

Justis- og beredskapsdepartementet

Oslo, 19. oktober 2018

Høring om forslag til endringer i tvisteloven – tvistelovevalueringen

Det vises til at Justis- og beredskapsdepartementet den 12. juli 2018 sendte ut «Høring om forslag til endringer i tvisteloven - tvistelovevalueringen».

Juristforbundets fagutvalg for sivilprosess og voldgift bistår Juristforbundet i spørsmål om sivilprosess og voldgift og gjennomgår høringssaker innenfor utvalgets fagområde.

For tiden har fagutvalget følgende medlemmer:

- Partner/advokat Joakim Bakke-Nielsen, IBF Legal Advokatfirma AS
- Advokat Atle Torvund, Kommuneadvokaten, Oslo kommune
- Senioradvokat Marie Nesvik, SCHJØDT
- Kommuneadvokat Berit Solseth, Trondheim kommune
- Advokat Finn Eirik Winther, Advokatfirmaet Føyen Torkildsen AS

Hovedstyret i Juristforbundet slutter seg til denne høringsuttaalelsen.

Innledning 2

Bør et strengt muntlighetsprinsipp forlates? 2

Til punkt 3 - Aktiv saksstyring 4

Til punkt 3.1 - Planmøte 4

Til punkt 3.1.3.1- Tidspunktet for planmøte 4

Til punkt 3.1.3.2 - Fastsettelse av fremdriftsplan i planmøte? 4

Til punkt 3.1.3.3 - Drøfting av påstander og påstandsgrunnlag i planmøte 5

Til punkt 3.1.3.4 - Bevisbegrensning 6

Til punkt 3.2 - Prosessuell preklusjon i allmennprosess og småkravsprosess 6

Til punkt 4 - Saksforberedelse og hovedforhandling i allmennprosessen 6

Til punkt 4.1 Rettens angivelse av fristers avslutning 6

Til punkt 4.2 Avslutning av saksforberedelsen og sluttinnlegg 7

Til punkt 4.3 Oppnevning av juridisk kyndige meddommere 7

Til punkt 4.4 - Rettens innledende klargjøring 8

Til punkt 4.5 Partenes innledende innlegg 9

Til punkt 7 - Regler om overprøving og konsentrasjon i lagmannsretten 11

Til punkt 7.3 Aktiv saksstyring og konsentrasjon i lagmannsretten 11

Til punkt 7.5 Adgangen til å nekte anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd 11

Innledning

Juristforbundet mener at departementets høringsnotat juli 2018 ikke går langt nok når det gjelder å legge opp til å gjøre den praktiske håndteringen av saker for domstolene mer fleksibel, konsentrert og tilpasset hva den enkelte sak trenger, herunder ved effektiv bruk av teknologi. Det siktes med dette til behandlingen av saker som går ved hovedforhandling i tingrettene og ankeforhandling i lagmannsrettene.

Høringsuttalelsen kommer særlig inn på dette ved merknadene til høringsnotatets punkt 3 om aktiv saksstyring, 4.2 om saksforberedelsen, 4.4 om rettens innledende klargjøring, 4.5 om partenes innledende innlegg, 7.3 om aktiv saksstyring og konsentrasjon i lagmannsretten og 7.5 om nekting av å fremme anker, jf. tvl. § 29-13 andre ledd.

Særlig synes det å være behov for å se på behandlingen i lagmannsretten.

Man bør også spørre om man ikke for å oppnå en best mulig rettsbehandling bør ta et friere utgangspunkt enn det tradisjonelle når det gjelder vektleggingen av det såkalte muntlighetsprinsippet. Dette er i Norge for sakene som behandles i hovedforhandling i tingretten og ankeforhandling i lagmannsretten nedfelt som en avgjørende premisse og ramme for hvordan sakene behandles, jf. tvl. § 11-1 første ledd. Men tradisjonen her bør ikke være en tvangstrøye når formålet er å gjøre den praktiske håndteringen av saker for domstolene best mulig. Juristforbundets syn i så måte fremgår under de ulike punktene i høringsnotatet.

Bør et strengt muntlighetsprinsipp forlates?

Man bør ta sikte på en mer omfattende og kritisk gjennomgang av det faktisk fungerende sivilprosessuelle systemet enn hva departementets høringsnotat har lagt opp til, med formål å virkelig oppnå en forbedret rettsbehandling av sivile saker.

Tilnærmingen til spørsmålet om effektivisering av hoved- og ankeforhandlingene synes i høringsnotatet å være bl.a. å få til at det «skjæres inn på noen punkter» (side 32), og derfor går departementet inn for å opprettholde tvl. § 9-15 andre og tredje ledd som de er. Oppgaven for departementet og dommerkorpset hvis man skal oppnå en ytterligere effektivisering av hovedforhandlingene, kan imidlertid ikke være å ensidig legge vekt på å presse ned partens innlegg innenfor den tradisjonelle muntlige prosessrammen.

Et forhold man må starte med, er å få koordinert dommerkorpset og få gjennomført på dommersiden en slik saksforberedelse som tvisteloven la opp til, men som i en betydelig, varierende utstrekning ikke gjennomføres på dommersiden. For advokater som jevnlig fører sivile saker for retten er det tale om fra sak til sak uforutsigbare variasjoner i hvordan saken gjennomføres fra dommers side.

Man bør samtidig stille spørsmål ved om man ikke bør justere selve utgangspunktet i tvl. § 11-1 første ledd, om at avgjørelser etter bl.a. hoved- og ankeforhandling treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøtet, dersom ikke annet følger av tvistelovens spesialbestemmelser for bruk av skriftlige redegjørelser. En dom kan altså (uten bruk av unntaksbestemmelsene som loven gir) ikke baseres på annet enn det som fremkommer i rettsmøtet. Man bør spørre om ikke dette nokså strenge muntlighetsprinsippet er hva som bør mykes opp, for å oppnå reell effektivisering av rettsbehandlingen. Effektivisering av hovedforhandlingene i tråd med Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 398-399, bygger på at en del av dommerarbeidet flyttes fra hoved- og ankeforhandlingen til saksforberedelsen. Erfaringen med tvistelovens tilnærminger for å oppnå dette, er at man har oppnådd en viss effekt, men ikke resultater som ønsket.

Et grep for å kunne oppnå effektivisering av hoved- og ankeforhandlinger, vil kunne være å la sakens dokumenter – skriftlig saksfremstilling og skriftlige bevis – utgjøre avgjørelsesgrunnlag på linje med hva som er fremkommet under behandlingen i rettsmøtet. Forutsetningen må for skriftlige bevis være at det er påvist i prosesskriv eller i forhandlingene hva som er formålet med beviset og hva i/hvilke deler av beviset som er av betydning. En hoved- eller ankeforhandling vil på dette vis kunne bli i større grad en effektiv påvisning av avgjørende faktiske og rettslige forhold, med partenes argumentasjon, fremfor en full behandling av saken, med gjentakelse av ethvert moment og argument fra prosesskrivene og opplesning av skriftlige bevis i den utstrekning som praktiseres i hoved- og ankeforhandlinger i dag.

Departementet var noe inne på dette – men på en uklar måte – i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 399, der det blir forutsatt sist i venstre spalte første avsnitt at dommere til en viss grad kan bygge på opplysninger fra saksforberedelsen som ikke er blitt nevnt under hovedforhandlingen. Men dette motsies av tvl. § 11-1 første ledd og av merknadene til denne regelen i Ot.prp. Nr. 51 (2004-2005) s. 403. Man må oppfatte praksis slik at det er det siste som har fått gjennomslag.

Man bør kunne stille spørsmål om det bør anses ønskelig å gjennomføre oppmyking av muntlighetsprinsippet likt for både tingrettene og lagmannsrettene. Man kan hevde at én full muntlig behandling av dagens type kan være ønskelig, altså da en ordning hvor bl.a. tvl. § 9-15 andre og tredje ledd ikke praktiseres strengt fra dommer- og advokatsiden. Men i alle fall når partene én gang har fått legge frem sin sak på denne måten, må det være spørsmål om ikke det strenge muntlige utgangspunktet som gjelder for hovedforhandlingen, kan og bør mykes betydelig opp når det gjelder ankebehandlingen. Det bør være et spørsmål om ikke potensialet for virkelig effektivisering i domstolene først og fremst ligger i å gjøre noe vesentlig med lagmannsrettens ankebehandling.

Departementet bør ta sikte på å gjøre det som i dag er avgjørende (muntlige) *ankeforhandlinger* etter tvl. § 11-1 om til en *ankebehandling* med ett obligatorisk rettsmøte, men med et kombinert skriftlig og muntlig avgjørelsesgrunnlag. Man bør vurdere å stille opp et utgangspunkt om at alt som er presentert for retten i prosesskriv og i rettsmøte, utgjør avgjørelsesgrunnlag. Det må som sagt i tilfelle gjelde krav til konkretisering av formålet med skriftlige enkeltbevis og hva i/hvilke deler av beviset som er av betydning, for at et bevis skal inngå i avgjørelsesgrunnlaget. Vedrørende vitnebevis for lagmannsretten bør man vurdere å som utgangspunkt benytte en utskrift av samme vitnebevis ført for tingretten - altså tatt opp på bånd og skrevet ut - med markering fra partenes side av hvilke deler av forklaringen som anses relevant. Her bemerkes at vitneforklaringer ofte inneholder mye som kan ligge på siden av sakens spørsmål, bl.a. fordi mange muntlige vitneforklaringer av mange ulike grunner ikke går rett på sak, f.eks. fordi vitnene blir stilt mer åpne spørsmål fremfor ledende og/eller direkte spørsmål, eller fordi en del vitner må gjennom en historie for å komme til poenget. Et vitne ført i tingretten kan i tilfelle bli ført først og fremst for

supplerende spørsmål og oppdatering. På denne måten kunne lagmannsrettene fått utnyttet den tekniske utvikling på en reelt effektiviserende måte, fremfor først og fremst som et nytt og annerledes skriveredskap.

En omlegging som dette har også en side til aktiv saksstyring. Ved å gjøre stevninger, anker, tilsvær og andre prosesskriv til en del av avgjørelsesgrunnlaget, må nødvendigvis dommerkorpset forholde seg til saksforberedelsen og saksdokumentene på en annen og mer aktiv måte enn i dag. En slik omlegging vil dermed også legge til rette for en reell konsentrering av hoved- og ankeforhandlinger. Tiden som kan spares inn ved det vil i tilfelle være et reelt bidrag til å gjøre aktiv saksstyring – som innebærer mer arbeid for en dommer utenom rettsmøter - praktisk mulig.

Sverige har gjennomført en rettergangsreform gjennom lovendringer i 2008 og 2016. Formålet har vært å gjøre den praktiske håndteringen av saker for domstolen mer fleksibel og tilpasset hva den enkelte sak reelt trenger. Dette innebærer blant annet større bruk av teknologi for disse formålene og en oppmyking av muntlighetsprinsippet på ulike måter. Reformen legger opp til en nærmere aktiv saksstyring fra rettens side. Vesentlige elementer er ellers en ordning hvor anke til hovrätt (lagmannsrettstrinnet) som hovedregel krever samtykke (prövningstillstånd) og en ny ordning for hvordan vitnebevis føres i hovrätten. Reformen er ansett som vellykket. Juristforbundet mener at departementet bør se hen til Sveriges reform ved det videre arbeidet som gjelder tvisteloven.

Til punkt 3 - Aktiv saksstyring

Departementet drøfter under overskriften «Aktiv saksstyring» to hovedtema; a) planmøte og b) prosessuell preklusjon. Dette er utvilsomt viktige verktøy for en aktiv dommer, noe også tilbakemeldingene i evalueringsrunden og øvrige innspill til departementet synes å bekrefte. Juristforbundet mener at særlig planmøtet er et virkemiddel med et ytterligere potensial for oppnåelse av de samfunns mål, herunder den kulturendring, som tvistelovreformen la opp til.

Til punkt 3.1 - Planmøte

Til punkt 3.1.3.1- Tidspunktet for planmøte

Juristforbundet har ikke merknader til at tvl. § 9-4 tredje ledd justeres for å tydeliggjøre den fleksibiliteten retten har allerede i dag med hensyn til tidspunkt for planmøte i saker som ligger an til mekling. Juristforbundet foretrekker det foreslåtte alternativet som baserer seg på en hensiktsmessighetsvurdering (andre alternativ). I lys av det som nedenfor blir påpekt om behov for og forventninger om ytterligere dommeraktivitet forut for planmøtet, ser vi ikke behov for en ytterligere oppmykning i lovteksten når det gjelder utgangspunktet om at planmøte avholdes «straks» tilsvær er inngitt.

Til punkt 3.1.3.2 - Fastsettelse av fremdriftsplan i planmøte?

En god avklaring av saksforhold og bevisituasjon før saksanlegg sammen med en aktiv dommerkontroll av stevningen, jf. tvl. § 9-2 andre og tredje ledd, vil legge til rette for drøftinger av sakens materielle og prosessuelle sider i planmøtet, jf. nedenfor. Dette vil et godt stykke på vei oppveie for de betenkelighetene som departementet fremholder som grunn for å ikke innføre en regel i tvl. § 9-4 om fastsetting av fremdriftsplan for hoved- og ankeforhandling. Høy kvalitet på planmøtet vil øke treffsikkerheten med hensyn til hvor mye tid som skal settes av til hoved- og ankeforhandlingen. Juristforbundet er enig i at det ikke bør innføres en bestemmelse om at

fremdriftsplanen for hoved- og ankeforhandling skal fastsettes i planmøte, hensett til at dette i de fleste saker vil være et for tidlig tidspunkt å fastsette en slik plan på.

Til punkt 3.1.3.3 - Drøfting av påstander og påstandsgrunnlag i planmøte

Departementets drøfting av spørsmålet om tvl. § 9-4 andre ledd skal utvides til å omfatte drøfting av påstander og påstandsgrunnlag strander tilsynelatende på erfaringer fra domstolene om at partene ikke presenterer et tilstrekkelig klart bilde av anførsler og bevis og at det vil variere i hvilken grad det i den enkelte sak ligger til rette for slike drøftelser.

Vi tviler ikke på den faktiske beskrivelsen, men savner en nærmere drøftelse av hvordan tvistelovens mange verktøy kan brukes/tydeliggjøres for å styrke dommerens bilde av anførsler og bevis ved inngangen til planmøtet. Dette for å utnytte det potensial som planmøtet har for ytterligere kvalitetsheving i den dommerstyrte forberedelse til en konsentrert hoved- eller ankeforhandling. Høringsnotatet unnlater å drøfte innholdet i planmøtet i sammenheng med lovens øvrige verktøy, herunder tvl. kapittel 5 «Plikter før sak reises», § 9-2 andre og tredje ledd (stevningens innhold og formål), § 11-5 «Rettsens veiledningsplikt» og reglene om retting i § 16-5 «Mangelfull prosesshandling». Brukt hver for seg eller sammen er dette gode verktøy for å sikre at langt flere saker har et modenhetsnivå ved planmøtets start som muliggjør en drøftelse av sakens materielle sider. En gjennomgang av sakens materielle sider er langt på vei en forutsetning for å «legge opp en plan for den videre behandlingen», og i alle fall vil det øke planens kvalitet. Juristforbundet mener at en tydeliggjøring av et høyt ambisjonsnivå for planmøtets vedkommende kan bidra til at dommerne blir seg sin plikt til aktiv saksstyring mer bevisst allerede på stevningstidspunktet og derfor i større grad vil gjøre bruk av de nevnte verktøy.

Dommeraktivitet utover de rent prosessuelle spørsmål synes å være en klar premiss for tvistelovsreformen. Det fremstår da unaturlig om lovgiver som følge av evalueringen utelukkende skal «flikke» på lovtekst for å presisere hjemler som allerede eksisterer, mens en av de vesentlige forutsetningene for å oppnå lovens formål ikke skal få sin plass i tvl. § 9-4. Departementet bør legge mindre vekt på at advokater og dommere ikke har brakt den tidlige saksforberedelsesfasen opp på et slikt nivå som ble forutsatt ved lovens vedtakelse. Departementet har på flere punkter i høringsnotatet valgt å foreslå endringer i lovteksten for å tydeliggjøre den kulturendring som tvisteloven representerer. Det er vanskelig å se at departementet ikke skulle foreslå dette for et så vidt viktig punkt som planmøtets drøftelse av påstander og påstandsgrunnlag. Juristforbundet er derfor ikke enig når departementet konkluderer med at det som utgangspunkt ikke anses hensiktsmessig å foreslå endringer i tvl. § 9-4 andre ledd på dette punktet. Tvisteloven bør tydeliggjøre dommerens aktivitetsplikt for de materielle spørsmål. For å markere dette bør tvl. § 9-4 andre ledd få tilføyd et nytt bokstavpunkt:

«gjennomgåelse av påstander og påstandsgrunnlag,»

Juristforbundet vil i tilknytning til dette spørsmålet også påpeke behovet for å endre tvl. § 21-6 andre ledd. Denne bestemmelsen presiserer hvilken informasjon som skal ledsage et bevisstilbud. Bestemmelsen inneholder en reservasjon for det tilfellet at parten kan regne med at motparten er kjent med denne informasjonen. I lys av dommerens plikt til aktiv saksstyring for å oppnå lovens formål bør denne reservasjonen fjernes. Dette for å sikre at dommeren får den informasjonen som er nødvendig for å vurdere bevisstilbud etter tvl. § 21-7 andre ledd bokstav b og c og § 21-8 både i planmøtet, men også senere under saksforberedelsen om nødvendig. Det vises forøvrig til våre synspunkter foran under punktet “Bør et strengt muntlighetsprinsipp forlates?”

Til punkt 3.1.3.4 - Bevisbegrensning

Juristforbundet mener det er viktig at saken så tidlig som mulig under saksforberedelsen får et omfang i samsvar med lovens formål. En tydeliggjøring av proporsjonalitetsprinsippet på dette stadiet er på sin plass. Se også vår tilleggsmerknad under punkt 3.1.3.3 om behovet for endring i tvl. § 21-6 andre ledd for å legge til rette for dommeraktivitet knyttet til bevisbegrensning.

Til punkt 3.2 - Prosessuell preklusjon i allmennprosess og småkravsprosess

Domstolene har i møte med departementet fremholdt at en dommer som skal være aktiv under saksforberedelsen må ha virkemidler for å sanksjonere overtredelser av pålegg gitt av retten. Dette er Juristforbundet enig i. Samtidig må man erkjenne at all verdens preklusjonsregler ikke kan erstatte dommeraktivitet under saksforberedelsen. Dette fordi dommerens aktivitet knyttet til klargjøring og tilskjæring av saken vurderes som den viktigste faktoren for å nå lovens mål, se forøvrig våre merknader til punkt 3.1 - Planmøte.

Som det redegjøres for i høringsnotatet inneholder tvisteloven en rekke både generelle og spesielle preklusjonsregler. Juristforbundet mener disse hjemlene er tilstrekkelige som verktøy for en dommer som har en aktiv tilnærming til sakens materielle og prosessuelle sider fra stevningstidspunktet. En ytterligere utvidelse av preklusjonshjemlene kan tvert imot skape det inntrykk at dommerens aktive styring skal skje gjennom beslutninger og kjennelser med pålegg og avskjæring. Dette er ikke hensiktsmessig bruk av dommertid og bidrar ikke til en «tillitskapende behandling» jf. tvl. § 1-1 første ledd. Målet bør være at aktiv saksstyring skal reservere bruken av preklusjonsreglene til unntakstilfellene.

Tilsvarende mener Juristforbundet at en tydeliggjøring av adgangen til preklusjon i småkravsprosessen er lite hensiktsmessig da dette er en sakstype hvor pålegg og avskjæring er lite hensiktsmessig, men hvor en aktiv og veiledende dommer er en forutsetning for å nå målet med prosessformen.

Til punkt 4 - Saksforberedelse og hovedforhandling i allmennprosessen

Til punkt 4.1 Rettens angivelse av fristers avslutning

Juristforbundet er enig at det i praksis oppstår utfordringer med beregningen av frister som angis i antall uker eller måneder, knyttet til de viktige regler med fraværsvirkninger for både egne og motpartens prosesshandlinger.

Juristforbundet ser også at beregningen i forbindelse med rettsferien kan være utfordrende, samt at forskjellige dommeres og domstolers praktisering av domstoloven § 148 om fastsettelse av fristens avslutning kan bestemmes ved angivelse av konkret dato. Det er ikke ukjent at enkelte dommere og enkelte domstoler ikke respekterer rettsferiene og enten fastsetter avslutning av fristen i en rettsferie eller like etter en rettsferies avslutning.

Juristforbundet støtter på generelt grunnlag departementets forslag om adgang eller plikt for domstolene til å fastsette frister til en konkret dato, skal gjelde for de bestemmelser der tvisteloven bestemmer at retten skal fastsette en frist. Videre støttes synspunktet at hensynet til en enhetlig regulering av fristreglene i tvisteloven tilsier at rettens adgang til å sette frister til en bestemt dato bør gjøres generell, det vil si til å gjelde alle preklusive frister. Dette forutsetter, i tråd med

departementets forslag, at retten respektere rettsferier, slik at den totale fristen ikke reduseres grunnet hel eller delvis mellomliggende rettsferie.

Juristforbundet mener at plikten til å sette frister til en bestemt dato i alle tilfeller bør være obligatorisk for retten og mener at dette også vil understøtte rettens plikt til aktiv saksstyring.

Juristforbundet gjør oppmerksom på skillet mellom lovbestemte og diskresjonære frister. Dersom retten pålegges å angi frister til en bestemt dato, må det utredes hvorvidt det kan begjæres fristutsettelse på denne type frister. Det antas at det legges opp til at skillet mellom lovbestemte og diskresjonære frister med hensyn til muligheten for å søke om fristutsettelse skal følge dagens ordning.

Til punkt 4.2 Avslutning av saksforberedelsen og sluttinnlegg

Juristforbundet støtter departementets forslag til endring av tvl. § 9-10 første og andre ledd. Vi foretrekker det foreslåtte alternativet i første ledd hvor saksforberedelsen som utgangspunkt avsluttes *tre* uker før hovedforhandling. Dette begrunnet i at det for det store flertall av saker vil være hensiktsmessig at det ikke går for lang tid fra avsluttet saksforberedelse til hovedforhandling. For større saker åpner første ledd for en hensiktsmessig frist satt av retten. Endringen som foreslått i tvl § 9-16 første ledd følger da naturlig, dog slik at Juristforbundet mener det er riktig på dette avgjørende stadiet i saksforberedelsen å understreke at eventuelle endringer i krav, påstander, påstandsgrunnlag eller bevis «foranlediget av motpartens prosesskriv» må foretas så raskt som rimelig for å unngå preklusjon. Forslag til endring i tvl. § 9-16 første ledd tiltres.

Til punkt 4.3 Oppnevning av juridisk kyndige meddommere

Juristforbundet er negative til departementets forslag om endring av tvisteloven § 9-12 hvor det foreslås et nytt fjerde ledd som åpner for at retten skal settes med juridiske meddommere dersom det er avtalt mellom partene.

For det første fremstår departementets forslag som et signal om at voldgift i konkurranse med de alminnelige domstoler utgjør et problem mer enn det supplement og hensiktsmessige alternativ som Juristforbundet mener at voldgift i dag utgjør.

For det andre stiller Juristforbundet spørsmål om det er riktig bruk av de alminnelige domstoler og samfunnets ressurser å i større grad skulle løse større kommersielle tvister som vil være meget ressurskrevende. Et ytterligere argument er at det i den grad tvister er avtalebasert og partene ønsker et større innslag av juridisk spesialkompetanse ved tvisteløsning, fullt ut er mulig å innta en voldgiftsklausul i avtalen.

For det tredje fremstår forslaget om oppnevning av juridisk kyndige meddommere som svakt utredet når det gjelder kostnader ved bruk juridiske meddommere. I voldgiftssaker, som departementet sammenligner med, er det på det rene at kostnadene til voldgiftsretten er betydelige. Dersom en skulle risikere flere instanser med oppnevning av juridisk kyndige meddommere, vil det neppe bidra til å holde sakskostnadene nede.

For det fjerde mener Juristforbundet at dagens ordning er tilstrekkelig. Basert på erfaringer så langt, så er ikke dette en hyppig anvendt bestemmelse. Det fremstår som overraskende at departementet ønsker å anvende en ordning som partene, basert på erfaringer så langt, i liten eller ingen grad har sett behov for.

Juristforbundet mener at det er vanskelig å se departementets forslag vil bidra til mer effektivt og kostnadsbesparende saksavvikling og oppfatter det som uheldig at en anser voldgift som en konkurrent.

Til punkt 4.4 - Rettens innledende klargjøring

I Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 398-399 forutsettes hoved- og ankeforhandlingen å etterfølge «en saksforberedelse som er vesentlig annerledes» sammenlignet med situasjonen under tvistemålsloven. Stikkordene i så måte var rettens veiledning, mekling, aktiv saksstyring, sluttinnlegg og drøftelser av opplegget for hoved- eller ankeforhandling etter avgivelse av sluttinnlegg. Med dette som utgangspunkt skulle dommerens åpning av hoved- eller ankeforhandlingen bidra til å ta ut det siste potensial for klargjøring og konsentrasjon av saken jf. NOU 2001:32 s. 758.

Juristforbundet mener tanken bak regelen var og er god. Forutsatt en aktiv dommer er det realistisk at dommerens medvirkning kan bidra til ytterligere konsentrasjon av partenes innledende innlegg, dog slik at medvirkningen må skje på et tidspunkt som gjør det mulig for partene å justere sitt prosessopplegg. Det er urealistisk at en slik justering kan skje når hoved- eller ankeforhandlingen er satt. For å oppnå målet med dommerens klargjøring bør denne i tid skje som et ledd i avsluttet saksforberedelse, i motsetning til som innledning til hoved- eller ankeforhandling.

Departementet har unnlatt å foreslå en tilføyelse i tvl. § 9-4 andre ledd som pålegger drøftelse av påstander og påstandsgrunnlag under planmøtet. Dette under henvisning til at den enkelte sak ikke nødvendigvis ligger til rette for slike drøftelser så tidlig i saksforberedelsen. Uavhengig av om det ligger til rette for en slik drøftelse i planmøtet bør en slik gjennomgang skje minst én gang under saksforberedelsen. I større eller komplekse saker kan det være behov for en fornyet gjennomgang som nevnt. Gjennomgangen bør senest skje i tilknytning til at partene har avgitt sluttinnlegg, og i så tilfelle raskt etter dette. Ved en gjennomgang som skjer en tid før partenes sluttforberedelse til hoved- eller ankeforhandlingen er fullført, er det realistisk at gjennomgangen/drøftelsene reflekteres i partenes presentasjon av saken når rett settes. En gjennomgang av påstander, påstandsgrunnlag og tilbudte bevis på et slikt tidspunkt åpner mulighet for at ytterligere klargjøring og konsentrasjon av forhandlingene blir praktisk mulig. Det er også sannsynlig at kvaliteten på gjennomgangen heves ved at denne flyttes ut av hoved- og ankeforhandlingens formelle rammer og inn i et rettsmøte egnet for reelle drøftelser mellom advokater og dommer.

Juristforbundet ser også at det er hensyn som gjør seg gjeldende mot en regel om rettens gjennomgang og klargjøring også av påstander og bevisføring kort tid før forhandlingenes oppstart. Særlig for partenes prosessfullmektiger vil det kunne oppleves som en ekstra utfordring dersom slik gjennomgang og klargjøring, med de ytterligere arbeider slike gjennomganger og klargjøringer kan skape for partene, skjer på et tidspunkt nært opptil forhandlingene.

Juristforbundet mener likevel at ordningen med dommerens klargjøring etter tvl. § 9-15 første ledd kan avvikles, men erstattes med to tilføyelser i tvl. § 9-11. For det første bør tvl. § 9-11 andre ledd lyde slik:

«(2) Etter saksforberedelsen er avsluttet og *sluttinnlegg er inngitt*, skal retten sørge for å klarlegge hvordan hovedforhandlingen skal gjennomføres. Dette omfatter blant annet gjennomgang av *påstander, påstandsgrunnlag og bebudet bevisføring*, presentasjonsmåten av tvisten, tidspunkt og gjennomføringsmåte for forklaringer, spørsmål om befaring og lengden av ulike innlegg under forhandlingene. Retten kan

fastsette tidsrammer for partenes innlegg, partsforklaringer og annen bevisføring dersom tidsrammer er forsvarlig og hensiktsmessig.»

For det andre kan et nytt tredje ledd i tvisteloven § 9-11 lyde slik:

«(3) Drøfting etter annet ledd skal skje i rettsmøte, som kan være et fjernmøte. Hvis sakens framdrift tilsier det, eller drøfting i rettsmøte åpenbart er unødvendig, kan retten be om partenes skriftlige uttalelse eller få den nødvendige avklaring på annen måte.»

Til punkt 4.5 Partenes innledende innlegg

Spørsmålet her gjelder reglene i tvl. § 9-15 andre og tredje ledd, som på den ene siden foreskriver at saksøkeren gir en «konsentrert» saksfremstilling hvor bevis som ikke gis gjennom forklaringer eller befarung «gjennomgås». Saksøkte får deretter «framstille sitt syn», «fortrinnsvis» ved «korrigeringer og suppleringer».

Departementets vurdering er at det som utgangspunkt ikke anses hensiktsmessig å foreslå endringer i tvl. § 9-15 andre og tredje ledd. Særlig fremhever departementet ønsket om at dobbeltbehandling av fakta unngås, samtidig som departementet likevel peker på grunner til at anvendelsen bør tilpasses til den enkelte saks behov, at regelen åpner for dette, og at det faktisk skjer.

Formålet bak regelen er godt, samtidig som man må kunne si at regelen bygger på gode tanker som langt på vei ikke er omsatt i praksis. Fra et partsperspektiv kan regelen i tredje ledd, som fortrinnsvis begrenser saksøkte til å fremkomme med korrigeringer og suppleringer, sies å legge opp til en ubalansert og ikke «fair» behandling av partene. Om regelen var blitt gjennomført strengt i domstolene ville det reist spørsmål om saksøktes rettstrygghet.

Fra et praktisk advokatperspektiv må det anses problematisk å fremlegge for en norsk domstol en slik «konsentrert» saksfremstilling som regelen legger opp til, som nærmere beskrevet i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 398-399. I praksis fremstår variasjonsbredden i dommerkorpset i tingrettene og lagmannsrettene å være betydelig når det gjelder hvor godt man fra dommersiden har fulgt opp forutsetningene bak regelen om en «konsentrert» saksfremstilling, som beskrevet i nevnte proposisjonshenvisning. I praksis kan ikke en advokat gå ut fra at de fleste dommere har den oversikt og innsikt i saken som proposisjonen forutsetter at dommeren skal ha fra saksforberedelsen.

Til dels har domstolene som system lagt opp saksforberedelsen slik at den enkelte dommer nok ikke alltid kan følge opp forutsetningen om dommerforberedelser, dommeroversikt og -innsikt som proposisjonen legger opp til. Her kan nevnes Borgarting lagmannsrett, hvor saksforberedende dommer bare helt unntaksvis vil være i den dømmende rett, og hvor dommere settes på saken kort tid før ankeforhandlingen, sannsynligvis parallelt med at de også har andre tidkrevende arbeidsoppgaver å vareta.

For den saksøkte parts advokat gjør de samme betenkeligheter seg gjeldende, men dertil kommer det faktum at advokaten aldri kan vite hvordan saksøkers advokat legger opp sitt innlegg, og hvilken kvalitet dette holder målt opp mot forutsetningene i nevnte proposisjonshenvisning. Som høringsbrevet beskriver må man regne med at saksøktes advokat på forhånd må forberede et innlegg som tar høyde for at saksøkerens saksfremstilling ikke gir et tilfredsstillende utgangspunkt.

I praksis i dag må begge parter advokater ved tidsplanleggingen ta høyde for at den praktiske hovedregel er at dommeren/-ne ikke kjenner saken slik som Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 398-399

forutsetter. For saksøktens advokat kommer dertil usikkerheten forbundet med kvaliteten og balansen knyttet til saksøkerens fremstilling av saken og av faktiske forhold.

Departementet mener at man ved å benytte reglene i tvl. § 9-9 tredje og fjerde ledd om skriftlige partsredegjørelser, kan oppnå bedre effektivisering enn i dag. Det er vanskelig å si om dette er korrekt, for mer bruk av § 9-9 tredje og fjerde ledd vil nødvendigvis øke advokatens tidsbruk under saksforberedelsen, med økte kostnader for partene. Det har her betydning at dette vil være dokumenter som produseres i tillegg til stevning, tilsvare og øvrige prosesskriv, fordi prosessen i utgangspunktet ikke er lagt opp slik at innholdet i prosesskrivene i seg selv vil utgjøre en del av rettens avgjørelsesgrunnlag. Dommerne forutsettes vel av departementet å på forhånd sette seg inn i materiale som produseres etter tvl. § 9-9 tredje og fjerde ledd, jf. igjen Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 398-399. Den betydelige variasjonsbredden mellom domstolens og dommerens arbeidsmetoder kan imidlertid her ventes å slå inn, slik som ellers, noe advokatene nødvendigvis må og kan ventes å ta høyde for ved sin forberedelse av selve hovedforhandlingen.

Departementet viser også til at det er meningen at tvl. § 26-2 første ledd skal kunne bidra til å effektivisere hovedforhandlingen. Dette er regelen om at dokumentbevis i mindre grad enn under tvistemålsloven behøver å leses opp under hovedforhandlingen for å anses ført. Men også her slår en stor variasjonsbredde mellom dommerne inn i praksis. En del dommere *krever* full opplesning av enhver tekst dommeren skal ta i betraktning som grunnlag for dommen. Borgarting kan igjen nevnes som eksempel. Men variasjonsbredden mellom dommerne er også innad i den domstolen stor, noe som kan fremtre noe overraskende når det gjelder et dommerkorps som arbeider i varierende tremannsteam.

Advokatene må ved sin tidsplanlegging ta høyde for de betydelige og fra sak til sak uforutsigbare variasjonene i dommerkorpsets arbeidsmetoder. Dette må naturligvis en advokat ta hensyn til også ved vurderingen av det antall dager som bør settes av til hovedforhandling i retten.

Det synes altså å være vanskelig å oppnå det lovgiver har ønsket med tvl. § 9-15 andre og tredje ledd. Mer omfattende grep bør heller vurderes, se punktet foran som reiser spørsmål om et strengt muntlighetsprinsipp bør forlates ved hovedforhandling i tingretten og ankeforhandling i lagmannsretten.

Tvisteloven bør opprettholde utgangspunktet om en «konsentrert» saksfremstilling, jf. § 9-15 andre ledd. For å markere og gjennomføre likevekt og balanse mellom partene i en prosess bør derimot § 9-15 tredje ledd endres, til f.eks. å lyde slik:

«Saksøkte gis tilsvarende anledning til å fremstille sitt syn. Ved bevisgjennomgangen skal unødig dobbeltbehandling unngås.»

Til punkt 7 - Regler om overprøving og konsentrasjon i lagmannsretten

Til punkt 7.3 Aktiv saksstyring og konsentrasjon i lagmannsretten

Juristforbundet er enig i at man ikke har oppnådd tvistelovens intensjon om en kulturendring for mer effektive og målrettede ankeforhandlinger i lagmannsrettene, uten en full omprøving av hele sakskomplekset fra tingrettene, og dertil utvidet bevisførsel. Vi har ikke særlige merknader eller innvendinger til forslagene departementet skisserer i høringsnotatet punkt 7.3.3, men mener man må gå mer omfattende til verks. Ankesiling etter mønster fra Sverige bør vurderes, se merknadene om dette nedenfor til punkt 7.5. Særlig for lagmannsrettene bør man vurdere om ikke det strenge muntlighetsprinsippet som gjelder for ankesaker som i dag behandles i ankeforhandling, bør forlates, jf foran. Videre viser vi til våre merknader om aktiv saksstyring foran og om saksforberedelse og hovedforhandling i allmennprosessen, som ikke minst er aktuelle når det gjelder instansen lagmannsrett. Vi ser det slik at det er ved lagmannsrettens behandling at tvistelovens intensjoner har fått svakest gjennomslag i praksis.

Til punkt 7.5 Adgangen til å nekte anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd

Departementet antar at ankesiling i større grad enn det gjeldende regler åpner for bør vurderes, men foreslår ikke i høringsnotatet konkrete endringer om nektingsadgangen i tvl. § 29-13 andre ledd.

Departementet bør følge spørsmålet opp og ved dette arbeidet se hen til de nye svenske reglene som ble vedtatt om prøvningstillstand i 2006, iverksatt 2008. For å i Sverige kunne få overprøvet tingrätternes avgjørelser til hovrätt, må det gis helt eller delvis samtykke (prövningstillstånd). Dette gis om det er grunn til å tvile på riktigheten av tingsrätternes dom («ändringsfall»), om det ikke går an å bedømme riktigheten av tingrätternes avgjørelse uten samtykke («granskningsfall»), om prøving har betydning ut over saken («prejudikatfall») eller om det ellers er tilstrekkelig grunn til å prøve saken («extraordinära fall»).

Med vennlig hilsen

Curt A. Lier
president