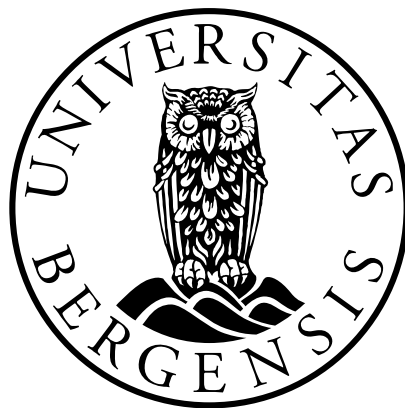


Rettens adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen

Kandidatnummer: 107

Antall ord: 12834



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2018

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-------|--|----|
| 1 | Innledning..... | 4 |
| 1.1 | Avhandlingens tema, problemstilling og aktualitet..... | 4 |
| 1.2 | Avgrensninger og begrepsavklaring..... | 6 |
| 1.3 | Metode og rettskildebildet..... | 7 |
| 2 | Bakgrunnen for rettens adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen | 9 |
| 2.1 | Forskjellene mellom rettens adgang til og plikt til materiell veiledning..... | 9 |
| 2.2 | Disposisjons- og forhandlingsprinsippet som utgangspunkt..... | 9 |
| 2.3 | Reguleringer og hensyn i småkravprosessen med betydning for rettens adgang og plikt til materiell veiledning | 11 |
| 2.3.1 | Betydningen av den avvikende preklusjonsreguleringen..... | 11 |
| 2.3.2 | Betydningen av ankebegrensingen..... | 12 |
| 2.3.3 | Betydningen av de avvikende bevisavskjæringsreglene | 13 |
| 2.4 | Konsekvensen for adgangen og plikten til materiell veiledning av at partene er selvprosederende | 15 |
| 2.4.1 | Generelt om betydningen av at partene er selvprosederende | 15 |
| 2.4.2 | Betydningen av at partene er selvprosederende i småkravprosessen..... | 19 |
| 3 | Rettens adgang til materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd i småkravprosessen..... | 23 |
| 3.1 | Reguleringen av den materielle veiledningsadgangen | 23 |
| 3.2 | Viktigheten av å unngå ensidig engasjering for en part..... | 24 |
| 3.3 | Viktigheten av hvordan retten veileder partene | 25 |
| 3.4 | Viktigheten av tidspunktet retten veileder på..... | 29 |
| 4 | Rettens plikt til materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd i småkravprosessen..... | 33 |
| 4.1 | Når har retten en plikt til veiledning?..... | 33 |
| 4.2 | To konkrete eksempler: Kan det oppstilles en veiledningsplikt om foreldelse og oppreisningserstatning?..... | 40 |
| 4.2.1 | Foreldelse av innkrevd gjeld der kun avtaleloven § 36 er påberopt..... | 40 |
| 4.2.2 | Oppreisningserstatning der kun menerstatning er påberopt. | 43 |
| 5 | Avsluttende bemerkninger | 45 |
| 6 | Litteraturliste | 46 |

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema, problemstilling og aktualitet

Tema for denne avhandlingen er rettens materielle veiledning av partene i småkravprosessen. Hovedmålet med oppgaven er å avklare grensene for rettens adgang og plikt til å materielt veilede partene i småkravprosessen etter tvisteloven¹ § 11-5 andre til syvende ledd.

Det ble ansett som nødvendig for tvisteloven 2005 å skape en reell mulighet til å få små og mellomstore krav rettskraftig behandlet i domstolene, såkalt «access to justice».²

Funksjonen ble ikke ivaretatt etter tvistemålslovens³ regler. Det ble for det første ansett for dyrt å bringe de små og mellomstore kravene inn for vanlig domstolsbehandling. For det andre var tvistemålslovens regler om forenklet domstolsbehandling ikke praktiske nok til å møte kravet om tilstrekkelig «access to justice».⁴

«Access to justice» funksjonen ble heller ikke ansett å være ivaretatt av forlikrådet, som kan gi bindende dom i saker med små og mellomstore krav dersom en av partene ønsker det, jf. tvisteloven § 6-10 andre ledd. Bakgrunnen for dette er at dom avsagt av forlikrådet ikke blir ansett å gi tilstrekkelig rettssikkerhet, samtidig som at forlikrådet som eneste reelle alternativ i små saker vil bryte med EMK artikkel 6 krav om «rettferdig rettergang».⁵

For i tilstrekkelig grad å kunne tilfredsstille kravet om reell adgang til domstolsapparatet for små og mellomstore krav, ble det dermed ansett nødvendig å innføre en rask effektiv og billig

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

³ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven).

⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 193-194.

⁵ NOU 2001: 32 A s. 261-262 og s. 317, samt ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

prosessform for dette formålet.⁶ På bakgrunn av dette ble småkravprosessen innført i kapittel 10 i tvisteloven.

Småkravprosessen er etter tvisteloven § 10-1 «den ordinære behandlingsmåten for små krav i saker for tingretten, med særlig vekt på at behandlingen er tilpasset betydningen av tvisten.» Av § 10-2 bokstav a framgår det at hovedregelen er at alle krav med tvistesum på under 125.000 kroner skal behandles etter småkravprosessen.

Dette innebærer en høy øvre grense sammenlignet med lignende prosesser i utlandet. I tillegg innebærer det en markant økning fra 20.000 kr, som var grensen for forenklet rettergang etter tvistemålsloven.⁷ Dette tilsier at småkravprosessen er ment å være en praktisk viktig prosessform.⁸

Det er flere forhold som aktualiserer spørsmålet om materiell veiledning, i tvisteloven § 11-5 definert som veiledning om «faktiske forhold». Dette reflekteres i og for seg ved at tvisteloven, i motsetning til tvistemålsloven, kodifiserer rettens adgang og plikt til materiell veiledning, jf. tvisteloven § 11-5, andre til syvende ledd.⁹

Dette understrekes ytterligere ved at om retten har veiledet i strid med § 11-5 syvende ledd eller har brutt sin veiledningsplikt, så er dette en saksbehandlingsfeil. Dersom det videre er «nærliggende» at feilen kan ha hatt betydning for avgjørelsen, vil dommen oppheves, jf. tvisteloven § 29-21 første ledd.

Forhold som aktualiserer spørsmålet om materiell veiledning i småkravprosessen er knyttet til generelle hensyn, som rettsikkerhet, likebehandling, behovet for rettsavklaring og materielt riktige avgjørelser i saker med små ressurser og krav til rask behandling.¹⁰ Mer presist dreier det seg om forhold som at en vesentlig større andel av partene i småkravprosessen er selvprosederende sammenlignet med allmennprosessen, den skjønnsmessige utformingen av

⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

⁷ Inge Lorange Backer, *Norsk Sivilprosess*, Oslo 2015, s. 188.

⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

⁹ Camilla Bernt og Solfrid Mykland, «Materiell prosessledelse», *Perspektiver på Jordskifte*, Oslo, 2009, s. 337.

¹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

de relevante bestemmelsene i § 11-5, at det er avvikende preklusjonsregulering, ankebegrensningen i tvisteloven § 29-3 første ledd og avvikende bevisavskjæringsregler.

I kapittel 2 går jeg grundigere gjennom forhold som gjør materiell veiledning så sentralt i småkravprosessen. I denne gjennomgangen behandler jeg adgang og plikt sammen, siden begrunnelsene er sammenfallende.

Dette kapitlet danner bakgrunnen og motiverer for drøfting av to hovedproblemstillinger, henholdsvis knyttet til adgang til veiledning og plikt til veiledning. Her behandler jeg altså adgang og plikt hver for seg.

For det første drøfter jeg rettens adgang til veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte og grensen mot partiskhet etter § 11-5 syvende ledd. Dette behandles i kapittel 3.

For det andre tar jeg for meg når en plikt kan oppstilles etter § 11-5 fjerde og femte ledd. Dette behandles i kapittel 4.

Problemstillingene som reises er i stor grad ukjent terreng. Tvisteloven er relativt ny. Det er få rettskilder som eksplisitt tar for seg disse relativt uklare problemstillingene knyttet til ganske skjønnspregede bestemmelser. Eksempelvis er det svært sjeldent blitt rettslig prøvd om retten har brutt sin veiledningsplikt, eller om den har veiledet partisk. Problemstillingene er aldri rettslig prøvd i Høyesterett etter tvisteloven.

Oppgavens problemstillinger har følgelig vært krevende. Av samme grunn er det imidlertid faglig viktig å drøfte dem.

1.2 Avgrensninger og begrepsavklaring

Oppgaven avgrenses mot veiledning i indispositive rettsforhold, som er rettsforhold der partenes rådighet i saken er begrenset, jf. tvisteloven § 11-4. Bakgrunnen for dette er at indispositive saker ikke kan behandles ved småkravprosessen, jf. tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav c.

Tvisteloven § 11-5 tredje ledd angir en klargjøringsplikt for retten overfor partene når det gjelder «tvistespørsmål» og «partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål». Det er teoretisk uenighet om denne klargjøringsplikten i det hele tatt er innenfor begrepet materiell veiledning.¹¹ Når rettstilstanden for klargjøringsplikten i tillegg er relativt klar, vil oppgaven avgrenses fra en eksplisitt behandling av § 11-5 tredje ledd.

Når det gjelder begrepsbruken, vil jeg bruke «materiell veiledning», selv om de fleste innen juridisk teori bruker materiell prosessledelse.¹² Bakgrunnen for dette er at jeg finner «veiledning» mer presist, da «prosessledelse» kan forstås som at retten nærmest skal ta over den materielle delen av rettsprosessen som partene i utgangspunktet er ansvarlig for. I tillegg bruker § 11-5 «veiledning» som begrep i overskriften.

1.3 Metode og rettskildebildet

Ordlyden i § 11-5 er som nevnt skjønnsmessig og situasjonspreget i sin utforming, og sier dermed lite konkret om hvor grensen for adgangen går og når det kan oppstilles en plikt for veiledning.

Av tvisteloven § 1-1 første ledd følger det noen sentrale formål som hele loven skal tolkes i lys av. Legitimeringsgrunnlaget for slike lovformål er demokratisk legitimitet.¹³ Ettersom ordlyden i § 11-5 er såpass skjønnsmessig utformet, samtidig som at rettskildetilfanget ellers er begrenset, vil lovformålene ha stor betydning for en nærmere avklaring av rettstilstanden.

Forarbeidene i tvisteloven er generelt svært omfattende. Dette gjelder både proposisjonen og tvistemålsutvalgets utredning. Forarbeidene gir en relativt bred behandling både av rettens adgang og plikt til veiledning og av småkravprosessen generelt. De er imidlertid lite konkrete når det gjelder denne oppgavens sentrale problemstillinger: hvor grensen for

¹¹ Se Jens Edvin Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. Utgave, Oslo, 2017. s. 964 og Bernt og Mykland s. 337, som har forskjellige syn på dette.

¹² Se Erik Eldjarn, *Materiell prosessledelse*, 2015, s. 280 s. 3 som anvender materiell prosessledelse i sin avhandling, men uttrykker samtidig at det er et upresist begrep.

¹³ Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012, s. 36-37.

veiledningsadgangen går og når det kan oppstilles en plikt til veiledning. Det oppstilles bare noen generelle momenter som tas inn i vurderingen for materiell veiledning. Forarbeidene gir altså en svært begrenset behandling av hvordan rettens adgang og plikt til materiell veiledning stiller seg i småkravprosessen.

Det foreligger lite rettspraksis på både adgang og plikt til materiell veiledning. Det foreligger ingen Høyesterettsdommer vurdert etter tvisteloven, men det er et par eldre dommer vurdert etter tvistemålsloven hvor problemstillinger vedrørende adgang og plikt til materiell veiledning har blitt problematisert. På tross av manglende regulering, utviklet rettspraksis og juridisk teori seg under tvistemålslovens tid i retning av reguleringen i § 11-5 fjerde og femte ledd i tvisteloven.¹⁴ Rettspraksis med utgangspunkt tvistemålslovens bestemmelser vil dermed være relevante også for tolkningen av tvisteloven § 11-5 andre til syvende ledd.

Videre er det en lagmannsrettsdom¹⁵ som kan knyttes til problemstillingene.

Lagmannsrettsdommer har imidlertid vanligvis svært begrenset rettskildemessig vekt, men relevansen økes ettersom det foreligger lite praksis fra Høyesterett, samtidig som at dommen har en overbevisende argumentasjon, og illustrerer hvordan problemstillingene oppgaven reiser kan vurderes. Problemstillinger tilknyttet rettens adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen, har aldri vært oppe for hverken tingretten, lagmannsretten eller Høyesterett. Avgjørelser vurdert etter allmennprosessen har imidlertid overføringsverdi til småkravprosessen, da de etter dagens regulering bygger på de samme bestemmelsene i form av tvisteloven § 11-5 andre-syvende ledd.

Med lite rettspraksis vil det bli utfordrende å konkretisere hvor grensen går for adgangen, og når det kan oppstilles en plikt til veiledning. Det som finnes av rettspraksis etter tvistemålslovens bestemmelser og fra allmennprosessen vil imidlertid brukes aktivt. Oppgaven vil i stor grad lene seg på det som kan utledes av forarbeider og de autoriserte lovformål. Juridisk teori vil også brukes aktivt, men også her er det lite konkretisering for materiell veiledning generelt og om hvordan det stiller seg i småkravprosessen.

¹⁴ NOU 2001: 32 B s. 709.

¹⁵ LA-2014-111873.

2 Bakgrunnen for rettens adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen

2.1 Forskjellene mellom rettens adgang til og plikt til materiell veiledning

Retten har adgang til materiell veiledning av partene om faktiske og rettslige spørsmål og bevis, jf. ordlyden av «kan» i tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd. Det følger imidlertid av § 11-5 syvende ledd at retten ikke må utøve veiledningen på en måte som svekker tilliten til at den er «upartisk». Problemstillingen blir dermed hvor langt retten kan gå i sin veiledning av partene i småkravprosessen, før de bryter grensen og opptrer partisk etter syvende ledd.

Om retten har en plikt til å veilede etter § 11-5 fjerde og femte ledd, er imidlertid mer uklart. Ordlyden av "kan" tilsier at retten ikke har en plikt til den type veiledning. På en annen side følger det av forarbeidene og teori at det kan oppstilles en veiledningsplikt i særskilte tilfeller.¹⁶ Dette kan også leses ut av § 11-5 andre ledd som sier at retten «skal» i samsvar med «tredje til sjuende ledd» gi materiell veiledning. Problemstillingen vil dermed være i hvilke tilfeller det kan oppstilles en veiledningsplikt etter fjerde og femte ledd i småkravprosessen.

2.2 Disposisjons- og forhandlingsprinsippet som utgangspunkt

I norsk sivilprosess er den dominerende tanken at det er partene som kjenner saken best. Det er dermed partene som har hovedansvaret for å fremsette påstander, påstandsgrunnlag, samt bidra med de faktiske opplysninger som er nødvendig for å belyse saken. Denne tanken om en partsstyrt prosess er forankret i disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Rettens oppgave er først og fremst å sørge for at partenes anførsler er tilstrekkelig klare, jf. tvisteloven § 11-5 tredje ledd, samt å sørge for framdrift og konsentrasjon i saken.¹⁷

¹⁶ NOU 2001: 32 B s. 709. Se også blant annet Bernt og Mykland s. 345 og s. 347-348, samt Skoghøy s. 966.

¹⁷ Henry John Mæland, *Kort prosess*, Bergen, 2013, s. 143.

Av disposisjonsprinsippet følger det at retten i sin avgjørelse ikke kan gå utenfor de rammene som er trukket av partenes prosesshandlinger.¹⁸ Som uttrykt gjennom tvisteloven § 11-2 første ledd kan ikke retten pådømme andre krav enn de partene har framsatt, gå utenfor partenes påstander eller bygge på andre påstandsgrunnlag enn partene har påberopt seg.

Forhandlingsprinsippet går ut på at en sivil rettssak skal foregå som en forhandling mellom partene, der det er partene som står for fremsettelse av krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis.¹⁹ Forhandlingsprinsippet er uttrykt gjennom tvisteloven §§ 11-1 tredje ledd og 11-2 andre ledd.

Både forhandlingsprinsippet og disposisjonsprinsippet er begrunnet i den grunnleggende partsautonomien som gjelder i sivile saker, der partene skal ha sin materielle råderett i behold.²⁰ I dispositive saker har partene frihet til å gjøre opp utenfor domstolene, og synspunktet er at det samme skal gjelde i domstolene, ved at partene definerer innholdet og omfanget av saken.²¹

At det er partene som fører den materielle siden av prosessen, og ikke domstolene, gjør at retten framstår som mer nøytral.²² Denne upartiskheten er sentral for et fungerende rettssystem, og er i tillegg til tvisteloven § 11-5 syvende ledd, forankret i både tvisteloven § 1-1 og EMK artikkel 6.

Det er imidlertid tilfeller hvor det gjøres unntak fra disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Grunnen til det er at det må være en viss adgang og plikt til materiell veiledning, blant annet av hensyn til å oppnå materielt riktige resultater.²³

Disposisjons- og forhandlingsprinsippet gjør seg også gjeldende for småkravprosessen. Det er imidlertid ofte sterkere hensyn som taler for at det i konkrete saker må gjøres unntak fra prinsippene, sammenlignet med i allmennprosessen. Dette drøfter jeg i de følgende underkapitlene.

¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 34.

¹⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 34.

²⁰ Mæland s. 144.

²¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 167.

²² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 167.

²³ Bernt og Mykland s. 338.

2.3 Reguleringer og hensyn i småkravprosessen med betydning for rettens adgang og plikt til materiell veiledning

2.3.1 Betydningen av den avvikende preklusjonsreguleringen

Det er ikke bare reglene i tvisteloven § 11-5 andre til syvende ledd som har innvirkning på rettens adgang og plikt til materiell veiledning. Det er også flere spesialreguleringer og hensyn i småkravprosessen som har innvirkning på rettstilstanden.

Av forarbeidene følger det at preklusjonsreglene i tvisteloven § 9-10, jf. § 9-16, ikke passer for den uformelle småkravprosessen.²⁴ Dette gjelder også bevis, selv om partene etter tvisteloven § 10-2 tredje ledd plikter å varsle om hvilke bevis de skal føre.

Eventuell preklusjon må dermed foregå etter den langt mer skjønnsmessige bestemmelsen i § 16-6 tredje ledd.²⁵ Av bestemmelsen framgår det at retten kan nekte en prosesshandling fremmet dersom det medfører at rettsmøtet må «utsettes» eller at saken vil bli «vesentlig forsinket». Ordlyden i bestemmelsen angir en langt høyere terskel enn preklusjonsregelen i § 9-16. Dette styrkes av forarbeidene, som uttaler at avskjæring kun skal foretas dersom det er «klart klanderverdig» at parten ikke har framsatt prosesshandlingen tidligere.²⁶

Preklusjonsreglene har overføringsverdi til rettens adgang og plikt til materiell veiledning. Preklusjonsreglene regulerer hva partene kan fremme av for eksempel bevis og påstandsgrunnlag og på hvilke tidspunkt de kan fremmes. Skal det være god sammenheng mellom reglene, bør dette ha innvirkning på rettens veiledning om bevis og påstandsgrunnlag etter fjerde og femte ledd. Skoghøy støtter dette standpunktet når han sier at veiledning om nye påstandsgrunnlag må være i forenelig med preklusjonsbestemmelserne.²⁷

For å oppnå sammenheng mellom preklusjon og veiledning etter § 9-16 i allmennprosessen, vil det bare unntaksvis kunne foregå veiledning om for eksempel et nytt påstandsgrunnlag, etter avsluttet saksforberedelse.

²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

²⁵ Mæland s. 99.

²⁶ NOU 2001: 32 B s. 764.

²⁷ Skoghøy s. 965.

Ettersom preklusjonsbestemmelsen i § 16-6 tredje ledd er mer fleksibel enn § 9-16, har retten også mer fleksibilitet i sin veiledning i småkravprosessen. Dette tilsier igjen en videre adgang og plikt til å veilede, sammenlignet med allmenprosessen.

2.3.2 Betydningen av ankebegrensingen

Av tvisteloven § 10-6 framgår det at dommer avsagt etter småkravprosessen «kan ankes etter reglene for dommer i allmennprosess.»

Det følger imidlertid av tvisteloven § 29-13 første ledd at anke over dommer med en formuesverdi på under 125.000 kroner krever samtykke fra lagmannsretten dersom de skal behandles. På grunn av det strenge kravet til proporsjonalitet og en rask og effektiv prosess, betyr dette i praksis at anke over dommer etter småkravprosessen sjeldent vil bli behandlet. Det framgår også av forarbeidene at samtykkekravet i § 29-13 er ment å medføre en begrensning i muligheten for en to-instansbehandling i saker som går for småkravprosessen.²⁸

Det kan innvendes at det vil kunne ha betydning ved samtykkevurderingen om parten som anker for eksempel kunne påberopt et annet påstandsgrunnlag eller fremmet flere relevante bevis. Grunnlaget for å samtykke til ankebehandling vil ytterligere forsterkes dersom retten også burde veiledet parten om dette.

Samtykkevurderingen etter § 29-13 er på en annen side svært skjønnsmessig, og lagmannsretten har dermed stort rom for å ikke samtykke til behandling av sakene fra småkravprosessen. Det kan dermed legges til grunn at det vil være usannsynlig at en sak som er anket etter behandling i småkravprosessen vil bli behandlet i lagmannsretten.²⁹

Det framgår imidlertid av tvisteloven § 29-12 andre ledd at lagmannsretten kan oppheve en dom fra småkravprosessen uten ankebehandling, dersom det foreligger «feil i rettsanvendelsen» eller «vesentlige feil ved saksbehandlingen». Dette tilsier at det er tilfeller ved brudd på rettens veiledningsplikt hvor sakene kan få ny behandling i tingretten, og at ankebegrensningen i § 29-13 dermed ikke har så stor betydning.

²⁸ NOU 2001: 32 B s. 776 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 475.

²⁹ Eldjarn s. 292.

Det er på en annen side ikke alle saker som har enten «feil i rettsanvendelsen» eller «vesentlige feil ved saksbehandlingen». Det kan for eksempel være saker der den ene parten mener at et nytt bevis kan avgjøre saken til hans fordel, men likevel ikke får tatt saken opp igjen i tingretten etter § 29-12.

Dette tilsier at sakene i småkravprosessen sjeldent vil bli overprøvd. Dette kan igjen tilsi at dommeren har en relativt utstrakt adgang og plikt til å veilede. Bakgrunnen for dette er at det vil være enda mer sentralt at saken får et materielt riktig resultat når dommen ofte vil være endelig.

Ettersom de fleste saker for småkravprosessen ikke vil bli ankebehandlet, vil det stride mot hensynet til en «tillitsskapende behandling» etter tvisteloven § 1-1, dersom retten ikke har en relativt vid adgang og plikt til å veilede. Dersom veiledningen er mangelfull, vil en part kunne føle at resultatet bygger på et dårlig eller ensidig grunnlag, som han videre har små sjanser til å få overprøvd.

2.3.3 Betydningen av de avvikende bevisavskjæringsreglene

Av tvisteloven § 10-3 femte ledd tredje setning framgår det at bevis føres bare så langt det er grunn for det etter en avveining av hensynene til en «forsvarlig og prosessøkonomisk» behandling. Etter ordlyden angir dette en relativt streng proporsjonalitetsvurdering.

Bestemmelsen gjelder kun for det avsluttende rettsmøtet, og det finnes dermed ingen hjemmel som gir eksplisitt adgang til bevisavskjæring i saksforberedelsen. Dette henger godt sammen med adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen, der rettens adgang og plikt til veiledning er relativt vid i saksforberedelsen, og snever i det korte og konsentrerte rettsmøtet. Det strenge proporsjonalitetskravet for partene til å føre bevis i rettsmøtet bør slikt

sett fungere som en pådriver for retten til å veilede tidligst mulig i saksforberedelsen, slik at partene får ført sine bevis.³⁰

Dette momentet gjør seg særlig gjeldende for selvprosederende parter, som sjeldent har gode forutsetninger for å vurdere beviskraft, bevisrelevans og hvor lang tid det tar å fremme bevis.

Det vil ikke føre til en «tillitsskapende behandling», jf. tvisteloven § 1-1, om store deler av partenes bevis avskjæres i rettsmøtet på grunn av manglende veiledning, for eksempel om hvilke type bevis som bør innhentes for å kunne underbygge påstandsgrunnlaget. Det å møte de strenge bevisavskjæringsreglene for rettsmøtet med en vid adgang og plikt til veiledning i saksforberedelsen ivaretar herunder hensynet til respekt for partenes prosessopplegg, noe som også er «tillitsskapende». Videre vil det være lettere for en part å akseptere et resultat der han føler at han har fått ført tilstrekkelig med bevis.³¹

Det å møte avskjæringsreglene med en vid adgang og plikt til materiell veiledning øker også sjansen for materielt riktige avgjørelser. Avgjørelsen vil få et bedre kvalitativt grunnlag dersom flere relevante bevis føres.

Formålet bak de strenge bevisavskjæringsreglene i småkravprosessen er at sakene skal foregå raskt og effektivt. Dette medfører at retten må veilede så tidlig som mulig i prosessen. Dersom dette gjøres, vil det øke muligheten for at partene får ført sine relevante bevis, samtidig som at prosessen ikke blir utsatt. Bevisavskjæringsreglene tilsier dermed en vid adgang og plikt til tidlig veiledning i småkravprosessen, sammenlignet med allmenprosessen.

³⁰ Eldjarn s. 111.

³¹ Eldjarn s. 291.

2.4 Konsekvensen for adgangen og plikten til materiell veiledning av at partene er selvprosederende

2.4.1 Generelt om betydningen av at partene er selvprosederende

Det er en grunnleggende rettighet i det norske rettssystemet at parter skal ha rett til å representere seg selv.³² Dette gjelder absolutt, med mindre parten ikke er i stand til å framlegge saken sin på en forståelig måte etter tvisteloven § 3-2.³³

Av tvisteloven § 11-5 sjette ledd framgår det at retten under sakens gang «skal...ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning». Ordlyden tilsier at det at en part er selvprosederende, har selvstendig betydning ved vurderingen av rettens adgang og plikt til materiell veiledning.

Av tvisteloven § 1-1 andre ledd punkt fem framgår det videre at «ulikheter i ressurser» hos partene ikke skal være avgjørende for sakens utfall. At ulike muligheter til å anskaffe advokat ikke skal ha betydning kan også trekkes ut av prinsippet om en «rettferdig rettergang» etter EMK artikkel 6. Dette tilsier at rettssystemet så langt det lar seg gjøre sørger for at det ikke får betydning for resultatet i saken om en part er selvprosederende.³⁴ En av måtene dette kan gjøres på er gjennom en vid adgang og plikt til materiell veiledning overfor selvprosederende parter.

Dette gjelder særlig der kun den ene parten er representert ved advokat. I disse tilfellene må dommeren være oppmerksom på å veilede på en måte som reduserer risikoen for forrykkelse av forholdet mellom partene.³⁵

En fordel med en vid adgang og plikt til veiledning der kun den ene parten er representert, er at saken ofte vil bli bedre belyst fra begge sider. Dette vil igjen øke sjansen for et materielt

³² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

³³ NOU 2001: 32 B s. 664.

³⁴ Bernt og Mykland s. 341.

³⁵ Arbeidsgruppe oppnevnt av domstoladministrasjonen, ledet av Aasland, Gunnar, *Etiske regler for dommere – utkast fra arbeidsgruppe oppnevnt av Domstoladministrasjonen*, 2007 s. 64-65 med henvisning til Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 371.

riktig resultat, samtidig som det vil være «tillitsskapende», jf. tvisteloven § 1-1 da den selvprosederende parten ikke vil føle seg sjanseløs mot en part som er representert med advokat.

Selvprosederende parter vil på grunn av sin manglende juridiske kompetanse, vanligvis ha store problemer med å finne fram til for eksempel relevante påstandsgrunnlag, eller hvordan eksisterende påstandsgrunnlag skal underbygges med bevis. Det er dermed klart at det er behov for en relativt vid adgang og plikt til veiledning overfor disse.³⁶

Twistemålsutvalget kommer med et konkret eksempel på at omfanget av rettens adgang og plikt til materiell veiledning kan stille seg annerledes overfor selvprosederende parter, kontra parter som er bistått med advokat. Her uttales det at:

«I en sak om betaling av gjeld hvor den som er avkrevd betaling er bistått av advokat, bør det f.eks. sjelden være aktuelt for retten å reise spørsmål om han bør påberope seg foreldelse hvor dette ikke er anført som innsigelse mot kravet. Etter omstendighetene kan vurderingen bli en annen hvor denne parten ikke har advokat, og hvor det er nærliggende at foreldelse foreligger og det er ren uvitenhet at dette ikke er anført.»³⁷

Her sier forarbeidene direkte at det i en konkret situasjon om adgang til veiledning om foreldelse etter § 11-5 fjerde ledd, kan være utslagsgivende om parten er selvprosederende for grensen mot § 11-5 syvende ledd.

I Rt. 1993 s. 647 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at lagmannsretten ikke hadde begått en saksbehandlingsfeil ved å ikke innhente nye bevis. Kjæremålsutvalget uttalte at ”Når A - som var bistått av advokat - ikke selv krevet innhentelse av ytterligere bevis, kan utvalget ikke se at saken lå slik an at lagmannsretten hadde plikt til å foreta ytterligere undersøkelser,...”

Selv om kjæremålsutvalget ikke direkte sier at lagmannsretten hadde hatt en plikt til å innhente nye bevis dersom parten var selvprosederende, er det interessant at de eksplisitt legger vekt på at han var bistått ved advokat, som argument for at det ikke forelå noen plikt til å veilede om bevis. Kjæremålsutvalget åpner med andre ord for at det kunne blitt oppstilt en plikt dersom parten var selvprosederende.

³⁶ NOU 2001: 32 A s. 139.

³⁷ NOU 2001: 32 A s. 139.

Av tvisteloven § 12-1 andre ledd følger det at retten skal kunne veilede selvprosederende parter med utforming av blant annet «stevning» og «tilsvar». Dette er en form for materiell veiledning der lovteksten løser det særlig behovet selvprosederende parter har for veiledning med å oppstille en veiledningsplikt.

Alle de nevnte rettskildene tyder på at det generelt og i konkrete situasjoner er av betydning for omfanget av rettens adgang og plikt til materiell veiledning at parten er selvprosederende.

Det kan imidlertid problematiseres om skillet mellom selvprosederende parter og parter bistått med advokat må nyanseres. Det kan herunder problematiseres om parter som har en advokat som gjør en mangelfull jobb, skal sidestilles med selvprosederende ved vurderingen av omfanget av rettens adgang og plikt til veiledning.

Hensynene bak reguleringen i tvisteloven § 11-5 sjette ledd, gjør seg nemlig ikke kun gjeldende for selvprosederende parter. Parter med advokater som gjør en mangelfull jobb vil kunne ha et like stort behov for materiell veiledning som en part som er selvprosederende.³⁸

Denne nyansen framgår også av proposisjonen, der det uttales at:

«...det er minst like god grunn til å gi nødvendig veiledning til den som har brukt mye penger på å engasjere en advokat som gjør en ufullstendig jobb, som til den som ikke har engasjert noen i det hele tatt.»³⁹

Der advokaten til en part for eksempel overser et påstandsgrunnlag som klart vil føre fram, vil parten ha like stort behov for veiledning som en selvprosederende part. En advokat som ikke fremmer relevante påstandsgrunnlag vil også bidra tilsvarende lite til et materielt riktig resultat som en selvprosederende part uten juridisk kompetanse.

I tillegg vil en part med advokat ha langt mindre insentiv til å selv framskaffe nye påstandsgrunnlag og bevis, da parten vil ha en berettiget forventning om at advokaten gjør jobben sin. Dette gjør at en slik part vil kunne være mer sårbar mot manglende veiledning om sentrale påstandsgrunnlag og bevis enn en part som er selvprosederende.

³⁸ Bernt og Mykland s. 342.

³⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

Det kan imidlertid innvendes at en part som har en advokat som gjør en mangelfull jobb, kan nå fram med et erstatningssøksmål mot advokaten.

Det er på en annen side framhevet i forarbeidene at «Om en advokat ikke ser alle sider ved en sak, behøver det på ingen måte å gi klienten et erstatningskrav mot advokaten, og et slikt erstatningskrav kan uansett være tungt å bære fram for klienten.»⁴⁰

Det framgår i tillegg av både forarbeider og rettspraksis at hvorvidt det foreligger en plikt til materiell veiledning etter fjerde og femte ledd beror på en konkret helhetsvurdering.⁴¹ I en slik helhetsvurdering vil en part med en advokat som gjør en mangelfull jobb sidestilles med en selvprosederende part.

Ettersom småkravprosessen legger opp til lite innslag av advokater, er nyansen med advokater som gjør en mangelfull jobb, i utgangspunktet mindre aktuell for småkravprosessen enn for allmennprosessen.

Det framgår imidlertid av proposisjonen at synspunktet om en kostnadsreduksjon i småkravprosessen, ikke innebærer at det er ønskelig at de lar være «...*à la seg bistå av advokat.*»⁴² Nyansen med advokater som gjør en mangelfull jobb kan dermed også gjøres gjeldende i småkravprosessen.

Det at sakene i småkravprosessen ofte er av liten verdi, kan videre føre til at advokater nedprioriterer og tar lett på de. Dette vil igjen øke risikoen for at advokaten gjør en mangelfull jobb, noe som øker aktualiteten av nyansen i småkravprosessen.

Etter dette er det klart at det generelt er en videre adgang og plikt overfor selvprosederende parter, både i allmennprosessen og i småkravprosessen. Bildet må imidlertid nyanseres. En part med en advokat som gjør en mangelfull jobb, vil kunne ha et like stort behov for veiledning som en selvprosederende part.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

⁴¹ NOU 2001: 32 B s. 709 og Rt. 1963 s. 996 (monteringsfeil).

⁴² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

2.4.2 Betydningen av at partene er selvprosederende i småkravprosessen

Etter tvisteloven § 11-5 sjette ledd er det i utgangspunktet ikke noen forskjell på betydningen for adgangen og plikten til veiledning om en part er selvprosederende i småkravprosessen, sammenlignet med allmennprosessen. Det kan imidlertid problematiseres om retten likevel har en videre adgang og plikt til materiell veiledning av selvprosederende parter i småkravprosessen.

Skoghøy synes å være av den oppfatning når han sier at «retten overfor selvprosederende parter i saker som behandles etter småkravprosessens regler, må ha plikt til å drive en viss materiell prosessledning».⁴³

Dette er imidlertid en uttalelse som i tillegg til å ha den begrensede rettskildemessige vekten av juridisk teori, ikke sammenligner og drøfter aktivt om det skal være mer rom for adgang og plikt til veiledning av selvprosederende i småkravprosessen.

Hverken ordlyden i § 11-5 sjette ledd eller forarbeidene legger noen føringer som tilsier at rettens plikt og adgang skiller seg i de to tilfellene. Det framgår kun av forarbeidene at behovet for materiell veiledning generelt er større i småkravprosessen, fordi flere vil møte som selvprosederende.⁴⁴ En betraktning om at flere vil møte som selvprosederende i småkravprosessen, er ikke et argument i seg selv for at omfanget av veiledningen skal være større.

I allmennprosessen vil det faktisk kunne være større behov for veiledning for å oppnå formålet om at ”ulikheter i ressurser hos partene ikke (skal) være avgjørende for sakens utfall”, jf. tvisteloven § 1-1 andre ledd. Grunnen til det er at selvprosederende parter i allmennprosessen ofte vil stå mot parter med advokat, mens det i småkravprosessen ofte vil være to selvprosederende parter mot hverandre.

Den kraftig reduserte muligheten til å få dekket saksomkostninger etter tvisteloven § 10-5 andre ledd, kan på en annen side tilsi at selvprosederende parter i småkravprosessen står i en særstilling, som gir større rom for adgang og plikt til veiledning. Begrensningen medfører at

⁴³ Skoghøy, s. 573.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

partene i småkravprosessen nærmest er oppfordret til å opptre selvprosederende. I allmennprosessen vil parten som vinner saken motsetningsvis i utgangspunktet ha krav på å få advokatutgiftene dekket, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Det at partene i stor grad gjennom loven oppfordres til å opptre selvprosederende, kan tilsi at det er sterkere incentiver for retten til å veilede selvprosederende i småkravprosessen. Dette taler igjen for en vid adgang og plikt.

Om det generelt er slik at det foreligger en videre adgang og plikt til å veilede selvprosederende parter i småkravprosessen, sammenlignet med selvprosederende parter i allmennprosessen, er ut fra rettskildene uklart. Ingen tungtveiende rettskilder sier direkte at det skal gjøres et skille, men det kan altså argumenteres med at selvprosederende står i en beskyttelsesverdig særstilling i småkravprosessen, der de begrensede muligheten til å få dekket sine advokatutgifter, må oppveies med et større rom for veiledning.

Det kan imidlertid problematiseres om forskjellen på hva partene kan få igjen av advokatutgifter, kan få betydning for omfanget av adgangen og plikten i konkrete saker.

I allmennprosessen har det vært tilfeller hvor sakens kompleksitet skaper et så stort behov for materiell veiledning av en selvprosederende part, at retten ikke kan veilede godt nok uten å opptre partisk etter tvisteloven § 11-5 syvende ledd.⁴⁵ Et alternativ vil da være å veilede i form av å oppfordre parten til å anskaffe advokat. Problemstillingen vil da være om en slik oppfordring til å anskaffe advokat er god nok veiledning.

Problemstillingen ble tatt opp av Agder lagmannsrett i LA-2014-111873, som omhandlet hvorvidt en skifteavtale mellom tidligere ektefeller var ugyldig. En av anførselene for at avtalen var ugyldig var manglende veiledning fra tingrettens side. Ved avvisningen av denne anførselen uttalte lagmannsretten blant annet at:

«Også en selvprosederende part må ha et eget ansvar for å vurdere sin rettsstilling og hvilke prosessmuligheter han har. Det vises herunder til at B før det saksforberedende rettsmøtet, sterkt ble oppfordret til å søke juridisk bistand. Han har forklart at han vurderte dette, og diskuterte spørsmålet med en av sine døtre, men kom til at han hadde slik oversikt over saken at han valgte ikke å søke juridiske råd. Ved det har B tatt en bevisst risiko.»

⁴⁵ Se kapittel 3.

Selv om en dom fra lagmannsretten normalt har begrenset rettskildemessig vekt i seg selv, er lagmannsrettens argumentasjon i det konkrete tilfellet overbevisende. Saken står altså slik at parten, dersom han prosederer selv, vil trenge så betydelig veiledning at retten må gå utenfor § 11-5 syvende ledd for å veilede tilstrekkelig. Da er den eneste veiledning retten kan gi å oppfordre parten til å anskaffe advokat. Når parten da velger å avstå fra veiledningen, må han selv ta konsekvensene dersom han ikke evner å prosedere saken selv.

Dersom retten skulle hatt adgang eller plikt til å veilede betydelig i slike tilfeller, vil det ofte ikke være noe poeng å anskaffe advokat, da parten uansett vil kunne kreve omfattende hjelp fra dommeren dersom han velger å opptre selvprosederende. Dette vil uthule advokatordningen, samtidig som at det vil tale klart imot hensynet til upartiskhet og til en «tillitsskapende behandling» for motparten, jf. tvistloven § 1-1. En slik praksis vil også stride klart mot det gjeldende disposisjons- og forhandlingsprinsippet.

At denne type veiledning er et alternativ i saker hvor omfattende veiledning kreves, støttes av en arbeidsgruppen nedsatt av Domstolsadministrasjonen. I sin innstilling til forslag om dommeretiske regler, uttaler den når det gjelder veiledning av selvprosederende parter at «Om nødvendig bør dommeren anbefale den selvprosederende å anta en prosessfullmektig.»⁴⁶

Veiledning i form av en oppfordring til parten om å anskaffe advokat kan etter dette foregå i kompliserte saker i allmennprosessen, med den konsekvens at retten hverken kan eller skal veilede parten på en annen måte, dersom parten velger å avstå fra oppfordringen.

Spørsmålet blir da om denne type veiledning med samme konsekvens for rettens adgang og plikt, kan forekomme i småkravprosessen.

I småkravprosessen er det som nevnt begrensinger på hva partene kan få refundert av advokatutgifter. Det vil derfor være urimelig om retten skal kunne veilede parten til å skaffe advokat, med den virkning at adgangen og plikten til nødvendig veiledning innskrenkes.

Et alternativ er da at rettens adgang og plikt til veiledning av partene, i disse tilfellene må være av større omfang for selvprosederende i småkravprosessen, sammenlignet med

⁴⁶ Arbeidsgruppe oppnevnt av domstoladministrasjonen, ledet av Aasland, Gunnar, s. 64-65.

allmennprosessen. Resultatet i den nevnte lagmannsrettsdommen LA-2014-111873, dersom saken hadde gått som småkravprosess, kunne dermed blitt at retten hadde plikt til å veilede parten om enkelte deler av saken, eller at terskelen mot partiskhet hadde vært høyere.

Dersom saken stiller seg slik at nødvendig veiledning ikke kan gis uten å havne utenfor tvisteloven § 11-5 syvende ledd, vil dette imidlertid være et sterkt argument for at hensynet til «forsvarlig behandling», nødvendiggjør at saken behandles for allmennprosess, jf. tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav d.

Terskelen for tvisteloven § 10-1 tredje ledd er som oppgaven kommer tilbake til høy,⁴⁷ noe som medfører at saker hvor det er relativt stort behov for veiledning parter, vil kunne gå for småkravprosessen.

Ettersom retten på grunn av de begrensede muligheter til å få refundert advokatutgifter ikke kan veilede selvprosederende parter med en oppfordring til å anskaffe advokat, vil retten måtte ha en relativt vid adgang og plikt til veiledning for at saken skal kunne få et godt nok faktisk grunnlag. Dette vil igjen være nødvendig for å oppnå et materielt riktig resultat. Det vil også være nødvendig for en «tillitsskapende behandling» jf. § 1-1, ved at partene ellers vil kunne føle at begrensingene på den rettslige prosessen de ikke har valgt selv, medfører at de ikke får ført for eksempel relevante påstandsgrunnlag.

⁴⁷ Se kapittel 4.1

3 Rettens adgang til materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd i småkravprosessen

3.1 Reguleringen av den materielle veiledningsadgangen

Tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd regulerer rettens adgang til materiell veiledning i småkravprosessen.⁴⁸

Av tvisteloven § 11-5 fjerde ledd framgår det at retten «kan» veilede en part om å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål. Femte ledd sier at retten «kan» veilede om bevis. Ordlyden av «kan» tilsier at retten har en adgang til å oppfordre en part til å ta standpunkt til spørsmål og bevis parten ikke har berørt.

Tvisteloven § 11-5 syvende ledd setter imidlertid begrensinger på rettens adgang til veiledning etter fjerde og femte ledd. Her framgår det at retten ikke kan utøve sin materielle veiledning på en måte som svekker tillitten til at den er «upartisk». Videre kan ikke retten gi råd om hvilke «standpunkt» partene bør innta til tvistes spørsmål eller hvilke «prosesshandlinger» de bør foreta.

Som nevnt kan konsekvensene av brudd på § 11-5 syvende ledd være saksbehandlingsfeil som fører til opphevelse av dommen dersom det er «nærliggende» at feilen har hatt innvirkning på utfallet av saken, jf. § 29-21 første ledd. I tillegg kan brudd på syvende ledd medføre at dommeren anses inhabil etter domstoloven⁴⁹ § 108. Dette vil være en absolutt opphevelsesgrunn etter tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b, da det medfører at retten ikke er «lovlig sammensatt».

⁴⁸ Av tvisteloven § 10-2 andre ledd følger det at retten skal gi «nødvendig veiledning etter § 11-5» i den saksforberedende fasen. Av NOU 32: A s. 341 følger at § 11-5 også gjelder for rettsmøtet.

⁴⁹ Lov 13. August 1915 nr. 5 om domstolene (domstoloven).

3.2 Viktigheten av å unngå ensidig engasjering for en part

Dersom retten ved sin materielle veiledning til en av partene skal unngå å bli ansett partisk etter § 11-5 syvende ledd, er det sentralt at den andre parten får tid og anledning til kontradiksjon. Det er eksplisitt regulert gjennom tvisteloven § 11-1 tredje ledd at retten ikke kan bygge på et faktisk grunnlag som «partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om.»

Det framgår av proposisjonen at dersom veiledning om for eksempel et nytt påstandsgrunnlag ikke skal stride mot grensen for partiskhet etter syvende ledd, kreves det at motparten «...får en sterk oppfordring til å imøtegå det nye påstandsgrunnlaget, og at retten setter av rimelig tid til at det kan bli gjort.»⁵⁰

Materiell veiledning hvor motparten ikke får tid og anledning til å områ og forberede seg, kan i tillegg til brudd på tvisteloven § 11-5 syvende ledd, medføre brudd på kontradiksjonsprinsippet etter tvisteloven § 1-1 andre ledd. Også dette kan være saksbehandlingsfeil som kan ha betydning for avgjørelsen, jf. § 29-21 første ledd.⁵¹

For å unngå å opptre partisk etter § 11-5 syvende ledd er det videre viktig at retten ikke engasjerer seg for eller mot en part.⁵² Dette gjelder også for selvprosederende parter i en småkravprosess, da en ordning hvor retten skal ivareta en parts interesser, vil stride mot dens funksjon som nøytral konfliktløser.⁵³

En sammenligning med tvisteloven § 12-1 kan ytterligere illustrere at det ved grensen mot partiskhet, er viktig at retten ved sin veiledning ikke engasjerer seg til fordel for en part. Av § 12-1 andre ledd framgår det at en selvprosederende part blant annet kan inngi stevning og tilsvær muntlig, som retten deretter har plikt til å sette opp som prosesskriv. Av § 12-1 fjerde ledd framgår videre at den dommeren som gir bistand etter andre ledd, «ikke kan delta i den videre behandling av saken.»

Lovgiver har her direkte regulert at veiledning fra retten om stevning og tilsvær er nødvendig overfor selvprosederende parter, men at det er en type veiledning som er så

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

⁵¹ Bernt og Mykland s. 349.

⁵² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

⁵³ NOU 2001: 32 A s. 139.

partisk at dommeren ikke kan behandle saken videre. Dette illustrerer at der retten ensidig engasjerer seg for en part, vil den raskt oppfattes som partisk. Dette styrkes av at det i utgangspunktet jobben til en prosessfullmektig å utforme stevning og tilsvar.

Skjevheten som oppstår når dommeren må veilede parten etter § 12-1, blir da utlignet ved at det direkte reguleres at dommeren ikke kan behandle saken videre

Ved materiell veiledning utenom det som er regulert i § 12-1 andre ledd, er det ingen direkte regulering som sier at den som veileder under saksforberedelsen ikke kan behandle saken videre. Engasjering for en part på grunn av veiledning som strider mot § 11-5 syvende ledd, vil dermed ikke ha en slik utligning som § 12-1.

Sammenheng i regelverket tilsier imidlertid at en tilsvarende engasjering for en part om utforming av stevning og tilsvar, må resultere i at dommeren har opptrådt partisk etter § 11-5 syvende ledd. Dommeren har dermed ikke adgang til å utøve den type veiledning.

Der veiledningen får karakter av at retten hjelper parten, uten å gi noe til den andre parten, vil her tale for brudd på § 11-5 syvende ledd. Dette gjelder uavhengig av om den andre parten evner å fremme alle de relevante sider av saken sin på en god måte uten hjelp.

Bestemmelsen i § 12-1 kan også illustrerer viktigheten av kontradiksjon for å unngå partiskhet ved veiledning. Dersom retten hjelper en part med utformingen av en stevning eller et tilsvar, vil dette være en et ensidig engasjement, der den andre parten ikke får noen mulighet til kontradiksjon. Dersom det er tilfellet skal det svært lite til for å konstatere at retten har opptrådt partisk etter § 11-5 syvende ledd.

3.3 Viktigheten av hvordan retten veileder partene

Et typisk eksempel på veiledning etter § 11-5 fjerde ledd, er veiledning om et relevant påstandsgrunnlag, som parten ikke har påberopt.

Manglende påberopelse av påstandsgrunnlag fra partenes side skyldes ofte at de ikke har hatt tilstrekkelig oppmerksomhet mot visse rettsregler, som igjen har medført manglende forståelse av de faktiske omstendighetene av betydning for saken.⁵⁴ Dette vil være typisk for de selvprosederende ikke-juristene som det er stort innslag av i småkravprosessen.

I disse tilfellene kan retten veilede ved å redegjøre for hvordan rettsregelen kan forstås, samt hvilke ytre omstendigheter som er til stede i saken og som kan tenkes å utløse virkningen av den aktuelle rettsregelen. Deretter bør retten spørre parten hva han tenker om rettsregelen, og om han ønsker å påberope seg det aktuelle påstandsgrunnlaget.⁵⁵ Retten skal altså ikke automatisk kunne anvende en ny rettsregel, da det fortsatt er partene som endelig bestemmer om de vil benytte seg av veiledningen.

Et eksempel på hvordan dette kan gjøres er Rt. 1992 s. 506 (Factoring Finans)⁵⁶, der dommeren tok opp spørsmålet om det i det hele tatt forelå en overdragelse, noe prosessfullmektigen til den ene parten deretter påberopte som påstandsgrunnlag. Retten tok altså ikke stilling til påstandsgrunnlaget før det var påberopt av parten.

Forarbeidene uttaler videre at det kan tenkes situasjoner hvor retten kan gjøre oppmerksom på et mulig påstandsgrunnlag der den ikke kjenner de faktiske forhold godt nok til å vite om rettsregelen faktisk kommer til anvendelse. Ettersom retten i disse tilfellene ikke er sikker på om rettsregelen kan anvendes, kreves det at påstandsgrunnlaget vil utløse en rettsregel som ligger nærme det som allerede er påberopt.⁵⁷

Hvis veiledningen er noe helt nytt og ikke ligger nært påstandsgrunnlag som allerede er påberopt vil retten raskt anses partisk etter § 11-5 syvende ledd. Slik veiledning vil være å gå for langt i å hjelpe en part. Samtidig vil et påstandsgrunnlag som ikke er nærliggende til det partene allerede har fremmet, kreve mer forberedelser fra partene, som igjen vil bryte med hensynet til en rask og effektiv behandling. Dette er sentrale hensyn etter tvisteloven § 1-1, og spesielt sentralt i småkravprosessen.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 og 407.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406 og 407.

⁵⁶ Se en redegjørelse for saksforholdet i dommen under kapittel 3.4

⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

Det er viktig å understreke at parten selv må undersøke om det aktuelle påstandsgrunnlaget som retten har forespurt kan være aktuelt. Dersom retten tar på seg denne undersøkende rollen som en del av veiledningen, vil også det kunne føre til at den anses som partisk etter § 11-5 syvende ledd.

Det blir videre fremhevet i forarbeidene at veiledning om påstandsgrunnlag som parten ikke har merket seg og som kan tenkes å føre fram, er særlig viktig for retten å være bevisst på. Bakgrunnen for dette er at rettskraftreglene hindrer at et påstandsgrunnlag som ikke er anført kan bli påberopt dersom ny sak reises.⁵⁸ Manglende veiledning på dette området vil dermed i verste fall føre til at et påstandsgrunnlag som ville ført fram nektes fremmet i ny sak. Resultatet av dette vil i verste fall være at parten lider rettstap, og i beste fall at anken besluttes fremmet etter tvisteloven § 29-13 første ledd, som igjen vil føre til ekstra kostnader og tidsbruk. På dette grunnlag er det mer essensielt at retten veileder om nye påstandsgrunnlag framfor nye påstander og krav.⁵⁹

Retten har også adgang til å veilede partene etter fjerde ledd der de ser det som nærliggende at det kan utledes for eksempel et annet påstandsgrunnlag av partenes anførte bevis enn det de selv har påberopt. Retten bør i disse tilfellene be om partenes standpunkter til det de finner nærliggende at kan utledes av de anførte bevis.⁶⁰ Også for dette tilfellet er det imidlertid sentralt, både av hensyn til rettens partiskhet og en rask og effektiv behandling, at påstandsgrunnlaget er nært tilknyttet de allerede anførte bevis. Et eksempel på denne type veiledning vil være at bevisene indikerer at et krav er klart foreldet, men parten har ikke påberopt seg dette.⁶¹

Denne type veiledning innebærer også at saken blir bedre opplyst. Bevisene ses på fra en ny vinkel, i tillegg til at partene får en foranledning til å underbygge sin forståelse av bevisene ytterligere. Veiledningen vil dermed kunne bidra til at sjansen for et materielt riktig resultat øker.

⁵⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

⁶¹ Dette eksempelet drøftes for oppstilles av plikt i kapittel 4.2.1. Se også forarbeidsuttalelsen fra NOU 2001: 32 A s. 139, gjengitt i kapittel 2.4.1, hvor foreldelse brukes som eksempel på en situasjon hvor det kan være adgang til veiledning av selvprosjederende parter.

Det vil videre virke «tillitsskapende» etter tvisteloven § 1-1, om de anførte bevis fra partene blir anvendt på flere relevante påstandsgrunnlag. Parten vil da føle at de bevis han har brukt tid på å finne får en større virkning, noe som igjen kan bidra til at parten føler at prosessopplegget hans blir respektert. Dersom parten har anført bevis som kan brukes til å underbygge et annet påstandsgrunnlag, vil i tillegg mye av jobben for argumentasjonen for dette påstandsgrunnlaget være gjort, noe som medfører at veiledningen i mindre grad vil gå ut over konsentrasjonen i prosessen og dermed tiden den tar.

Denne typen veiledning er særlig aktuelt overfor selvprosederende parter. Grunnen til det er at selvprosederende parter uten juridisk bakgrunn, ofte vil ha vanskelig for å se hvilke påstandsgrunnlag som kan utledes av bevisene de fører.⁶²

Av tvisteloven § 11-5 femte ledd framgår det at retten «kan oppfordre en part til å tilby bevis». Denne adgangen innebærer et unntak fra hovedregelen i tvisteloven § 11-2 andre ledd, hvor det følger at partene har hovedansvaret for bevisføringen. Denne rollefordelingen utgjør en sentral del av det tidligere nevnte forhandlingsprinsippet, og denne adgangen må dermed utøves med forsiktighet fra rettens side.⁶³

Av forarbeidene følger det at dersom retten veileder parten om å tilby nye bevis, vil det lett kunne virke som at de mener at partens påberopte faktum vanskelig kan legges til grunn. Dette kan videre virke som en forhåndsoppfatning fra rettens side, noe som er svært uheldig for opprettholdelsen av rettens upartiskhet etter § 11-5 syvende ledd.⁶⁴

På en annen side er materiell veiledning ment å være en fordel for parten.⁶⁵ Dersom retten skulle ha en oppfatning av at det ikke er framlagt nok bevis fra parten for at dens påberopte faktum kan legges til grunn, er dette en oppfatning retten har uavhengig av om den veileder eller ikke. Slik sett kan veiledning være den eneste måten parten kan vinne fram på.

Adgangen til å veilede om bevis etter femte ledd må dermed tilsvarende som med påstandsgrunnlag være relativt vid i småkravprosessen. Dette forutsetter imidlertid at hensyn

⁶² NOU 32: A s. 139.

⁶³ Bernt og Mykland s. 353.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

⁶⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

til kontradiksjon et ivaretatt. I tillegg må det også ved veiledning om bevis være en viss nærhet mellom bevisene det veiledes om og for eksempel de påstandsgrunnlagene de skal underbygge.⁶⁶

3.4 Viktigheten av tidspunktet retten veileder på

På tross av at reglene om materiell veiledning gjør seg gjeldende også for rettsmøtet i småkravprosessen, vil dette være en svært sen del av prosessen å veilede på. Bakgrunnen for dette er at rettsmøtet i all hovedsak skal foregå på en dag, jf. tvisteloven § 10-3 andre ledd tredje setning. Veiledning i rettsmøtet vil dermed ofte føre til at sakene må utsettes ettersom veiledning etter § 11-5 fjerde og femte ledd stort sett krever en del forberedelser fra partene.⁶⁷

Når småkravprosessen i tillegg skal være særlig konsentrert, rask og proporsjonal,⁶⁸ vil det være vanskelig å rettferdiggjøre slike utsettelse.

På en annen side har Høyesterett selv gått langt i sin egen materielle veiledning på et sent stadium av prosessen i Rt. 1992 s. 504 (Factoring Finans). Spørsmålet i saken var om debitor cessus for en overdratt fordring hadde rett til å motregne overfor cesjonaren med sitt krav på cedenten. I hovedforhandlingen for Høyesterett tok en av dommerne opp om det i det hele tatt forelå en overdratt fordring, eller om fordringen bare måtte anses å være overgitt til inkasso. Resultatet ville da bli at motkravet til debitor cessus var mot cesjonaren, slik at motregningskravet uansett ville føre fram. Dette anførte så prosessfullmektigen til debitor cessus. Høyesterett avgjorde deretter saken på bakgrunn av dette påstandsgrunnlaget.

At Høyesterett veileder i form av nytt påstandsgrunnlag så sent som i hovedforhandlingen, tilsier at det er en åpning veiledning etter fjerde og femte ledd på et relativt sent stadium av saken.

Det kan imidlertid stilles spørsmål ved om Høyesterett hadde gode grunner for denne type veiledning så sent i prosessen. Partene hadde på grunn av det sene tidspunktet veiledningen

⁶⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 407.

⁶⁷ Eldjarn s. 282.

⁶⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

kom på, liten tid til å forberede argumentasjon for eller mot om det forelå en overdragelse. I tillegg gikk saken for siste instans, og avgjørelsen til Høyesterett om at det forelå en overdragelse kunne dermed ikke overprøves.

Det er i tillegg en omfattende veiledning i form av et nytt påstandsgrunnlag, som kan tenkes å komme i grenseland mot partiskhet etter § 11-5 syvende ledd, selv om det hadde vært satt fram tidligere. Dette er bakgrunnen for at Skoghøy mener at Høyesterett her gikk for langt i sin veiledning.⁶⁹

I tillegg taler sterke hensyn, som hensynet til kontradiksjon, mot en så sen oppfordring fra retten til å ta stilling til et nytt påstandsgrunnlag. Høyesterett drøfter heller ikke problematikken ved hverken tidspunktet eller omfanget av veiledningen den selv gjør. Dette tilsier at Høyesterettsdommen får mindre vekt i retning av at sen veiledning etter fjerde og femte ledd er relativt uproblematisk mot § 11-5 syvende ledd.

På en annen side taler hensynene som gjør seg gjeldende i småkravprosessen, for eksempel til et stort innslag av selvprosederende parter, for at det er en lavere terskel for retten til å veilede om et nytt påstandsgrunnlag der, sammenlignet med hovedforhandlingen i Høyesterett. I den aktuelle dommen hadde parten som ble veiledet prosessfullmektig. Terskelen for veiledning vil i utgangspunktet være lavere for de selvprosederende parter som det er stort innslag av i småkravprosessen.⁷⁰ Dette taler for en vid adgang for veiledning etter § 11-5 fjerde og femte ledd.

I tillegg har som nevnt synet på materiell veiledning utviklet seg siden 1992. Generelt er det åpnet opp for mer materiell veiledning enn tilfellet var da denne Høyesterettsdommen ble avsagt.⁷¹ Det at Høyesterett gjør denne type veiledning i 1992, tilsier at det utvilsomt burde være innenfor grensen til § 11-5 syvende ledd i småkravprosessen.

I dommen var veiledningen i tillegg en helt sentral forutsetning for domsavgjørelsen, da påstandsgrunnlaget retten veiledet om, avgjorde saken. Dette kan tale for at de tilfellene hvor veiledningen er av avgjørende betydning for saken, bør det være stort rom for veiledning av

⁶⁹ Skoghøy s. 965.

⁷⁰ Se imidlertid nyansen mot parter med advokater som gjør en mangelfull jobb i kapittel 2.4.1.

⁷¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

hensyn til at saken får en materielt riktig avgjørelse. Dette styrkes av at det i proposisjonen framgår at et sentralt hensyn for veiledning etter fjerde og femte ledd er å sikre materielt riktige avgjørelser.⁷²

På en annen side vil sen veiledning i større grad kunne oppfattes som rettens standpunkt, og dermed være avgjørende for utfallet av saken. Dette gjelder særlig materiell veiledning etter fjerde og femte ledd, som kan ha avgjørende betydning for saken. Dette lett kan gi inntrykk av at retten har tatt et standpunkt for at det aktuelle påstandsgrunnlaget eller beviset har gode grunner for seg.⁷³

En type veiledning som gir inntrykk av at retten har tatt et standpunkt, vil være svært uheldig for grensen mot partiskhet etter § 11-5 syvende ledd. Det vil videre virke lite «tillitsskapende» etter tvisteloven § 1-1 om den ene parten får inntrykk av at retten tar side med motparten på et grunnlag motparten ikke selv har kommet med.

På en annen side vil et påstandsgrunnlag som klart vil føre fram for den ene parten, ikke kreve så mye bevisføring, slik at utsettelse unngås.⁷⁴ Det er også slik at dersom det foreligger et grunnlag som klart fører fram for motparten, vil det gi et rettferdig resultat om det fremmes.

I tillegg er sakene i småkravprosessen generelt sett dårligere forberedt fra partens side, ettersom partene stort sett er selvprosederende. Resultatet av dette vil ofte bli at dommeren først under rettsmøtet, når partene forklarer seg, blir oppmerksom på et mulig påstandsgrunnlag. Dette medfører at det ofte vil være vanskelig for retten å bedrive materiell veiledning på et tidlig tidspunkt.

Samlet sett tilsier imidlertid rettskildebildet at materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd sjeldent vil kunne forekomme under rettsmøtet, og at rettens materielle veiledning av partene i småkravprosessen i all hovedsak må foregå under saksforberedelsen.

⁷² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 170.

⁷³ Eldjarn s. 154.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 172.

I saksforberedelsen vil imidlertid adgangen for retten til å veilede etter fjerde og femte ledd i småkravprosessen være relativt vid. Dette forutsetter imidlertid at hensynet til kontradiksjon ivaretas og det er nærliggende at veiledningen kan få avgjørende betydning i saken.

4 Rettens plikt til materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd i småkravprosessen

4.1 Når har retten en plikt til veiledning?

Ordlyden i tvisteloven § 11-5 fjerde og femte ledd tilsier at retten kun har en adgang, og ikke en plikt til å veilede om rettslige og faktiske spørsmål, og bevis. Dette støttes av forarbeidene, hvor det følger at ” Som hovedregel har retten ingen plikt til å gjøre partene oppmerksom på nye påstandsgrunnlag...”⁷⁵

Det er følger imidlertid som nevnt av forarbeidene og teori at det i særegne tilfeller kan oppstå en plikt for retten til å veilede etter fjerde og femte ledd.⁷⁶ Til støtte for dette standpunktet er også § 11-5 andre ledd, hvor det følger at retten i samsvar med tredje til syvende ledd «skal» gi veiledning som bidrar til et materielt riktig resultat.

Problemstillingen blir dermed i hvilke tilfeller retten kan ha en slik plikt, med det resultat at dommen kan bli opphevet etter tvisteloven § 29-21 første ledd.

Det er i tillegg som nevnt partene som etter disposisjons- og forhandlingsprinsippet i utgangspunktet er ansvarlig for opplysning om de forhold som er omfattet av fjerde og femte ledd.⁷⁷ Dersom retten skal ha en plikt til å veilede om faktiske og rettslige spørsmål eller bevis, vil det være i sterk kontrast til disse sentrale prinsippene. Dette tilsier en høy terskel for oppstilling av en veiledningsplikt etter fjerde og femte ledd.

Dersom det skulle være en vid plikt til å veilede om for eksempel nye påstandsgrunnlag, vil det få en prosessdrivende virkning. En slik praksis vil legge opp til mange anker fra den tapende part, for eksempel der han mener at retten ikke har veiledet om et relevant påstandsgrunnlag.

Målet om å unngå prosessdrivende regler gjør seg særlig gjeldende i småkravprosessen, der formålet til en «rask» og «effektiv» behandling etter tvisteloven § 1-1 er mer sentralt enn i

⁷⁵ NOU 2001: 32 B s. 709.

⁷⁶ Se kapittel 2.1.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406.

allmenprosessen.⁷⁸ Ønsket om å unngå prosessdrivende regler i småkravprosessen, støttes videre av ankebegrensningen etter lagmannsretten etter tvisteloven § 29-13 første ledd.⁷⁹ Det følger av proposisjonen at det er bevisst at grensen på 125.000 kroner for samtykke til lagmannsretten og behandling i småkravprosessen etter § 10-1 andre ledd bokstav a er sammenfallende.⁸⁰

Det vil heller ikke være «tillitsskapende» etter § 1-1 dersom parter som vinner fram i en sak, hele tiden skal måtte bekymre seg for at retten hadde en veiledningsplikt overfor den andre parten. En slik prosessdrivende veiledningsplikt vil kunne gjøre det vanskelig for den vinnende part å innrette seg etter en avgjørelse.

Det må etter dette anses å være en svært høy terskel før retten har en plikt til å veilede etter fjerde og femte ledd.

Av forarbeidene framgår det at veiledningsplikt etter fjerde og femte ledd unntaksvis kan oppstilles «...der saken er av stor betydning for parten, påstandsgrunnlaget som ikke er påberopt er klart relevant og det vil medføre et rettstap for parten om han ikke får påberope den.»⁸¹

I småkravprosessen dreier sakene seg om relativt små verdier, noe som kan tilsi at sakene ikke vil ha stor betydning for parten. Det kan tale for at det generelt skal mer til for å oppstille en veiledningsplikt i småkravprosessen sammenlignet med allmennprosessen.

På en annen side er det klart at også små krav kan ha relativt stor betydning for privatpersoner, både økonomisk og prinsipielt.⁸² I tillegg er hele poenget med småkravprosessen at sakene har små verdier, og det vil da være merkelig om dette i seg selv skal være et tungtveiende moment mot å oppstille en plikt til veiledning.

I konkrete saker innen småkravprosessen, er det imidlertid klart at den relative betydningen saken har for parten, har innvirkning på om det konstateres en veiledningsplikt. Her er det

⁷⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 197.

⁷⁹ Se en utfyllende drøftelse av ankebegrensningen i kapittel 2.3.2.

⁸⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 198.

⁸¹ NOU 2001: 32 B s. 709.

⁸² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 194.

naturlig at det trekkes inn både hvor lite tvistebeløpet er i seg selv sammenlignet med maksimumsgrensen på 125.000 kroner, tvistebeløpets betydning for parten og den prinsipielle betydningen saken eventuelt har for parten.

Et eksempel på en sak hvor Høyesterett har funnet at retten har brutt veiledningsplikten er Rt. 1950 s. 981. Et ektepar hadde flyttet inn i en smie på en gård, som de på et tidspunkt ble kastet ut fra. Ekteparet mente imidlertid at det ikke forelå tvangsgrunnlag for utkastelsen, da det forelå en muntlig avtale med gårdseieren om kjøp av smia.

Lagmannsretten fant ikke dette bevist, og tok begjæringen om utkastelse av ekteparet til følge.

Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet imidlertid dommen, da de mente at lagmannsretten burde opplyst og oppfordret ekteparet om å ta stilling til nye bevis som kunne underbygge eierskapet til smia. Høyesterett sa at flere påberopelser fra ekteparet burde vært søkt opplyst bedre fra lagmannsretten. Dette måtte ha foregått ved at lagmannsretten oppfordret ekteparet til måter de kunne føre bevis for sine argumenter for eierforholdet. Resultatet ble at lagmannsretten hadde begått en saksbehandlingsfeil som kunne hatt betydning for utfallet av saken, og dommen ble dermed opphevet.

Dommen ble avsagt før tvisteloven, så § 11-5 femte ledd ble ikke brukt som hjemmel for at det ble oppstilt plikt til å veilede om nye bevis. Hadde dommen blitt avsagt i dag, er det imidlertid liten tvil om at femte ledd kunne blitt brukt som rettsgrunnlag.

Tvistemålsutvalget nevner dommen som et eksempel på at Høyesterett mener at lagmannsretten hadde en veiledningsplikt om et nytt påstandsgrunnlag.⁸³ Da Høyesterett mener at lagmannsretten skulle veiledet om «nye opplysninger», er det mest nærliggende at Høyesterett ikke sikter til veiledning om et nytt påstandsgrunnlag, men om nye bevis. Denne tolkningsforskjellen har imidlertid ikke noen betydning her, da terskelen for veiledningsplikt etter fjerde og femte ledd er sammenfallende.

Dommen ble avsagt etter tvistemålslovens regler, der det generelt var mindre adgang og plikt til materiell veiledning.⁸⁴ Dommen ble i tillegg avsagt så tidlig som i 1950, da

⁸³ NOU 2001: B 32 s. 709.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 173.

utviklingen i retning av en utvidet adgang og plikt til veiledning ikke hadde kommet særlig langt. Dette tilsier at det etter tvisteloven § 11-5 femte ledd, ville blitt stilt opp en plikt til veiledning med det samme saksforholdet som for den aktuelle Høyesterettsdommen.

Saken gikk for allmennprosessen, men ettersom reguleringen av veiledningsplikten er tilsvarende i småkravprosessen, har dommen klar overføringsverdi. Det at behovet for veiledning i tillegg generelt er større i småkravprosessen, tilsier at det ville blitt oppstilt en veiledningsplikt etter § 11-5 femte ledd, dersom det aktuelle saksforholdet hadde blitt behandlet i småkravprosessen.

Dommen er imidlertid svært kort, så det framgår ikke i særlig grad hva Høyesterett vektlegger når de mener lagmannsretten skulle ha sørget for å veilede ekteparet. Dette gjør det vanskelig å stille opp noen momenter for Høyesteretts vurdering.

Høyesterett virker imidlertid å vektlegge at partene har fremmet konkrete situasjoner de mener underbygger eierforholdet, og at problemet er manglende bevisføring for disse argumentene. I et slikt tilfelle vil veiledningen som kreves være mindre tidkrevende for retten, sammenlignet med for eksempel veiledning om bevis for påstandsgrunnlaget generelt. En veiledningsplikt for dette typetilfellet er dermed godt i samsvar med formålet til en «rask og effektiv» behandling, jf. tvisteloven § 1-1.

Der parten selv har kommet med faktiske situasjoner de mener underbygger påstandsgrunnlaget, får veiledningen også et mindre partisk preg, da parten ved å fremme situasjonene har gjort en del av jobben selv. Veiledningen er da mer nærliggende til det parten selv har gjort, noe som gjør den mindre partisk. Som nevnt i kapittel 3.3 har det betydning ved vurderingen av adgangen om veiledningen er nærliggende til det parten allerede har påberopt. Dette vil også være et relevant vurderingsmoment for om det kan oppstilles en plikt. På grunn av at veiledningen vil bygge på allerede framsatte påberopelser fra parten, vil heller ikke retten få den «undersøkende eller granskende rolle» som proposisjonen advarer mot.⁸⁵

⁸⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 406.

Dette støttes av uttalelsen i LA-2014-111873.⁸⁶ Her heter det at materiell veiledning må avgrenses til veiledning som er nærliggende at vil ha avgjørende betydning «vurdert på den informasjon partene tilfører dommeren.»

Høyesterettsdommen kan dermed illustrere noen typiske omstendigheter hvor det er naturlig at retten kan ha en plikt til å veilede om bevis. Situasjonen er da at parten selv har framsatt situasjoner de mener underbygger påstandsgrunnlaget, men ikke er stand til selv å fremsette bevis for situasjonene på en god måte.

Dersom det ikke veiledes i disse tilfellene, vil parten føle at han kommer med argumenter som kan være avgjørende for saken, men som han grunnet manglende veiledning, ikke får mulighet til å underbygge. Veiledningsplikt på dette området vil dermed være godt i samsvar med formålet til en «tillitsskapende behandling», etter § 1-1. Grunnen til det er at veiledning vil bidra til å respektere partenes prosessopplegg, ved at argumenterende deres blir underbygget på en måte som gjør at de kan bli vektlagt i avgjørelsen.

Da saken videre vil bli bedre opplyst av denne type veiledning, vil også hensynet til materielt riktige resultater tale for en veiledningsplikt for tilfeller som Høyesterettsdommen fra 1950.

Et eksempel som kan illustrere omstendigheter som tilsier en vid plikt til å veilede er den nevnte dommen inntatt i HR-2018-1369-U. Spørsmålet i dommen var om en sak skulle gå for småkravprosessen eller allmennprosessen etter tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav d. Selv om saken ikke omhandlet veiledningsplikt, anga Høyesteretts avgjørelse om å la saken gå for småkravprosessen, noen omstendigheter som har overføringsverdi til vurderingen av når det kan oppstilles en veiledningsplikt.

Saksforholdet i dommen var om en part kunne heve to festivalbilletter på grunn av at en artist meldte avbud og ble erstattet med en annen, på tross av at billettene hadde en klausul at dette ikke lot seg gjøre.

⁸⁶ Se kapittel 2.4.2 for saksforholdet i dommen.

Begrensingene for saksomkostninger i småkravprosessen⁸⁷, medførte at parten i praksis ikke kunne betale for advokatbistand selv, da tvistesummen kun var på 1520 kroner. Parten fikk imidlertid bistand fra advokat pro bono, men det kan tenkes at parten måtte føre saken uten bistand fra advokat i småkravprosessen. Dette kommer av den høye terskelen etter tvisteloven § 10-1 tredje ledd bokstav b, som Høyesterettsdommen fra 2018 også viser, da en relativt kompleks sak fortsatt ble bestemt at skulle gå for småkravprosessen.

Med den aktuelle Høyesterettsdommen som illustrasjon på momenter som taler for en relativt vid veiledningsplikt, vil det forutsettes i det følgende at parten opptrådte selvprosederende.

I tillegg framgår det av faktum at motparten var en profesjonell part, som hadde lagt saken bredt ut i domstolene, etter at saksøkeren hadde vunnet i forlikrådet. Dette øker kompleksiteten i saken og dermed behovet for veiledning.

Saken var altså bredt anlagt, med et typetilfelle for heving som ikke var avgjort av tidligere praksis. Dette tilsier at det vil være vanskelig for en selvprosederende part å føre de materielle sidene av saken selv på en tilfredsstillende måte, uten relativt omfattende veiledning fra retten.

I et slikt typetilfelle i småkravprosessen vil det hverken være «rettferdig, forsvarlig, eller tillitsskapende», jf. tvisteloven § 1-1, om retten ikke har en relativt vid veiledningsplikt. Noe annet vil medføre stor risiko for at parten taper saken, uten at han får ført saken på en ordentlig måte. Småkravprosessen vil da legge til rette for potensielt urettferdige rettssaker, der kompleksiteten i saken vil gjøre det svært vanskelig for den ene parten å vinne. Dette vil hverken føre til et «rettferdig» resultat, være «forsvarlig» eller være «tillitsskapende» etter tvisteloven § 1-1.

Den nevnte høye terskelen etter § 10-1 tredje ledd bokstav b, kombinert med begrensingen i saksomkostninger, ble problematisert i tingrettsdommen TOSLO-2018-13450, hvor saken det dreide seg om i HR-2018-1369-U ble tatt opp til doms. Tingretten bemerker her at begrensingen medfører at ved saker med små verdier, er forbrukeren ofte tvunget til å

⁸⁷ Se kapittel 2.4.2.

droppe saken, fordi han selv om han vinner saken, vil risikere å tape mye penger ved advokatutleggene.

Bemerkningen til tingretten viser problematikken med sakomkostningsbegrensingen i småkravprosessen, særlig der en profesjonell part står mot en ikke-profesjonell. De to løsningene er da å enten la saken gå for allmennprosessen, eller å ha en relativt vid veiledningsplikt for retten i småkravprosessen. Der retten velger å ikke la saken passere den høye terskel for unntak fra småkravprosessen etter § 10-1 tredje ledd bokstav d, vil resultatet dermed bli at de må ha en relativt vid veiledningsplikt.

Det kan imidlertid problematiseres om denne kombinasjonen av en høy terskel for unntak fra § 10-1 første ledd bokstav a med at det legges opp til selvprosederende parter, medfører at behovet for materiell veiledning blir for stort, i forhold til hva retten har anledning til å gi.

Situasjonen kan da bli at parten på grunn av sakens kompleksitet, ikke har mulighet til å føre saken som selvprosederende på en tilfredsstillende måte. Videre vil reglene om begrensinger i saksomkostninger medføre at partene ikke kan ta seg råd til å anskaffe advokat, da han, særlig ved små tvistebeløp, vil kunne tape mye penger selv om han vinner. Dette kan føre til at retten må ha en svært vid veiledningsplikt for at saken skal kunne føres på en tilfredsstillende måte, noe som igjen vil kunne føre til en uthuling av disposisjons- og forhandlingsprinsippet.

På denne måten kan begrensingene i saksomkostninger i småkravprosessen, som i utgangspunktet på en positiv måte legger opp til mer materiell veiledning, bli et problem. Før dette løses ved for eksempel unntaksbestemmelser fra begrensingene i saksomkostninger eller at det blir lettere å få sakene til allmennprosessen etter § 10-1 tredje ledd bokstav d, blir imidlertid resultatet at retten må ha en relativt vid plikt til å veilede partene i enkelte tilfeller.

4.2 To konkrete eksempler: Kan det oppstilles en veiledningsplikt om foreldelse og oppreisningserstatning?

4.2.1 Foreldelse av innkrevd gjeld der kun avtaleloven⁸⁸ § 36 er påberopt

Ettersom det kun er dommen fra 1950 hvor Høyesterett virker å sette opp en veiledningsplikt, er det vanskelig å si hvilke typetilfeller det er nærliggende at retten har en slik plikt. Det må som nevnt uansett gjøres en helhetsvurdering, der generelle momenter som betydningen saken har for parten, hvor relevant påstandsgrunnlaget eller beviset er, og om det vil medføre rettstap om parten ikke får påberopt det, har betydning.⁸⁹

En situasjon som er nevnt av tvistemålsutvalget, er adgangen for retten til å veilede om foreldelse som påstandsgrunnlag, der parten som det er innkrevd gjeld av, ikke har påberopt seg dette som innsigelse.⁹⁰ Det er utvilsomt at det kan foreligge en adgang for dette tilfelle, særlig i småkravprosessen.⁹¹

Spørsmålet i forlengelsen av dette er om det kan tenkes konkrete tilfeller hvor det oppstilles en plikt for retten til å veilede en part om foreldelse, der dette ikke er påberopt som innsigelse mot et gjeldskrav.

Spørsmålet drøftes kun i forarbeidene mot adgang. Dette kan tilsi at forarbeidene mener at det i utgangspunktet ikke kan være snakk om noen veiledningsplikt, da det er et betydelig spenn fra det retten har adgang til og det den har plikt til å veilede om.

Foreldelse vil i tillegg ofte være et påstandsgrunnlag som ikke er tilgrenset partens andre anførsler, som at det ikke foreligger noen avtale om gjeld, eller at avtalen er urimelig etter avtaleloven § 36. Det at veiledningen innebærer noe helt nytt, og sånn sett ikke ligger nærme det parten allerede har påberopt, taler også mot at det kan oppstilles en plikt.⁹²

⁸⁸ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

⁸⁹ NOU 2001: 32 B s. 709.

⁹⁰ NOU 2001: 32 A s. 139. Se kapittel 2.4.1 der hele sitatet er gjengitt.

⁹¹ Se kapittel 3.3.

⁹² Se kapittel 3.3.

Som hovedregel kan det dermed ikke oppstilles en plikt for retten i småkravprosessen til å veilede om foreldelse der dette ikke er påberopt av parten selv.

Det kan imidlertid problematiseres om det kan gjøres unntak, og oppstilles en plikt for slik veiledning i konkrete tilfeller.

I et tenkt tilfelle mener en fordringshaver at han har et krav på en skyldner på 100.000 kroner. Skyldneren mener at kravet bygger på en avtale som er ugyldig etter avtaleloven § 36. Dette er det eneste påstandsgrunnlaget som er tatt opp som innsigelse mot kravet.

I dette tilfellet kan retten se at foreldelse vil føre fram og vinne saken for parten, dersom de ser at det er over 3 år siden fordringshaveren tidligst kunne kreve oppfyllelse, jf. foreldelsesloven⁹³ §§ 2 og 3 første ledd. Virkningen vil da være at fordringshaveren mister sin rett til oppfyllelse, jf. foreldelsesloven § 24 første ledd. Veiledning om foreldelse vil dermed føre til at parten vinner fram, og vil dermed være svært relevant.

Det er samtidig nærliggende at parten vil lide rettstap dersom det ikke blir veiledet om foreldelse. Risikoen for at parten lider rettstap gjelder særlig i småkravprosessen, der det som nevnt kreves samtykke fra lagmannsretten dersom parten skal kunne få en anke behandlet.⁹⁴

Foreldelsesreglene er i utgangspunktet lett å avgjøre, da det er en klar frist på 3 år. Det kan imidlertid tenkes tilfeller hvor det er vanskelig å avgjøre utgangspunktet for når fordringshaveren tidligst kunne kreve oppfyllelse etter foreldelsesloven § 3 første ledd. Der det kreves slike ytterligere drøftinger av spørsmålet, vil det ikke kunne oppstilles en plikt.

I dette scenarioet vil det imidlertid ut fra informasjonen partene har gitt, være klart at foreldelsesfristen er oversteget. I et slik tilfelle kreves det ikke noe særlig kontradiksjon, ettersom faktum er uomtvistet og kan anvendes direkte på reglene i foreldelsesloven §§ 2 og 3 første ledd. Det ble som nevnt fremhevet i både Rt. 1950 s. 981 og LA-2014-111873,

⁹³ Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven).

⁹⁴ Se kapittel 2.3.2.

at dersom veiledningen bygger på informasjon som allerede er gitt av partene, taler det for oppstilling av en veiledningsplikt.

Veiledning om foreldelse vil i et slikt tilfelle også bidra til en rask og effektiv prosess, ettersom veiledningen tar kort tid, samtidig som at all informasjon for å avgjøre saken på bakgrunn av foreldelsesloven §§ 2 og 3 første ledd, allerede foreligger. Veiledningsplikt her vil også være «tillitsskapende», jf. § 1-1, da retten sørger for at et parten ikke lider rettstap der det foreligger et påstandsgrunnlag som klart vinner fram for parten.

Som nevnt vil det være sentralt ved vurderingen av om det oppstilles en plikt til veiledning, om veiledningen bidrar til en materielt riktig avgjørelse.⁹⁵ I tilfellet ovenfor vil foreldelse avgjøre saken, da fordringshaveren sitt krav bortfaller på grunn av at det er foreldet. Saken får dermed et riktig utfall med veiledning.

Det kan på en annen side virke prosessdrivende om parter som først etter saken er avgjort på et annet grunnlag, blir oppmerksomhet på foreldelse, og anker dommen på grunnlag av at retten hadde en veiledningsplikt.

For selvprosederende parter i småkravprosessen er det imidlertid ikke så klanderverdig å ikke vite om foreldelse som et mulig påstandsgrunnlag.

I dette scenarioet, der retten ut fra informasjonen til partene ser at foreldelsesfristen er oversittet, vil mye tale for at retten vil ha en plikt til å veilede den ene parten etter § 11-5 fjerde ledd, ved å oppfordre han til å se på påstandsgrunnlaget foreldelse.

Det må imidlertid presiseres at det kun unntaksvis vil være en plikt til å veilede om foreldelse, også i småkravprosessen.

⁹⁵ NOU 2001: 32 B s. 709.

4.2.2 Oppreisningserstatning der kun menerstatning er påberopt.

Et annet eksempel hvor det kan være nærliggende å oppstille en veiledningsplikt, er der ulike krav, påstander eller påstandsgrunnlag ligger svært nære hverandre. Et eksempel hvor det kan være nærliggende for retten å veilede om et nytt krav, er der en part har påberopt menerstatning etter skadeserstatningsloven⁹⁶ § 3-2, men ikke oppreisningserstatning etter § 3-5.

Veiledning om nye krav skal det mye til å oppstille en veiledningsplikt om. Kravene er grunnlaget for saken, og en veiledningsplikt for nye krav vil dermed være et stort inngrep i disposisjons- og forhandlingsprinsippet.

Menerstatning og oppreisningserstatning er imidlertid to krav som ligger svært nære hverandre. Etter § 3-2 kreves minst uaktsomhet og økonomisk tap for menerstatning, mens oppreisningserstatning krever minst grov uaktsomhet og ikke økonomisk tap. Der menerstatning er påberopt, vil de eneste nye vurderingen ved oppreisningserstatning være om det foreligger grov uaktsomhet, til forskjell fra kun uaktsomhet, samt den skjønsmessige utmålingen av oppreisningserstatningen.

Dette er like vurderinger, som bygger på samme faktiske grunnlag. Grunnen til det er uaktsomhetsvurderingene og omfanget av skaden, er vurderinger som gjøres ved begge kravene. Vurderingen av oppreisningserstatning er dermed nærliggende til menerstatning, slik at en veiledning sjeldent vil skape utsettelses eller kontradiksjonsproblemer.

Dersom det skal kunne oppstilles en veiledningsplikt om oppreisningserstatning for dette tilfellet, er det en klar forutsetning at veiledningen baserer seg på partenes argumenter for menerstatningen. Dette vil imidlertid ofte være tilfellet for dette typetilfellet.

I tillegg følger det direkte av § 3-5 at oppreisningserstatning kan kreves ved siden av menerstatning. Denne direkte reguleringen tilsier at dette er to svært nærliggende krav, som er meningen at skal kunne behandles i samme sak. Når det på denne måten er forutsatt i lovteksten at grunnlagene kan behandles i samme sak, vil det være lite «tillitsskapende» for

⁹⁶ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven).

rettssystemet jf. § 1-1 dersom det ikke veiledes. Bakgrunnen for det er at en selvprosederende part ikke har så gode forutsetninger til å gjøre vurderinger av ulike erstatningskrav.

Det vil videre ikke stride i særlig grad hverken mot hensynene til partiskhet eller en rask og effektiv prosess om det foreligger veiledningsplikt for dette tilfellet. Det at argumentasjonen vil være såpass lik, vil videre i stor grad hindre utsettelse.

Dette gjelder særlig da det er snakk om alternative krav som virker ved siden av hverandre. Konsekvensen av å ikke få påberopt oppreisningserstatning vil dermed ofte bli rettstap, selv av om parten vinner fram på menerstatning.

Risikoen for rettstap øker i småkravprosessen, da anker etter tvisteloven § 29-13 første ledd krever samtykke fra lagmannsretten.⁹⁷

Også for dette tilfellet vil det være en svært høy terskel for å oppstille en veiledningsplikt, også i småkravprosessen. Dersom de rette omstendighetene er til stede, vil det imidlertid kunne være naturlig at det oppstilles en veiledningsplikt etter § 11-5 fjerde ledd.

⁹⁷ Se kapittel 2.3.2.

5 Avsluttende bemerkninger

Det er utvilsomt at adgangen for retten til å veilede er videre i småkravprosessen sammenlignet med allmennprosessen. Det vil i tillegg være flere konkrete tilfeller hvor det vil kunne oppstilles en veiledningsplikt. Det kommer blant annet av en viss forskyvning fra partene til retten for det materielle i saken, blant annet fordi småkravprosessen i sine bestemmelser legger til rette for at partene skal opptre uten advokat.

Veiledning blir da en forutsetning både for en «tillitsskapende behandling» etter tvisteloven § 1-1, og for materielt riktige resultater. Det er da problematisk når rettskildene sier så lite om adgang og plikt til materiell veiledning i småkravprosessen. Dette gjelder særlig når prosessen er ment å være praktisk viktig, og helt sentral for å skape «access to justice» for små og mellomstore krav. Dette er igjen en forutsetning for «rettferdig rettergang» etter EMK artikkel 6.

Det ble uttrykt bekymring for småkravprosessen fra Nedre Romerike tingrett, fordi det store innslaget av selvprosederende parter trolig ville medføre økte utfordringer for dommerne på grunn av behovet selvprosederende har for juridisk bistand.⁹⁸ Som denne avhandlingen har vist, er dette en velbegrunnet bekymring. Det vil dermed være viktig å få en klargjøring av grensene for rettens adgang til veiledning, og for når det kan oppstille en veiledningsplikt i småkravprosessen. Dette vil gagne både retten, partene og samfunnets behov for rettssikkerhet.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 196.

6 Litteraturliste

Bøker

Backer, Inge Lorange, *Norsk Sivilprosess*, (Oslo 2015).

Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, (Oslo 2016).

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, (Oslo 2012)

Mæland, John Henry, *Kort prosess*, (Bergen 2013).

Skoghøy, Jens Edvin, *Tvisteløsning*, 3. Utgave, (Oslo 2017).

Artikler

Arbeidsgruppe oppnevnt av domstoladministrasjonen, ledet av Aasland, Gunnar, Etske regler for dommere – utkast fra arbeidsgruppe oppnevnt av Domstoladministrasjonen, 2007, s. 64-65

Bernt, Camilla og Mykland, Solfrid, ”Materiell prosessledning”, *Perspektiver på Jordskifte*, (Oslo 2009).

Lover

Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)

Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)

Lov 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Domsregister

Høyesterett:

Rt. 1950 side 981

Rt. 1963 side 996

Rt. 1992 side 504

Rt. 1993 side 647

HR-2018-1369-U

Lagmannsrett:

LA-2014-111873

Tingrett:

TOSLO-2018-13450

Forarbeider

NOU 2001: 32 Rett på sak, Lov om tvisteløsning (tvisteloven) bind A og bind B.

Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).