet derfor er den nødvendige løsningen på dette.

---

<sup>88</sup> Se for eksempel Rt. 1983 s. 1418 og Rt. 1963 s. 996.

<sup>89</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 337 annen spalte.

Det legges utelukkende vekt på tvistegjenstandens økonomiske verdi når saken havner i småkravsprosess. En kan si at det ligger en presumpsjon til grunn om at saker under kr 125 000 ikke er av stor betydning, og derfor ikke forsværer stor ressursbruk. Dette kan være særlig uheldig i forhold til de i samfunnet med lav økonomi. På den ene siden vil en enkel og rimelig prosess kunne være utslagsgivende for at saken i det hele tatt bringes inn for domstolen. På den annen side vil et krav på kr 125 000 kunne utgjøre svært mye for enkelte, spesielt for de med lav økonomi. For denne borgeren er det mulig at et slikt krav vil være av en slik art at for han personlig vil en enkelt og hurtig behandling stride mot hans alminnelige rettsfølelse. Dersom en slik sak ender med tap, kan en hurtig og rimelig behandling føre til at parten føler at egen sak ikke er grundig og forsvarlig behandlet. Det kan da være spørsmål om en grundigere behandling ville være å foretrekke. Sett i en slik sammenheng har proporsjonalitetsprinsippet fått stor vekt i forhold til rettssikkerheten.

Forarbeidene fremhever, som nevnt tidligere, at regelverket er smidig og åpner for at saken behandles mer grundig jo større tvistesummen er. Men et prosesspor med selvprosederende parter, begrenset dekning av retts hjelp og muntlig rettsmøte som i hovedsak maksimalt skal vare en dag setter sterke begrensninger på hvor grundig saken kan behandles.

Småkravsprosessens rettssikkerhetsspørsmål kommer på spissen når saker med tvistesum opp mot kr 125 000 skal behandles. Proporsjonalitetshensynet stiller seg mye sterkere for krav på lavere krav.

Det kan stilles spørsmål om det er realistisk at rettsmøtet kun unntaksvis skal vare over én dag. Uavhengig av tvistegjenstandens verdi kan det i mange tilfeller være en utfordring å ferdiggjøre rettsmøtet på to til tre timer. Og selv om saken vies én dag, er dette svært lite sammenlignet med allmennprosessen. I de større småkravssaker er det spørsmål om rettssikkerheten og hensynet til det materielt riktige resultat er tilstrekkelig ivaretatt. Det kan være nærliggende å reise spørsmål den småkravsprosess som nå er innført passer inn i et domstolssystem.

Selv om det er et argument at en enkel og rask prosess er bedre enn ingen prosess, bør utgangspunktet være at når saker bringes inn for retten, er partene sikret en grundig behandling der rettssikkerhet og hensynet til å komme frem til det riktige resultat, veier

tyngst. Hva er gevinsten av en raskere og rimeligere prosess dersom en risikerer at retten kommer frem til galt resultat. Det kan reises innvendinger om denne risikoen kan forsvare en domstolsbehandling av den art småkravprosessen legger opp til. Prosessreglene bør utformes slik at partene sitter igjen med en følelse av at egen sak er forvarlig behandlet. Ofte vil kanskje en borgers møte med rettssystemet være noe som forekommer en gang i livet. Når en først havner i retten med en sak, vil kanskje en forsvarlig behandling som sikrer det riktige resultat, for mange være det aller viktigste. Det er også viktig at i svært mange saker er det gode forsikringsordninger som kan bøte på kostnadene.

Dette kan tenkes mange løsninger for behandling av små saker. For eksempel kan omkostningene for partene reduseres gjennom bedre forsikringsordninger eller nemnd - systemet kan utvikles videre. Det kan tenkes løsninger der hensynet til proporsjonalitet ikke gis så stor vekt i forhold til hensynet til rettssikkerhet og det materielle riktige resultat. Dette vil kunne være at det ikke blir lagt opp til en prosess der partene skal stille uten prosessfullmektig.

### **3.9 Småkravsporsess på bakgrunn av erfaringer fra Nord-Troms tingrett**

#### **3.9.1 Det behandles få saker for småkravsporsess**

I løpet av et år behandles det ca 400-500 sivile saker for Nord-Troms tingrett. Tall innhentet fra Nord-Troms tingrett viser at antall småkravssaker så langt har vært lite. I hele 2008 ble det behandlet 19 saker. Det er så langt i 2009 behandlet 8 saker. Tallene viser at det forholdsvis i 2009 har vært behandlet flere saker enn i 2008. Det totale tallet ligger derfor an til å bli høyere i 2009 enn i 2008.<sup>90</sup>

Det kan være flere grunner til at det ikke har vært behandlet flere saker. En årsak kan være at et stort antall saker stopper i forlikrådet. En annen årsak kan være at dette er et nytt prosesspor som ikke er kjent blant folk flest. Dersom det ikke benyttes juridisk bistand i forlikrådet, kan det være at partene rett og slett ikke vet om at det er kommet et nytt prosesspor for små og middelstore saker. En annen årsak kan være at et system der det legges

---

<sup>90</sup> Statistikk innhentet fra Nord-Troms tingrett.

opp til at det ikke skal benyttes mye rettshjelp, virker avskrekkende. Den tryggheten det er å ha en advokat ved sin side bør ikke undervurderes.

Det er foreløpig tidlig å trekke konklusjoner om småkravsprosessen. Men dersom trenden med at det føres få saker for dette prosesspolet fortsetter, så er ikke småkravsprosess egnet til å ivareta de hensyn systemet springer ut i fra. En av lovgivers viktigste formål med prosessen er at domstolsterskelen skal senkes slik at alle samfunnsklasser har mulighet til å kunne bringe sine krav inn for domstolen. Formålet var på ingen måte at saker ikke skulle bringes inn til domstolen. Et spørsmål i denne sammenhengen kan være om det da er behov for et slikt prosesspor. Det kan være at saker med svært lav tvistegenstand uansett ikke bringes inn for domstolen.

### **3.9.2 Praktiske konsekvenser og utfordringer for domstolen**

#### *a) Prioritering av småkravssaker?*

Et av hensynene bak småkravsprosessen er at dette skal ivareta en rasjonell bruk av domstolsressurser (se kapittel 3.5.1). På den ene side vil dette ivaretas gjennom reglene om småkravsprosess. På den annen side skal saker for småkravsprosess avgjøres senest tre måneder etter at de er kommet inn til retten. Unni Sandbukt mener at de strenge tidsfristene fører til at domstolen stilles overfor vanskelige prioriteringsproblemer. Dersom fristene skal overholdes, må ofte småkravssakene prioriteres foran for eksempel viktige familiesaker, eller straffesaker.

Disse erfaringene er ikke tråd med lovgivers forutsetning om at de strenge fristene ikke skulle føre til at småkravssakene må prioriteres (se kapittel 3.3).<sup>91</sup> Ettersom disse sakene skal avgjøres innen 3 måneder er det nærliggende at dette faktisk fører til at småkravssaker i enkelte tilfeller må prioriteres. Det kan reises mange innvendinger mot at domstolen skal prioritere formuessaker med liten tvistesum, foran en sak om hvem som skal ha omsorgen for et barn. I tillegg er en stor del av saksmengden straffesaker. Derfor vil det være ofte at småkravssakene må prioriteres foran slike saker. Det er da et spørsmål om dette er riktig

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) s. 35 annen spalte og s. 36 første spalte.

prioritering av domstolsressurser. Det kan på denne bakgrunn reises innvendinger mot at småkravsprosessen ivaretar hensynet til en fornuftig og rasjonell bruk av domstolsressurser. Dette viser igjen hvor stort fokus det har vært på hurtighet og prosessøkonomi ved utforming av tvisteloven.

#### *b) Selvprosederende parter og hovedregelen om to til tre timers muntlig sluttbehandling*

Unni Sandbukt har gjennom sin erfaring opplevd at selvprosederende parter kan være en stor utfordring for dommeren. Selv om det reiser utfordringer for dommeren at en av partene er selvprosederende, og den andre representert ved advokat, er dette ofte en fordel. Èn advokat til å roe ned saken, er bedre enn ingen advokat i rettssalen. Sandbukt sier også at i tilfellene der kun en part er selvprosederende, vil dommeren være nødt til å utjevne forskjellen ved å veilede den selvprosederende parten.

Sandbukt mener at dommere generelt er lite begeistret for selvprosederende parter.

Selvprosederer skaper ofte en uryddig prosess som kan trekke ut i tid. Hun fremhever at partene ofte er svært engasjert i egen sak og har svært mye på hjertet, og at det ikke alltid er så lett for dommeren å avbryte en part. Bakgrunnen for det er at det er viktig at partene føler at de er blitt hørt i sitt møte med rettsapparatet. Dette er viktig for å skape tillit til domstolen. De strenge fristene i småkravsprosessen skaper derfor utfordringer når selvprosederende parter skal håndteres i retten. Sandbukt mener at det ikke er ofte at den muntlige sluttbehandlingen kan avsluttes i løpet av 2-3 timer, slik lovgiver forutsetter. Hun mener at det nok heller kan være grunn til å legge lovens maksimale tidsramme på en dag til grunn som en realistisk hovedregel.

På bakgrunn av analysen er det mye som peker i retning av at det kan bli vanskelig å gjennomføre den muntlige sluttbehandlingen forsvarlig i løpet av to til tre timer. Tvistelovens hovedfunksjon skal tross alt være å fremme rettssikkerhet og at den materielle lovgivning slår igjennom.

#### *c) Store krav til dommeren*

Småkravsprosessen reiser i følge Sandbukt også store krav til dommerens materielle kunnskaper om juss. Dersom dommeren skal styre prosessen og veilede parter uten rettshjelp, er det helt nødvendig at dommeren er på høyden juridisk.

Dersom småkravsprosessen fører til at dommeren må bruke ekstra tid på å sette seg inn i det materielle, vil dette ikke være i tråd med forutsetningen om mindre ressursbruk ved småkrav.

## **4. BEVISA VSKJÆRING OG BEGRENSNING I DEKNING AV SAKSKOSTNADER UT I FRA PROPORSJONALITET**

### **4.1 Noen utgangspunkter**

Twistelovens femte del inneholder alminnelige regler om bevis. Reglene kommer derfor til anvendelse i alle prosess typer og for alle instanser, med mindre det er gjort unntak fra dette.

Utgangspunktet er at partene har fri adgang til bevisførsel.<sup>92</sup> Dette er lovfestet i tvisteloven § 21-3 første ledd. Det følger imidlertid av bestemmelsen at det i loven er gjort unntak fra dette gjennom generelle og spesielle bestemmelser. I §§ 21-7 og 21-8 er det gjort alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis, og dette gjelder derfor for alle typer bevis.

Det er imidlertid § 21-8 første ledd som er den interessante prinsipielle nyvinningen i loven. Adgangen til å avskjære bevis er langt videre etter § 21-8, enn det tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 6 gav hjemmel for.

Etter § 21-8 skal det være et ”rimelig forhold” mellom ”omfanget av bevisføringen” og ”den betydning tvisten har”. Det følger av bestemmelsen at proporsjonalitetsprinsippet direkte kan sette begrensninger i partenes adgang til fri bevisførsel.

Forarbeidene uttaler at avgjørelse om nektelse av føring av bevis bør skje under saksforberedelsen.<sup>93</sup> Grunnen til dette er at de hensyn som begrunner bestemmelsen gjør seg sterkest gjeldene dersom beviset avskjæres på et tidlig stadium. Dette kan også bidra til at saken på et tidlig stadium konsentreres om det sentrale.

---

<sup>92</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 37 annen spalte.

<sup>93</sup> NOU 2001:32, Bind B, s. 950 første spalte.

I allmennprosess er planmøtet under saksforberedelsen etter § 9-4 et viktig redskap for retten til å få oversikt over bevisene og hva som kan avskjæres. Selv om bevisavskjæring i utgangspunktet bør skje under saksforberedelsen, kan avskjæring også skje under hovedforhandling. Tvistemålsutvalget uttaler at ”avgjørelse om å nekte ut i fra proporsjonalitet vil nok kunne by på vanskelige avveininger, men at avgjørelsen er vanskelig gjør likevel ikke at retten kan vente med den til hovedforhandlingen”.<sup>94</sup>

Bevisavskjæring etter § 21-8 medfører at beviset nektes ført i strid med en eller begge parter oppfatning. Dette er derfor å anse som ”tvist” om bevis og avgjørelse treffes ved kjennelse jf. § 19-1 annet ledd bokstav d. Kjennelser skal begrunnes jf. § 19-6 fjerde og femte ledd. Bakgrunnen for at avgjørelse om bevisavskjæring er å anse som ”tvist” selv om beviset avskjæres i strid med begge parter ønske, er at behovet for begrunnelse og overprøving ikke er mindre selv om det ikke foreligger uenighet mellom partene.<sup>95</sup>

Under saksforberedelsen treffes avgjørelse om bevisavskjæring av forberedende dommer, jf. § 19-2 første ledd. Under hovedforhandling treffes avgjørelsen av den samlede rett dersom retten har flere medlemmer, jf. § 19-3. En avgjørelse under saksforberedelsen om å tillate eller nekte bevis er ikke bindende for den dømmende rett, jf. § 19-10 første ledd annet punktum. Det vil si at en part kan kreve at retten under hovedforhandling tar stilling til beviset på nytt. Dersom det på dette tidspunkt av saksbehandlingen viser seg at beviset likevel bør føres, kan retten tillate det. Hensynet bak dette er at saksbehandlingen skal være forsvarlig og sikre det materielle riktige resultat.

Overprøvingsadgangen av kjennelse om bevisavskjæring etter § 21-8 behandles i kapittel 5 om anke.

Retten mulighet til å foreta en ”forhåndsvurdering” av proporsjonalitet etter 21-8 må sees i sammenheng med § 20-5 om dekning av saksomkostninger. Etter § 20-5 første ledd første punktum dekkes erstatning for saksomkostninger som har vært ”nødvendig” for saken. I vurderingen av om saksomkostninger skal settes ned, må retten holde ”betydningen av saken” opp mot om det har vært ”rimelig” å pådra kostnadene. Både i vurderingen etter § 21-8 og § 20-5 er det tvistens betydning som skal sammenlignes med resursbruken. Vurderingen av

---

<sup>94</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 950 første spalte.

<sup>95</sup> Tore Schei mfl., s. 1017.

hvilke saksomkostninger det har vært proporsjonalt å pådra etter § 20-5 knytter seg til alle omkostninger, ikke bare kostnader knyttet til bevisføring. Når det gjelder bevis, vil terskelen for å nekte bevisføring etter § 21-8 ligge høyere enn terskelen for å nekte saksomkostnader dekket etter § 20-5. Det vil si at selv om et bevis ikke er blitt avskåret etter § 21-8, kan den vinnende part risikere selv å måtte betale omkostningene ved bevisførselen. Etter § 20-5 vil rettens vurdering av proporsjonaliteten være en ”etterkontroll”.<sup>96</sup>

Proporsjonalitetsprinsippet kan også få betydning ved vurdering av bevisavskjæring etter § 21-7. Bestemmelsens første ledd inneholder et relevanskriterium, og viderefører tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 1. Paragraf 21-7 annet ledd utvider adgangen til avskjæring i forhold til tvistemålsloven. Retten kunne etter tvistemålsloven § 189 første ledd nr. 3, nekte bevis dersom det var ”åpenbart” at beviskraften var liten. Etter tvisteloven § 21-7 annet ledd bokstav b, ”kan” retten nekte ført bevis som ”ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig”. Retten ”kan” nå nekte bevis som er av liten betydning eller dersom det øvrige bevismaterialet er tilstrekkelig. Det er etter tvisteloven nok at beviset ikke ansees å være av ”nevneverdig” styrke for avgjørelsen.<sup>97</sup> Retten kan også nekte bevis som den finner det nødvendig å føre på annen måte, jf. § 21-7 annet ledd bokstav c. Proporsjonalitetsprinsippet er inntatt i lovens formålsbestemmelse; prinsippet skal derfor generelt være et moment i rettens skjønsmessige vurderinger. Hensynet til proporsjonalitet kan derfor også komme inn i vurdering av bevisavskjæring etter § 21-7.

## 4.2 Proporsjonalitetsvurderingen etter § 21-8

### 4.2.1 Tolkning av lovtekst

#### *a) Bestemmelsen ordlyd*

Ved klarlegging av bestemmelsens innhold er det naturlig å ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd.

Paragraf 21-8 første ledd fastsetter:

---

<sup>96</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 133 annen spalte og s. 949 annen spalte–950 første spalte. Tore Schei mfl., s.1019.

<sup>97</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 949 første spalte.



”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 bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1, men innenfor rammen av de begrensninger som følger av formålet.”

Dersom vilkårene for avskjæring er til stede ”kan” retten nekte bevisføringen, jf. § 21-8 første ledd annet punktum. Det vil si at det er opp til retten å vurdere om beviset faktisk skal avskjæres.

I proporsjonalitetsvurderingen må retten, i henhold til § 21-8 første ledd, vurdere ”den betydning tvisten har” i forhold til ”omfanget av bevisføringen”. Ordlyden tilsier at retten må klarlegge de kostnader og den tidsbruk bevisføringen vil medføre. Dette må sammenlignes med ”den betydning tvisten har”. Ordlyden sier verken hvilke momenter som er relevant ved vurderingen, eller hva som skal ha avgjørende vekt. Men ordlyden legger opp til at det i tråd med proporsjonalitetstankegangen, legges vekt på tvistegjenstandens økonomiske verdi, partenes interesse og sakens betydning for andre enn partene.

Paragraf 21-8 første ledd annet punktum fastsetter at tvistelovens formålsbestemmelse setter rammer for proporsjonalitetsvurderingen. Gjennom henvisningen til formålsbestemmelsen fremgår det uttrykkelig at bestemmelsen er et middel for å oppnå lovens formål. Schei mfl. skriver at henvisningen til formålsbestemmelsen viser at denne skal danne grunnlag og skranke for rettens vurdering av hva som er en proporsjonal bevisføring.<sup>98</sup>

Formålsbestemmelsens første ledd angir viktige hensyn bak tvisteloven og tar opp i seg hovedinnholdet i EMK artikkel 6 nr. 1. I tillegg fastsetter formålsbestemmelsen at loven skal ivareta ”samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene”. Formålsbestemmelsen gir uttrykk for tvistelovens to hovedfunksjoner; rettssikkerhet for den enkelte og samfunnets behov for at den materielle lovgivning får gjennomslag. § 1-1 annet ledd lister opp virkemidler for å oppnå formålet i første ledd. Av de momentene som fremgår av formålsbestemmelsen, vil hensynet til rask og effektiv behandling og hensynet til at ulikheter i ressurser hos partene ikke skal være avgjørende for sakens utfall, kunne tale for

---

<sup>98</sup> Tore Schei mfl., s. 1019.

bevisavskjæring. Hensynet til en rettferdig, forsvarlig og tillitskapende behandling, er hensyn i formålsbestemmelsen som kan tale mot avskjæring.

Tolkning av ”rettferdig og ”forsvarlig” behandling jf. § 1-1 første ledd må tolkens på bakgrunn av kravet til en ”rettferdig rettergang” etter EMK artikkel 6 nr. 1.

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har ikke gitt noe generell definisjon av hva som ligger i kravet om ”rettferdig rettergang” etter EMK artikkel 6 nr. 1. Spørsmålet om kravet etter EMK er oppfylt, må bero på en samlet konkret vurdering av den enkelte sak.<sup>99</sup> Det følger av EMDs praksis at konvensjonens utgangspunkt er at spørsmål knyttet til bevisføring og bevisvurdering i sin alminnelighet, beror på nasjonal rett.<sup>100</sup> Men forsvarlighetsstandarden i EMK artikkel 6 nr. 1, vil kunne spille inn på denne vurderingen.<sup>101</sup>

Selv om kravet til ”rettferdig rettergang” må avgjøres konkret i hver sak, gir praksis fra EMD veiledning for hovedelementene i ”rettferdig rettergang”. I saken *Kraska mot Sveits*<sup>102</sup> ble det formulert allmenne målsetninger for kravet om en rettferdig rettergang:

”It falls to the Court to decide whether the contested proceedings considered as a whole were fair within the meaning of the Convention. The effect of Article 6 para. 1 (art. 6-1) is, inter alia, to place the "tribunal" under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessment of whether they are relevant to its decision”.<sup>103</sup>

I dette ligger at partene skal ha reelle muligheter til å fremlegge sin sak, slik at retten får et forsvarlig grunnlag for å treffe en avgjørelse. Det følger derfor en rett til å føre bevis. Men det følger imidlertid ingen ubegrenset rett til bevisføring. Dette fremgår også av praksis fra EMD. I saken *McGinley og Engan mot England* uttalte domstolen:

“The Court considers that, if it were the case that the respondent State had, without good cause, prevented the applicants from gaining access to, or falsely denied the

---

<sup>99</sup> Jf. EMDs dom 13. juni 1994 *Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania* og EMDs dom 20. november 1989 *Kostovski mot Nederland*.

<sup>100</sup> Jf. for eksempel EMDs dom 12. juli 1988 *Schenk mot Sveits* avsnitt 46.

<sup>101</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 173 annen spalte.

<sup>102</sup> EMDs dom 19. april 1993 *Kraska mot Sveits*.

<sup>103</sup> EMDs dom 19. april 1993 *Kraska mot Sveits* avsnitt 30 annet punktum.

existence of, documents in its possession which would have assisted them in establishing before the PAT that they had been exposed to dangerous levels of radiation, this would have been to deny them a fair hearing in violation of Article 6 § 1.”<sup>104</sup>

Det følger av denne dommen at bevis ikke kan nektes ”without good cause”. Retten må ha god grunn til avskjæring og ikke gå så langt i bevisavskjæring at partene ikke får fremlagt saken sin på en slik måte at retten har et forsvarlig grunnlag for å treffe avgjørelse. Retten vil derfor for eksempel kunne foreta bevisavskjæring for bevis som ikke er relevant for saken.

I tillegg er det ut i fra likhetsprinsippet (equality of arms) viktig at begge parter skal stilles likt i retten til å fremlegge sin sak. Det følger av EMDs praksis at rettferdighetskravet er oppfylt dersom partene har hatt vesentlig samme vilkår.<sup>105</sup>

Ut i fra kravet til ”rettferdig rettergang” etter EMK artikkel 6 nr. 1 og kravet til ”forsvarlig” saksbehandling i tvisteloven § 1-1, er det et krav om at saken blir forsvarlig opplyst. I vurderingen av bevisavskjæring etter § 21-8 første ledd, bør derfor bevisets mulige betydning for sakens resultat være et moment i vurderingen.

Ved spørsmål hvor langt retten kan gå i å avskjære bevis, må det tas stilling til hvor stor vekt en kan la hensynet til proporsjonalitet få i forhold til sakens opplysning.

Det følger av § 21-8 annet ledd: ”Hvis bevisføringen kan begrenses på ulike måter, har parten valget mellom disse.” Annet ledd må sees i sammenheng med første ledd. Forutsetningen for at partene kan velge begrensingsmåte, må derfor være at det finnes alternative tilskjæringsmåter som medfører bevisføring i tråd med proporsjonalitetsprinsippet.

#### *b) Øvrig lovtekst*

Proporsjonalitetsbegrensing i kapittel 26 om realbevis kan være en tolkningsfaktor ved klarleggingen av innholdet i § 21-8. Paragraf 26-5 første ledd oppstiller en plikt til å stille til rådighet bevis en har hånd om eller kan skaffe til veie. Paragraf 26-5 annet ledd har regler for

---

<sup>104</sup> EMDs dom 9. juni 1998 *McGinley og Engan mot England* avsnitt 86.

<sup>105</sup> Jf. EMDs dom 27. oktober 1993 *Dombo Beheer* avsnitt 33.

gjennomføring av plikten etter første ledd. Partene og andre kan pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander. De kan også pålegges å foreta nødvendige undersøkelser, utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstanden. Etter § 26-5 tredje ledd første punktum første alternativ kan retten nekte ”bevistilgang etter første eller annet ledd hvis dette vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset”.

Denne spesialregelen for realbevis er et utslag av den alminnelige proporsjonalitetsbegrensningen i § 21-8. I følge forarbeidene sier spesialregelen ikke noe ut over det § 21-8 allerede gjør. Begrunnelsen for at proporsjonalitetsbegrensningen er inntatt også i § 26-5 tredje ledd første punktum, er at dette er naturlig på grunn av annet punktum som krever forskuttering av utgiftene fra den som fremsetter kravet.<sup>106</sup>

Selv om § 26-5 i følge forarbeidene ikke sier noe ut over det § 21-8 allerede gjør, er proporsjonalitetsbegrensningen i § 26-5 et utslag av den alminnelige regelen i § 21-8, og bestemmelsen kan derfor sees på som en presisering av innholdet i § 21-8. Paragraf 26-5 uttrykker at proporsjonalitetsbegrensningen også gjelder ved undersøkelser og bearbeiding av bevis. Bestemmelsen gir også eksplisitt uttrykk for at kostnadene må stå i forhold til verdien av beviset. Dette tiliser at den mulige verdien av beviset bør være et moment i vurderingen etter § 21-8.

### *c) Sammenfatning av tolkning av lovttekst*

Ordlyden i § 21-8, med henvisningen til formålsbestemmelsen, gir ikke mye veiledning om hvordan proporsjonalitetsvurderingen skal foretas. Men det må i tråd med proporsjonalitetsprinsippet legges vekt på tvistegjenstandens verdi, partenes øvrige interesser og om saken har betydning for andre enn partene. I vurdering av ”omfang av bevisføringen” må ressursbruken ved føring av beviset klarlegges. I tråd med § 26-5 vil dette også omfatte innhenting og bearbeiding av bevis. I tillegg taler ordlyden i § 26-5 og hensynet til en ”rettferdig rettergang” for at det også må legges vekt på hvilken betydning beviset kan ha for sakens opplysning.

---

<sup>106</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 980 første spalte.

## 4.2.2 Tolkning av forarbeider

### a) Uttalelser i forarbeidene

Forarbeidene uttaler seg om hvilke momenter som er relevant ved vurdering av ”den betydning tvisten har”.

### b) Partens interesse

Departementet uttaler at:

”Når tvistens betydning skal vurderes, må man se på både den økonomiske verdi som tvisten gjelder og de videre, kanskje ideelle, interesser som en part har i avgjørelsen”.<sup>107</sup>

Tvistemålsutvalget mener at proporsjonalitetsvurderingen først og fremst må dreie om en avveining av partenes interesse.

”Ved vurderingen ser man ikke bare på den økonomiske verdi av tvistegjenstanden, men også på de videre interesser en part vil ha i avgjørelsen. Først og fremst vil det være partenes interesse som kommer inn ved avveiningen.”<sup>108</sup>

Utvalget sier ingenting om hvorvidt det med partenes interesser, også mener ideelle interesser. Bakgrunnen for at utvalget velger å trekke frem partenes interesse som det viktigste momentet, må være at bevisavskjæring vil kunne komme i konflikt med partslikhetsprinsippet. Det er viktig at domstolen *er* nøytral, og det er viktig at borgerne *opplever* domstolen som nøytral og rettferdig slik at tilliten til domstolen ikke svekkes. Bevisavskjæring kan for den parten det gjelder, oppfattes som urettferdig og uriktig.

Departementets nevner ingenting om at avveiningen først og fremst vil dreie seg om partenes interesser. Men departementet uttaler at partenes interesse er et moment i vurderingen, og at selv om det bare ”kanskje” knytter seg ideelle interesser til tvistegjenstanden, må retten ta

---

<sup>107</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 455 første spalte.

<sup>108</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 949 annen spalte.

hensyn til det. Ut i fra departementets uttalelser er det tre typer av interesser å ta hensyn til; de økonomiske interesser i tvistegjenstanden, de videre økonomiske interesser ut over tvistegjenstanden og ideelle interesser.<sup>109</sup>

I tråd med proporsjonalitetsprinsippet vil tvistesummens størrelse være av betydning for hvor mye ressurser det kan brukes på bevisføring. Tvistegjenstandens økonomisk verdi er det avgjørende for når reglene om småkravsprosess kommer til anvendelse. Men ettersom de aller fleste sakene for allmennprosess er over kr 125 000, er tvistesummen allerede så høy at verdien alene ikke kan være avgjørende.

I de saker som er under kr 125 000, og som føres for allmennprosess etter unntaksbestemmelsen i § 10-1 tredje ledd bokstav d, kan det være grunn til å vektlegge at de økonomiske interessene er lavere det som er vanlig etter saker for allmennprosess. Den gjennomgående grensen for proporsjonalitet i økonomisk forstand er kr 125 000. I tvister der verdien er under denne grensen, får hensynet til prosessøkonomi sterkere vekt enn hensynet til en forsvarlig saksbehandling. I proporsjonalitetsvurderingen i disse sakene, må det skilles mellom saker som etter § 10-1 tredje ledd bokstav d er overført til allmennprosess på bakgrunn av at ”saken for en part har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist”, og at ”forsvarlig saksbehandling” nødvendiggjør behandling for allmennprosess. I det første tilfellet er det grunn til at tvistegjenstandens lave verdi er underordnet. Avhandlingen kommer tilbake til saker av prinsipiell betydning under bokstav c).

Partenes økonomiske interesse ut over tvistegjenstandens verdi skal i følge forarbeidene også tillegges vekt. Dette kan for eksempel være i skattesaker. Tvistegjenstanden kan for eksempel være den omtvistede skatt det aktuelle ligningsår. Men hvis det er tale om en inntekts- eller fradragspost som går over flere år, vil tvisten ha økonomisk verdi utover tvistegjenstanden. Det kan være vanskelig å avgjøre økonomisk verdi ut over tvistegjenstanden. For at retten skal kunne legge vekt på at tvisten har økonomisk betydning ut over tvistegjenstanden, må det legges til grunn at retten må være forholdsvis sikker på det økonomiske omfanget. Det bør ikke være nok at det kanskje vil ha en betydning.

---

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 455 første spalte.

I forarbeidene har lovgiver uttalt seg om skillet mellom økonomiske og ideelle interesser. Disse uttalelsene er gitt i tilknytning reglene om verdifastsetting i § 17-1 tredje ledd. Bestemmelsen fastsetter at reglene om verdifastsettelse ikke kommer til anvendelse i saker av ideell interesse. Det fremgår av forarbeidene at skille mellom økonomiske og ideelle interesser går ved avgjørelse om tvisten gjelder formuesverdier. Avgjørelsen om saken gjelder formuesverdier eller ideelle interesser, må avgjøres ut i fra objektive kriterier. Det er ikke noe vilkår at kravet kan måles i penger. Det avgjørende vil være om en part har en økonomisk interesse i sakens utfall.

Partenes interesse i en og samme sak kan være ulike. Dette kan for eksempel være tilfelle i en tvist om gyldigheten av oppsigelse begrunnet i at arbeidstakeren har skikket seg dårlig. For arbeidstakeren vil saken kunne gjelde ideelle interesser. Det vil kunne oppleves som belastende og stigmatiserende å få en oppsigelse på dette grunnlag, og det er generelt viktig for folk å ha en jobb å gå til. For arbeidsgiveren derimot vil dette en slik sak normalt ikke være av ideelle interesser, men være av formuesrettslig betydning.

Dersom det til en tvist er knyttet både formuesverdi og ideelle interesser så må det tas utgangspunkt i hva som er sakens dominerende karakter.<sup>110</sup>

Schei mfl. skriver også at det ikke bare skal legges vekt på den økonomiske verdi, ”men også de videre, kanskje ideelle, interesser er part vil ha i avgjørelsen”.<sup>111</sup>

Selv om sontringen mellom ideelle interesser og formuesverdier er objektiv, er det et spørsmål om vurderingen av partenes interesse i saken skal være objektiv eller subjektiv.

Graden av partenes interesse kan variere. Dersom en legger en objektiv tilnærming til grunn, vil typiske saker av stor betydning være for eksempel saker om barnefordeling. Saker av mindre betydning kan da typisk være tvist om omsorgen for en hund. Det må kunne antas at for en normal person som har barn og hund, vil det knytte seg en sterkere interesse til barnet. Forskjellen kan for eksempel illustreres ved at en meget klokkeinteressert bestefar dør, og det oppstår tvist om arveretten til en klokke. Tvistegjenstanden er lav slik at det i hovedsak er de ideelle interesser som er fremtredende. Ved en objektiv tilnærming vil spørsmålet være i

---

<sup>110</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 809 første spalte.

<sup>111</sup> Tore Schei mfl., s. 1019.

hvilken interesse vil en normal person med en klokkeinteressert bestefar ha i å arve klokken. Ved en subjektiv tilnærming vil retten også måtte ta hensyn til om partene selv har en særegen interesse for klokker. En subjektiv tilnærming vil også kunne åpne for at det kan tas hensyn til en parts økonomi. Bakgrunnen for dette er at ved for eksempel en tvistesum på kr 50 000, vil denne objektivt sett ha lik betydning for en part med årsinntekt på kr 200 000, og for en med inntekt på kr 900 000. Ved en subjektiv tilnærming vil kr 50 000 ha større betydning for parten med lavest inntekt. Dette vil imidlertid kunne medføre en uheldig praksis der parter med dårlig økonomi har større rett til bevisføring. En slik praksis vil ikke være forenelig med partslikhetsprinsippet. Det må etter dette legges til grunn at vurderingen av partenes interesse i saken må være objektiv.

### *c) Saker av prinsipiell betydning*

Justisdepartementet uttaler at det også kan ha ”betydning om tvisten kan løse et behov for rettsavklaring hos andre enn partene, men det er ikke gitt at en mer omfattende bevisføring vil være av verdi i denne sammenhengen.”<sup>112</sup> Tvistemålsutvalget legger som nevnt først og fremst vekt på partenes interesse i proporsjonalitetsvurderingen, men uttaler at ”det også må kunne legges vekt på” andre interesser som at saken er av prinsipiell betydning. Forarbeidene uttaler seg litt vagt om hvilken vekt det skal legges på at saken har prinsipiell betydning.

Uttalelsene i forarbeidene kan tolkes slik at ”partenes interesse” skal tillegges større vekt enn hensynet til rettsavklaring ved vurderingen av hvor stor betydning tvisten har.

Det er imidlertid noe uklart hvordan uttalelsene i forarbeidene skal tolkes vedrørende hvilken betydning det skal ha for tvisten at saken gjelder et prinsipielt spørsmål som vil kunne være rettsavklarende.

Ved vurderingen av ”den betydning tvisten har”, vil det klart være relevant å vektlegge at saken kan gi rettsavklaring. Hensynet til rettsavklaring må også kunne tillegges relativt stor vekt i vurderingen av tvistens betydning, men hvilken vekt hensynet skal tillegges må vurderes særskilt i den enkelte sak. Det er ikke slik at en mer omfattende bevisføring nødvendigvis vil øke mulighetene for rettsavklaring selv om saken har stor prinsipiell betydning.

---

<sup>112</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 455 første spalte.



I saker hvor bevisføringen fremstår som uforholdsmessig sammenholdt med tvistesummen, må det generelt kunne legges vekt på at saken er av prinsipiell betydning. Dette kan særlig være aktuelt i saker med interesseorganisasjoner som partshjelper, jf. § 15-7 første ledd bokstav b.<sup>113</sup>

Det er imidlertid på det rene at graden av sakens prinsipielle betydning vil variere, og hvilken vekt hensynet til rettsavklaring skal ha må derfor vurderes konkret.

Sak for Høyesterett vedrørende mobiltelefoners levetid<sup>114</sup>, er et typisk eksempel på en tvist hvor behovet for rettsavklaring hos andre enn partene var stort. I denne saken tok Høyesterett stilling til om det ved heving av kjøp av en mobiltelefon gjelder en reklamasjonsfrist på to eller fem år, jf. forbrukerkjøpsloven § 27 annet ledd første og annet punktum. Saken reiste et meget aktuelt og prinsipielt rettsspørsmål. Selv om tvistegjenstanden her var liten, bør en slik sak vurderes å være av stor betydning ved vurderingen av om bevis bør tillates ført

Et annet eksempel er støvlettdommen.<sup>115</sup> I denne saken avklarte Høyesterett at vurderingen av « urimelige kostnader » i forbrukerkjøpsloven § 29 annet ledd, må foretas ut i fra forholdet mellom kostnadene ved omlevering og retting. Denne saken er også en typisk sak som var rettsavklarende for spørsmålet. Selv om tvistegjenstandens verdi var liten i denne saken, bør en slik sak vurderes som en sak av stor betydning i henhold til bevisavskjæring.

Det kan videre være prosessøkonomisk å tillate bevisføring utover det tvistegjenstandens verdi og partenes interesse tilsier. Selv om tingrettens avgjørelse ikke vil bli stående, er det viktig å få saken så godt opplyst som mulig før den behandles av en høyere rettsinstans.

Dersom en sak er av stor prinsipiell betydning og kan løse et behov for rettsavklaring hos andre enn partene, bør det derfor tillates en relativt omfattende bevisføring. Det skal i slike saker relativt mye til før bevisføringen kan sies å ikke være proporsjonal med ”den betydning tvisten har”.

---

<sup>113</sup> Tore Schei mfl., s. 1019.

<sup>114</sup> Rt. 2007 s. 1274 A.

<sup>115</sup> Rt. 2006 s. 179 A.

Det må imidlertid være en forutsetning for dette at bevisføringen i mer eller mindre grad knytter seg til det prinsipielle spørsmål som saken reiser. I den ovennevnte mobilsaken, ville det nok i stor grad tillates bevisførsel i tilknytning til mobiltelefoners levetid. Det ville imidlertid ikke vært grunnlag for et særlig større omfang av bevisførsel vedrørende et eventuelt spørsmål om saksøker skulle få avkortet erstatning, enn hva som normalt må være tilfelle slike saker. Spørsmålet om avkorting ville ikke være av samme prinsipielle betydning som spørsmålet om mobiltelefonens levetid. Dette bør også få betydning for adgangen til bevisførselen.

Retten må således ved vurderingen av hvor omfattende bevisføring som skal tillates, ikke bare ta stilling til sakens prinsipielle betydning generelt. Den må også vurdere hvorvidt bevisføringen knytter seg til de faktiske forhold i tvisten som er av betydning for det prinsipielle rettsspørsmål.

#### *d) Partenes felles enighet*

Justisdepartementet uttaler at i tilfeller der partene er enige om en mer omfattende bevisføring, vil dette ”være et moment ved avveiningen, men ikke avgjørende.”<sup>116</sup>

Ettersom proporsjonalitetsprinsippet også skal ivareta hensynet til en rasjonell bruk av domstolen, bør det i utgangspunktet ikke legges stor vekt partenes felles enighet om å føre beviset. Dette hensynet tilsier at dersom det skal legges vekt på dette momentet, bør det være i de tilfeller der det er tvil om et bevis skal avskjæres. Forutsetningen for at det kan legges noe vekt på samtykke bør være at den bevisførselen det er samtykke til, ikke er for omfattende.

På den annen side kan enighet mellom partene om et bevis skal føres, være et signal på hvor stor betydning beviset har, eller hvor viktig saken er.

Saker av prinsipiell betydning vil ivareta samfunnets behov for å få avklart rettsreglene. Det er samfunnets behov for å få avklart rettsreglene og samfunnets behov for en rasjonell bruk av domstolen som står mot hverandre ved vurdering av om det skal legges vekt på samtykke i slike saker. Hensynet til avklaring av rettsreglene er kommet til uttrykk i første ledd i lovens formålsbestemmelse. Dette taler for at hensynet bør ha stor vekt. Rettsavklaring kan også

---

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 455 første spalte.

ivareta en rasjonell bruk av domstolene ved at spørsmålet avklares for senere tvister. Det bør derfor i saker av prinsipiell betydning kunne legges sterkere vekt på samtykke.

Et annet poeng er at det nok kan være vanskelig for en dommer å sitte i planmøtet å avskjære et bevis som begge parter er enige om at de vil føre. Mange dommere vil kanskje ha vanskelig for å da skjære igjennom og bestemme at beviset ikke skal føres.

#### *e) Sammenfatning av tolkning av forarbeider*

Forarbeidene uttaler seg bare om hvilke momenter som er relevante i vurderingen av ”den betydning tvisten har”. Det sies ikke noe om det skal legges vekt på bevistes betydning, og heller ikke hvordan partenes interesse skal holdes opp mot ressursbruken.

### **4.2.3 Tolkning av rettspraksis**

#### *a) Rettskildemessig verdi*

Det foreligger kun en kjennelse fra Høyesterett ankeutvalg. Avgjørelser fra lagmannsretten vil ha en helt annen rettskildemessige verdi enn praksis fra Høyesterett. Men kjennelsene fra lagmannsretten kan illustrere hvordan § 21-8 hittil er anvendt i praksis.

#### *b) Gjennomgang av praksis*

I kjennelse fra Borgarting lagmannsrett<sup>117</sup> gjaldt saken at den ankende part hadde provosert fremlagt dokumentasjon for ankemotpartens avtaler med leverandører og faktisk oppnådde rabatter i forhold til leverandører. Begjæring om fremleggelse av bevis ble avslått. Dette ble begrunnet med at de aktuelle dokumentene ikke kunne kreves fremlag etter tvisteloven § 22-10 annet punktum. I tillegg ble det vist til at et avslag var i tråd med proporsjonalitetsprinsippet i § 21-8. Lagmannsretten uttalte:

”Ut i fra den bevisførsel som er varslet fra RSH, kan oppnevning av sakkyndig for å gjennomgå det taushetsbelagte materialet ikke anses nødvendig for å sikre retten et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Det pekes i denne sammenheng på at økonomisjefen

---

<sup>117</sup> Borgarting lagmannsrett - Kjennelse, 20. oktober 2008, saksnr.: 08-062484ASD-BORG/02(upubliseret).

vil forklare seg under vitneansvar. Under disse omstendigheter tilsier også hensynet til proporsjonalitet at sakkyndig ikke oppnevnes, jf. tvisteloven § 21-8 første ledd.”<sup>118</sup>

Lagmannsretten har lagt vekt på at beviset ikke var nødvendig for sakens opplysning og har derfor lagt stor vekt på bevistes betydning. Det er også lagt vekt på at ressursene som kreves ved å føre beviset er i strid med proporsjonalitetsprinsippet i § 21-8 første ledd.

Høyesteretts ankeutvalgs flertall opphevet lagmannsrettens kjennelse. Begrunnelsen for dette var at Høyesterett mente at det ikke kunne slutes av rettens begrunnelse at tvisteloven § 26-1 og § 26-5 jf. § 22-10 var riktig anvendt.<sup>119</sup>

I tillegg uttalte ankeutvalget at § 21-8 første ledd neppe hadde slik gjennomslagskraft i den gitte sak, som lagmannsretten hadde forutsatt. Dette ble begrunnet med at de aktuelle regnskapsdata ville vært tilgjengelig uten noe vesentlig arbeid fra ankemotpartens side. Høyesterett mente at det ikke under noen omstendigheter ville være riktig å avvise den ankede parts provokasjon, uten å kartlegge omfanget av arbeidet.

Her har Høyesteretts ankeutvalg gitt uttrykk for at ressursbruk ved føring av beviset er et avgjørende moment i proporsjonalitetsvurdering etter § 21-8. Det følger av kjennelsen at det ”ikke under noen omstendigheter” er riktig at et bevis nektes uten å ”kartlegge omfanget av arbeidet”. Avskjæring skal ivareta hensynet til prosessøkonomi. Ressursbruken bør derfor klarlegges før retten går videre i proporsjonalitetsvurderingen.

Dette er den eneste gangen Høyesteretts ankeutvalg har behandlet § 21-8.

I kjennelse avsagt av Gulating lagmannsrett<sup>120</sup> gjaldt saken anke over begjæring om bevis tilgang til dokumenter om transaksjoner et mellom et AS og dets nærstående. Lagmannsretten kom til at en ikke kunne nekte ankemotparten tilgang til den etterspurte informasjon. Lagmannsretten uttalte at bevisforbud i henhold til § 21-7 første ledd måtte tolkes strengt, og at dokumentene ikke kunne ansees irrelevant for saken. Retten kom også til at det ikke kunne legges til grunn at beviset hadde så liten bevisverdi at det kunne avskjæres

---

<sup>118</sup> Borgarting lagmannsrett - Kjennelse, 20. oktober 2008, saksnr.: 08-062484ASD-BORG/02 (upublisert) s. 8.

<sup>119</sup> Rt. 2008 s. 1653 U.

<sup>120</sup> LG-2008-132615, Gulating lagmannsrett – Kjennelse, 19. september 2008.

etter § 21-7 annet ledd bokstav b. Det var også gjort gjeldende at fremleggelse av opplysninger ville stride mot § 21-8 første ledd. Retten kom til at bevisfremleggelse ikke ville være uforholdsmessig. Det ble lagt vekt på at det ville være rimelig enkelt og finne frem til opplysningene. Det ble også lagt vekt på at det her var tale om en stor eier som opptrådte aktivt for å skjule arrangement til den lille eiers skade. Lagmannsretten uttaler at det ikke er ”urimelig at det må gjøres noen oppofrelser for å klargjøre saken”.

Lagmannsretten la også vekt på at dersom det i ettertid skulle vise seg at beviset ikke får betydning, kan bevistilbyder bli pålagt å dekke kostnadene knyttet til beviset selv om denne part skulle vinne saken jf. § 20-5 første ledd annet punktum. Retten mente her at det ville være bedre at den senere kunne reparere en eventuell feil vurdering.

Dette illustrerer at retten, ved tvil, kan la være å avskjære et bevis, og heller i etterkant ilegge kostnader etter proporsjonalitetsvurderingen i § 20-5.

Det ble også i denne saken lagt vekt på hvor mye ressurser som måtte brukes for å fremskaffe beviset. I tillegg foretok retten en rimelighetsvurdering ut i fra reelle hensyn og sakens opplysning.

I kjennelse avsagt av Borgarting lagmannsrett<sup>121</sup> ble begjæring om bevisavskjæring tatt til følge under saksforberedelsen. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av beslutning fra Disiplinærnemnden for advokater. Lagmannsretten la til grunn at som utgangspunkt kunne retten bare vurdere bevis som var fremlagt for Disiplinærnemnden, og at beviset ikke var egnet til å styrke avgjørelsesgrunlaget nevneverdig etter § 21-7 annet ledd bokstav b. I tillegg viste lagmannsretten til § 21-8 første ledd, og uttalte at det dreide seg om dokumenter av et relativt stort omfang slik at hensynet til proporsjonalitet også tilsa at bevisføringen ble avskåret.

Lagmannsretten gikk ikke inn i en proporsjonalitetsvurdering, men la vekt på at bevisets betydning var liten etter § 21-7. Lagmannsretten bruker § 21-8 første ledd kun som et støtteargument for bevisavskjæring etter § 21-7 annet ledd bokstav b. I denne sammenheng

---

<sup>121</sup> LB-2008-81819, Borgarting lagmannsrett – Kjennelse, 14. oktober 2008.

ble det lagt vekt på at beviset hadde stort omfang, og at hensynet til proporsjonalitet også tilsa avskjæring.

I kjennelse avsagt av Agder lagmannsrett<sup>122</sup> avslo retten begjæring om bevis tilgang. Saken gjaldt bygging av en veitunnel, og entreprenøren krevde fremlagt et omfattende skriftlig materiale som byggherren motsatte seg. Begjæringen om bevis tilgang ble avslått fordi kostnadene ikke sto i rimelig forhold til tvisten, og den mulige verdien av beviset etter § 26-5 tredje ledd. Paragraf 26-5 er som nevnt et utslag av den alminnelige proporsjonalitetsbegrensningen i § 21-8. Det ble lagt vekt på at opplysningene måtte fremskaffes fra et lite tilgjengelig og omfattende dokumentmateriale. Lagmannsretten uttalte også at ”en bevisføring av dette tema synes uansett å burde avskjæres etter tvisteloven § 21-7 annet ledd bokstav b eller § 21-8”.

Også i denne saken brukes proporsjonalitetsbegrensningen som et støtteargument for avskjæring, men denne gangen etter § 26-5.

#### *c) Sammenfatning av tolkning av rettspraksis*

Høyesteretts ankeutvalgt har bare behandlet § 21-8 en gang. Avgjørelsen tilsier at det er helt nødvendig å kartlegge hvor ressurskrevende det er å føre beviset. At retten mener at beviset vil ha liten betydning, er ikke nok for å begrunne en avskjæring etter § 21-8. Dette illustreres også i lagmannsrettsavgjørelsene. Avgjørelsene fra lagmannsretten har lagt vekt på bevisets mulig betydning. Dette taler for at dette bør være et moment i vurderingen etter § 21-8.

### **4.2.4 Oppsummering av proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av rettskildene**

#### *a) Proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av rettskildene*

I tråd med kjennelsen fra Høyesteretts ankeutvalg<sup>123</sup> er det viktig at retten klarlegger hvor mye ressurser føring av beviset krever. Retten må da vurdere om det er ressurskrevende å føre beviset. På bakgrunn av tolkningen av lovtekst (se kapittel 4.2.1) må alle kostnadene rundt

---

<sup>122</sup> LA-2008-52830, Agder lagmannsrett – Kjennelse, 19. august 2008.

<sup>123</sup> Rt. 2008 s. 1653 U.

innhenting av beviset tas med i vurderingen. Det vil ikke være i strid med proporsjonalitetsprinsippet å føre bevis som krever lite ressurser.

Rettskildene sier ikke noe om selve proporsjonalitetsvurderingen vedrørende hvordan retten skal gå frem når ”omfanget av bevisførselen” sammenlignes med ”den betydning saken har”. I den foreliggende publiserte rettspraksis er det ikke foretatt selvstendig vurdering av avskjæring ut i fra proporsjonalitet. Proporsjonalitetshensynet er kun brukt som et støtteargument for eller mot avskjæring.

Når retten har klarlagt ressursbruken bevisførselen krever, må retten deretter klarlegge ”den betydning saken har”. På bakgrunn av drøftingen av forarbeidene (se kapittel 4.2.2) er det i formuessaker naturlig at retten tar utgangspunkt i tvistegjenstandens verdi, og holder denne opp mot omfanget av bevisførselen. I saker med formuesverdi har retten to økonomiske verdier og holde opp mot hverandre. Dersom tvistesummen er høy, skal det derfor mye til for avskjæring. I en sak der retten kommer til at tvistegjenstandens verdi ikke står i forhold til omfanget av bevisførselen, kan partenes interesse i saken eller hensynet til rettsavklaring likevel tilsi at beviset skal føres.

Dersom retten må gå inni en proporsjonalitetsvurdering av andre interesser enn de økonomiske, er vurderingen vanskeligere. Et eksempel på saker der det er ideelle interesser som skal vurderes, er saker om barnefordeling eller omsorgsovertakelse. Partenes interesse i en slik sak vil alltid være sterk. Spørsmålet er hvordan en slik interesse skal kunne holdes opp mot omfanget av bevisførselen. Hvordan skal for eksempel retten vurdere ressursbesparelsene ved å ikke føre to vitner, opp mot interessene i en barnefordelingssak? Dette er vanskelig størrelser å holde opp mot hverandre. Det vil være lite rimelig å komme til at betydningen av en slik sak ikke kan forsvare en et bevisomfang med for eksempel fem vitner.

På denne bakgrunn bør retten sette terskelen for avskjæring høyt i de saker der de ideelle interessene står sterkt. Selv om det også i slike saker kan tenkes tilfeller der bevisføring er svært omfattende, bør det svært mye til for avskjæring etter § 21-8. Da er det mer nærliggende at bevis avskjæres etter § 21-7.

Også i saker av prinsipiell betydning er det vanskelig å holde ”den betydning saken har”, opp mot ”omfanget av bevisførselen”. I slike saker bør også utgangspunktet være at det skal svært

mye til for avskjæring av bevis etter § 21-8. Også her vil omfanget uansett kunne begrenses gjennom § 21-7.

På bakgrunn av tolkning av lovtekst og rettspraksis må proporsjonalitetsvurderingen i § 21-8, også omfatte en vurdering av bevisets betydning.

Å vurdere bevisets betydning kan være vanskelig, spesielt ettersom de i utgangspunktet skal foretas på saksforberedelsesstadiet. En avskjæring kan føre til at sakens opplysning blir dårligere. Dette vil svekke hensynet til det materielt riktige resultat. Grunnleggende rettssikkerhetshensyn taler derfor mot bevisavskjæring der beviset kan ha betydning for sakens opplysning. Når retten er i tvil bør den derfor ikke avskjære beviset. Dette kan senere repareres ved ”etterkontroll” av proporsjonaliteten gjennom nedsettelse av dekning av saksomkostninger etter § 20-5.

På bakgrunn av dette må retten i proporsjonalitetsvurderingen etter § 21-8 vurdere kostnadene ved å føre beviset i forhold til bevisets mulige verdi, og sakens betydning.

Vurderingen i § 21-8 vil være en konkret helhetsvurdering, og det er vanskelig å stille opp utgangspunkt og hovedregler for når bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet bør foretas. I tillegg er det ingen tvil om at retten stilles overfor en utfordrende oppgave når det gjelder å holde økonomiske verdier opp mot ideelle interesser og sakens prinsipielle betydning. Konsekvensen av dette er at det er vanskelig å skape en enhetlig praktisering av bestemmelsen.

Bestemmelsen viser tydelig hvordan hensynet til prosessøkonomi er vektet tyngre enn hensynet til sakens opplysning og det materielt riktige resultat. I tillegg har prosessøkonomien fått avgjørende vekt i forhold til rettssikkerheten ved at det er begrenset adgang til anke over kjennelser om bevisavskjæring etter § 21-8. Avhandlingen vil behandle dette nærmere i kapittel 5 om anke.

#### *b) Forsøk på oppstilling av regelen*

Det er vanskelig å oppstille innholdet i § 21-8, og retten vil måtte vurdere hver sak på bakgrunn av en konkret helhetsvurdering. I tillegg er det vanskelig å kategorisere tvister. Men jeg vil nedenfor i grove trekk gå gjennom tankerekken som bør foretas ved vurderingen.



Når retten skal ta stilling til om et bevis skal avskjæres ut i fra proporsjonalitet, bør det første spørsmålet retten stille seg være: Hvor mye ressurser kan det spares ved at beviset avskjæres? Dersom retten kommer til at det er lite ressurskrevende å føre beviset, vil en avskjæring etter § 21-8 ikke være aktuell.

Dersom retten kommer til at det er ressurser å spare på avskjæring, bør neste spørsmål være: Hvilken bevismessig betydning kan beviset ha? Dersom retten er usikker på betydningen av beviset bør terskelen for avskjæring settes høyt. Retten må gå videre og vurdere ”den betydning tvisten har”. Neste spørsmål er da: Hvilken interesse har partene i saken? Dersom retten her kommer til at partenes interesse i saken er sterke, som for eksempel i familiesaker, bør terskelen for avskjæring etter § 21-8 være høy. Dette gjelder sterkere jo større bevisverdien kan være. I vurderingen av slike saker bør det kunne legges stor vekt på en eventuell felles enighet om å føre beviset. Dersom hensynet til partenes interesse i saken ikke fremstår som tungtveiende, bør retten gå videre i avskjæringsspørsmålet.

Dersom avgjørelsen er av prinsipiell betydning, bør terskelen for avskjæring ut i fra proporsjonalitet også være høy. Dette gjelder uansett om tvisten har lav økonomisk verdi eller det er lave ideelle interesser knyttet til den. På den annen side vil sterke ideelle interesser eller økonomiske interesser sammen med at saken har prinsipiell verdi, føre til at det skal svært mye til for avskjæring etter § 21-8.

Etter denne vurderingen står det da grovt sett to typer saker igjen. For det første er det saker *uten* formuesverdi, og der partenes interesse er lav. Selv om de ideelle interesser er lav, er proporsjonalitetsvurderingen av partenes interesse mot bevisomfanget vanskelige størrelser å holde opp mot hverandre. Det bør likevel kunne sies at i disse sakene bør terskelen for avskjæring være lavere. For det andre er det saker *med* formuesverdi, og der partenes interesse er lav. I saker med formuesverdi står retten overfor to størrelser som kan holdes opp mot hverandre. Tvistegjenstandens økonomiske verdi holdes opp mot hvor ressurskrevende føring av beviset er. Det er i disse sakene en proporsjonalitetsvurdering etter § 21-8 vil være best egnet å foreta. I helhetsvurderingen må retten også ta hensyn til den mulige betydning av beviset, eventuelt felles samtykke til føring av beviset og partenes ideelle interesser.

### 4.3 Betydningen av § 21-8 for kostnadsnivået

Departementet uttaler at § 21-8 ”vil påvirke kostnadsnivået merkbart, særlig i saker av mindre betydning”.<sup>124</sup> Lovgiver forutsetter at bestemmelsen skal ha stor praktisk betydning, og være et viktig virkemiddel for å holde kostnadsnivået nede. Ettersom lovgiver har satt prinsippet som en selvstendig skranke for bevisføring, er dette et uttrykk for at hensynet til prosessøkonomi har stor vekt.

Ut i fra den praksis som foreligger på lovdata, har imidlertid ikke § 21-8 fått den selvstendige betydning som lovgiver har forutsatt. Bestemmelsen har blitt praktisert mer som et støtteargument for avskjæring. Dette kan kanskje forklares med at det vil være lettere for retten å foreta en avskjæring av bevis den mener ikke er nødvendig for saken etter § 21-7, og bruke proporsjonalitetsbegrensningen i § 21-8 som støtteargument.

På bakgrunn av analysen over er problemet med vurderingen i § 21-8 at retten ofte vil stå overfor størrelser som ikke kan sammenlignes. Dersom hensynet til hurtighet og prosessøkonomi skal gis avgjørende vekt i saker med sterke ideelle interesser, vil proporsjonalitetsprinsippet i realiteten komme i konflikt med den rettsikkerhet som er et helt grunnleggende hensynt i den sivile prosessen. Bevis som ikke er relevant, eller nødvendig for saken, kan uansett avskjæres etter § 21-7. På bakgrunn av analysen er det grunn til å tro at bestemmelsen vanskelig kan få den *generelle* betydning for kostnadsnivået som lovgiver har forutsatt. Begrensningen i § 21-8 må antas å få størst betydning for kostnadsnivået i formuessaker.

Et annet moment i vurderingen av om bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet vil få betydning for kostnadsnivået, er de praktiske utslag av saksforberedelsen og planmøtet. I dette møtet vil det legges plan for møtet, og dommeren vil kunne komme med innspill om hvordan dommeren ser på betydningen av saken, og hvor omfattende bevisføringen bør være. Unni Sandbukt mener at dialogen i planmøte vil kunne føre til at en kommer til enighet om bevisførselen. Hun mener at dersom parten insisterer på å føre et bevis, skal det kanskje mye til for at dommeren bruker hjemmelen i § 21-8 og avskjærer beviset allerede under saksforberedelsen. På bakgrunn av at det også vil være vanskelig for dommeren å vite på

---

<sup>124</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 50 annen spalte.

forhånd hvilken betydning beviset vil få, er det nærliggende å tro at Sandbukt kan ha rett det i slike tilfeller skal mye til for at dommeren avskjærer. Dersom det kommer sterke protester fra motpart, kan det være større grunn til å gå inn i en proporsjonalitetsvurdering av bevisføringen.

Sandbukt mener også at det redskapet dommeren har i § 20-5, vil kunne være med å gjøre at dommeren lar tvilsomme bevis føres. Det er vanskelig å forutse hvordan dommere vil praktisere § 21-8. Bestemmelsen er et tilgjengelig redskap til å styre saken. Det vil trolig variere fra dommer til dommer hvordan viljen og lysten til å avskjære bevis er. Praksis vil vise om begrensningen får en slik betydning som lovgiver forutsetter.

## **4.4 Proporsjonalitetsbegrensning i bevisføring i småkravsprosess i forhold til allmennprosess**

### **4.4.1 Tidspunkt for avskjæring**

Selv om forarbeidene uttaler at bevisavskjæring i utgangspunktet bør skje under saksforberedelsen (se kapittel 4.1), følger rettens adgang til å avskjære bevis i småkravsprosessen av § 10-3 femte ledd tredje punktum. Denne bestemmelsen regulerer muntlig sluttbehandling, som tilsvarer hovedforhandling i allmennprosessen. Grunnen til at bevisavskjæring ut fra proporsjonalitet ikke reguleres i § 10-2, som regulerer saksforberedelsen, kan være at saksforberedelsen i småkravsprosess er forenklet i forhold til allmennprosess. Det følger motsetningsvis av § 10-2 første ledd at § 9-4 og 9-5, som regulerer saksforberedelsen i allmennprosess, ikke gjelder for småkravsprosess. Det er § 10-2 andre og tredje ledd som regulerer dette. Det skal ikke avholdes planmøte eller rettsmøte under saksforberedelsen, det skal ikke inngis sluttinnlegg, og det vil ikke være noe formell avslutning av saksforberedelsen. Det er satt frist til å varsle om bevis en uke før sluttbehandlingen, dette følger av § 10-2 tredje ledd første punktum. Ut fra dette må det legges til grunn at det ikke er et like stort skille mellom saksforberedelsen og den videre saksbehandlingen i småkravsprosess som i allmennprosess. Ettersom saksforberedelsen er

svært enkel og hurtig, vil det sjelden være aktuelt å avskjære bevis allerede her. Det er nærliggende at det er på denne bakgrunn at bevisavskjæringsregelen er inntatt i bestemmelsen som regulerer sluttbehandlingen. Uansett vil de alminnelige reglene i lovens femte del få anvendelse også i småkravsprosessen, slik at det vil være hjemmel for å avskjære bevis under saksforberedelsen gjennom den generelle regel i § 21-8.

#### 4.4.2 Adgang til avskjæring

Spesialregelen for bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet i småkravsprosess har en annen ordlyd enn den alminnelige hjemmel for avskjæring ut i fra proporsjonalitet. Paragraf 10-3 femte ledd tredje punktum fastsetter at:

”Bevis gjennomgås og føres bare så langt det er grunn til det ut i fra en avveining av hensynene til forsvarlig og prosessøkonomisk behandling.”

Ordlyden sier at bevis kan føres ”bare så langt det er grunn til det”. Selv om det alminnelige utgangspunkt er fri bevisførsel, taler ordlyden for at det i småkravsprosess er en mer begrenset adgang til bevisførsel. Retten kan kun tillate de bevis som hensynet til prosessøkonomi tillater. Dette er en mer positiv variant av proporsjonalitetsprinsippet: Bevisførsel må være proporsjonal. Etter § 21-8 er det omvendt: Bevisføringen kan ikke være uproporsjonal. Dette åpner for at det kan være en videre adgang til avskjæring av bevis i småkravsprosess.

Tvistemålsutvalget trekker frem at en av forutsetningene for at småkravsprosessen skal være en prosessform med lavere kostnader at ”bevisføringen bør forenkles”.<sup>125</sup> Tvistemålsutvalget uttaler generelt om bevisføring i småkravsprosessen:

”I utgangspunktet må de vanlige bevisregler gjelde i småkravsprosessen. Det er imidlertid i denne prosessformen grunn til å la proporsjonalitetsprinsippet – forholdet mellom tvist og behandling – og også mulighet for fjernavhør få en særlig gjennomslagskraft. Hvis bevisføringen eser ut eller ellers blir særlig kostbar, vil poenget med småkravsprosess bli borte.”<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 337 annen spalte.

<sup>126</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 342 annen spalte.

Departementet uttaler om småkravsprosess at ”retten er gitt større anledning til å begrense bevisføringen, slik at proporsjonalitetsprinsippet er gitt større gjennomslag”.<sup>127</sup> Til § 10-3 femte ledd andre og tredje punktum uttaler departementet at denne ”konkretiserer hvordan proporsjonalitetsprinsippet gis større gjennomslag i småkravsprosessen”.<sup>128</sup>

Schei mfl. skriver at; ”I småkravsprosessen dekkes § 21-8 av regelen om bevisføring i rettsmøtet for muntlig sluttbehandling i § 10-3 femte ledd tredje punktum.”<sup>129</sup> I dette ser det ut til at Schei mfl. mener at bestemmelsene sier det samme.

På den annen side skriver Schei mfl. i kapittelet om småkravsprosess at § 10-3 femte ledd andre og tredje punktum konkretiserer hvordan proporsjonalitetsprinsippet har fått større gjennomslag i småkravsprosessen.<sup>130</sup>

Etter § 10-3 annet ledd tredje punktum skal rettsmøtet som den store hovedregel maksimalt vare en dag. Dette setter klare begrensninger for hvor omfattende saksbehandlingen kan være. Dersom denne fristen skal overholdes, er det klart at det ikke er rom for omfattende bevisførsel. Bevisavskjæring i småkravsprosess må sees i sammenheng med hele prosessformens system og grunntanke. Proporsjonalitetsprinsippets vekt for utformingen av regelen i småkravsprosessen, ordlyd og uttalelsene i forarbeidet taler for at det vil være større adgang til bevisavskjæring i småkravsprosess.

På bakgrunn av dette synes proporsjonalitetsprinsippets gjennomslag i småkravsprosessen å tilsi at det ligger en forutsetning om at det er større adgang til å avskjære bevis etter § 10-3 femte ledd tredje punktum, enn etter den generelle reglen i § 21-8.

---

<sup>127</sup> Ot.prp, nr. 51 (2004–2005) s. 195 første spalte.

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 402 første spalte.

<sup>129</sup> Tore Schei mfl., s. 1019.

<sup>130</sup> Tore Schei mfl., s. 474.

## **4.5 Begrensning i dekning av saksomkostninger ut i fra proporsjonalitet**

### **4.5.1 Bestemmelsens innhold**

Etter tvisteloven § 20-5 første ledd første punktum skal en part som tilkjennes full erstatning for saksomkostnader, ha dekket ”alle partens nødvendige kostnader ved saken som ikke særlige regler gir grunnlag for å unnta”. Regelen tilsvarer langt på vei tvistemålsloven § 176 første ledd første punktum. Men i § 20-5 første ledd annet punktum er det gjort en innstramning ved at i ”vurderingen av om omkostningene har vært nødvendige, legges det vekt på om det ut fra om betydningen av saken har vært rimelig å pådra dem”. I vurderingen av om saksomkostninger skal settes ned, må retten derfor holde ”betydningen av saken” opp mot om det har vært ”rimelig” å pådra kostnadene.

I proporsjonalitetsbegrensningen ligger at selv om en omkostning har bidratt til å styrke en parts sak, vil det ikke kunne søkes erstatning for denne, dersom det ikke var rimelig å pådra omkostningen ut i fra den betydning saken har. I proporsjonalitetsvurderingen kan en rekke enkeltposter samlet sett føre til at omkostningene er for høy i forhold til sakens betydning. Det følger av forarbeidene at ved vurdering av sakens betydning i formuessaker, er det ikke bare pengeverdien som er relevant, men også sakens betydning ut over dette.<sup>131</sup>

Bestemmelsen gjelder ikke for saker for forlikrådet og småkravsprosess i tingretten, jf. § 20-5 annet ledd.

### **4.5.2 Hensyn bak bestemmelsen**

Terskelen for nedsettelse av dekning av saksomkostnader er, som nevnt, lavere enn terskelen for avskjæring av bevis etter § 21-8. Kostnadsrisikoen ved å føre et bevis som kan tenkes å være uproporsjonal, men som ikke avskjæres etter § 21-8, ligger derfor hos parten. Bakgrunnen for dette er at hensynet til sakens opplysning har fått større vekt.

---

<sup>131</sup> NOU 2001:32, Bind B, s. 933 annen spalte.

Justisdepartementet uttaler at ved siden av saksbehandlingsregler, er utforming av saksomkostningsregler viktige tiltak for å påvirke kostnadsnivået. Utgangspunktet er derfor at domstolen i ”langt større grad enn i dag bør ha en viktig rolle i å styre nivået på sakskostnadene”. Justisdepartementet uttaler at domstolen etter § 20-5 ”... i større grad enn etter gjeldende rett - vil kunne påvirke kostnadsnivået. Proporsjonalitetskriteriet vil kunne bli et effektivt grunnlag for en reell domstolskontroll og vil kunne sikre at kostnadsnivået i sivile saker holdes på et forsvarlig nivå...”<sup>132</sup>

Lovgivers måltall på reduksjon av saksomkostnader er, som nevnt tidligere, konkretisert til i gjennomsnitt å være 30 prosent (se kapittel 2.2).<sup>133</sup>

Lovgiver ønsker at domstolen skal etterprøve kostnadsnivået i mye større grad enn tidligere. Dersom saksomkostnadene skal kunne reduseres i tråd med lovgivers ønske, krever dette at proporsjonalitetsprinsippet etterleves, og at proporsjonalitetsbegrensningen tolkes strengt.

Tvistemålsutvalget uttaler at:

”Partene, må i kraft av det proporsjonalitetshensyn som må være grunnleggende i moderne prosess, ha plikt til å tilpasse forberedelsen av saken og utgiftene ved den til det saken gjelder”.<sup>134</sup>

Lovgiver ser da ut til å mene at partene selv har et ansvar for at proporsjonalitet i rettergangen gjennomføres. Bestemmelsen er derfor ment å skulle ha en forebyggende effekt. Partene skal selv vurdere hvor mye ressurser det er verdt å bruke på en sak. Det viktigste for at denne bestemmelsen skal være mest mulig effektiv, er derfor at partenes prosessfullmektiger lar proporsjonalitetsprinsippet prege arbeidet.

I praksis kan det tenkes å være vanskelig for en advokat og begrense sin klient i hvor mye ressurser det skal brukes på en sak. Parten selv vil alltid føle at egen sak er viktig, og at det er

---

<sup>132</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 280 annen spalte.

<sup>133</sup> Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 47.

<sup>134</sup> NOU 2001:32, Bind B s. 933, annen spalte.

riktig å gjøre alt for å vinne den. En proporsjonal ressursbruk fra advokatens side, krever derfor at advokaten har et bevisst forhold til egen ressursbruk i forhold til sakens betydning.

#### **4.5.3 Proporsjonalitetsvurderingen etter § 20-5**

##### *a) Hva skal proporsjonalitetsvurderingen knytte seg til*

I proporsjonalitetsvurderingen av hva som er ”nødvendige” sakskostnader, vil retten måtte ta med alle kostnadene. Tilfeller der det kan tenkes at prosessfullmektigen kan begrense ressursbruken, kan typisk være der det vil kreve mye kostnader for å sikre et bevis. Nedsettelse av dekning av sakskostnader etter proporsjonalitetsvilkåret i § 20-5, kan tenkes å omfatte utgifter til advokat og bevissikring. Men vurderingen kan ikke begrense seg til det som blir det endelige prosedyreopplegg. Det kan ha vært nødvendig å undersøke mulige angrepsvinkler, som ved nærmere undersøkelse viser seg å ikke være fruktbare. Selv om ikke undersøkelsene fører til at materialet brukes i prosedyreopplegget, er det ikke uten videre uproporsjonalt. For eksempel kan det være nødvendig å undersøke om det finnes relevant internasjonal rettspraksis. Dersom det ikke finnes relevant praksis, vil ikke dette være uproporsjonal brukt av tid. Dette gjelder med mindre det er brukt for mye tid i forhold til sakens betydning, eller at slik praksis ikke ville vært nødvendig for å opplyse saken.

Lagmannsretten nedsatte i kjennelse avsagt av Eidsivating lagmannsrett<sup>135</sup> erstatning av saksomkostninger etter § 20-5 første ledd. Saken gjaldt anke over tingrettens godkjennelse av utenlandsk doms tvangskraft etter Luganokonvensjonen artikkel 36. Ankemotparten hadde i sitt prosesskrift hovedsakelig redegjort for Luganokonvensjonen, og tvistelovens regler om oppfriskning. Lagmannsretten avgjorde saken på annet grunnlag. Lagmannsretten uttalte:

”Selv om lagmannsretten har avgjort saken på annet grunnlag, var det, slik saken lå an, forsvarlig å benytte noe tid på disse spørsmålene, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Etter lagmannsrettens vurdering tilsier likevel ikke sakens kompleksitet og betydning at det var nødvendig å benytte anslagsvis 40 timer til å belyse dette spørsmålet, jf. bl.a. proporsjonalitetsprinsippet nedfelt i tvisteloven § 1-1 annet ledd. Det legges også vekt

---

<sup>135</sup> LE-2008-43768, Eidsivating lagmannsrett – Kjennelse, 5. mai 2008.



på at flere av prosesskriftene bærer preg av gjentakende argumentasjon.

Lagmannsretten mener saken kunne vært forsvarlig utredet innenfor ca 20 timer.”<sup>136</sup>

Saken illustrerer at alle kostnader som ikke knytter seg til det saken avgjøres på, ikke uten videre er uproporsjonal. I denne saken viser lagmannsretten i sin begrunnelse til proporsjonalitetsprinsippet i formålsbestemmelsen. Lagmannsretten burde her vist til at proporsjonalitetsprinsippet er kommet direkte til uttrykk i § 20-5 første ledd annet punktum.

En sak kan være prosedert prinsipalt og subsidiært. Proporsjonalitetsvurderingen knytter seg til både den prinsipale og den subsidiære anførsel. Selv om den prinsipale anførsel fører frem, kan man ikke dermed si at den subsidiære har vært overflødig. Dette må vurderes konkret etter § 20-5 første ledd annet punktum.

*b) Hvordan er vurderingen knyttet til bevisføring i ”etterkontrollen” i § 20-5 i forhold til ”førkontrollen” i § 21-8*

Som nevnt i kapittel 4.1.2 gir ordlyden i § 20-5 anvisning på den samme proporsjonalitetsvurderingen som ordlyden i § 21-8. I vurdering av betydningen av tvisten er det de samme hensyn og momenter som er relevante. Forskjellen knytter seg til tidspunktet for vurderingen. Etter § 21-8 er vurderingen av proporsjonaliteten ved bevisførselen en ”førkontroll” og etter § 20-5 vurderes proporsjonaliteten ved bevisføringen ved en ”etterkontroll”.

Det kan være vanskelig for retten å vurdere om beviset skal avskjæres etter § 21-8. Dersom spørsmålet er tvilsomt kan retten la beviset bli ført, og heller i ettertid ”straffe” uproporsjonal bevisføring med at parten selv må dekke kostnadene. Lovgiver ønsker med dette at partene selv skal bli tvunget til å tenke på kostnadene i forhold til sakens betydning (se kapittel 4.5.2).<sup>137</sup> Partene kjenner saken best og skulle slik sett ha de beste forutsetningene til å vurdere hvilken betydning tvisten har, og hvor nødvendig det er å føre et bevis. I denne ”etterkontrollen” er det viktig at rettens vurdering av hvilke kostnader som var ”nødvendig”, vurderes ut i fra det partene visste eller burde vite da de valgte å føre beviset. Det vil være lite rimelig dersom retten foretar vurderingen ut fra hvilke bevis som i etterpåkløkskapens lys har

---

<sup>136</sup> LE-2008-43768, Eidsvating lagmannsrett – Kjennelse, 5. mai 2008 siste avsnitt.

<sup>137</sup> NOU 2001:32, Bind B, s. 933 annen spalte.

vist seg å være uproporsjonal å føre. For eksempel kan det tenkes at en sak fortøner seg annerledes under hovedforhandling enn det saksforberedelsen skulle tilsi.<sup>138</sup> Det kan da tenkes at bevisføringen ikke vil ha den betydning som partene regnet med. Det vil være lite rimelig dersom retten i slike tilfeller skulle foreta proporsjonalitetsvurderingen på bakgrunn av slik saken utviklet seg. Det avgjørende for rettens vurdering, bør være det parten visste eller burde vite da de valgte å føre beviset.

I den tidligere nevnte kjennelse i Gulating lagmannsrett<sup>139</sup> (se kapittel 4.2.3) la retten i sin begrunnelse for at beviset ikke skulle avskjæres, også vekt på at bevistilbyder etter § 20-5 første ledd annet punktum, kunne pålegges å dekke kostnadene ved å føre beviset.

Lagmannsretten uttalte:

”Slik saken står i dag, fremstår bevisframleggelse i samsvar med begjæringen ikke som uforholdsmessig. I den grad retten i ettertid, når det samlede bevisbildet er klart, skulle se at ankemotpartens begjæring ikke hadde noe funksjon i forhold til opplysning av saken, vil retten kunne pålegge ankemotparten å dekke kostnadene ved fremleggelsen, selv om ankemotparten skulle vinne saken, jf. Tvisteloven. § 20-5, første ledd annet punktum.”<sup>140</sup>

Lagmannsretten trekker frem at bevisets betydning er det sentrale moment i vurdering av nedsettelse av dekning av sakskostnader. Under saksforeberedelsen er det partene, og ikke dommeren, som har det oversikt over det samlede bevisbildet. Partene har derfor den beste forutsetningen til å vurdere bevisets betydning for sakens opplysning, og hvor mye ressurser som vil gå med til å føre beviset. Dette må hele tiden sammenlignes med sakens betydning.

Ved ”førkontrollen” er det langt enklere for retten å ta stilling til betydningen av saken enn det er å ta stilling til omfanget av bevisførselen. Dette er fordi rettens innsikt i tvistegjenstandens verdi, partenes interesse ut over verdien, om saken har prinsipiell betydning og eventuell enighet om å føre beviset som regel ikke stiller mye annerledes etter hovedforhandling. For dommeren vil bevisets betydning for sakens opplysning være enklere å vurdere ved ”etterkontrollen”. For eksempel kan den vinnende part ha ført flere vitner for å

---

<sup>138</sup> Se Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 100.

<sup>139</sup> LG-2008-132615, Gulating lagmannsrett – Kjennelse, 19. september 2008.

<sup>140</sup> LG-2008-132615, Gulating lagmannsrett – Kjennelse, 19. september 2008 s. 5 og s. 6.

belyse det samme forhold. Eller et vitne kan vise seg å ha liten verdi for opplysning av det sentrale i saken. Det er parten som har oversikt over bevisbildet og vet hva vitneførselen vil belyse. I ettertid har retten oversikt over bevisbildet og kan vurdere om vitnet faktisk var ”nødvendig” for å belyse saken.

Proporsjonalitetsvurderingen etter § 20-5 vil derfor i hovedsak knytte seg til betydningen av beviset. Dersom retten i ettertid mener at beviset ikke var ”nødvendig” må retten spørre seg: burde den vinnende parten ut i fra sin oversikt over bevisituasjonen skjønt av bevisføringen at ”det ut i fra betydningen av saken” var ”rimelig å pådra” kostnadene.

#### **4.5.4 Overprøving av avgjørelse etter § 20-5**

Avgjørelse om sakskostnader avgjøres for hver instans ”i den avgjørelsen som avslutter saken i instansen”, jf. § 20-8 første ledd. Det vil si at avgjørelse av sakskostnader er en del av en dom, kjennelse eller beslutning etter § 19-1.

Dersom realitetsavgjørelsen bringes inn for anke, kan retten også overprøve avgjørelsen om sakskostnader, jf. § 20-9 første ledd. Forarbeidene uttaler at begrensninger i kompetansen til overprøving av avgjørelsen, bør gjelde for sakskostningene også.<sup>141</sup>

Etter § 20-9 tredje ledd kan sakskostnadsavgjørelsen ankes særskilt etter reglene for anke over kjennelser. Det er bare lovanvendelsen og saksbehandlingen, ”samt bevisvurderingen så langt den utelukkende gjelder sakskostnadsavgjørelsen” som kan prøves. Dette følger av § 20-9 tredje ledd annet punktum. Det følger av vanlige rettskraftsregler at det forhold sakskostnadsavgjørelsen bygger på, må legges uprøvd til grunn.<sup>142</sup> Det vil si at ved anke over sakskostningsavgjørelse i småkravsprosess etter § 10-5 annet ledd, vil de sterke begrensninger i § 17-5 første ledd gjelde for lagmannsretten adgang til å prøve tingrettens verdivurdering.

Det følger av forarbeidene at:

---

<sup>141</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 936 annen spalte.

<sup>142</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, s. 1056.

”Det er grunn til å understreke at utvalget ikke legger opp til noen utvidet adgang til å prøve de skjønnsmessige sider ved omkostningsavgjørelsene, sammenlignet med det som i dag gjelder ved særskilt kjæremål mot saksomkostningsavgjørelse”.<sup>143</sup>

Praksis etter tvistemålsloven videreføres derfor. Når det gjelder lovanvendelsen, kan retten prøve subsumsjonen når det er spørsmål om avgjørelsen er truffet i strid med lovbestemte vilkår. Ankeinstansen kan derfor bare i begrenset grad overprøve skjønnsmessige vurderinger. Retten kan prøve om skjønnen ligger innenfor lovens ramme og om skjønnen et vilkårlig, klart uforsvarlig eller grovt urimelig.<sup>144</sup> Saksomkostningsavgjørelser etter § 20-5 første ledd annet punktum kan derfor bare overprøves innenfor disse rammene.

Den er derfor strekt begrenset hva det er adgang til å overprøve i den vanskelige proporsjonalitetsavveiningen etter § 20-5. Hensynet til prosessøkonomi er derfor vektet tyngre enn hensynet til rettssikkerheten og det materielle riktige resultat.

Anken avgjøres ved kjennelse etter § 19-1 annet ledd bokstav c. Når retten kan overprøve saksbehandlingen vedrørende saksomkostningene, vil dette omfatte begrunnelsen for avgjørelsene av omkostningene. Det er derfor et spørsmål om hvilke krav til begrunnelse av saksomkostningsavgjørelsen som stilles.

For dommer og kjennelser gjelder det alminnelige krav til avgjørelsesgrunner etter § 19-6 fjerde og femte ledd. Disse reglene er ikke utformet spesielt med tanke på sakskostnader, men på tvistegenstanden. Lovgiver har ikke funnet noe grunn til en egen regel om begrunnelse av saksomkostninger. Minstekravene til begrunnelse blir angitt å være at den eller de regler som anvendes blir angitt og at det, hvor det kan være tvil om regelvalget, blir angitt de faktiske forhold som er avgjørende. Ved skjønnsmessige avgjørelse må det sentrale ved skjønnsutøvelsen nevnes. Tvistemålsutvalget uttaler at:

”Rent generelt må det også gjelde at dess viktigere saksomkostningsavgjørelsen er for partene – og her vil størrelsen av omkostningene være helt sentralt – dess større krav vil det være grunn til å stille til begrunnelsen.”<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 937 annen spalte.

<sup>144</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål* s. 1056-1057, Rt. 2004 s. 1026 U avsnitt 21 og Tore Schei mfl., s. 964.

<sup>145</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 937 første spalte.

Disse uttalelsene viser at proporsjonalitetsprinsippet vil være av betydning ved utforming av begrunnelse av saksomkostningsavgjørelsen. Det avgjørende hensyn er da størrelsen på omkostningene.

#### **4.5.5 I hvilken grad vil proporsjonalitetsvilkåret i § 20-5 gi domstolene større mulighet til å utøve reell kontroll med sakskostnadene?**

Jeg viser her til det jeg har skrevet kapittel 4.3. Sammenligningen av tvistens betydning og ressursbruk, vil stille seg nokså likt etter § 21-8 og § 20-5.

I formuessaker vil proporsjonalitetsvilkåret være egnet til å drive reell kontroll med kostnadsnivået, fordi det i disse sakene vil være mulig å foreta en proporsjonalitetsvurdering. Dersom en står overfor en sak med lav tvistesum, uten generell prinsipiell verdi eller stor betydning for partene, vil § 20-5 være et reelt middel for retten til å justere kostnadene. I saker uten formuesverdi kan det stille seg annerledes. I slike saker vil en proporsjonalitetsvurdering være vanskelig å foreta. I forhold til vurderingen etter § 21-8 vil vurderingen av bevisets betydning være lettere å foreta etter hovedforhandling. Dette kan tale for at § 20-5 i større grad enn § 21-8 kan være egnet til å drive reell kostnadskontroll.

Ettersom vurderingen etter § 20-5 ikke bare knytte seg til føring av bevis, men er et virkemiddel for å regulere ressursbruk for alle omkostninger, kan denne bestemmelsen i større grad tenkes å kunne regulere kostnadene.

## 5. BEGRENSNING I ADGANGEN TIL ANKE

### 5.1 Noen utgangspunkter

Sjette del i tvisteloven gjelder reglene om overprøving av rettslige avgjørelser. Disse reglene gjelder for alle prosessstyper. Anke er tvistelovens felles betegnelse på både det som etter tvistemålsloven ble betegnet som anke og kjæremål. Selv om ”anke” er innført som felles betegnelse på rettsmiddelet mot både realitetsavgjørelser og avgjørelser av prosessuell karakter, er det fortsatt forskjellige saksbehandlingsregler. Det var et ønske om forenkling som var begrunnelsen bak at ”anke” ble valgt som felles betegnelse. Utvalget mener at det formelle skillet mellom rettsmidlene er fjernet, og at tvisteloven innfører et ordinært rettsmiddel som er anke.<sup>146</sup> Justisdepartementet uttaler at fleksibiliteten i regelverket fører til at det i realiteten ikke så stor forskjell i saksbehandlingsformene.<sup>147</sup>

Skoghøy mener det er lite gjennomtenkt å avskaffe betegnelsen ”kjæremål”. Han mener det ikke innebærer en forenkling å bruke betegnelse ”anke over dom” og ”anke over kjennelser og beslutninger”.<sup>148</sup>

Betegnelsen ”anke” vil være forvirrende fordi det er vanskelig å vite om det siktes til ”anke” i tvistemålslovens forstand, eller om det siktes til fellesbetegnelsen ”anke” i tvisteloven. Etersom det er ulike saksbehandlingsregler for anke over realitetsavgjørelser og prosessuelle avgjørelser, er forarbeidernes argument om liten realitetsforskjell i saksbehandlingen, ikke helt treffende. Det vil være behov for å vite om en bruker betegnelsen ”anke” i forbindelse med en dom, en beslutning eller en kjennelse.

Kapittel 29 gjelder anke til lagmannsrett. For å tydeliggjøre de forskjellige instansenes funksjon, er reglene om anke til Høyesterett skilt ut og inntatt i kapittel 30. Disse reglene vil ikke bli behandlet her.

---

<sup>146</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 359 annen spalte.

<sup>147</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 297 første spalte.

<sup>148</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 94 og s. 95.

Utgangspunktet er at alle dommer, kjennelser og beslutninger kan ankes, jf. § 29-2 første ledd. Avgjørelse om saksbehandling kan ikke ankes etter at saken er avgjort, jf. § 29-2 annet ledd. For saker som behandles muntlig inntreer denne begrensningen allerede ”når rettsmøtet for sluttbehandling innledes”. Etter at saken er avgjort kan feilen i saksbehandlingen bare benyttes som ankegrunn for realitetsavgjørelsen, jf. § 29-3 første ledd.<sup>149</sup> For anke over dommer og kjennelser er utgangspunkt og hovedregel at lagmannsretten har kompetanse til å prøve alle sider av den påankede avgjørelse. Dette følger av § 29-3 første ledd.

Det er i tvisteloven lagt vesentlig vekt på å effektivisere rettspleien, og begrensninger i adgangen til å anke er et av virkemidlene for å oppnå dette. Proporsjonalitetsprinsippet er derfor hovedhensynet bak begrensningene i ankeretten for både dommer, kjennelser og beslutninger. Begrensninger i adgangen til å anke dommer følger av § 29-13. Etter første ledd kreves samtykke for fremming av anke der tvistegjenstanden er under kr 125 000. Etter annet ledd kan retten nekte anke den mener ”klart” ikke vil føre frem. Paragraf 29-3 annet ledd begrenser overprøvingsadgangen av enkelte kjennelser. Tredje ledd begrenser generelt overprøvingsadgangen betydelig for beslutninger.

Det er særlig interessant å se hvordan proporsjonalitetsprinsippet og de effektivitetshensyn som ligger bak prinsippet, er avveid mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling og rettssikkerhet. Dette gjelder særlig for ordningen med at ankenektelse etter annet ledd ikke må begrunnes. Avhandlingen skal drøfte om lovgiver har gått for langt i å vekte disse hensyn på bekostning av de krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til en ”rettferdig rettergang”.

## **5.2 Begrensning i overprøvingsadgangen for kjennelser og beslutninger**

### **5.2.1 Kjennelser**

I utgangspunktet vil den skjønsmessige avveiningen i en kjennelse være en del av rettsanvendelsen som kan overprøves ved anke etter § 29-3 første ledd. Imidlertid gjelder det begrensning i retten til å ”angripe kjennelse om saksbehandlingen” som treffes på bakgrunn

---

<sup>149</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s.767 annen spalte.

av en skjønnsmessig avveining over ”hensiktsmessig og forsvarlig behandling”, jf. § 29-3 annet ledd. I ordlyden ”angripe” ligger at begrensningen i ankegrunnen gjelder både når kjennelsen ankes særskilt, og når den benyttes som ankegrunn mot senere dom eller kjennelse.<sup>150</sup> Ankegrunn for den skjønnsmessige avveiningen begrenses til at avgjørelsen er ”uforsvarlig eller klart urimelig”. Begrensningen gjelder bare for den skjønnsmessige avveiningen. Den generelle rettslige forståelsen av bestemmelsen og saksbehandlingen, vil kunne prøves fullt ut så langt dette er påanket.

I følge forarbeidene er bakgrunnen for begrensningen, at den aktive saksforberedelsen vil føre til at første instans har en helt annen nærhet og innsikt i saken for å kunne vurdere slike spørsmål. Ankeinstansen skal derfor begrense seg til en forsvarlighets- og rimelighetskontroll.<sup>151</sup> Hensynet bak dette er at det i tråd med proporsjonalitetsprinsippet ikke skal brukes ressurser på mindre viktige avgjørelser. Dette viser hvor sterkt hensynet til prosessøkonomi og hurtighet har fått.

På den ene siden er det riktig at det er førsteinstansen som sitter med størst innsikt i hva som er en ”forsvarlig og hensiktsmessig behandling” av saken. På den annen side tilsier hensynet til rettssikkerhet at rettsanvendelsen bør kunne overprøves. For eksempel vil rettens kjennelse om bevisavskjæring etter § 21-8 være en kjennelse som omfattes av annet ledd. Rettens vurdering etter denne bestemmelsen er vanskelig. Begrensningen i ankeadgangen viser at lovgiver har stor tiltro til dommerens skjønnsmessige avveininger. Hensynet til det materielle riktige resultat taler mot avgjørelse om bevisavskjæring etter § 21-8. Bestemmelsen går langt i å åpne for at hensynet til prosessøkonomi kan gis avgjørende vekt i forhold til det materielle riktige resultat. Sett i sammenheng med at kjennelse om avskjæring heller ikke kan overprøves, har proporsjonalitetshensynet fått betydelig gjennomslag i forhold til rettssikkerhet.

Et annet eksempel på hvordan rettssikkerheten er avveid mot hensynet til proporsjonalitet, er begrensning i adgangen til å anke avgjørelse om en sak skal føres for småkravsprosess, jf. § 10-1 annet ledd bokstav a. For kjennelse om verdifastsettelse gjelder ikke begrensningen i overprøving etter § 29-3 annet ledd. Paragraf 17-5 første ledd begrenser imidlertid overprøvningsadgangen av rettens verdifastsetting. Begrensningen gjelder både faktum og de

---

<sup>150</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 472 første spalte.

<sup>151</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 769 første spalte.



skjønnsmessige vurderinger. Etter § 17-5 første ledd kan verdifastsettelsen bare settes til side hvis den ”åpenbart er uriktig og må ha ledet til en vesentlig for høy eller lav verdifastsetting”. Adgangen til anke vil derfor være meget begrenset.

På bakgrunn av småkravsprosessens form, vil en avgjørelse om verdien være en svært viktig avgjørelse. Hensynet bak begrensningen i § 29-3 annet ledd om at det er førsteinstansen som har best kunnskaper om hva som er en ”forsvarlig og hensiktsmessig” saksbehandling, gjør seg ikke gjeldende her. Avgjørelse av tvistegjenstandens verdi bygger ikke på en slik skjønnsmessig avveining. Imidlertid har proporsjonalitetshensynet fått avgjørende vekt i forhold til rettssikkerheten, og overprøvingsadgangen er begrenset.

### **5.2.2 Beslutninger**

Ankegrunnene for beslutninger reguleres i § 29-3 tredje ledd. Det følger av denne at det er adgangen til ”anke” som begrenses. Det er derfor kun særskilt anke som begrenses.

Beslutning om saksbehandlingen kan derfor brukes som ankegrunn. Men en beslutning vil sjeldent være så viktig at den har virket inn på resultatet etter § 29-21 første ledd.

Ankegrunnen for slike tilfeller, nektes fremmet, jf. § 29-13 annet ledd.<sup>152</sup>

Paragraf 29-3 tredje ledd fastsetter at beslutninger kan prøves på grunnlag av at ”retten har bygd på en uriktig generell lovforståelse av hvilke avgjørelser retten kan treffe etter den anvendte bestemmelse”. Dette vil gjelde tolkning av rettsregelen, ikke subsumsjonen.

Skoghøy skriver at ”den generelle lovtolkning kan prøves fullt ut”.<sup>153</sup> Imidlertid uttaler Tvistemålsutvalget at adgangen til overprøving av den generelle lovtolkning er snever, og skal fungere som en sikkerhetsventil.<sup>154</sup>

For beslutninger kan subsumsjonen, bevisbedømmelsen og de skjønnsmessige avveininger bare ankes på grunnlag av at avgjørelsen er ”åpenbart uforsvarlig eller urimelig”, jf. § 29-3 tredje ledd.

---

<sup>152</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 473 første spalte.

<sup>153</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov* s. 104.

<sup>154</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 769 annen spalte.

Overprøvningsadgangen for beslutninger begrenses ytterligere i forhold til kjennelser. For kjennelser kan skjønn som er ”uforsvarlig eller klart urimelig” overprøves. For kjennelser begrenses overprøvingen til det som er ”åpenbart uforsvarlig eller urimelig”. Det følger av forarbeidene at overprøvingen for de aktuelle kjennelser etter annet ledd er en noe utvidet rimelighetssensur, mens tredje ledd inneholder en kun vilkårlighetskontroll av beslutninger.<sup>155</sup>

Det avgjørende hensyn bak den svært begrensede overprøvningsadgangen av beslutninger er at disse avgjørelsene regnes som mindre viktige, og hensynet til prosessøkonomi er derfor gitt avgjørende vekt.

Begrensningen i adgangen til anke over beslutninger innebærer i enkelte tilfeller store endringer etter innføringen av tvisteloven. I lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (heretter rettshjelploven), ble § 27 annet ledd inntatt samtidig med tvisteloven. Av bestemmelsen følger at dersom annet ikke er bestemt i paragrafen gjelder ”tvistemålsloven” ved ”anke over avgjørelser som er truffet av en domstol i medhold av rettshjelploven”. Selv om ordlyden sier ”tvistemålsloven” har Høyesteretts ankeutvalg<sup>156</sup> slått fast at det må legges til grunn at henvisningen gjelder tvistemålsloven. Avgjørelse om rettshjelp treffes ved beslutning, jf. § 19-1 tredje ledd bokstav a. I den nevnte avgjørelse slo ankeutvalget fast at ved beslutning om fri saksførsel gjelder begrensningen i ankegrunnene etter tvisteloven § 29-3 tredje ledd. Høyesteretts ankeutvalg peker først på uttalelser i forarbeidene som taler mot at begrensningen i § 29-3 tredje ledd skal gjelde:

”I Ot.prp.nr.74 (2005-2006) om endringer i tvisteloven og tilpasninger av straffeprosessloven og andre lover til tvisteloven, refererte departementet på side 32 - i punkt 3.4.14 om anke og kjæremål - fra et høringsbrev om ikraftsetting av tvisteloven, hvor det blant annet var uttalt: ”Når det er tale om angrep på en avgjørelse om saksbehandlingen forut for en realitetsavgjørelse, slår lovgrunnen for denne begrensningen til. Men mange av de nåværende bestemmelsene om kjæremålsadgang gjelder realitetsavgjørelser, se for eksempel tinglysingsloven § 3 og rettshjelploven § 28 a. I dag gjelder ikke noen generelle begrensninger for kjæremålsinstansens prøvningskompetanse, selv om kjæremålsinstansen kan være tilbakeholdende med å overprøve det konkrete skjønn, der underinstansen har de beste forutsetninger for å ha

<sup>155</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 473 første spalte.

<sup>156</sup> Rt. 2008 s. 1345 U avsnitt 17.

innsikt i de faktiske omstendigheter av betydning for avgjørelsen - for eksempel i saker om fastsetting av salær. For slike realitetsavgjørelser foreslår departementet ikke noen endring i gjeldende rett med hensyn til overprøvingskompetansen.”<sup>157</sup>

Utvalget valgte likevel å la begrensningen i ankegrunnene etter § 29-3 tredje ledd gjelde. Ankeutvalget pekte på at lovgiver i Ot.prp. nr. 74 på side 74 uttrykkelig hadde foreslått en tilføyelse i lov 7. juni nr. 2 1935 om tinglysning. Tilføyelsen fastsatte at reglene i tvisteloven § 29-3 om begrensninger i ankegrunnene ikke gjelder. Ankeutvalget la vekt på at proposisjonen ikke inneholdt noen tilsvarende tilføyelse i rettshjelploven § 27.<sup>158</sup> I avsnitt 22 uttaler utvalget:

”At uttalelsene i høringsbrevet trekker i retning av at det var meningen å foreslå en særregulering av overprøvingsadgangen for beslutninger truffet av domstol om fri sakførsel og også for andre realitetsavgjørelser etter andre lover enn tvisteloven, finner utvalget ikke avgjørende. Ordlyden i bestemmelsen i rettshjelploven § 27 andre ledd sammenholdt med tvisteloven § 29-3 tredje ledd er helt klar.”

Høyesterett peker på at uttalelsene i forarbeidene kan trekke i retning av begrensningen i ankegrunnene for beslutninger, ikke skulle anvendes på beslutning om fri sakførsel. Men utvalget legger avgjørende vekt på at lovgiver ikke uttrykkelig har tatt forbehold om at avgjørelse om fri rettshjelp skal ankes etter § 29-3 tredje ledd, og mener derfor at ordlyden er klar.

Henvisningen til tvisteloven i rettshjelploven § 27 annet ledd og lovgivers manglende forbehold om at tvistelovens begrensning i § 29-3 tredje ledd ikke skal gjelde, taler for at begrensningen i ankeadgangen bør gjelde. På den annen side følger det av rettshjelploven § 27 første ledd at ”avgjørelser etter denne lov som er truffet av en domstol, kan ankes til overordnet domstol”. Ordlyden gir rett til en anke til overordnet domstol. Etter begrensningene i ankegrunnene etter § 29-3 tredje ledd, er det kun rett til vilkårlighetskontroll av beslutningen. Etter *lex specialis* skal spesiallovgivningen gå foran. Ordlyden i første ledd taler for at beslutninger etter rettshjelploven ikke skal omfattes av § 29-3 tredje ledd. Før lovendringen i forbindelse med tvisteloven var det rettshjelploven § 28 a som regulerte

---

<sup>157</sup> Rt. 2008 s. 1345 U avsnitt 20.

<sup>158</sup> Rt. 2008 s. 1345 U avsnitt 21.

overprøvningsadgangen. Det var ikke noen generelle begrensninger for kjæremålsinstansens prøvningskompetanse. Den begrensningen som nå gjelder i ankeadgangen av beslutning om fri rettshjelp, er betydelig i forhold til det som var gjeldende rett før tvisteloven.

Uttalelsene i lovforarbeidene som Høyesteretts ankeutvalg referer til, viser at lovgiver uttrykkelig har sagt at det ikke er ønskelig å begrense overprøvingen. Lovgiver har ikke tatt bevisst standpunkt til at avgjørelse om fri rettshjelp skal begrenses til en svært snever ankeadgang. Ankeutvalget kunne her ha lagt avgjørende vekt på ordlyden i § 27 første ledd og uttalelsene i forarbeidene om at begrensning i overprøvningsadgangen ikke var ønskelig. Ankeutvalget hadde derfor mulighet til å legge avgjørende vekt på rettssikkerheten, og kommet til at avgjørelse om fri rettshjelp ikke bare skal underlegges vilkårlighetskontrollen i § 29-3 tredje ledd.

Muligheten til å få overprøvd en viktig og for mange helt avgjørende beslutning om fri sakførsel, vil være sterkt begrenset. Dette reiser store rettssikkerhetsspørsmål.

Proporsjonalitetsprinsippet og hensynet til prosessøkonomi er i denne sammenheng gitt svært stor vekt. På bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene, er det grunn til å stille spørsmål om dette er ønskelig fra lovgivers side.

I høringsbrevet som Høyesteretts ankeutvalg<sup>159</sup> refererte til, trekkes også fastsettelse av salær frem som en avgjørelse der det ikke er ønskelig å endre gjeldende rett med hensyn til overprøvningskompetansen.

For beslutning om fastsetting av salær etter lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr, vil begrensningen i ankegrunnene etter § 29-3 tredje ledd også gjelde. I avgjørelse fra Høyesteretts ankeutvalg er det uttalt at utvalgets kompetanse er ”begrenset til å prøve om lagmannsrettens beslutning bygger på uriktig generell lovforståelse eller er åpenbart uforsvarlig eller urimelig, jf. tvisteloven § 30-3, jf. § 29-3 tredje ledd”.<sup>160</sup>

Også for avgjørelser om rettsgebyr vil begrensningen i § 29-3 tredje ledd ha store konsekvenser med tanke på rettssikkerheten.

---

<sup>159</sup> Rt. 2008 s. 1345 U avsnitt 20.

<sup>160</sup> Rt. 2008 s. 1056 U avsnitt 9.

## 5.3 Samtykke for fremming av anke i formuessaker under kr 125 000

### 5.3.1 Endringer i forhold til tvistemålsloven

Anke i saker om formuesverdier under kr 125 000 kan ikke fremmes uten samtykke fra lagmannsretten, jf. § 29-13 første ledd. Kravet til ankesum er betraktelig hevet i tvisteloven. Etter tvistemålsloven hadde den tapende part en ubetinget rett til å få fremmet anken for lagmannsretten i saker der tvistegjenstanden var over 50 000. Heving av ankesummen er et uttrykk for at proporsjonalitetsprinsippet har fått sterkere vekt i tvisteloven.

Tvistemålsutvalget uttaler at grensen på 20 000 harmonerer dårlig med det viktige hensynet til proporsjonalitet. Det legges vekt på at selv om 20 000 kan være et betydelig beløp for svært mange, vil prosessutgiftene ved ankebehandlingen blir for høy i forhold til tvistesummen. (Grensen ble hevet til 50 000 med virkning fra 1.januar 2004 ved lov nr.126/2003.) Utvalget legger også vekt på hensynet til rasjonell bruk av domstolsressurser.<sup>161</sup>

For overprøving av vedtak av fylkesnemnda for sosiale saker etter barnevernsloven, gjelder det også et krav om anketillatelse. Dette reguleres av § 36-10 tredje ledd.

For de to sakstypene som er avhengig av anketillatelse, kan anke kun tillates etter en sammensatt vurdering fra retten.

Samtykkeregelen i § 29-13 første ledd innebærer en prosessuell nyvinning. Dersom kravet til ankesum etter tvistemålsloven ikke var oppfylt, skulle anken avvises ved kjennelse. Man kunne likevel søke om samtykke til ankebehandling uavhengig av ankesum, men dette var en egen avgjørelse som kunne påkjæres separat. Etter tvisteloven fattes det kun en beslutning om å ikke gi samtykke etter § 29-13 første ledd.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 første spalte.

<sup>162</sup> Jens Edvin Skoghøy, *Tvistemål* s. 870.

### 5.3.2 Samtykkevurderingen

#### *a) Momenter som ordlyd og forarbeid gir anvisning på*

I vurderingen om samtykke skal gis ”skal det blant annet tas hensyn til sakens karakter, de behov partene har for overprøving, om det synes å være svakheter ved den avgjørelse som er anket, eller ved behandling av saken”, jf. § 29-13 første ledd annet punktum. Det følger av ordlyden at oppregningen ikke er uttømmende. Retten kan derfor også ta hensyn til andre moment i vurderingen.

Tvistemålsutvalget uttaler at det må foretas en bred vurdering. Utvalget uttaler også at ettersom grensen heves, må det gis samtykke til ankebehandling i et større antall tilfeller enn det som var vanlig etter tvistemålsloven.<sup>163</sup> Justisdepartementet uttaler at oppregningen ikke er uttømmende, og at retten må stå ”nokså fritt i denne vurderingen”.<sup>164</sup>

Tvistemålsutvalget angir nærmere hva som ligger i ordlyden. Dersom saken har prinsipiell interesse, vil dette være et moment av ”vesentlig betydning”. Det er videre uttalt at det vil være et viktig moment om saken har en økonomisk betydning ut over den konkrete tvistegjenstanden.<sup>165</sup>

Etter ordlyd og forarbeid skal det tas hensyn til om det er nærliggende at det foreligger realitetsfeil eller saksbehandlingsfeil. Og motsatt, at dersom det fremstår ”rimelig klart” at avgjørelsen er riktig, taler dette mot at det gis samtykke. Det fremgår av forarbeidene at ”for krav behandlet etter småkravsprosessen, er det særlig viktig at det gjennom samtykke til anke åpnes for en kvalitetskontroll av saksbehandlingen i tingretten”.<sup>166</sup> Uttalelsene i forarbeidene taler for at terskelen for å gi samtykke ikke bør settes for høyt for småkravssakene. Schei mfl. uttaler at:

”Behovet for overprøving, herunder om det synes å være svakheter ved avgjørelsen eller behandlingen, skal stå sentralt i samtykkevurderingen. Bestemmelsen legger opp til at lagmannsretten skal føre kontroll med at småkravsbehandlingen holder mål. Det

---

<sup>163</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 annen spalte.

<sup>164</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 475 annen spalte.

<sup>165</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 annen spalte.

<sup>166</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 annen spalte.

er helt sentralt at lagmannsretten har for øye betydningen av den systemkontroll som her skal utøves.”<sup>167</sup>

*b) Andre momenter som kan være relevant på bakgrunn av proporsjonalitetstankegangen*

Forarbeidene sier ikke noe om den betydning tvisten har for partene gjennom ideelle interesser eller økonomiske interesser i tvistegjenstanden, er relevant i vurderingen. Det er proporsjonalitetstankegangen som ligger bak begrensningen i adgang til anke i § 29-13 første ledd. I proporsjonalitetstankegangen tas det også hensyn til partenes ideelle interesser og partenes økonomiske interesse i tvistegjenstanden. Ut i fra ordlyden, ”de behov partene har for overprøving”, bør det også kunne legges vekt på ideelle interesser og tvistegjenstandens verdi.

Bakgrunnen for at forarbeidene ikke nevner partenes ideelle interesser, kan være at spørsmålet om partenes ideelle interesser kommer inn ved beregning av ankesummens verdi etter kapittel 17. Dersom ankegjensstanden for saksøkeren eller den ankende part gjelder ideelle interesser, får reglene om verdifastsettelse ikke anvendelse. Dette følger av § 17-1 tredje ledd. Dersom en sak gjelder både økonomiske verdier og ideelle interesser, følger det av forarbeidene at det avgjørende vil være ”hva som fremtrer som sakens dominerende karakter”. Dersom de ideelle interessene er betydelige, eller at det ikke lar seg fastslå hva som er den dominerende karakter, må saken settes til å gjelde ideelle interesser.<sup>168</sup>

Det vil si at dersom tvistegjenstanden i betydelig grad angår ideelle interesser, vil kravet til ankesum ikke gjelde. Men for de tilfeller der tvistegjenstanden angår ideelle interesser, men som ikke er av betydelig grad, åpner ordlyden for at det kan legges vekt på dette i momentet. Imidlertid vil dette momentet neppe ha stor vekt i helhetsvurderingen. Bakgrunnen for dette er at i saker hvor det knytter seg sterke ideelle interesser til tvistegjenstanden, vil reglene om verdifastsettelse ikke komme til anvendelse, og det vil ikke gjelde krav om samtykke for å fremme anken.

---

<sup>167</sup> Tore Schei mfl., s. 480.

<sup>168</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 annen spalte.

Når det gjelder tvistegjenstandens verdi bør dette også være et moment i vurderingen. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet bør det være av betydning om tvistesummen er kr 120 000 eller kr 5 000. Verdien vil ikke være avgjørende for om det foreligger et behov for overprøving, men bør være et moment som er relevant i vurderingen.

*c) Hvor bør terskelen for samtykke settes*

Både forarbeidene og Schei mfl. ser ut til å legge til grunn at lagmannsretten må legge stor vekt på kvalitetskontroll av tingretten. I denne sammenheng ser lovgiver ikke ut til å vektlegge hensynet til en effektiv proporsjonal behandling i like stor grad som ellers i loven. Ved behandling i tingretten har disse hensynene fått avgjørende vekt. I uttalelsene om samtykke til ankebehandling virker rettssikkerhetshensynet å være det avgjørende for lovgiver.

Ettersom kravet til ankesum er lik grensen for småkravsprosess, vil en stor andel av ankesakene etter § 29-13 første ledd være småkravssaker. Dersom adgangen til å anke slike saker er stor, vil dette komme i konflikt med begrunnelsen bak småkravsprosessen. Når lovgiver først har innført en småkravsprosess, bør systemet gjennomføres i alle instanser, ellers vil begrunnelsen for småkravsprosessen falle bort. En ankebehandling vil kreve store ressurser og kan komme i konflikt med proporsjonalitetsprinsippet. De ressurser som ble ”spart” på en enkel hurtig prosess i tingretten, vil bli mangedoblet i behandlingen for lagmannsretten. Dette taler mot å sette terskelen for samtykke lavt.

Som tidligere nevnt uttaler forarbeidene at tvistelovens to hovedfunksjoner er at loven skal fremme rettssikkerhet for den enkelte og sikre at den materielle lovgivning slår igjennom.<sup>169</sup> Dersom loven skal ha den funksjon som lovgiver foreskriver, bør terskelen for å slippe inn anker i småkravssaker der lagmannsretten mener det ”synes å være svakheter”, være lav. Der det ”synes å være svakheter” ved avgjørelsen er det viktig for rettssikkerheten at saken blir behandlet i lagmannsretten.

Praksis vil vise hvor stort behov det er for å behandle anker i småkravssaker for lagmannsretten. Dersom det viser seg at lagmannsretten ofte finner svakheter ved dommene fra tingretten, vil hensynene bak innføringen av småkravsprosessen ikke gjøre seg like sterkt

---

<sup>169</sup> NOU 2001: 32, Bind A, s. 127 første spalte.



gjeldende. Dersom dette skulle bli tilfellet, vil det være langt mer prosessøkonomisk at småkravssaker får en grundig behandling i tingretten. Behovet for å slippe inn anker til lagmannsretten vil da bli mindre. Sett i sammenheng med at småkravssakene også skal forliksrådsbehandles, kan vi få et system der det er nødvendig at små saker må gjennom to instanser før saken vil få en fullverdig og grundig juridisk behandling i lagmannsretten.

I vurdering om samtykke til anke skal gis, må retten foreta en konkret helhetsvurdering. Ordlyd og forarbeider sier at oppregningen i § 29-13 første ledd ikke er uttømmende. Det er likevel spørsmål om det er treffende når Justisdepartementet uttaler at retten står ”nokså fritt i denne vurderingen”. I samtykkevurderingen bør det avgjørende være hensynet til rettssikkerhet og det materielle riktige resultat. Dette hensynet vil kunne stille seg sterkere jo høyere tvistesummen er. Men tvistesummen vil ikke si noe om hvor kompliserte rettslige spørsmål saken reiser. Retten bør derfor legge vekt på om saken er komplisert og om det ”synes å være svakheter” ved avgjørelsen. Rettssikkerheten og fremming av det materielle riktige resultat tilsier at samtykke til anke bør settes lavt i slike tilfeller.

I tillegg vil det være viktig at retten i saker av prinsipiell betydning, samtykker til anke. Bakgrunnen for dette er for det første at det er prosessøkonomisk å få avklart slike saker når spørsmålet først har vært oppe for tingretten. I tillegg kommer at en nektelse av anke til lagmannsretten medfører at saken ikke kan avgjøres av Høyesterett. I saker av prinsipiell betydning vil dette stride mot domstolens funksjon. Samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene er også kommet til uttrykk i tvistelovens formålsbestemmelse. Forarbeidene uttaler at ettersom kravet til ankesum er hevet, er det viktig at saker ”med mer vidtgående prinsipiell betydning” slipper igjennom til lagmannsretten slik at disse sakene også kan behandles for Høyesterett.<sup>170</sup>

*d) Etter at ankeforhandlingen er startet kan samtykke likevel nektes*

Avgjørelse om samtykke til å fremme anken bør av prosessøkonomiske grunner treffes så tidlig som mulig under saksbehandlingen. Rettens plikt til dette følger av § 9-6 tredje ledd. Dersom slik avgjørelse ikke er truffet fordi slik avgjørelse er vanskelig og må utsettes eller fordi at retten tar feil av verdien, kan avgjørelse treffes etter at ankeforhandling er startet. Dette følger av § 29-13 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kan samtykke likevel nektes,

---

<sup>170</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 776 annen spalte.

hvis det under ankeforhandlingen viser seg at verdien av ankegjensstanden er under kr 125 000.

I følge forarbeidene skal det i vurderingen av om samtykke likevel skal nektes, blant annet legges vekt på den tid og de kostnader som er gått med på å behandle anken så langt, om ankegjensstandens verdi nå overstiger kr 125 000 og om ankende part kan klandres for at verdianslaget lå for høyt. Dette innebærer ikke noe unntak fra § 17-2 første ledd tredje punktum, om når verdikravet må være oppfylt.<sup>171</sup> Det er også etter tredje ledd ankegjensstandens verdi ved ankeerklæringen som er det avgjørende. Men etter denne bestemmelsen kan det også legges vekt på ankegjensstandens verdi medregnet de ressurser som er brukt. Dette vil ha liten betydning dersom feil verdivurdering skyldes ankende part.

Denne bestemmelsen svarer innholdsmessig til tvistemålsloven § 16 første ledd, men i vurderingen etter tvisteloven er det i NOU B s. 778 første spalte understreket at de hensyn som § 1-1 oppstiller, er relevant i vurderingen. Det vil si at hensynet til proporsjonalitet vil være et moment i vurderingen. Spørsmålet er hva lovgiver legger i dette. Etter tredje ledd må retter foreta samme vurdering som den skulle ha foretatt før ankebehandlingen etter første ledd. Ettersom betydningen av tvisten for partene i forhold til ressursbruken kommer inn i vurderingen etter § 29-13 første ledd, må denne vurderingen også foretas etter tredje ledd. Det som kan stille seg annerledes i vurderingen etter at ankebehandlingen er startet, er at verdien av ankegjensstanden kan være blitt større. Dette kan tale for at sakens betydning er større, slik at det kan brukes ressurser på anke.

### **5.3.3 Opphevelse som alternativ til samtykke i småkravssaker**

Lagmannretten har hjemmel for å oppheve småkravssaker i stedet for å fremme saken til behandling. Saken kan sendes tilbake til tingretten dersom det foreligger ”feil i rettsanvendelsen eller vesentlige feil” ved saksbehandlingen, jf. § 29-12 annet ledd. Hvis lagmannsretten kommer til at avgjørelsen til tingretten har svakheter, kan det være mer prosessøkonomisk at saken sendes tilbake til tingretten etter § 29-12 annet ledd, enn at den skal fremmes for lagmannsretten. Terskelen for opphevelse etter § 29-12 må ut i fra ordlyden ligge atskillig høyere enn når retten kan la svakheten ved avgjørelsen være avgjørende for

---

<sup>171</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 475 annen spalte.

samtykke etter § 29-13 første ledd. For opphevelse vil det verken være nok at saken lider av mindre saksbehandlingsfeil, eller feil i vurderingen av faktiske forhold.<sup>172</sup>

Dersom saken sendes tilbake, kan lagmannsretten avgjøre hvilket prosessspor som skal brukes. Henvises saken til behandling etter allmennprosess, kan saksøkeren velge å frafalle kravet etter § 10-1 fjerde ledd. Treffer ikke lagmannsretten avgjørelse om saksbehandlingsspor, er det opp til tingretten å gjøre dette.<sup>173</sup> Dersom saken henvises fra småkravsprosess til allmennprosess, vil saksøkeren etter § 10-1 fjerde ledd ikke ha ansvar for motpartens saksomkostninger. Det mest prosessøkonomiske og hensiktsmessige vil være at lagmannsretten henviser saken tilbake til behandling for småkravsprosessen. Dersom tingretten mener at den ikke kan treffe en ny avgjørelse på forsvarlig måte, kan den overføre saken til allmennprosess etter § 10-1 tredje ledd bokstav d. Dette bør imidlertid skje umiddelbart fordi særregelen i § 10-1 fjerde ledd kommer til anvendelse.

Dersom saken henvises tilbake til småkravsprosess, er det et spørsmål hvordan utmåling av saksomkostningene skal foretas. Det bør da foretas separat utmåling av erstatning for første gangs behandling i tingretten og for andre gangs behandling. Det vil da være to utmålinger etter § 10-5. I tillegg må behandlingen for lagmannsretten utmåles etter de alminnelige regler. Det er da § 20-8 om utmåling ved anker som kommer til anvendelse. En opphevelse etter § 29-12 annet ledd vil derfor medføre en del kostnader som kan være i strid med proporsjonalitetsprinsippet som ligger til grunn for småkravsprosessen. Men dette vil være mer prosessøkonomisk enn å gi samtykke til behandling i lagmannsretten.

Paragraf 29-12 annet ledd er på denne bakgrunn egnet til å fremme en reell kvalitetskontroll med småkravssaker. Det vil være i tråd med proporsjonalitetsprinsippet å anvende denne bestemmelsen på småkravssakene. Dette kan derfor tale mot at terskelen for å slippe småkravssaker inn for behandling i lagmannsretten ved samtykke, settes så lavt at vilkåret for opphevelse etter § 29-12 annet ledd er oppfylt.

---

<sup>172</sup> Tore Schei mfl., s. 1306.

<sup>173</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 475 første spalte.

### 5.3.4 Rettens fastsettelse av tvistegjenstandens verdi

Det følger av forarbeidene at rettens fastsettelse av verdien ikke tas i en egen avgjørelse; den kommer forutsetningsvis til uttrykk i beslutningen om anken skal fremmes eller ikke.<sup>174</sup>

Dersom tvistesummen er under kr 125 000, skal retten altså av eget tiltak ta stilling til om samtykke skal gis. Dersom samtykke ikke gis, treffer retten avgjørelse om å nekte anken. I rettspraksis var det inntil kjennelse i Høyesteretts ankeutvalg i 2009<sup>175</sup> forvirring om avgjørelsen av verdifastsettelsen etter § 29-13 første ledd var en egen avgjørelse. I Rt. 2008 side 1040 ble det lagt til grunn at avgjørelse av tvistegjenstandens verdi ble sett på som en egen avgjørelse om avvisning. Det ble derfor lagt til grunn at det fulgte av tvisteloven § 19-1 annet ledd bokstav a at avgjørelser om avvisning skal treffes ved kjennelse. Derfor uttalte Høyesterett at kjennelsen måtte begrunnes jf. § 19-6 fjerde ledd. Dette ble oppklart i Høyesteretts ankeutvalg i den nevnte kjennelse fra 2009. Tvistegjenstandens verdi er ikke en egen avgjørelse, og det treffes derfor kun en avgjørelse i beslutnings form jf. § 29-13 femte ledd.<sup>176</sup>

### 5.3.5 Krav til begrunnelse av beslutning om å nekte ankesamtykke

Avgjørelse etter § 29-13 første ledd treffes ved beslutning jf. femte ledd. Etter § 9-16 første til tredje ledd gjelder det ikke noe alminnelig krav til begrunnelse av beslutninger. Det må skilles mellom begrunnelse for verdivurderingen og begrunnelse for selve samtykkevurderingen.

I rettspraksis har det utviklet seg et krav om begrunnelse for verdifastsettingen dersom det er uenighet om verdien eller verdifastsettelsen ikke fremstår som klar, jf. for eksempel Rt. 2008 side 1281. Dette henger sammen med at feil verdivurdering er en saksbehandlingsfeil som kan ankes til Høyesterett. For å kunne vurdere rettens verdifastsettelse, stiller dette krav om at rettens fastsettelse begrunnes. I sak for Høyesteretts ankeutvalg<sup>177</sup> hadde lagmannsretten konstatert at ankeobjektets verdi var under kr 125 000, men det var ikke gitt noe begrunnelse for dette. Ankeutvalget anså derfor saken beheftet med saksbehandlingsfeil som førte til opphevelse etter § 29-20 annet ledd.

---

<sup>174</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 811 annen spalte.

<sup>175</sup> HR-2009-274-U.

<sup>176</sup> Jf. også Rt. 2008 side 1130 U avsnitt 8.

<sup>177</sup> HR-2009-274-U.

Ankeutvalget uttalte at det ikke gjelder noe alminnelig krav om begrunnelse, men at det ”i den enkelte sak kan forholdene ligge slik at begrunnelse er naturlig og nødvendig”.<sup>178</sup> Det var under behandling i lagmannsretten betydelig uenighet mellom partene om ankegjensstandens verdi og begrunnelse for verdifastsettelsen skulle derfor vært gitt.

Når det gjelder begrunnelse for selve samtykkevurderingen må antakelig også denne begrunnes dersom det foreligger særlige omstendigheter eller lignende som gjør det påkrevd med en begrunnelse. Her må man særlig ta i betraktning at ankeutvalgets kompetanse er begrenset, og en begrunnelsesplikt således skal bidra til at utvalget kan kontrollere saksbehandlingen.

## **5.4 Nektelse av anke som ”klart” ikke kan føre frem**

### **5.4.1 Vilkår for nektelse og overprøving av nektelsen.**

I § 29-13 annet ledd er det inntatt en silingsregel. For vurderingen etter denne regelen er utgangspunktet at det er rett til anke, men ”[a]nke over dom kan nektes fremmet når lagmannsretten finner det klart at anken ikke vil føre fram. En nektelse kan begrenses til enkelte krav eller ankegrunner.” Dette er et uttrykk for at lovgiver ikke ønsker at det skal brukes tid og ressurser på saker som ikke kan føre frem.

Ankesilingsregelen i tvisteloven bygger på modell av den tilsvarende ankesilingsregel i lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 321 annet ledd. Etter denne bestemmelsen kan retten nekte anke dersom retten er enstemmig og forbrytelsen kan medføre straff inntil 6 år. For anker fra påtalemyndigheten gjelder adgangen til å nekte også enda mer alvorlige forbrytelser.

En anke kan bare nektes fremmet dersom retten finner det ”klart” at anken ikke vil føre frem, jf. § 29-13 annet ledd. For at retten skal kunne ta stilling til om anken kan føre frem, må retten

---

<sup>178</sup> HR-2009-274-U avsnitt 23.

foreta en prøving av realiteten. Dette er motstykket til reglene om forenklet domsbehandling for tingretten. Etter § 9-8 første ledd kan retten begjære forenklet domsbehandling når det er ”klart at det krav som er fremmet, ikke for noen del kan gis medhold, eller det er klart at innsigelsene mot kravet i sin helhet er uholdbare”.

Ordlyden i § 29-13 annet ledd begrenser silingsadgangen til kun å gjelde der retten føler seg sikker på at anken ikke vil føre frem. Det fremgår av forarbeidene at vilkåret for nektelse ”skal tolkes strengt” og at det kreves ”en høy grad av sikkerhet for at resultatet ville blitt stående etter en eventuell full ankeprøving”.<sup>179</sup> Dersom retten er i tvil, må saken derfor fremmes.

Ankenektelse treffes ved beslutning, jf. § 29-13 femte ledd første punktum. Etter § 19-6 gjelder det ikke noe alminnelig krav til begrunnelse av beslutninger. Beslutning om ankenektelse kan bare ankes på grunnlag av saksbehandlingsfeil, jf. § 29-13 femte ledd tredje punktum. Lagmannsrettens skjønsmessige avgjørelser kan derfor ikke overprøves.

#### **5.4.2 Begrunnelsen for regelen**

Det var sterk uenighet i Tvistemålsutvalget ved innføringen av silingsregelen i tvisteloven. Flertallet besto av seks utvalgsmedlemmer mot to. Flertallet i Tvistemålsutvalget mener at det er ”behov for å stoppe slike anker før ytterligere, og betydelige, saksomkostninger for partene og omkostninger for rettsapparatet er pådratt”. Flertallet mener at det vil være i strid med proporsjonalitetsprinsippet, dersom alle sivile saker over kr 125 000 skal kunne fremmes uavhengig av utsikter til å nå frem. Utvalget ser ingen begrunnelse for at det ikke skal kunne nektes anke i sivile saker, når det er adgang til det i alvorlige straffesaker. Utvalget mener at dersom det er lettere å vurdere om en sak har utsikter til å føre frem i straffesaker, kan ikke dette være et argument mot ankesiling i sivile saker. Selv om regelen skulle få større praktisk betydning i straffeprosessen, bør det være adgang til å foreta en ankesiling i de sivile saker det er forsvarlig å vurdere om en anke vil føre frem.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 475 annen spalte og NOU 2001: 32, Bind B, s. 778 annen spalte.

<sup>180</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 778 første spalte.

Mindretallet på to medlemmer mener at det bør være en ubetinget ankerett i sivile saker. Dette begrunnes i hovedsak med at dette er en viktig rettsikkerhetsgaranti som sikrer tilliten til domstolen. Det pekes også på at verken Sverige eller Danmark har en ordning med ankesiling. En av hovedinnvendingene er videre at retten ikke har et fullstendig grunnlag å avgjøre på. Mindretallet mener også at silingsregelen kan føre til en for omstendelig behandling i tingretten. Det fremholdes også at dersom silingsregelen praktiseres så strengt som lovgiver forutsetter, vil det ikke være så stort behov for denne. I tillegg vil de innføre fleksible saksbehandlingsreglene, åpne for at en ankebehandling kan gjøres rask og effektiv dersom saken tilsier dette.

Justisdepartementet støtter flertallets forslag og begrunnelse. Det uttales at hensikten med ordningen er å ”stoppe de håpløse ankene før det påløper ytterligere kostnader”. Dette begrunnes med hensynet til begge parter. Departementet uttaler også at det må legges vekt på at det ved nektelse av anke er skjedd ”en viss realitetsprøving”.<sup>181</sup>

Som alternativ til ankesiling ble det i ikrafttredelsesproposisjonen vurdert å innføre en bestemmelse om forenklet domsbehandling i lagmannsretten. I tilknytning til dette uttaler Justisdepartementet:

”Den viktigste forskjellen mellom alternativene vil trolig være at lagmannsretten med forenklet domsbehandling må utforme dom. Det vil medføre et merarbeid av betydning å utforme en ny dom, selv om den i disse tilfellene i stor utstrekning vil kunne vise til tingrettens dom.”<sup>182</sup>

Her sier lovgiver uttrykkelig at det er ønskelig å frita lagmannsretten for merarbeidet med å skrive dom. Disse uttalelsene må sees på bakgrunn av at silingsordningen bygger på straffeprosessloven som modell, og at det heller ikke ble krevd begrunnelse i straffesaker ved utarbeidelse av tvisteloven. Det legges avgjørende vekt på effektivitetshensynet. Hensynet til rettssikkerheten vurderes ikke i denne sammenheng.

---

<sup>181</sup> Ot.prp. nr. 51 s. 297 første spalte.

<sup>182</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) s. 39 annen spalte.

Det er spørsmål om hvor mye ressurser som spares på at lagmannretten ikke skriver dom. Retten skal uansett sette seg inn i saken og vurdere retts- og bevisspørsmålene. Når retten slipper å skrive dom er det større fare for at det ikke foretas en forsvarlig vurdering av saken.

Forarbeidene legger avgjørende vekt på at det ikke skal brukes ressurser på anker som ikke vil føre frem. Uttalelsene viser tydelig hvor stor vekt det legges på prosessøkonomi. Forarbeidene fokuserer i liten grad på forskjellene mellom straffesaker og sivile saker. Lovgiver trekker frem silingsregelen i straffesaker som et argument for at det også må være det i sivile saker. Forarbeidene mener at dersom det er lettere å foreta en vurdering om anken kan føre frem i straffesaker, vil dette bare medføre at silingsregelen ikke vil få like stor betydning i de sivile sakene.<sup>183</sup>

#### **5.4.3 Bakgrunnen for at det i straffesaker nå gjelder et krav om begrunnelse av ankenektelser**

Etter straffeprosessloven § 53 første ledd gjelder det ikke noe alminnelig krav til begrunnelse av beslutninger. Men ved tre storkammeravgjørelser i desember 2008, kom Høyesterett til at ankenektelser i straffesaker må begrunnes. Den prinsipielle avgjørelsen er Rt. 2008 side 1764. Bakgrunnen for Høyesteretts avgjørelse var at FNs Menneskerettskomité i 17. juli 2008 i Restauratørsaken<sup>184</sup> hadde konkludert med at manglende begrunnelse for ankenektelse, representerte et brudd på SP artikkel 14 nr. 5.<sup>185</sup>

I straffesaker følger det av Den SP artikkel. 14 nr. 5, at den som er domfelt for en forbrytelse, har rett til å få overprøvd domfellelsen og straffeutmålingen for høyere rettsinstans. Dette følger også av EMK protokoll 7 artikkel 2. I sivile saker gir internasjonale konvensjoner ingen rett til å få overprøvd saken i en høyere instans. Det var på bakgrunn av den ankerett som SP artikkel 14 nr.5 gir, at Høyesterett i Rt. 2008 side 1764 kom til at ankenektelser må begrunnes.

Høyesterett uttalte om SP artikkel 14 nr. 5:

---

<sup>183</sup> NOU 2001:32, Bind B, 778 første spalte.

<sup>184</sup> *Hassan Aboushanif mot Norge* (Communication No. 1542/2007).

<sup>185</sup> Se Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 118.



”Bestemmelsen gir den domfelte krav på overprøving av både skyldspørsmålet og straffutmålingen.” Videre uttaler Høyesterett i avsnitt 66 at ”det er slått fast i en rekke avgjørelser fra Menneskerettskomitéen at en ordning med siling av anker er å betrakte som en overprøving i konvensjonens forstand.”<sup>186</sup>

På bakgrunn av Restauratørsaken fra FN`s menneskerettskomite la Høyesterett til grunn at SP artikkel 14 nr. 5 krever *reell overprøving*. Høyesterett mente at når ankenektelser ikke begrunnes, kommer dette i konflikt med retten til *reell overprøving*. Det ble uttalt:

”At retten må forklare hvorfor anken ikke vil føre fram, sikrer at avgjørelsen er truffet etter en grundig og gjennomtenkt vurdering”.<sup>187</sup>

Videre ble det uttalt at:

”Den andre virkningen er at manglende begrunnelse ikke gjør det mulig å *etterprøve* at det har funnet sted en *reell overprøving* av anken”.<sup>188</sup>

Høyesterett drøftet videre om kravet til begrunnelse kunne gjøres gjeldende som intern norsk rett:

”Lovgivers standpunkt om at ankenektelse skal treffes ved beslutning som ikke krever begrunnelse, kan etter min mening ikke ha gjennomslagskraft overfor en så klar avgjørelse fra Menneskerettskomitéen som i dette tilfellet. Til dette kommer at et krav om begrunnelse i og for seg er helt i tråd med alminnelige, norske prosessidealer.”<sup>189</sup>

Høyesterett konkluderte med:

”Min konklusjon er at det av SP artikkel 14 nr. 5 følger en regel om at alle nektelsesavgjørelser skal begrunnes, og at denne regelen må legges til grunn som intern norsk rett, jf. menneskerettsloven § 3.”<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 59.

<sup>187</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 90.

<sup>188</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 91.

<sup>189</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 101.

<sup>190</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 102.

I straffesaker følger det på denne bakgrunn en rett til overprøving etter SP artikkel 14 nr. 5. For å sikre at domfelte og ankeinstansen skal vite at det har skjedd en reell overprøving må silingsbeslutningen begrunnes.

#### **5.4.4 Anvendelse av ankesilingsregelen i sivile saker i forhold til i straffeprosessen**

Straffesaker skiller seg fra sivile saker på enkelte viktige områder. Lovkravet i strafferetten medfører et mer oversiktlig rettskilddebilde. I tillegg er det på grunn av det strengere beviskravet enklere å få oversikt over bevisene, og dokumentgrunnlaget er et helt annet enn i sivile saker. Det kan derfor være lettere å foreta en forsvarlig siling av håpløse anker i straffeprosessen.

Skoghøy stiller seg kritisk til den nye silingsordningen i sivile saker. Han mener at det er langt enklere å sile ut straffesaker som ikke kan føre frem. Skoghøy uttaler at:

”Min erfaring er at en sivil anke som ut fra en raske gjennomgang av saksdokumentene kan virke nokså håpløs, kan fortone seg ganske annerledes når den blir prosedert. I løpet av den tiden jeg har vært dommer i Høyesterett, har jeg sett flere eksempler på at anker som to av tre dommere i kjæremålsutvalget har villet nekte fremmet etter tvistemålsloven § 373 tredje ledd nr. 1, faktisk er blitt tatt til følge.”<sup>191</sup>

Det bør på denne bakgrunn kunne legges til grunn at skillet mellom sivile saker og straffesaker er stort. Lovgiver ser kanskje noe lett på forskjellen når den ser ut til å mene at konsekvensen av dette skillet bare vil føre til at regelen ikke brukes like hyppig i sivile saker. Det kan ikke uten videre legges til grunn at siling kun foretas i de sivile saker der det er forsvarlig. Problemet er at en slik regel åpner for at rettssikkerheten kan svekkes i de saker der det foretas en siling på bakgrunn av at utfallet virker klart på tidspunktet når ankesilingsspørsmålet kommer opp, men utfallet av saken blir et annet etter behandling.

I tillegg er det den viktige forskjell at i straffesaker er det ikke et spørsmål om personlig økonomi i vurdering om saken skal ankes. I sivile saker er det grunn til å tro at de sakene

---

<sup>191</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 100.

forarbeidene betegner som ”helt håpløse saker”, ikke vil ankes på bakgrunn av at parten vil vurdere prosessrisikoen i egen sak. I de aller fleste tilfeller vil parten være bistått av advokat og får juridisk vurdering av saken før den fremmes for retten. Lovgiver har liten tiltro til advokater ettersom det legges til grunn at det er behov for en generell ankesilingsregel for å stoppe de ”helt håpløse saker”.

Dersom bestemmelsen bare skal brukes i de saker som er håpløse, burde det kunne legges opp til en bestemmelse om forenklet domsbehandling. En slik regel reiser ikke de samme sterke rettssikkerhetsspørsmål. Skoghøy mener at dette hadde vært en bedre løsning.<sup>192</sup> En slik ordning ble forkastet i forarbeidene fordi retten da måtte ha skrevet ny dom og dette ville medføre merarbeid (som tidligere nevnt i kapittel 5.4.2).<sup>193</sup>

#### **5.4.5 Hensyn for at det også i sivile ankenektelser bør kreves begrunnelse**

Lovgiver uttaler at rettssikkerheten er ivaretatt gjennom at ankenektelsen må være enstemmig. Dette begrunnes med at det fremgår av merknadene til bestemmelsen at det må være en ”høy grad av sikkerhet” for å nekte anken. Videre fremholdes det at lovgiver ikke kan se at rettssikkerheten ikke er tilstrekkelig ivaretatt i sivile saker, når den er det i straffesaker.<sup>194</sup> Her har ikke lovgiver tatt med i betraktning de forskjeller som er på sivile saker og straffesaker. Uttalelsene viser at lovgiver har stor tiltro til at dommerstanden ikke gjør feil.

I denne sammenheng kan det være verdt å bemerke at det forekommer at lagmannsretten tar feil i straffesaker som presumptivt kan være enklere å vurdere i ankesilingsspørsmålet. Skoghøy viser i denne forbindelse til sak inntatt i Rt. 2006 s. 140.<sup>195</sup> I denne saken hadde lagmannsretten nektet en lovanvendelsesanke fremmet fordi den enstemmig fant det klart at den ikke ville føre frem.<sup>196</sup> Høyesterett fant det enstemmig like klart at anken måtte tas til følge.<sup>197</sup>

---

<sup>192</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 101.

<sup>193</sup> Ot.prp. nr. 74 (2005–2006) s. 39.

<sup>194</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) s. 39.

<sup>195</sup> Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 100 og s. 101.

<sup>196</sup> Rt. 2006 s. 140 A avsnitt 5, jf. avsnitt 21.

<sup>197</sup> Rt. 2006 s. 140 A avsnitt 21.

Skoghøy hevder at silingsordningen gir ”god grunn til å frykte for at ordningen etter hvert vil bli benyttet til å regulere lagmannsrettens arbeidsmengde”.<sup>198</sup> Dette synspunktet er ikke utenkelig. På bakgrunn av lovgivers helt tydelige vekting av hensynet til en hurtig og rimelig prosess, kan dette sende signaler til dommerstanden om at en hurtig behandling er viktigere enn hensynet til rettssikkerhet.

Når det gjelder andre beslutninger i loven, skiller de fleste seg fra ankenektelser. De fleste andre beslutninger gjelder enkle saksstyrende avgjørelser, rettssikkerhetshensynet svekkes derfor ikke på samme måte når disse beslutningene ikke begrunnes.

Et annet moment som taler for at beslutning om ankenektelser i sivile saker bør begrunnes, er at ankemotparten vil vinne en anke som nektes fremmet og kan derfor tilkjennes sakskostnader. Normalt er beslutninger ikke tvangsgrunnlag, men ved innføring av tvisteloven ble lov 26. juni nr. 86 1992 om tvangsfullbyrdelse, endret slik at etter § 4-1 annet ledd bokstav a er avgjørelse om erstatning for sakskostnader alminnelig tvangsgrunnlag.<sup>199</sup> En beslutning om ankenektelse vil derfor ha rettsvirkninger ut over det andre beslutning etter i tvisteloven har.

Ankesilingsbestemmelsen har ingen begrensninger for hvilke typer saker den kan anvendes på. For eksempel kan en formuessak med tvistesum på 5 millioner siles uten begrunnelse, i tillegg kan lagmannsrettens skjønn ikke overprøves av Høyesterett.

Krav om begrunnelse er også i tråd med alminnelige rettssikkerhetsprinsipper for øvrig. I prinsippavgjørelsen i Rt. 2008 side 1764 ble det uttalt at ”krav om begrunnelse i og for seg er helt i tråd med alminnelige, norske prosessidealer”.<sup>200</sup> Det er også et poeng at det ved å kreve begrunnelse bare er tale om å supplere loven, ikke å tilsidesette den.

Selv om det er store variasjoner mellom ulike typer straffesaker, kan forskjellen mellom sivile saker og straffesaker i enkelte tilfeller føre til at silingsregelen kan være vanskeligere å anvende forsvarlig i den sivile prosessen. De rettssikkerhetshensyn som ble understreket i Rt. 2008 side 1764 avsnitt 89–91 gjør seg også gjeldende for sivile ankenektelser.

---

<sup>198</sup> Jens Edvin Skoghøy, *Nytt i ny tvistelov*, s. 101.

<sup>199</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 513 annen spalte.

<sup>200</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 101.

På bakgrunn av hensynet til rettssikkerhet er det også på sin plass å reise problemstillingen om beslutning om å nekte anke bør kunne overprøves av Høyesterett etter den alminnelige regelen om anke over beslutninger, jf. § 29-3 tredje ledd. Etter denne bestemmelsen kunne Høyesterett ha overprøvd om beslutningen var ”åpenbart uforsvarlig eller urimelig”. Dette ble drøftet i ikrafttredelsesproposisjonen, men ikke vedtatt. Høyesterett og Regjeringsadvokaten var i mot en slik ordning. Departementet la vekt på at det ville være i strid med Høyesteretts funksjon, dersom de måtte bruke mye tid på å overprøve lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering av om anke skulle nektes.<sup>201</sup> Høyesterett skal først og fremst ha en rettsavklarende og rettsutviklende funksjon. Det er først og fremst lagmannretten som skal være den generelle ankeinstans.

På bakgrunn av drøftelsen over er det klart at det reiser store rettssikkerhetsspørsmål at ankenektelser ikke begrunnes i sivile saker. Tvistelovens formålsbestemmelse fastsetter at for å oppnå lovens formål skal ”viktige avgjørelser begrunnes”, jf. § 1-1 annet ledd sjette strekpunkt. Forarbeidene uttaler at ”[v]ilkåret om at viktige rettsavgjørelser skal begrunnes er ansett som en fundamental rettssikkerhetsgaranti.”<sup>202</sup> På bakgrunn av at hensynet til rettssikkerhet er et av hovedhensynene for at en anke skal behandles for lagmannsretten, bør en ankenektelse være en av de ”viktige avgjørelser” som etter tvistelovens formålsbestemmelse skal begrunnes. Den manglende begrunnelsesplikten bør derfor sies å være i strid med lovens formålsbestemmelse.

#### **5.4.6 Må det på bakgrunn av EMK også for sivile saker kreves at ankenektelser begrunnes?**

##### *a) Det rettslige spørsmål*

Den store forskjellen på straffesaker og sivile saker, er at det i straffesaker følger av Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel. 14 nr. 5 at den som er domfelt for en forbrytelse, har rett til å få overprøvd domfellelsen og straffeutmålingen

---

<sup>201</sup> Ot.prp. nr. 74 (2006–2007) s. 37-39.

<sup>202</sup> NOU 2001: 32, Bind B, s. 651 annen spalte.

for høyere rettsinstans. Dette følger også av EMK protokoll 7 artikkel 2. I sivile saker gir internasjonale konvensjoner ingen rett til å få overprøvd saken i en høyere instans.

Imidlertid uttaler Høyesterett i Rt. 2008 side 1764 at ”det er på det rene at så langt nasjonal rett gir anledning til anke, får EMK artikkel 6 anvendelse på behandlingen i overprøvingsinstansen.”<sup>203</sup> Det vil si at selv om det ikke følger en overprøvingsrett etter internasjonale konvensjoner, kan kravet til ”fair trial” i EMK artikkel 6 nr. 1 innebære at sivile ankenektelser må begrunnes.

Det avgjørende for om lagmannsrettens avgjørelse etter § 29-13 annet ledd må begrunnes, er om behandling etter nasjonal rett er en ankebehandling som må tilfredsstille kravene til EMK artikkel 6.

Dette reiser to problemstillinger. For det første er det et spørsmål om silingsbehandlingen er en ankebehandling. Dersom det er en ankebehandling, er neste spørsmål hvilke krav EMK artikkel 6 nr. 1 stiller til begrunnelse.

Skoghøy hevder i artikkel ”Ankesiling og begrunnelse”<sup>204</sup> at det også i sivile saker må gjelde et krav om begrunnelse av ankenektelser.

*b) Er ankenektelse etter en ankebehandling etter nasjonal rett*

Når lagmannretten skal avgjøre om det er ”klart” at anken ikke kan føre frem i henhold til § 29-13 annet ledd, må den foreta en realitetsvurdering av saken. Som argument for å innføre en silingsordning uttaler Justisdepartementet at det ved å nekte en anke fremmet, innebærer at det har ”skjedd en *vis*s (min uthevnin)g) realitetsprøving fra lagmannsrettens side”.<sup>205</sup>

Det er uklart hva lovgiver mener med at det kun skal foretas en *vis*s realitetsprøvelse. Dersom retten skal kunne komme til at det er ”klart” at anken ikke kan føre frem, må den i sivile saker foreta en realitetsprøving, slik retten også må i straffeprosessen. Dersom lovgiver mener at retten skal komme til at en anke ”klart” ikke kan føre frem, uten å foreta en

---

<sup>203</sup> Rt. 2008 s. 1764 S avsnitt 63.

<sup>204</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, ”Ankesiling og begrunnelse”, *Lov og rett* 2009, nr. 3 s. 129-130.

<sup>205</sup> Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 297 første spalte.

realitetsvurdering, er dette et alvorlig skår i rettssikkerheten. Lagmannsretten kan ikke treffe en slik avgjørelse uten å gå inn i saken.

Schei mfl. skriver ”Innføringen av en adgang til å nekte anken fremmet etter en realitetsvurdering var kontroversiell under lovforberedelsen”.<sup>206</sup> Her karakteriserer Schei behandlingen som en realitetsvurdering.

Det er etter dette klart at det skal foretas en realitetsprøvelse, slik at silingsordningen er en ankebehandling som må tilfredsstillende kravene til EMK artikkel 6 nr. 1.

*c) Hvilke krav stilles til begrunnelse etter EMK artikkel 6 nr. 1*

Selv om beslutning om nektelse av anke ikke kan overprøves av Høyesterett, er det spørsmål om kravet til ”rettferdig rettergang” etter EMK artikkel 6 nr. 1, krever at slike beslutninger begrunnes. De vurderingene Høyesterett gjør i den nevnte prinsippavgjørelsen er knyttet opp til kravet til reell overprøving i SP artikkel 14. Men hensynene som understrekes i dommen er viktige rettssikkerhetsgarantier som også må ligge implisitt i kravet til ”rettferdig rettergang”. I en forsvarlig saksbehandling bør det være mulig for partene, retten og andre til å etterprøve at et har skjedd en *reell overprøving* av saken. Dette vil ikke være mulig dersom ankenektelsen ikke begrunnes.

Skoghøy hevder at det etter EMDs praksis følger av kravet til ”fair trial” etter artikkel 6 nr. 1 at avgjørelser av borgerlige rettigheter og plikter og straffesiktelsler, må begrunnes.<sup>207</sup>

I sivil sak i EMDs dom i saken Higgins mfl. mot Frankrike uttalte retten at:

“It reiterates that Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, but cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the Van de Hurk v. the Netherlands judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, § 61). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case

---

<sup>206</sup> Tore Schei mfl., s.1308 og 1309.

<sup>207</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, ”Ankesiling og begrunnelse”, *Lov og rett* 2009, nr. 3 s. 129-130, på s. 129.

(see the Ruiz Torija v. Spain and the Hiro Balani v. Spain judgments of 9 December 1994, Series A nos. 303-A and B, p. 12, § 29, and pp. 29–30, § 27).<sup>208</sup>

I denne dommen ble det av EMD understreket at EMK artikkel 6 nr. 1 forplikter domstolen til å begrunne avgjørelsene. Det fremgår også av dommen at det ikke kan kreves detaljerte svar på alle argument. Begrunningsplikten vil variere avhengig av avgjørelsens art ("according to the nature of the decision") og må vurderes i lys av sakens omstendigheter ("determined in the light of the circumstances of the case").

I EMDs dom i saken *Taxquet mot Belgia* uttalte EMD seg om begrunnelse av rettsavgjørelser. Dette er en straffesak, men uttalelsene vil være relevant i sivile saker også. Det uttales i avsnitt 40 i norsk uoffisiell oversettelse at (dom kun tilgjengelig i originaltekst på fransk):

"Domstolen minner om at i henhold til løpende rettspraksis, skal rettsavgjørelser angi begrunnelse i et tilstrekkelig omfang. Denne plikten kan variere etter typen avgjørelse, og skal analyseres i lyset av omstendighetene rundt hver sak... Selv om artikkel 6, § 1 forplikter domstolene til å begrunne sine avgjørelser, kan denne forpliktelsen kun forstås som et krav om et detaljert svar på hvert argument... Ved å avvise en anke kan ankeinstansen begrense seg til å lage sine egne begrunnelser for avgjørelsen". (Se de utelatte henvisninger til EMDs praksis i originaltekst i note 179).<sup>209</sup>

Det uttaler også i dommen at "kravet om begrunnelse må også tilpasses særegenhetene ved sakene".<sup>210</sup>

Av dommen følger det også at:

---

<sup>208</sup> EMDs dom 19. februar 1998 *Higgins mfl. mot Frankrike* avsnitt 42.

<sup>209</sup> EMDs dom 13. januar 2009 *Taxquet mot Belgia*. Originaltekst avsnitt 40 (kun tilgjengelig på fransk): "La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce (arrêts *Ruiz Torija et Hiro Balani c. Espagne* du 9 décembre 1994, § 29 et § 27 respectivement, série A n<sup>os</sup> 303-A et 303-B et *Higgins et autres c. France* du 19 février 1998, § 42, *Recueil* 1998-I). Si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, § 61, série A n<sup>o</sup> 288). Ainsi, en rejetant un recours, la juridiction d'appel peut, en principe, se borner à faire siens les motifs de la décision entreprise (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Helle c. Finlande* du 19 décembre 1997, §§ 59-60, *Recueil* 1997-VIII et *Garcia Ruiz c. Espagne*, n<sup>o</sup> 30544/96, [GC], § 26, arrêt du 21 janvier 1999, CEDH 1999-I)"

<sup>210</sup> Avsnitt 41, originaltekst: "L'exigence de motivation doit aussi s'accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les cours d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction."



”Siden Zarouali-saken har det skjedd en endring både når det gjelder domstolens rettspraksis og lovgivningen i den kontraherende staten. I sin rettspraksis fortsetter domstolen å hevde at en rettsavgjørelses begrunnelse er intimt knyttet til omsorgen for en rettførdig rettergang”.<sup>211</sup>

EMDs praksis viser at det antakelig er et krav om begrunnelse for ankenektelser i sivile saker. Praksis viser også at kravet til begrunnelse vil variere. Det er imidlertid et spørsmål hvor omfattende krav til begrunnelse som følger av EMK artikkel 6 nr. 1.

Spørsmålet om begrunnelse av sivile ankenektelser skal opp for Høyesterett i storkammer 1. september 2009. Spørsmålet vil bli behandlet da.

## **5.5 Proporsjonalitetsprinsippets gjennomslag ved utforming av ankereglene**

På bakgrunn av analysen over kan det slutes at de hensyn som begrunner et proporsjonalitetsprinsipp, har fått betydelig gjennomslag i forhold til rettssikkerhet ved utformingen av ankereglene. Hensynene bak proporsjonalitetsprinsippet gjenspeiles ved at overprøvingsadgangen er videst for dommer, innsnevret for kjennelser, og meget begrenset for beslutninger. Ressursbruken og rettssikkerhetshensynet avpasses sakens betydning.

Når lovgiver fritar lagmannsretten fra å måtte begrunne ankenektelser fordi retten skal slippe å skrive dom, ser vi at hensynet til hurtighet og prosessøkonomi har fått betydelig gjennomslag. En slik argumentasjon passer ikke inn i en rettergang som skal skape tillit gjennom forsvarlig saksbehandling. En nektelse av å få egen sak behandlet for andre instans kan oppleves svært opprørende for en part. Dersom nektelsen ikke skal begrunnes, kan dette føre til at tilliten til domstolen svekkes.

---

<sup>211</sup> Avnsitt 43, originaltekst: ”Toutefois, depuis l'affaire Zarouali, une évolution se fait sentir tant sur le plan de la jurisprudence de la Cour que dans les législations des Etats Contractants. Dans sa jurisprudence, la Cour ne cesse d'affirmer que la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable”.

## 6. AVSLUTNING

Det har i relativt lang tid vært økt fokus på en raskere og mer rasjonell domstolsbehandling i Norge.

Innføringen av proporsjonalitetsprinsippet har ført til flere endringer i lovverket som kan medvirke til at kostnadsnivået i den sivile rettergangen senkes. Innføring av prinsippet om aktiv saksstyring under saksforberedelsen og gjennomføring av planmøte, vil kunne bidra til mer rasjonell saksavvikling. Sakene vil bli behandlet hurtigere og mer konsentrert samtidig som kontakten mellom dommerne og partene blir bedre, noe som også kan føre til at saker i større grad forlikes.

Det følger av statistikken til domstolene at behandlingstiden i tingrett og lagmannsrett i snitt har gått ned med 2 måneder. Første halvår av 2008 var saksbehandlingstiden ved tingretten i snitt 5,4 måneder, det er under målsetningen om 6 måneder.<sup>212</sup> I artikkel i dagsavisen.no 2. april 2009 fremgår at norske domstoler har kortest behandlingstid i Norden, både i straffesaker og sivile saker.<sup>213</sup>

Statistikken kan være en indikasjon på at tvisteloven og innføringen av proporsjonalitetsprinsippet virker etter sitt formål. Det er imidlertid usikkert hva som er hovedårsaken til at behandlingstiden er gått ned. Økt fokus på rasjonell saksavvikling har også stått sentralt i strafferettspleien. Det har for eksempel vært en tendens til at stadig flere straffesaker avgjøres ved tilståelsesdom, noe som frigjør arbeidskapasitet ved domstolene.<sup>214</sup>

Innføringen av proporsjonalitetsprinsippet har imidlertid ført til en gjennomgående avveining av prosessøkonomi mot rettssikkerhet. På flere områder står rettssikkerheten betydelig svakere i forhold til tidligere rett.

Proporsjonalitet i økonomisk forstand tar utgangspunkt i kr 125 000. Dette er grensen for når hensynet til prosessøkonomi får særlig vekt. Denne grensen er gjennomført ved

---

<sup>212</sup> [http://www.domstol.no/DATemplates/Article\\_\\_\\_\\_\\_20223.aspx?epslanguage=NO](http://www.domstol.no/DATemplates/Article_____20223.aspx?epslanguage=NO).

<sup>213</sup> <http://www.dagsavisen.no/innenriks/article408594.ece>.

<sup>214</sup> Se for eksempel <http://www.advokatbladet.no/Profiler/Langbach-Tor-2009-3/>.

anvendelsesområdet for småkravsprosess, når samtykke til anke kreves, når kravet må forlikradsbehandles og når forlikrådet har domskompetanse. For formueskrav under kr 125 000 er rettssikkerheten i betydelig grad blitt svekket av hensynet til prosessøkonomi. Dette reiser sterkest betenkeligheter for krav der tvistegjenstandens verdi er i øvre sjiktet av småkrav.

Men det er ikke bare for krav under 125 000 at rettssikkerheten er svekket. Utformingen av ankereglene reiser flere rettssikkerhetsspørsmål. Begrensningene i ankeadgangen viser tydelig at fokus på effektivitet har blitt vektlagt i betydelig grad på bekostning av rettsikkerheten.

Den største rettssikkerhetsmessige konsekvens, er den nyinnførte silingsbestemmelsen. Etter lovens system kan borgerne risikere domstolsbehandling i bare én instans uten å få begrunnelse. Det er spørsmål om lovgiver her har gått for langt i å vekte hensynet til prosessøkonomi. Høyesterett skal i september 2009 ta stilling til om den manglende begrunnelsesplikten er i strid med kravet til en ”rettferdig rettergang” i EMK artikkel 6 nr. 1.

Prinsippets gjennomslag i tvisteloven medfører videre at retten møter en del praktiske utfordringer. Dette gjelder for eksempel i saker med selvprosederende parter i småkravsprosessen og de behov for materiell prosessledning som dette medfører. Dommerens rolle i slike saker kan tenkes å komme i konflikt med partslikhetsprinsippet. De stramme tidsrammene i småkravsprosessen stiller store krav til behandlingen. Anvendelse av regelen om bevisavskjæring ut i fra proporsjonalitet etter § 21-8, kan også skape utfordringer for dommere. Bestemmelsen legger opp til en svært vanskelig sammenligning av størrelser som ikke er egnet til å holde opp mot hverandre.

Loven stiller økte krav til domstolen ved anvendelse av reglene. Strenge tidsrammer og økte krav til saksforberedelse medfører stort arbeidspress. Samtidig som lovgiver stiller store krav til dommerne, er det lagt opp til regler som gjennomgående viser at lovgiver har stor tiltro til at dommerstandens anvender bestemmelsene riktig. For eksempel ved proporsjonalitetsvurderingen ved bevisavskjæring og begrensningene i adgang til anke, og da særlig gjennom den manglende begrunnelsesplikten for ankenektelser.

Tvistemålsreformens store fokus på effektivitet og prosessøkonomi har ført til at hensynet til det materielle riktige resultat og en grundig saksbehandling har mindre vekt i tvisteloven. På bakgrunn av drøftelsene i avhandlingen har proporsjonalitetsprinsippet på enkelte områder fått noe stor vekt i forhold til de grunnleggende krav til rettssikkerhet som bør gjelde i en god prosessordning.

Tvisteloven har virket i relativt kort tid og det er tidlig å trekke konklusjoner. Praksis vil vise om tvisteloven vil virke som den reformen lovgiver foreskriver.

## 7. KILDER

### Litteratur

- Finstad, Fredrik Bøckman, Alminnelige regler om bevis, Tvistelovbrev nr. 23
- Hov, Jo, *Rettergang I. Sivil- og straffeprosess*, 2. utgave (Oslo 2007)
- Hov, Jo, *Rettergang III. Sivilprosess*, 2. utgave (Oslo 2007)
- Høyer, Ruth Anker og Jon Bonnevie Høyer, ”Small claims world wide”, *Rett på sak – Aktualitetsmagasin for domstolene* nr. 4 2007 s. 30
- Høyer, Jon Bonnevie og Ruth Anker Høyer, ”Forlikrådet – fra lekmannsdomstol til kvalifisert tvisteløsningsorgan?”, *Lov og rett* 2008, nr. 05 – 06, s. 326-341 på s. 327-328
- Løchstøer, Eva Karine, ”Proporsjonalitetsprinsippet i tvisteloven”, Det juridiske fakultet Universitetet i Oslo 2007
- Mæland, Henry Johan, *Kort Prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven* (Bergen 2006)
- Nordèn, Dag Bugge, ”På talefot med tvisteloven”, *Jussens Venner* vol. 94, s. 1-90.
- Nordèn, Dag Bugge, Allmennprosess - hovedforhandlingen, Tvistelovbrev nr. 10
- Ryssdal, Anders Chr. Stay, ”Aktiv dommerstyring”, *Lov og Rett*, 2006 s. 129-130
- Schei, Tore, ”Reform av sivilprosessen”, *Jussens Venner*, 2002 nr. 04-05 s. 229-241
- Schei, Tore mfl., *Tvisteloven Kommentartutgave* (Oslo 2007)
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Tvistemål*, 2. utgave (Oslo 2001)
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, ”Ny norsk sivilprosesslov – tvisteloven av 2005”, *Jussens Venner* 2006 s. 269-330
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, ”Ny tvistelov – noen hovedpunkter”, *Lov og rett* 2007 s. 195-216
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Nytt i ny tvistelov* (Oslo 2007)
- Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, ”Ankesiling og begrunnelse”, *Lov og rett* 2009, nr. 3 s. 129-130
- Taraldsrud, Liv Synnøve, Behandling i forlikråd, Tvistelovbrev nr. 7
- Taraldsrud, Liv Synnøve, Allmennprosess - saksforberedelse, Tvistelovbrev nr. 9
- Thorheim, Karl Otto, Lovens formål og anvendelse, Tvistelovbrev nr. 2
- Thorheim, Karl Otto og Anne Austbø, Veiledning og aktiv saksstyring, Tvistelovbrev nr. 12B
- Thorheim, Karl Otto, Sakskostnader, Tvistelovbrev nr. 22

Wittermann, Elisabeth, Småkravsprosess, Tvistelovbrev nr. 11

<http://www.advokatbladet.no/Nyheter1/Forlikradene-2009-1/>

<http://www.advokatbladet.no/Profiler/Langbach-Tor-2009-3/>

<http://www.dagsavisen.no/innenriks/article408594.ece>

[http://www.domstol.no/DAtemplates/Article\\_\\_\\_\\_20223.aspx?epslanguage=NO](http://www.domstol.no/DAtemplates/Article____20223.aspx?epslanguage=NO)

## **Forarbeider**

Innst. O nr. 110 (2004—2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

NOU 2001: 32 Rett på sak, Bind A og Bind B

Ot.prp. nr. 51 (2004—2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 74 (2005—2006) om lov om endringer i tvisteloven (endringer i straffeprosessloven og andre lover)

## **Norske lover**

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (*tvistemålsloven*)

Lov 7. juni nr. 2 1935 om tinglysning (*tinglysningsloven*)

Lov 26. juni nr. 86 1992 om tvangsfullbyrdelse (*tvangsfullbyrdelsesloven*)

Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (*rettshjelploven*)

Lov 22. mai 1981 nr. 24 om rettergangsmåten i straffesaker (*straffeprosessloven*)

Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr (*rettsgebyrloven*)

Lov 21. mai nr. 30 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (*menneskrettsloven*)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (*tvisteloven*)

## **Internasjonale konvensjoner**

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950.  
FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 16. desember 1966  
FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 16.  
desember 1966

## **Rettspraksis**

### **Høyesterett**

Rt. 1963 s. 996 A  
Rt. 1978 s. 379 A  
Rt. 1983 s. 1418 U  
Rt. 1994 s. 1430 A  
Rt. 2004 s. 1026 U  
Rt. 2006 s. 140 A  
Rt. 2006 s. 179 A  
Rt. 2007 s. 1274 A  
Rt. 2008 s. 1040 U  
Rt. 2008 s. 1056 U  
Rt. 2008 s. 1130 U  
Rt. 2008 s. 1281 U  
Rt. 2008 s. 1345 U  
Rt. 2008 s. 1653 U  
Rt. 2008 s. 1764 S  
HR-2009-274-U

### **Lagmannsretten**

Agder lagmannsrett – Kjennelse, 19. august 2008, LA-2008-52830  
Borgarting lagmannsrett – Kjennelse, 14. oktober 2008, LB-2008-81819  
Borgarting lagmannsrett - Kjennelse, 20. oktober 2008, saksnr.: 08-062484ASD-  
BORG/02 (upublisert)  
Eidsvating lagmannsrett – Kjennelse, 5. mai 2008, LE-2008-43768.  
Gulating lagmannsrett – Kjennelse, 19. september 2008, LG-2008-132615

## **Praksis fra FNs Menneskerettskomitè**

*Hassan Aboushanif mot Norge* (Communication No. 1542/2007)

## **Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)**

EMDs dom 12. juli 1988 *Schenk mot Sveits*

EMDs dom 20. november 1989 *Kostovski mot Nederland*

EMDs dom 19. april 1993 *Kraska mot Sveits*

EMDs dom 27. oktober 1993 *Dombo Beheer*

EMDs dom 19. februar 1998 *Higgins mfl. mot Frankrike*

EMDs dom 13. juni 1994 *Barberà, Messeguè og Jabardo mot Spania*

EMDs dom 9. juni 1998 *McGinley og Engan mot England*

EMDs dom 13. januar 2009 *Taxquet mot Belgia*

## **Annet**

Halvårsstatistikk 2008 for domstolene i første og andreinstans, Domstoladministrasjonen

Statistikk fra Nord-Troms tingrett over småkravssaker behandlet 2008

Statistikk fra Nord-Troms tingrett over småkravssaker behandlet pr. 26. mars 2009

Samtale med nestleder i Nord-Troms tingrett Unni Sandbukt 26. mars 2009