

Rettens materielle veiledning av partene i sivile saker

Twisteloven § 11-5 andre til syvende ledd

Kandidatnummer: 30

Antall ord: 14963



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.06.2021

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING	2
1.1 Tema, problemstilling og begrepsbruk.....	2
1.2 Rettslig plassering av emnet og avgrensninger.....	4
1.3 Rettskildebildet og metode.....	5
1.4 Partsprosess og sentrale formål.....	6
1.5 Den videre fremstillingen.....	8
2 RETTENS KLARGJØRINGSPLIKT	9
2.1 Innledning.....	9
2.2 Klargjøringsplikts innhold.....	10
2.3 Forholdet til kontradiksjonsprinsippet.....	12
2.4 Nærmere om klargjøringsplikts omfang.....	14
3 RETTENS ADGANG TIL MATERIELL VEILEDNING	16
3.1 Innledning.....	16
3.2 Hva retten kan veilede om etter fjerde og femte ledd.....	17
3.3 Rettens «kan»-skjønn.....	18
3.3.1 Generelle betraktninger.....	18
3.3.2 Rettens helhetsvurdering med fokus på nye påstandsgrunnlag.....	21
3.3.3 Særlig om selvprosederende parter.....	24
4 RETTENS UNNTAKSVISE PLIKT TIL MATERIELL VEILEDNING	27
4.1 Innledning.....	27
4.2 Rettslig forankring av veiledningsplikten.....	27
4.3 Under hvilke omstendigheter kan retten ha veiledningsplikt?.....	28
4.3.1 Er sakens betydning for parten et kumulativt vilkår?.....	36
4.3.2 Betydningen av at parten er selvprosederende.....	38
4.3.3 Oppsummering av pliktspørsmålet.....	39
4.3.4 Veiledningsplikt om nye krav og påstander?.....	40
5 RETTENS UPARTISKHET	42
5.1 Innledning.....	42
5.2 Rettens upartiskhet som skranke for dens materielle veiledning.....	42
6 AVSLUTNING	47
KILDELISTE	48

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og begrepsbruk

Avhandlingens tema er rettens materielle veiledning av partene i sivile saker. Slik veiledning er et viktig middel for å oppnå et av hovedformålene i sivilprosessen, nemlig at retten treffer materielt riktige avgjørelser. Dette har sammenheng med at tvisteloven¹ legger opp til en partsprosess ved behandlingen av sivile saker, der partene pålegges å argumentere og føre bevis for sin sak.² Derfor er det viktig at partenes krav, bevis, påstandsgrunnlag og påstander, fremstår så klare og tydelige som mulig. Videre er retten, i saker der partene har fri rådighet, bundet av de rammene som partene trekker opp ved sine prosesshandlinger.³ Derfor kan det være avgjørende for rettens *mulighet* til å treffe en materielt riktig avgjørelse, at partene settes på sporet av nye faktiske eller rettslige spørsmål.

Reglene om materiell veiledning er forankret i tvisteloven § 11-5. Denne paragrafen er forholdsvis enkelt bygget opp, og den regulerer to hovedformer for veiledning. Herunder *prosessuell* veiledning etter første ledd og *materiell* veiledning etter andre til femte ledd. Videre gir sjette og syvende ledd fellesregler for materiell og prosessuell veiledning. Skillet mellom veiledningsformene er i korte trekk at prosessuell veiledning gjelder saksbehandlingsregler og rutiner, mens materiell veiledning gjelder sakens innhold.

Avhandlingens overordnede problemstilling er rettens plikt og adgang til å gi partene materiell veiledning etter tvisteloven § 11-5 andre til syvende ledd. Det innebærer at avhandlingen avgrenser mot å behandle rettens prosessuelle veiledning etter første ledd.

Andre ledd fastslår at retten «skal» i samsvar med tredje til syvende ledd, gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse. Vi skal senere se at andre ledd ikke oppstiller en plikt for retten, til tross for uttrykket «skal». Andre ledd forstås som en formålsbestemmelse, som angir siktemålet med rettens veiledning: nemlig å bidra til en riktig avgjørelse.

Forarbeidene gjør det klart at en riktig avgjørelse ikke bare betinges av at retten anvender rettsreglene korrekt på en riktig forståelse av det faktum partene presenterer. En riktig

¹ LOV-2005-06-17-90

² Tvisteloven § 11-2.

³ Tvisteloven § 11-2.

avgjørelse er også betinget av at retten kan ta i betraktning alle de omstendigheter som etter rettsreglene er avgjørende for hvordan tvisten mellom partene skal løses.⁴

Tredje ledd fastslår at retten «skal» virke for at tvistes spørsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort. Som ordlyden «skal» gir anvisning på, oppstiller tredje ledd en plikt for retten. Vi skal senere se at denne plikten refererer til partenes allerede fremsatte prosesshandlinger. Forarbeidene gjør det klart atplikten etter tredje ledd utgjør en del av rettens materielle veiledning.⁵ Den vil imidlertid benevnes som klargjøringsplikten videre i avhandlingen, der det er nødvendig å tydeliggjøre skillet mellom tredje ledd og øvrig materiell veiledning etter fjerde og femte ledd.

Fjerde ledd fastslår at retten «kan» oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken. Femte ledd fastslår at retten «kan» oppfordre en part til å tilby bevis. Vi skal senere se at fjerde og femte ledd regulerer veiledning om *nye* materielle forhold, i motsetning til klargjøringsplikten etter tredje ledd. Som ordlyden «kan» gir anvisning på, har retten som hovedregel ingen plikt til å veilede etter fjerde og femte ledd. Vi skal imidlertid se at retten unntaksvis også kan ha plikt til å veilede om *nye* materielle forhold.

Bestemmelsene i fjerde og femte ledd regulerer det som i forarbeidene omtales som kjernen i rettens materielle prosessledelse.⁶ Dette impliserer at lovgiver mener at begrepet *materiell prosessledelse* også dekker rettens klargjørende virksomhet etter tredje ledd. Likevel ser man at juridisk litteratur tidvis reserverer begrepet *materiell prosessledelse* for de tilfeller som fanges opp av fjerde og femte ledd.⁷ Hvilket begrep man bruker og hva man reserverer det for, er imidlertid en smakssak uten rettslig betydning. I denne avhandlingens temaangivelse og overordnede problemformulering brukes begrepet materiell veiledning som en samlebetegnelse på rettens klargjørende og veiledende virksomhet etter tredje til femte ledd. Der avhandlingen *utelukkende* taler om veiledning etter fjerde og femte ledd, vil det enten fremgå av sammenhengen – eller så brukes begrepet *materiell prosessledelse*.

Bestemmelsene i sjette og syvende ledd vil legge føringer på hvordan retten kan eller skal, utøve sin plikt eller kompetanse til å gi veiledning etter de øvrige bestemmelsene i tvisteloven

⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.172.

⁵ Ibid. s.406.

⁶ Ibid. s.406.

⁷ Se eksempel Skoghøy (2017) s.963-967.

§ 11-5. Sjette ledd setter fokus på selvprosederende parter, og fastslår at retten skal ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning. Syvende ledd setter begrensninger for veiledningens form og utstrekning, og fastslår at retten ikke må utøve sin veiledning på en måte som svekker tilliten til dens upartiskhet.

1.2 Rettslig plassering av emnet og avgrensninger

Reglene om materiell veiledning står i tvistelovens fjerde del om «generelle bestemmelser». Det innebærer at reglene får anvendelse under saksforberedelsen, hovedforhandling og ved en eventuell ankebehandling. Videre gjelder reglene i dispositive saker, og i saker som helt eller delvis er indispositive etter tvisteloven § 11-4. Reglene får også anvendelse i saker som behandles etter allmennprosessen, småkravsprosessen, og i forlikrådet så langt de passer, jf. tvisteloven § 6-1 andre ledd.

Overnevnte viser at reglene om materiell veiledning er gjennomgripende i sivilprosessen. Av hensyn til avhandlingens rammer er det behov for avgrensninger, og den vil derfor konsentreres om materiell veiledning i dispositive saker som behandles etter allmennprosessen. Denne avgrensningen er nødvendig ettersom retten kan tenkes å ha en videre *adgang* – og i større grad en *plikt*, til materiell veiledning i småkravsprosessen⁸ og i indispositive saker.⁹

Reglene om materiell veiledning har også kontaktflater til flere sivilprosessuelle prinsipper og saksbehandlingsregler i tvisteloven. Disse prinsippene og reglene vil imidlertid bare omtales i den utstrekning det er nødvendig for å belyse innholdet i tvisteloven § 11-5.

Til sist kan det nevnes at juridisk litteratur har reist spørsmål om retten kan ha plikt til å veilede en part om EØS-retten, i kraft av Norges EØS-rettslige forpliktelser.¹⁰ Av hensyn til avhandlingens rammer vil den avgrense mot denne problemstillingen.

⁸ Skoghøy (2017) s.966.

⁹ Schei mfl. (2021) s.821.

¹⁰ Haukeland Fredriksen (2008) s.328.

1.3 Rettskildebildet og metode

Reglene om materiell veiledning er lovfestet i tvisteloven § 11-5. Lovens forarbeider er omfattende, og det er skrevet mye om materiell veiledning i Tvistemålsutvalgets utredning¹¹ og i Justisdepartementets odelstingsproposisjon.¹² I tråd med juridisk metodelære vil lovtekst og forarbeider ha en sentral plass når innholdet i reglene skal fastlegges.

Noe som kan vanskeliggjøre en fremstilling av reglene om materiell veiledning, er at det eksisterer relativt lite Høyesterettspraksis om tematikken. Dette har nok sammenheng med at veiledningen ofte gis uformelt, og sjeldent kommer til uttrykk i domspremisser eller rettsbøker. Det finnes imidlertid noe relevant Høyesterettspraksis etter tvisteloven, som i tråd med juridisk metodelære vil benyttes i avhandlingen. I tillegg vil flere rettsavgjørelser avsagt under den nå opphevede tvistemålsloven¹³ trekkes inn. Disse har overføringsverdi til forståelsen av gjeldende rett i dag, ettersom tvistelovens regler om materiell veiledning i stor grad var ment å videreføre rettstilstanden under tvistemålsloven.¹⁴

Juridisk litteratur er generelt sparsommelig i omtale av rettens materielle veiledning. Det finnes imidlertid to fremstillinger som gir en mer omfattende redegjørelse av rettsreglene. Dette er «Materiell prosessledning» av Eldjarn fra 2016¹⁵ og «Tvisteloven kommentarutgave» av Schei mfl. fra 2021.¹⁶ Det kan tilføyes at Eldjarns fremstilling fokuserer på når retten *bør* gi veiledning og grensene for denne veiledningen.¹⁷ Pliktspørsmålet i relasjon til fjerde og femte ledd er i liten grad omtalt. Se for øvrig Robberstad sin bokanmeldelse, som jeg mener er treffende.¹⁸

Det kan videre nevnes at flere av forfatterne bak «Tvisteloven kommentarutgave» spilte en sentral rolle i Tvistemålsutvalget som skrev utredningen til tvisteloven. Samtidig må det bemerkes at kommentarutgaven, så vel som øvrig juridisk litteratur, har begrenset rettskildemessig vekt. I tråd med juridisk metodelære vil teorien bare brukes som et støtteargument til mer tungtveiende rettskilder som lovtekst, forarbeider og rettspraksis.

¹¹ NOU 2001:32 A og B Rett på sak

¹² Ot.prp.nr.51 (2004-2005).

¹³ LOV-1915-08-13-6.

¹⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.172-173.

¹⁵ Eldjarn (2016).

¹⁶ Schei mfl. (2021).

¹⁷ Eldjarn (2016) s.14.

¹⁸ <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/robberstad-a-2017-01?from=NL/lov/2005-06-17-90/§11-5>

Underrettspraksis kan i likhet med juridisk litteratur brukes som et støtteargument til mer tungtveiende rettskilder. Det finnes imidlertid lite underrettspraksis som berører rettens materielle veiledning. De rettsavgjørelsene som finnes etter tvisteloven i dag, der lagmannsretten behandler spørsmål om tingrettens veiledning, omhandler den prosessuelle veiledningsplikten etter tvisteloven § 11-5 første ledd. På bakgrunn av dette vies ikke underrettspraksis noe plass i avhandlingen.

1.4 Partsprosess og sentrale formål

De fremste uttrykkene for at tvisteloven legger opp til en partsprosess er disposisjons- og forhandlingsprinsippet i tvisteloven § 11-2. Disse prinsippene gjelder fullt ut i dispositive saker,¹⁹ og danner et viktig bakteppe for å forstå behovet for reglene om materiell veiledning. Vi vil senere se at prinsippene også tjener som tolkningsfaktor når innholdet i reglene skal fastlegges.

Etter disposisjonsprinsippet kan retten bare avgjøre de krav som er reist i saken, og avgjørelsen må ligge innenfor de påstander partene har nedlagt, jf. § 11-2 første ledd. Etter forhandlingsprinsippet kan retten bare bygge på de påstandsgrunnlag som er påberopt, og partene har hovedansvaret for bevisføring, jf. § 11-2 første og andre ledd.²⁰

Man ser at disposisjons- og forhandlingsprinsippet legger opp til en rollefordeling mellom domstolen og partene, der partene pålegges å argumentere og føre bevis for sin sak. Samtidig innebærer prinsippene at domstolens kompetanse hva gjelder sakens faktiske avgjørelsesgrunnlag, begrenses av partenes prosesshandlinger. Herunder de fremsatte krav, påberopte påstandsgrunnlag og nedlagte påstander. På den andre siden er ikke retten bundet av partenes rettslige argumentasjon og forståelse av bevis, jf. tvisteloven §§ 11-3 og 21-2.

Begrunnelsen for disposisjons- og forhandlingsprinsippet er sammensatt. I korte trekk er synspunktet at det partene kan råde fritt over utenfor prosessen, bør de av hensyn til partsautonomien også kunne råde fritt over når saken bringes inn for domstolen.²¹ Videre er tanken at når retten er bundet av partenes prosesshandlinger, vil det bidra til god

¹⁹ I motsetning til saker som helt eller delvis er indispositive jf. tvisteloven § 11-4.

²⁰ Juridisk litteratur har ulike tilnærminger til hva som omfattes av disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Her brukes den forståelsen som legges til grunn i Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.404-405, og for øvrig også i Skoghøy (2017) s.570-572.

²¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.167.

kontradiksjon.²² Det er også et synspunkt at partene har best kjennskap til sakens faktum, og dermed bedre forutsetninger enn retten for å vite hvilke omstendigheter som kan underbygge deres sak. Ikke minst er tanken at den rollefordeling som prinsippene legger opp til, er gunstig ut fra hensynet til prosessøkonomi og rettens nøytralitet.²³

Overnevnte viser at disposisjons- og forhandlingsprinsippet er velbegrunnet. På den andre siden kan prinsippene kritiseres for at de i for stor grad bygger på en forutsetning om at partene er likestilte med hensyn til å kunne argumentere og føre bevis for sin sak. Videre kan det hevdes å være betenkelig at prinsippene aksepterer at partene får lide for sine feil i prosessen, i verste fall på bekostning av et materielt riktig resultat. Det er imidlertid *her* reglene om materiell veiledning kommer inn i bildet, og samspiller med prinsippene på en slik måte at betenkelighetene modereres.²⁴

Når retten klargjør partenes prosesshandlinger, og kan gjøre en part oppmerksom på viktige omstendigheter den kanskje har oversett, vil det bidra til en materielt riktig avgjørelse. Videre vil veiledningen, særlig gjennom økt fokus på selvprosederende parter – bidra til reell likestilling,²⁵ noe som igjen kan fremme hensynet til en rettferdig rettergang.²⁶ Samtidig vil ikke veiledningen undergrave hensynet til partsautonomien, ettersom partene fortsatt har herredømme over saken og kan velge om de vil følge denne.²⁷

På den andre siden er ikke materiell veiledning uten betenkeligheter. Formålet om en materielt riktig avgjørelse må her som ellers i sivilprosessen, avveies mot flere andre formål eller hensyn. Det er en grunnsetning i vår rettergangsordning at domstolen skal være en upartisk instans.²⁸ Når retten veileder en part med sikte på å oppnå et materielt riktig resultat, kan det av motparten oppleves urettferdig og partisk. Dette tilsier at retten bør opptre varsomt, og ikke gå for langt i sin veiledning. Vi skal imidlertid se at hensynet til rettens upartiskhet i stor grad kan ivaretas ved at veiledningen formidles i en passende form.²⁹

²² Skoghøy (2017) s.573, se punkt 2.3. for kontradiksjonsprinsippet.

²³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.167.

²⁴ Samme retning Skoghøy (2017) s.573, Strandberg (2011) s.174-175.

²⁵ Tvisteloven § 1-1 andre ledd femte strekpunkt.

²⁶ Tvisteloven § 1-1 første ledd, Grunnloven § 95, EMK art. 6.

²⁷ Eldjarn (2016) s.15.

²⁸ Tvisteloven § 1-1 første ledd, Grunnloven § 95 og EMK art.6.

²⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.173, samme retning Aasland (1967) s.175.

Vi skal videre se at klargjøringsplikten kan bidra til å fremme formålet om en rask og effektiv saksbehandling.³⁰ På den andre siden kan veiledning etter fjerde og femte ledd også undergrave dette formålet. Slik veiledning kan, særlig dersom den ytes sent i prosessen, medføre økt saksbehandlingstid og utsettelse av saken – og dermed økte utgifter for domstolen og partene. Dette kan igjen stå i strid med prosessøkonomiske hensyn og proporsjonalitetsprinsippet.³¹

1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil det redegjøres for klargjøringsplikten etter tvistloven § 11-5 tredje ledd. I kapittel 3 vil rettens veiledningsadgang etter fjerde og femte ledd behandles. Herunder betydningen av at parten er selvprosederende, jf. sjette ledd. I kapittel 4 vil det redegjøres for rettens unntaksvise veiledningsplikt etter fjerde og femte ledd. Deretter vil syvende ledd, som skranke for rettens materielle veiledning, behandles i kapittel 5. Rettsvirkninger knyttet til brudd på reglene om materiell veiledning vil kommenteres fortløpende. I kapittel 6 vil det gis en kort oppsummering av avhandlingen.

³⁰ Tvisteloven § 1-1 første ledd.

³¹ Tvisteloven § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.

2 Rettens klargjøringsplikt

2.1 Innledning

Tvisteloven § 11-5 tredje ledd fastslår at «[r]etten skal virke for at tvistesporsmål blir klarlagt, og at partenes påstander og standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål blir klargjort». Som ordlyden «skal» gir anvisning på, oppstiller tredje ledd en plikt.

Plikten etter tredje ledd er i hovedsak en videreføring av rettstilstanden under tvistemålsloven § 86 andre ledd.³² Her het det at «[r]etten bør dog sørge for at parternes anførsler blir saa klare og fuldstændige som mulig». Til tross for uttrykket «bør» ble bestemmelsen forstått slik at den oppstilte en plikt.³³ Bestemmelsen omfatter etter sin ordlyd bare partenes anførsler, i tvisteloven betegnet som påstandsgrunnlag, men den omfattet også partenes krav og påstander.³⁴

I denne delen av avhandlingen vil det redegjøres for klargjøringspliktens innhold og omfang. Bestemmelsene i sjette og syvende ledd vil i prinsippet legge føringer her. Disse har imidlertid, etter mitt skjønn, størst betydning for rettens veiledning etter fjerde og femte ledd. Bakgrunnen er at en mer omfattende klargjøringsplikt ovenfor selvprosederende parter, kan utledes av tredje ledd isolert, se punkt 2.4. Samtidig vil hensynet til rettens upartiskhet sjeldent komme på spissen ved klargjøring av partenes allerede fremsatte prosesshandlinger. På bakgrunn av dette vil sjette og syvende ledd behandles senere i avhandlingen.

Brudd på klargjøringsplikten vil utgjøre en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse ved anke dersom innvirkningskravet i tvisteloven § 29-21 første ledd er oppfylt.³⁵ Til sammenligning vil ikke unnlatt veiledning etter fjerde og femte ledd få noen konsekvenser, med mindre retten unntaksvis har veiledningsplikt.³⁶

³² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.169-170 og s.406.

³³ Rt-1963-996, Rt-1990-8.

³⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.170, Schei (1998) s.376.

³⁵ NOU 2001:32 B s.709, Skoghøy (2017) s.584.

³⁶ Se kapittel 4.

2.2 Klargjøringsplikten innhold

Ordlyden i tredje ledd tilsier at retten må forsøke å identifisere og klarlegge det som fremstår som uklart jf. «virke for» i kontekst med «klarlagt» og «klargjort». Objektet for klargjøringsplikten er «tvistespørsmål», «partenes påstander» og «standpunkter til faktiske og rettslige spørsmål». Ordlyden tyder på at plikten refererer til partenes allerede fremsatte krav og påstander, samt eksisterende men uklare standpunkter til faktum og juss.

Slutningen fra ordlyden underbygges av forarbeidene, særlig der Tvistemålsutvalget redegjør for gjeldende rett under tvistemålsloven § 86 andre ledd. Etter å ha presentert innholdet i bestemmelsen legger utvalget til grunn følgende: «[i] dette ligger det ingen oppfordring fra rettens side ovenfor en part til å påberope seg noe egentlig nytt, men en oppfordring til å klargjøre *hva som allerede er ment fremsatt i saken*».³⁷ Det er ikke tvilsomt at det tilsvarende gjelder for klargjøringsplikten etter tvisteloven. Høyesterett har fastslått at tredje ledd regulerer «klargjøring av partenes standpunkter *til spørsmål som allerede er fremme i saken*».³⁸

Av overnevnte kan det utledes at klargjøringsplikten gjelder for materielle forhold og spørsmål som partene har bragt inn eller berørt i saken. Herunder de fremsatte krav, påberopte påstandsgrunnlag og nedlagte påstander. Klargjøringsplikten gjelder også for partenes forståelse av de påberopte bevis.³⁹ Motsetningsvis vil veiledning og avklaring om *nye* materielle forhold eller spørsmål reguleres av fjerde eller femte ledd.⁴⁰

Klargjøringsplikten innebærer at retten må oppfordre partene til å utdype sine syn på uklare punkter i saken.⁴¹ Hva som i den enkelte sak fremstår uklart for retten, vil nødvendigvis variere. Det kan for eksempel være at en parts påstand i stevningen ikke samsvarer med det han i et senere prosesskriv synes å ville argumentere og føre bevis for. Dersom retten er i tvil om hvilken påstand en part mener å nedlegge, må retten bringe klarhet i dette. Det samme gjelder dersom det er grunn til å tro at parten ønsker et domsresultat som ikke er i samsvar med det påstanden uttrykker.⁴² Her må retten klargjøre hva parten egentlig ønsker dom for, og

³⁷ NOU 2001:32 A s.138 (min kursivering).

³⁸ HR-2019-741 avsnitt 31 (min kursivering).

³⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.406.

⁴⁰ Ibid. s.406-407, Schei mfl. (2021) s.814, Robberstad (2018) s.206.

⁴¹ NOU 2001:32 B s.709.

⁴² Schei mfl. (2021) s.761.

eventuelt veilede om hvordan påstanden bør utformes for å dekke ønsket domsresultat.⁴³ Som fremhevet i forarbeidene skal retten gjennom klargjøringsplikten medvirke til at partenes anførsler blir utformet i samsvar med det de ønsker å anføre.⁴⁴

Det kan videre være behov for å klargjøre hvilket påstandsgrunnlag som påberopes, og hvilke spørsmål som egentlig er omtvistet. Det kan også være behov for å klargjøre hva en part hevder at bevisene skal underbygge, og aktuelle tvistepunkter rundt dette. Slik avklaring av tvistes spørsmål og standpunkter kan bidra til at enighet «lukkes ut», og at saken konsentreres om det vesentlige. Dette kan igjen bidra til en effektiv saksbehandling, og ikke minst god kontradiksjon – noe avhandlingen belyser ytterligere i punkt 2.3.

Avsnittene ovenfor viser at klargjøringsplikten kan tjene som hjelpemiddel for retten til å overholde disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Det er naturligvis lettere for retten å holde seg innenfor rammene av partenes prosesshandlinger, når det er tydelig hvilke rammer disse egentlig trekker opp. Videre kan klargjøringsplikten tjene som springbrett til veiledningsadgangen etter fjerde eller femte ledd. Bakgrunnen er at retten ofte ikke blir oppmerksom på behovet for materiell prosessledelse, før etter at partenes prosesshandlinger er klarlagt.⁴⁵

Klargjøringsplikten kan utøves skriftlig eller muntlig under saksforberedelsen, eller muntlig under hovedforhandling.⁴⁶ Hensynet til en effektiv saksbehandling tilsier imidlertid at retten virker for klargjøring så snart det er behov for det.⁴⁷ I tilsvarende retning trekker hensynet til et materielt riktig resultat. Dette har sammenheng med effekten av klargjøring, sammenholdt med de *mulige* virkningene av preklusjonsregelen i tvisteloven § 9-16.

Retten spørsmål til partene kan gjøre at de reflekterer mer inngående over faktum og jus, og selv kommer på endringer som kan være avgjørende for saksutfallet. Videre vil retten, som nevnt ovenfor, ofte bli oppmerksom på behovet for materiell prosessledelse først etter at partenes prosesshandlinger er klarlagt. Ettersom preklusjonsregelen *kan* avskjære

⁴³ Backer (2020) s.304.

⁴⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.169.

⁴⁵ Hov (2019) s.352.

⁴⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.406.

⁴⁷ Ibid. s.398.

partene fra å endre prosessopplegget etter avsluttet saksforberedelse, bør retten virke for klargjøring så tidlig som mulig – og i hvertfall før det blir aktuelt med preklusjon.⁴⁸

Et siste poeng er at tvisteloven, særlig gjennom reglene om aktiv saksstyring i tvisteloven § 11-6, legger opp til at retten setter seg bedre inn i saken på et tidligere tidspunkt sammenlignet med tvistemålsloven som ikke hadde en liknende regulering.⁴⁹ Retten har dermed bedre forutsetninger for å klargjøre partenes prosesshandlinger tidlig, under saksforberedelsen. Imidlertid vil klargjøringsplikten også være aktuell under hovedforhandling, særlig grunnet kravet til kontradiksjon.

2.3 Forholdet til kontradiksjonsprinsippet

Klargjøringsplikten har en side til kontradiksjonsprinsippet, som er grunnleggende ved behandlingen av sivile saker.⁵⁰ Som fremhevet i forarbeidene vil «[k]larhet i det som anføres av en part, (...) også [ha] den positive funksjon at motparten får klarhet i partens argumenter, slik at det blir mulig å komme med de relevante motargumenter».⁵¹

Tvisteloven har mange kasuistiske uttrykk for kontradiksjonsprinsippet,⁵² men dets forhold til klargjøringsplikten kommer særlig til syne gjennom tvisteloven § 11-1 tredje ledd. Her fremgår det at retten ikke kan «bygge avgjørelsen» på «et faktisk grunnlag» som «partene ikke har hatt foranledning til å uttale seg om», jf. første punktum.

Bestemmelsen i § 11-1 tredje ledd gjelder faktiske omstendigheter og ikke rettsanvendelsen.⁵³ At retten «bygge[r] avgjørelsen» på faktiske omstendigheter innebærer at disse har hatt betydning for avgjørelsen. De behøver altså ikke å ha vært helt avgjørende for resultatet.⁵⁴ Skillet mellom rettsstiftende faktiske forhold (påstandsgrunnlag), og bevis for slike forhold (bevisfaktum), er dermed uten betydning for kravet til kontradiksjon.⁵⁵ Termen «foranledning til» innebærer at begge parter skal ha hatt *anledning og oppfordring til* å uttale seg.⁵⁶ Det

⁴⁸ Se punkt 3.3.2 for mer om preklusjonsregelen.

⁴⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.179-180.

⁵⁰ Rt-1990-8 s.12.

⁵¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.169-170.

⁵² Se for eksempel tvisteloven § 1-1 andre ledd andre strekpunkt.

⁵³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.403.

⁵⁴ Schei mfl. (2021) s.749.

⁵⁵ Ibid. s.748.

⁵⁶ Ibid. s.748.

innebærer at kravet til kontradiksjon ikke nødvendigvis vil være innfridd der faktiske omstendigheter bare har vært berørt under hovedforhandling.

Rettspraksis under tvistemålsloven er egnet til å belyse klargjøringsplikten forhold til kontradiksjonsprinsippet, som tidligere var ulovfestet.⁵⁷ En relevant avgjørelse er Rt-1963-996 (heretter Monteringsfeilkjennelsen).

Monteringsfeilkjennelsen gjaldt en reder som fremmet erstatningskrav mot et verksted etter kjøp av en fiskebåt. For lagmannsretten anførte rederen at fiskebåtens propellaksel var kuttet for kort. Lagmannsretten var uenig i dette, men ga likevel rederen delvis medhold i erstatningskravet – med den begrunnelse at det burde vært montert støtteklosser i forkant av fiskebåtens motor. Spørsmålet om støtteklossene var berørt under hovedforhandling, men var ikke gjort til noe poeng av rederens advokat.

Verkstedet anket lagmannsrettens avgjørelse på grunn av saksbehandlingsfeil og anførte at retten hadde gått utenfor partenes anførsler (påstandsgrunnlag – i tvistelovens terminologi). Høyesterett var uenig i dette da påstandsgrunnlaget var *monteringsfeil*, og hva denne feilen nærmere bestod i lå innenfor det påberopte. Høyesterett fant likevel at det forelå saksbehandlingsfeil i det lagmannsretten hadde brutt plikten etter tvistemålsloven § 86 andre ledd (nå tvisteloven § 11-5 tredje ledd). Ifølge Høyesterett skulle lagmannsretten ha stilt spørsmål til partene om betydningen av støtteklossene.⁵⁸ Dette ville klargjort rederens syn på de manglende støtteklossene og gitt verkstedet oppfordring til å komme med sine anførsler om forholdet.⁵⁹ Man ser her hvordan rettens klargjøring kunne ha sikret kontradiksjon om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.

Monteringsfeilkjennelsen illustrerer hvordan klargjøringsplikten samspiller med kontradiksjonsprinsippet, og kan fungere som hjelpemiddel for retten til å overholde dette. Motsetningsvis kan manglende klargjøring resultere i brudd på kontradiksjonsprinsippet, slik det nå er lovfestet i tvisteloven § 11-1 tredje ledd. Det kan tilføyes at brudd på kontradiksjonsprinsippet regnes som en alvorlig saksbehandlingsfeil, som presumeres å ha hatt innvirkning på avgjørelsen.⁶⁰

⁵⁷ Rt-1990-8 s.12.

⁵⁸ Rt-1963-996 s.999.

⁵⁹ Ibid. s.999.

⁶⁰ HR-2017-2056-U avsnitt 11.

I Monteringsfeilkjennelsen var det tale om klargjøring av et påstandsgrunnlag og motpartens syn på dette, men saken har overføringsverdi til klargjøring av partenes forståelse av de påberopte bevis. Dette kan illustreres slik: En part fremmer erstatningskrav begrunnet i en culpøs handling, og berører så vidt under hovedforhandling sider av bevismaterialet som kan underbygge culpagrunnlaget. Dersom retten oppfordrer parten til å utdype sin forståelse av bevismaterialet på dette punkt, kan det samtidig fungere som en oppfordring til motparten om å komme med sine synspunkter på forholdet. Dette vil igjen bidra til kontradiksjon om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget. På dette punkt kan klargjøringsplikten og kontradiksjonsprinsippet fremstå som to sider av samme sak.

Det må likevel bemerkes at kontradiksjonsprinsippet også kan aktualiseres i tilfeller der partenes forståelse av bevismaterialet ikke regnes som uklar. For eksempel der retten vurderer å vektlegge faktum på en annen måte enn det partene har argumentert for. Dette kan være tilfelle der retten vil anvende andre rettsregler enn partene har påberopt.⁶¹ Her kan retten ha plikt til veiledning etter tvisteloven § 11-5 fjerde ledd, om hvilken regelforståelse det er aktuelt å legge til grunn. Dette er en veiledningsplikt som følger av tvisteloven § 11-1 tredje ledd andre punktum, som henviser retten til veiledning etter § 11-5.⁶² Det er følgelig tale om en *annen* plikt enn den unntaksvis veiledningsplikten som behandles i kapittel 4.

2.4 Nærmere om klargjøringspliktens omfang

Gjennomgangen til nå har redegjort for klargjøringspliktens innhold, og belyst dens forhold til kontradiksjonsprinsippet. Avhandlingen vil videre belyse hvor langt klargjøringsplikten rekker.

Tvistemålsutvalget legger til grunn at «plikten til å bringe klarhet i det som fremstår som uklart, går (...) ganske langt».⁶³ Dette tilsier at klargjøringspliktens omfang i stor grad korresponderer med mengden av uklarheter i saken. Etersom det er større risiko for at selvprosederende parter fremmer uklare prosesshandlinger, vil klargjøringsplikten ofte kreve mer aktivitet fra rettens side, der en part er selvprosederende.⁶⁴

⁶¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.404.

⁶² Ibid. s.404.

⁶³ NOU 2001:32 B s.709.

⁶⁴ Schei mfl. (2021) s.813.

Videre presiserer Tvistemålsutvalget at klargjøringsplikten «ikke [går] lenger enn til å klarlegge de nærliggende misforståelser eller til ellers å gripe inn med spørsmål til oppklaring hvor det er noe som fremtrer som uklart for retten».⁶⁵ Av dette kan det utledes at retten ikke behøver å være så aktiv i sin klargjørende virksomhet, at den inntar en undersøkende eller granskende rolle med sikte på å avdekke mulige uklarheter. Dette er forenelig med hensynet til rettens upartiskhet, og de synspunkter som ligger til grunn for disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Partene har hovedansvaret for å utforme sine prosesshandlinger.⁶⁶ En altfor vidtrekkende aktivitetsplikt etter tredje ledd, kunne ha forrykket denne rollefordelingen.

En ytterligere begrensning i klargjøringsplikten omfang kan utledes av rettspraksis. Høyesterett har fastslått at plikten må begrenses «til forhold som kan tenkes å ha betydning for den avgjørelse som skal treffes».⁶⁷ Dette er en rimelig og rasjonell begrensning ettersom det kun er klarhet i materielle forhold som *kan tenkes å ha betydning for avgjørelsen*, som er viktig for å oppnå et materielt riktig resultat. Videre ville en plikt til å bringe klarhet i alle forhold – inklusive de betydningsløse – lett ha resultert i en oppsvulming av sakene på akkord med prosessøkonomiske hensyn og formålet om effektivitet.

⁶⁵ NOU 2001:32 B s.709.

⁶⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.170, Skoghøy (2017) s.966.

⁶⁷ Rt-2008-1449 avsnitt 13.

3 Rettens adgang til materiell veiledning

3.1 Innledning

Tvistemålsloven hadde ingen bestemmelser som lovfestet rettens adgang til materiell prosessledelse. Tvert imot synes forarbeidene å ta avstand fra en slik veiledningsadgang.⁶⁸ Bestemmelsen i § 86 andre ledd skulle altså ikke forstås slik at retten kunne stille spørsmål i retning av nye påstandsgrunnlag mv. Til tross for dette ble det likevel alminnelig akseptert under tvistemålslovens virketid, at retten hadde adgang til materiell prosessledelse.⁶⁹

Med vedtakelsen av tvisteloven fikk man lovfestede regler om materiell prosessledelse i § 11-5 andre og fjerde til syvende ledd. Andre ledd fastslår at retten «skal» «i samsvar med tredje til sjuende ledd» «gi veiledning som bidrar til at tvisten får en riktig avgjørelse».

Ordlyden «skal» kan isolert sett tale for at retten har plikt til materiell prosessledelse, dersom det er nødvendig for å oppnå en materielt riktig avgjørelse. En slik forståelse er imidlertid ikke forenelig med disposisjons- og forhandlingsprinsippet eller tvistelovens forarbeider.⁷⁰ Videre ser man at de operative bestemmelsene i fjerde og femte ledd bruker uttrykket «kan». Ordlyden her tilsier at retten har en fakultativ adgang til å veilede. I lys av dette må andre ledd forstås som en formålsbestemmelse.⁷¹

Retten har, i hvertfall som *overveiende hovedregel*, ingen plikt til materiell prosessledelse.⁷² Forarbeidene viser at departementet mente å lovfeste rettens veiledningsadgang i fjerde og femte ledd, og la til grunn at lovfestingen trolig ville medføre at denne fikk et større omfang.⁷³ Videre gir forarbeidene uttrykk for at departementet ville ha en noe videre veiledningsadgang enn det Tvistemålsutvalget la opp til.⁷⁴

Dersom retten unnlater å veilede der den kun har en fakultativ adgang, vil det ikke få noen konsekvenser. Annerledes er det hvis retten først gir veiledning, og denne er uriktig eller i

⁶⁸ NOU 2001:32 B s.709.

⁶⁹ Ibid. s.709, Skoghøy (2001) s.713.

⁷⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.173.

⁷¹ Skoghøy (2017) s.964.

⁷² Se kapittel 4.

⁷³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.173.

⁷⁴ Ibid. s.172-173.

strid med syvende ledd. Slik veiledning vil utgjøre en saksbehandlingsfeil som kan lede til opphevelse ved anke dersom innvirkningskravet i tvisteloven § 29-21 første ledd er oppfylt.⁷⁵

Det primære siktemål med denne delen av avhandlingen er å redegjøre for hvilke formål, hensyn og momenter som spiller inn i rettens «kan»-skjønn. Det vil si hva retten kan og bør ta i betraktning ved spørsmål om veiledningsadgangen skal benyttes. Først er det imidlertid hensiktsmessig å gi en oversikt over hva retten har kompetanse til å veilede om etter fjerde og femte ledd, selv om dette spørsmålet dels er berørt i kapittel 2.

3.2 Hva retten kan veilede om etter fjerde og femte ledd

Etter fjerde ledd kan retten «oppfordre en part til å ta standpunkt til faktiske og rettslige spørsmål som synes å være av betydning for saken». Selv om det ikke følger eksplisitt av ordlyden i fjerde ledd, er det klart ut fra sammenhengen med tredje ledd at bestemmelsen regulerer veiledning om *nye* materielle forhold eller spørsmål. Altså veiledning om andre påstandsgrunnlag og påstander enn partene har påberopt og nedlagt, samt veiledning om en annen forståelse av bevismaterialet enn partene har anført.⁷⁶ Fjerde ledd regulerer også veiledning om andre rettsregler enn partene har påberopt.⁷⁷

Ut fra ordlyden «av betydning for saken» i fjerde ledd, er det ikke opplagt at retten skal ha adgang til å veilede om andre krav enn de som er gjort til søksmålgjenstand. Departementet gir ikke tydelige føringer på om retten har adgang til å veilede om andre krav, men Tvistemålsutvalget synes å forutsette at retten har kompetanse til dette.⁷⁸ Skoghøy skriver at retten ikke kan være avskåret fra å veilede om andre krav, men at terskelen for slik veiledning bør være relativt høy.⁷⁹ Etter mitt syn er det gode grunner for å innta et slikt standpunkt, se punkt 3.3.1.

Etter femte ledd kan retten «oppfordre en part til å tilby bevis». Som ordlyden gir anvisning på regulerer femte ledd veiledning om bevis som partene ikke har påberopt.⁸⁰

⁷⁵ Skoghøy (2017) s.967, Eldjarn (2016) s.317.

⁷⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.406-407.

⁷⁷ Ibid. s.407.

⁷⁸ NOU 2001:32 A s.138.

⁷⁹ Skoghøy (2017) s.964, samme retning Eldjarn (2016) s.36.

⁸⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

3.3 Rettens «kan»-skjønn

3.3.1 Generelle betraktninger

Hvorvidt retten *bør* gi materiell veiledning, vil nødvendigvis bero på en konkret skjønnsmessig helhetsvurdering. Hensynet til et materielt riktig resultat vil her stå sentralt,⁸¹ og det kan tilsi at det er særlig viktig med veiledning om nye påstandsgrunnlag. Bakgrunnen er at påberopelse av et nytt påstandsgrunnlag kan være avgjørende for saksutfallet, samtidig som at parten vil hindres i å fremme en ny sak om det samme kravet med et nytt påstandsgrunnlag, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd om negativ rettskraft.⁸² Parten kan dermed lide rettstap hvis et påstandsgrunnlag som kan føre frem, ikke påberopes. Av samme grunn kan det være særlig viktig med veiledning om nye bevis som kan underbygge et påberopt påstandsgrunnlag.

Etter tvisteloven § 19-15 tredje ledd er det bare kravet som er gjort til søksmålsgjenstand, som blir rettskraftig avgjort.⁸³ Det innebærer at partene fritt kan fremme et nytt krav i en senere sak. Hensynet til et materielt riktig resultat taler derfor ikke nevneverdig for veiledning om nye krav. Normalt vil slik veiledning også innebære økt tids- og ressursbruk, og det kan tenkes at retten lettere vil oppleves partisk ved veiledning utenfor de fremsatte krav.

Terskelen for at retten veileder om nye krav, bør være relativt høy.⁸⁴

Det kan imidlertid tenkes tilfeller der det er plausibelt med veiledning om nye krav. Dette vil først og fremst være aktuelt der det er en nær sammenheng mellom det nye kravet, og det som allerede er gjort til søksmålsgjenstand.⁸⁵ Eksempelet her kan være krav som springer ut av ett kontraktsforhold. En part har gjerne fremmet krav om heving, men ikke prisavslag, og det er vanskelig å se at mangelen er vesentlig. I et slikt tilfelle kan det være prosessøkonomisk og rimelig å pensle parten inn på prisavslag. Bakgrunnen er at man da får avgjort partenes fulle mellomværende i én omgang, fremfor å risikere en ny runde med bevisføring mv., om samme mangel.

⁸¹ Tvisteloven § 11-5 andre ledd.

⁸² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.172, Rt-2003-69.

⁸³ Schei mfl. (2021) s.1341.

⁸⁴ Skoghøy (2017) s.964.

⁸⁵ Ibid. s.964, samme retning Eldjarn s.37.

Veiledning om påstander for et fremsatt krav, vil først og fremst gå ut på en *kvantitativ* påstandsendring – da en *kvalitativ* endring normalt innebærer at det er tale om et annet krav.⁸⁶ En fullt og helt materielt riktig avgjørelse er også betinget av at partens påstand er dekkende for det han reelt sett er berettiget. For eksempel kan parten lide rettstap dersom han nedlegger påstand om kr 250 000, men egentlig er berettiget til langt mer.⁸⁷ Det er som hovedregel *hele* kravet som blir rettskraftig avgjort, slik at parten normalt vil være avskåret fra å fremme en ny sak om den resterende delen av kravet, jf. tvisteloven § 19-15 tredje ledd.⁸⁸ Til tross for dette er nok materiell veiledning om en utvidelse av påstanden etter fjerde ledd, mindre praktisk. I kapittel 2 så vi at dersom retten har grunn til å tro at parten ønsker et domsresultat som ikke er i samsvar med det påstanden uttrykker, er påstanden uklar. Retten har da plikt til klargjøring og eventuelt veiledning etter tredje ledd.⁸⁹

Det kan oppstå tilfeller der partens påstand dekker noe langt *mer* enn det han er berettiget. For eksempel dersom parten nedlegger påstand om kr 900 000, men bare har krav på halvparten av beløpet. I et slikt tilfelle er det som regel ikke presserende å veilede om en reduksjon av påstanden for å unngå rettstap, ettersom det normalt vil ligge innenfor påstanden å tilkjenne et lavere beløp.⁹⁰ Det *kan* imidlertid tenkes å være rimelig med veiledning om sakskostnadsreglene her, og gjøre parten oppmerksom på at han ikke får erstattet sine sakskostnader av motparten med mindre han vinner saken i det vesentlige.⁹¹

I kapittel 2 så vi at klargjøringsplikten samspiller med kontradiksjonsprinsippet. Veiledning etter fjerde ledd kan også ha samme funksjon. Når retten spør om partenes standpunkter der den lurte på om annet kan utledes av bevismaterialet enn det partene har anført, kan det bidra til å ivareta kravet til kontradiksjon. Partene gis da mulighet til å underbygge en annen forståelse av bevisene, og man unngår at bevismaterialet vurderes på en måte som kommer overraskende på partene.⁹² Dersom retten unnlater å veilede i slike tilfeller, kan det etter omstendighetene foreligge brudd på kontradiksjonsprinsippet.⁹³

⁸⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.441, Schei mfl. (2021) s.761.

⁸⁷ Disposisjonsprinsippet jf. tvisteloven § 11-2.

⁸⁸ Schei mfl. (2021) s.1344.

⁸⁹ Punkt 2.2.

⁹⁰ Disposisjonsprinsippet jf. tvisteloven § 11-2, Schei mfl. (2021) s.762.

⁹¹ Tvisteloven § 20-2 første jf. andre ledd.

⁹² Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

⁹³ Ibid. 404.

Den videre fremstillingen vil innrettes på situasjonen der retten vurderer å veilede om nye påstandsgrunnlag. De formål, hensyn og momenter som her spiller inn, vil i varierende grad også inngå i vurderingen av om retten bør veilede om andre materielle forhold – inklusive nye bevis etter femte ledd. Det er imidlertid av betydning å knytte en særlig bemerkning til veiledning om nye bevis først.

I proposisjonen gis det uttrykk for at femte ledd bør forbeholdes de tilfeller der det er nærliggende at nye bevis vil kunne få avgjørende betydning for saksutfallet.⁹⁴ Det vil i praksis si bevis som kan underbygge et påberopt påstandsgrunnlag. Departementet begrunner dette med hensynet til rettens upartiskhet etter syvende ledd. Synspunktet er at veiledning om nye bevis vil kunne oppfattes som et forhåndsstandpunkt i retning av at retten mener det er vanskelig å legge til grunn et påberopt faktum, ut fra det eksisterende bevismaterialet.⁹⁵

Utover de tilfeller der retten veileder om nye bevis, gir departementet uttrykk for at syvende ledd først og fremst har betydning for *på hvilken måte* det kan veiledes. Det gis uttrykk for at syvende ledd ikke har så stor betydning for om veiledningsadgangen i det hele tatt skal benyttes. Departementet uttaler nemlig følgende i relasjon til rettens upartiskhet: «Det må antas at retten *i stor utstrekning vil kunne veilede* uten at denne tilliten blir svekket. Det vil være mulig *dersom veiledningen formidles i en passende form*».⁹⁶ På bakgrunn av dette vil syvende ledd behandles senere i avhandlingen.

Betydningen av at parten er selvprosederende etter sjette ledd, behandles selvstendig i punkt 3.3.3. Det kan imidlertid understekes, allerede her, at sjette ledd ikke kan forstås slik at det bare er selvprosederende parter som kan tilgodeses av materiell veiledning. Departementet uttaler nemlig følgende i proposisjonen: «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».⁹⁷ Dette begrunnes blant annet i at det ikke er sikkert at klienten får et erstatningskrav mot sin prosessfullmektig, samt at det først og fremst er formålet om en materielt riktig avgjørelse som begrunner reglene om materiell veiledning.⁹⁸

⁹⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

⁹⁵ Ibid. s.407.

⁹⁶ Ibid. s.173. (min kursivering).

⁹⁷ Ibid. s.172 (min kursivering).

⁹⁸ Ibid. s.172.

3.3.2 Rettens helhetsvurdering med fokus på nye påstandsgrunnlag

Prosessøkonomiske hensyn taler for at retten ikke veileder om nye påstandsgrunnlag basert på en vurdering av hva som normalt kan føre frem i *den type sak* retten har på bordet. Dette kan skape uforholdsmessig mye arbeid for domstolen og partene.⁹⁹ Det synes derfor klart nok at retten må se på om *sakens konkrete omstendigheter* tilsier at et nytt påstandsgrunnlag kan føre frem.

Overnevnte underbygges av forarbeidene. Departementet uttaler at retten bør veilede når den «ut fra det faktum som partene har beskrevet, ser at andre påstandsgrunnlag synes nærliggende».¹⁰⁰ Henvisningen til *det faktum partene har beskrevet* gir føringer på at spørsmålet om materiell veiledning må forankres i sakens faktum, slik det fremkommer av partens prosessopplegg. Dette er forenelig med partsautonomien, samt hensynet til et materielt riktig resultat. Sistnevnte vil ikke tale for at retten i for eksempel en erstatningssak pensler parten inn på foreldelsesreglene, dersom det konkrete tidsforløpet ikke tilsier at foreldelse kan føre frem.

Hva departementet legger i at andre påstandsgrunnlag *synes nærliggende* er ikke helt klart, men uttalelsen kan tolkes dithen at retten bør veilede når den ser en mulighet for at parten kan vinne frem med et alternativt påstandsgrunnlag. Det fremstår videre rasjonelt at retten tar i betraktning hvor klart eller tydelig denne muligheten fortoner seg. Hensynet til et materielt riktig resultat vil tale sterkere for veiledning desto sikrere retten er på at det nye påstandsgrunnlaget kan føre frem. En slik tilnærming til veiledningsspørsmålet finner støtte i NOUen. Tvistemålsutvalget uttaler nemlig at retten må ta hensyn til «hvor klart det er at forholdet er relevant for saken».¹⁰¹ Schei mfl. skriver også at retten bør være mer tilbakeholden med å gi veiledning når det er usikkert om et påstandsgrunnlag kan anføres, enn hvor det fremstår som klart.¹⁰²

En annen sak er at retten, av hensyn til en upartisk opptreden, bør være forsiktig med å uttale seg om *sine vurderinger* knyttet til påstandsgrunnlagets mulige betydning. Når retten gir

⁹⁹ Tvisteloven § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.406-407.

¹⁰¹ NOU 2001:32 B s.709.

¹⁰² Schei mfl. (2021) s.816.

materiell veiledning er det en god rettesnor at det veiledes på generelt plan eller gjennom spørsmålsstilling, og overlates til partene å trekke slutninger om hva som bør påberopes.¹⁰³

I forarbeidene fremheves flere momenter som er relevant å trekke inn ved spørsmål om materiell veiledning. Tvistemålsutvalgt uttaler blant annet at retten må ta hensyn til «hvor langt det nye påstandsgrunnlaget vil ligge fra det parten allerede har påberopt».¹⁰⁴ Relevansen av dette momentet kan trolig begrunnes i hensynet til rettens upartiskhet. Tanken er gjerne at retten kan oppleves mindre partisk der den veileder om noe som ligger litt i periferien av det allerede påberopte, sammenlignet med noe som er vesens forskjellig. Vekten av dette momentet bør nok likevel ikke overdrives. Som nevnt gir departementet føringer på at rettens upartiskhet i stor grad kan ivaretas ved at veiledningen formidles i en passende form.

Tvistemålsutvalget viser også til at retten må ta hensyn til «hvor betydningsfull saken er for parten».¹⁰⁵ Dette har sammenheng med at jo større betydning en sak har, desto sterkere vil hensynet til et materielt riktig resultat tale for veiledning – noe som igjen kan forsvare økte omkostninger. Dette er kjernen i tvistelovens proporsjonalitetsprinsipp: Jo større betydning en sak har, desto mer tid og ressurser kan prioriteres til saksbehandlingen.¹⁰⁶

Imidlertid kan det være vanskelig å vite hvordan momentet om sakens betydning for parten skal bedømmes. Det kan stilles spørsmål ved om retten bør foreta en objektiv eller subjektiv vurdering. Altså om retten bør se hen til *hvilken betydning denne typen sak normalt har for parter*, eller om retten bør se hen til *sakens betydning for den konkrete parten*. Forarbeidene gir ikke klare føringer her.¹⁰⁷

Hensynet til forutberegnelighet og likebehandling tilsier at retten alltid tar utgangspunkt i en objektiv vurdering, og vektlegger *hvilken betydning denne typen sak normalt har for parter*.¹⁰⁸ Det innebærer at en sak der store økonomiske verdier står på spill, kan regnes for å være av større betydning selv om parten er godt bemidlet. Samtidig bør det ikke være noe i veien for at retten også vektlegger subjektive forhold som kan tilsi at en sak er av større betydning for *den konkrete parten*.¹⁰⁹ For eksempel at parten har dårlig økonomi. Det må

¹⁰³ Se kapittel 5.

¹⁰⁴ NOU 2001:32 B s.709.

¹⁰⁵ Ibid. s.709.

¹⁰⁶ Tvisteloven § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.

¹⁰⁷ Også lagt til grunn i Eldjarn (2016) s.114.

¹⁰⁸ Samme retning Eldjarn (2016) s.115.

¹⁰⁹ Ibid. s.115.

likevel tas i betraktning at de fleste parter i en sak som havner for domstolsapparatet, trolig vil hevde at deres sak er betydningsfull for dem. Partens egen oppfatning av sakens betydning kan derfor ikke være avgjørende. Eldjarn skriver at retten kan vektlegge sakens subjektive betydning, når denne er *rasjonelt begrunnet og klar for dommeren*.¹¹⁰

Selv om retten tar utgangspunkt i en objektiv vurdering, og eventuelt også vektlegger subjektive forhold – kan det fortsatt være vanskelig å bedømme hvor stor betydning en sak egentlig har. Tvistelovens system gir en viss veiledning, og signaliserer at saker om formuesverdier med en lav tvistesum er av mindre betydning enn saker med en høyere tvistesum og/eller ideelle interesser.¹¹¹ For eksempel kan en sak om gyldigheten av en oppsigelse i et arbeidsforhold eller husleieforhold gjelde ideelle interesser for arbeidstaker eller leietaker.¹¹² Slike saker kan også være av stor velferdsmessig betydning,¹¹³ noe som alene kan veie tungt for materiell veiledning. Dersom en sak berører tunge velferdsmessige interesser, bør retten også være oppmerksom på at den kan ha veiledningsplikt.¹¹⁴

Tvistemålsutvalget gir videre anvisning på at retten må ta i betraktning «på hvilket stadium saken befinner seg».¹¹⁵ Dette har sammenheng med at den ene parten må få tid til å forberede det nye påstandsgrunnlaget og eventuelt innhente ytterligere bevis, mens den andre må få tid til å forberede sine motargumenter og til å uttale seg.¹¹⁶ Dette tilsier at det ikke er likegyldig når i prosessen det er aktuelt å gi materiell veiledning. Dersom det for eksempel veiledes under hovedforhandling eller mot slutten av denne, kan det resultere i utsettelse av saken og økte omkostninger. Her vil prosessøkonomiske hensyn og formålet om effektivitet tale imot at retten veileder.

Til slutt fremhever Tvistemålsutvalget at retten må ta hensyn til om veiledning «vil fremstå som rimelig i forhold til den annen part».¹¹⁷ Dette må nødvendigvis bero på en konkret

¹¹⁰ Eldjarn (2016) s.115.

¹¹¹ Saker hvor tvistesummen er over kr 250 000 og saker med ideelle interesser er som hovedregel unntatt småkravsprosessen, jf. tvisteloven § 10-1 andre ledd bokstav a.

¹¹² NOU 2001:32 B s.809, Rt-2013-472.

¹¹³ Underbygges av rettshjelploven § 11 andre ledd, som åpner for fri rettshjelp til leietaker og arbeidstaker på nærmere vilkår. Siktemålet med ordningen er å dekke saker som har stor velferdsmessig betydning, jf.

Ot.prp.nr.91 (2003-2004) s.10.

¹¹⁴ Se kapittel 4.

¹¹⁵ NOU 2001:32 B s.709.

¹¹⁶ Særlig grunnet kontradiksjonsprinsippet jf. tvisteloven § 11-1 tredje ledd.

¹¹⁷ NOU 2001:32 B s.709.

skjønnsmessig vurdering. Her kan hensynet til kontradiksjon trekkes inn, samt om veiledningen vil medføre økte sakskostnader.¹¹⁸

Avslutningsvis er det grunn til å påpeke sammenhengen mellom materiell veiledning under hovedforhandling og preklusjonsregelen i tvisteloven § 9-16. Etter at hovedforhandling er innledet vil partene være avskåret fra å fremsette nye krav, utvide påstanden, påberope et nytt påstandsgrunnlag og tilby nye bevis, med mindre retten tillater det, jf. § 9-16 første ledd. Det vil derfor være meningsløst for retten å veilede, hvis den ser at en endring i tråd med veiledningen ikke kan tillates.¹¹⁹

Det er imidlertid nærliggende å slutte at retten vil tillate en endring etter § 9-16, dersom den etter en helhetsvurdering av momentene gjennomgått ovenfor, faller ned på at det bør veiledes. Bakgrunnen er at vilkårene for å tillate en endring etter preklusjonsregelen er skjønsmessige, og legger opp til en avveining mellom begge parter interesser. For eksempel *skal* retten tillate en endring etter § 9-16 første ledd bokstav b, dersom motparten har tilstrekkelig grunnlag for, uten utsettelse, å ivareta sine interesser. Mens retten *kan* tillate en endring etter andre ledd, dersom parten det endres til gode for godtgjør motpartens merutgifter – og ikke andre vesentlige hensyn taler imot.

3.3.3 Særlig om selvprosederende parter

Tvisteloven § 11-5 sjette ledd fastslår at retten «skal» «ta særlig hensyn til det behov parter uten prosessfullmektig har for veiledning». Formålet bak sjette ledd er å tilrettelegge for at parter kan føre sak for domstolene uten å bruke advokat.¹²⁰ Bestemmelsen kan videre bidra til å skape større reell likhet mellom partene i prosessen, og dermed fremme hensynet til en rettferdig rettergang.¹²¹

Det er klart at sjette ledd har størst praktisk betydning i saker som behandles etter småkravsprosessen, ettersom partene oftere er selvprosederende her. Samtidig forekommer det også at parter i allmennprosessen er selvprosederende. Spørsmålet er da hvilken betydning det har for rettens materielle veiledning, at parten er selvprosederende i allmennprosessen.

¹¹⁸ Hovedregelen er at den som vinner saken har krav på full erstatning for sine sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd.

¹¹⁹ Eldjarn (2016) s.173.

¹²⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.172.

¹²¹ Tvisteloven § 1-1 første ledd, Grunnloven § 95, EMK art.6.

Ordlyden «skal» i kontekst med «ta særlig hensyn til», lovfester i hvertfall en plikt for retten til å vie ekstra oppmerksomhet til selvprosederende parter behov for veiledning. Et minimumskrav må da være at retten, i sin helhetsvurdering av om det bør veiledes, vektlegger om parten er selvprosederende.

En annen *mulig* innfallsvinkel er at sjette ledd oppstiller en ubetinget plikt til å gi selvprosederende parter materiell veiledning. Altså at retten har veiledningsplikt etter sjette ledd, uavhengig av øvrige momenter. En slik forståelse er imidlertid lite forenelig med ordlyden «kan» i fjerde og femte ledd. Det er heller ingenting i forarbeidene som underbygger en slik forståelse, snarere tvert imot.

Twistemålsutvalget gir føringer på at det faktisk at en part er selvprosederende, må inngå som et moment i rettens vurdering av om det bør veiledes.¹²² Departementet på sin side uttaler at det kan være *minst like god grunn* til å veilede en part med en advokat som gjør en ufullstendig jobb, som en som ikke har engasjert noen.¹²³

Gode grunner taler for at sjette ledd ikke oppstiller en veiledningsplikt for retten. En ordning hvor det er rettens oppgave å ivareta en parts interesser i søksmålet, ville vært lite forenelig med rettens rolle som nøytral konfliktløser.¹²⁴ Vi har også sett at veiledning kan resultere i økt tids- og ressursbruk. Dersom retten skulle hatt veiledningsplikt uavhengig av øvrige momenter, kunne det ha undergravd prosessøkonomiske hensyn og proporsjonalitetsprinsippet. En ubetinget veiledningsplikt ville også vært uforenelig med disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Som vi har sett legger disse prinsippene opp til at det er partene, *med eller uten prosessfullmektig*, som har hovedansvaret for å argumentere og føre bevis for sin sak.

Det er videre et poeng at det kan være store forskjeller på kompetansen og ressursene til selvprosederende parter, samt på kompleksiteten i de ulike sakene.¹²⁵ For eksempel kan en selvprosederende part være advokat, og noen saker kan være enklere å prosedere med hensyn til faktum og juss. Dette tilsier at det konkrete behovet for og rimeligheten av at retten veileder, nødvendigvis vil variere mellom ulike selvprosederende parter og saker.

¹²² NOU 2001:32 B s.709.

¹²³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.172.

¹²⁴ NOU 2001:32 A s.139.

¹²⁵ Eldjam (2016) s.293.

Sammenfatningsvis kan det slutes at sjette ledd ikke oppstiller en ubetinget plikt til å gi selvprosederende parter materiell veiledning. I tråd med ordlyden i sjette ledd og tvistelovens forarbeider, må momentet inngå i rettens helhetsvurdering av om det bør veiledes. Den konkrete *vekten* av momentet, det at parten er selvprosederende, vil nødvendigvis variere.

På generelt plan kan det sies at parter uten juridisk kompetanse har dårligere forutsetninger for å vite hvilke rettsregler som gjelder, det nærmere innholdet av disse og hvilke sider av faktum som er relevant å trekke frem. Dette tilsier at selvprosederende parter trolig har størst behov for veiledning om innholdet i relevante rettsregler, som gjør at de blir oppmerksomme på aktuelle påstandsgrunnlag.¹²⁶ Her vil klargjøringsplikten bidra til at partens behov for hjelp avdekkes på et tidlig tidspunkt, og da bør momentet veie forholdsvis tungt for veiledning. Dersom behovet for hjelp avdekkes under hovedforhandling eller mot slutten av denne, må spørsmålet om materiell veiledning bero på en bredere vurdering der øvrige momenter inngår. Herunder sakens betydning for parten, økt ressursbruk som følge av veiledningen og rimelighetshensyn ovenfor motparten, jf. punkt 3.3.2.¹²⁷

¹²⁶ Eldjarn (2016) s.303.

¹²⁷ NOU 2001:32 B s.709.

4 Rettens unntaksvise plikt til materiell veiledning

4.1 Innledning

I denne delen av avhandlingen vil det redegjøres for at retten unntaksvis kan ha plikt til materiell prosessledelse. Siktemålet er deretter å undersøke hvilke omstendigheter som må foreligge i den enkelte sak for at veiledningsplikten kan inntre.

4.2 Rettslig forankring av veiledningsplikten

Vi har tidligere sett at det vanskelig kan utledes av ordlyden i § 11-5 andre jf. fjerde og femte ledd, at retten kan ha plikt til materiell prosessledelse. En annen sak er at andre ledd, om at retten «skal» bidra til en riktig avgjørelse, kan tilsa at det i enkelte tilfeller *bør* oppstilles en plikt.

Ettersom en veiledningsplikt vanskelig kan utledes av lovteksten, må vi se hen til øvrige rettskilder. I NOUen viser Tvistemålsutvalgt til rettstilstanden under tvistemålsloven og uttaler følgende: «Forholdet er altså at det er blitt en etablert oppfatning at retten (...) *helt unntaksvis også [har] en plikt til, materiell veiledning* i form av at retten reiser spørsmål om ikke parten bør påberope et påstandsgrunnlag, føre et bestemt bevis mv». ¹²⁸ Det er tydelig at Tvistemålsutvalget *ikke* mente å endre rettstilstanden på dette punkt, jf. tilføyelsen «[u]tvalgets utkast endrer ikke dette». ¹²⁹

I proposisjonen finnes det ingen konkrete uttalelser om hvorvidt departementet mente at retten under tvisteloven kunne ha plikt til materiell prosessledelse. Når det gjelder pliktspørsmålet uttales det følgende: «Departementet vil ikke foreslå å lovfeste en *generell* regel om rettens plikt til veiledning». ¹³⁰ Denne uttalelsen, sett i sammenheng med at departementet *ikke noe sted i proposisjonen* tar avstand fra Tvistemålsutvalgets uttalelser om at retten unntaksvis, i mer *spesielle* tilfeller kan ha veiledningsplikt, tyder på at heller ikke departement tok sikte på å endre rettstilstanden i relasjon til pliktspørsmålet.

Slutningen fra forarbeidene underbygges av Høyesterett i HR-2019-741-A (heretter Foreldelse-dommen). Saken gjaldt to tiltalte som i lagmannsretten var blitt frifunnet for

¹²⁸ NOU 2001:32 B s.709 (min kursivering).

¹²⁹ Ibid. s.709.

¹³⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.173 (min kursivering).

voldtekt, men som ble dømt til å betale oppreisningserstatning. Ettersom oppreisningskravet var fremsatt etter lang tid, kunne det være foreldet. Tidsforløpet var imidlertid ikke påberopt og lagmannsretten hadde unnlatt å veilede om foreldelsesreglene (ergo ikke gjort oppmerksom på et nytt påstandsgrunnlag). De ansvarlige anket over lagmannsrettens behandling av det sivile kravet, og anførte at det forelå saksbehandlingsfeil i det lagmannsretten ikke hadde gitt materiell veiledning.

I Foreldelse-dommen falt Høyesterett enstemmig ned på at lagmannsretten ikke hadde veiledningsplikt. Premissene viser imidlertid at førstvoterende, etter en gjennomgang av tvistelovens forarbeider, fastslår følgende: «[j]eg forstår det slik at departementet når det gjaldt pliktspørsmålet – på samme måte som utvalget – *ikke la opp til å endre gjeldende rett*». ¹³¹ Etter å ha fastslått dette trekker førstvoterende ut relevante momenter fra NOUen, og vurderer *konkret* om lagmannsretten hadde veiledningsplikt. ¹³²

Gjennomgangen av forarbeidene og rettspraksis ovenfor viser at retten de lege lata kan ha plikt til materiell prosessledelse. Siktemålet i det følgende er å undersøke hvilke omstendigheter som må foreligge for at veiledningsplikten kan inntre.

4.3 Under hvilke omstendigheter kan retten ha veiledningsplikt?

I NOUen gir Tvistemålsutvalget føringer på at retten kan ha plikt til å gjøre en part oppmerksom på et nytt påstandsgrunnlag «der hvor saken er av stor betydning for parten, påstandsgrunnlaget som ikke er påberopt er klart relevant og det vil medføre et rettstap for parten om han ikke får påberope det». ¹³³ Det legges videre til at «[d]et som her er sagt om påstandsgrunnlag gjelder langt på vei tilsvarende for bevis». ¹³⁴

Uttalelsene i NOUen kan gi inntrykk av at retten bare kan ha veiledningsplikt om nye påstandsgrunnlag og bevis. Vi kommer tilbake til om retten kan ha veiledningsplikt om andre materielle forhold, herunder nye krav og påstander. Fremstillingen vil i det følgende konsentreres om veiledningsplikten i relasjon til nye påstandsgrunnlag og bevis. Betydningen av at parten er selvprosederende behandles selvstendig i punkt 4.3.2.

¹³¹ HR-2019-741-A avsnitt 33 (min kursivering).

¹³² Ibid. avsnitt 46 flg.

¹³³ NOU 2001:32 B s.709.

¹³⁴ Ibid. s.709.

Det er grunn til å bemerke at Tvistemålsutvalget ved angivelsen av momentene i NOUen, bruker betegnelsen «og» i motsetning til «eller». Språkbruken her gir inntrykk av at momentene er kumulative vilkår. Altså at samtlige må være innfridd i den enkelte sak, for at veiledningsplikten kan inntre. Slutningen fra forarbeidene modereres likevel noe av premissene i Foreldelse-dommen. Her fastslår førstvoterende at «[d]isse kriteriene må etter mitt syn være *sentrale* ved vurderingen av om det i et konkret tilfelle foreligger plikt for retten til å gi veiledning». ¹³⁵ At kriteriene må være «sentrale» tyder på at samtlige *bør* gjøre seg gjeldende i den enkelte sak, for at veiledningsplikten kan inntre. Samtidig peker ikke formuleringen på at det er en absolutt betingelse for veiledningsplikt, at samtlige er innfridd.

Vi kommer tilbake til om momentene utledet fra NOUen er kumulative vilkår eller ikke. Først er det imidlertid hensiktsmessig å se på det nærmere innholdet i momentene. I forarbeidene gis det ingen beskrivelse av momentenes innhold og hva som skal til for at de innfris eller gjør seg gjeldende med styrke. Følgelig må det søkes veiledning i andre rettskilder, og her er Foreldelse-dommen sentral. I premissene gis det ingen direkte uttalelser om hvordan de ulike *kriteriene* skal forstås, men det ligger gode rettskildemessige bidrag i førstvoterende sin fremgangsmåte og subsumsjon.

Spørsmålet i Foreldelse-dommen var om lagmannsretten hadde plikt til å veilede om et nytt påstandsgrunnlag. Premissene viser at førstvoterende starter pliktvurderingen med å legge til grunn at tidsforløpet i saken gjorde at spørsmålet om foreldelse måtte «sies å være relevant». ¹³⁶ Det var altså en mulighet for at de ansvarlige i den konkrete saken kunne ha vunnet frem med sine påstander om frifinnelse, ved å påberope tidsforløpet som nytt påstandsgrunnlag.

Det kan bemerkes at førstvoterende ikke fastslår at påstandsgrunnlaget var «klart relevant» i Foreldelse-dommen, slik momentet formuleres i NOUen. ¹³⁷ *Likevel* går førstvoterende videre i pliktvurderingen, og trekker inn øvrige momenter. ¹³⁸ Dette impliserer at relevansmomentet vil være innfridd der de konkrete omstendighetene i en sak tilsier at det er en mulighet for at parten kan vinne frem med et nytt påstandsgrunnlag.

¹³⁵ HR-2019-741-A avsnitt 35 (min kursivering).

¹³⁶ Ibid. avsnitt 47.

¹³⁷ NOU 2001:32 B s.709.

¹³⁸ HR-2019-741-A avsnitt 47 flg.

Samtidig er det nærliggende å slutte at pliktvurderingen kan strande ved relevansmomentet, dersom retten ikke ser en mulighet for parten kan vinne frem med et alternativt påstandsgrunnlag. Det er med andre ord nærliggende å slutte at relevansmomentet utgjør et vilkår for veiledningsplikt. Bakgrunnen er at hensynet til et materielt riktig resultat ikke taler for veiledning om et påstandsgrunnlag som retten ikke ser en mulighet for at kan føre frem. Her kan det trekkes en parallell til klargjøringsplikten etter tredje ledd, som bare gjelder for materielle forhold som *kan tenkes å ha betydning for den avgjørelse som skal treffes*.¹³⁹

Videre ser man at førstvoterende i Foreldelse-dommen ikke fant det klart at de ansvarlige hadde lidd et rettstap.¹⁴⁰ Det var altså ikke klart at påberopelse av tidsforløpet i den konkrete saken, ville ha resultert i frifinnelse. Bakgrunnen for dette var at førstvoterende mente at det var usikkert når skadelidte fikk den nødvendige kunnskapen til at foreldelsesfristen kunne starte å løpe.¹⁴¹ At førstvoterende går inn og vurderer dette tyder på at det i utgangspunktet *bør* fremstå klart at parten vil vinne frem med det nye påstandsgrunnlagt, for at veiledningsplikten *kan* aktualiseres.

Det må imidlertid bemerkes at førstvoterende, etter å ha fastslått at det ikke var klart at de ansvarlige hadde lidd et rettstap, *likevel* går videre i pliktvurderingen og trekker inn sakens betydning.¹⁴² Dette impliserer at det ikke *nødvendigvis* er avgjørende i disfavør veiledningsplikt, at det er usikkerhet knyttet til om parten vil vinne frem med det nye påstandsgrunnlaget. En slik tilnærming til pliktspørsmålet kan fremstå uforenelig med NOUens formulering jf. «det vil medføre et rettstap».¹⁴³ Språkbruken her gir inntrykk av at retten må være sikker på at påstandsgrunnlaget vil føre frem.

Et argument mot at veiledningsplikten gjøres betinget av at retten er sikker på at parten vil vinne frem med det nye påstandsgrunnlagt, er at det lett kan resultere i en illusorisk plikt. Bakgrunnen er at retten sjeldent vil ha gode nok forutsetninger for å ha en slik sikker oppfatning om påstandsgrunnlagets betydning, i det partenes argumentasjon og bevisførsel naturligvis har vært rettet mot de allerede påberopte påstandsgrunnlagene. I lys av dette resonnementet og Foreldelse-dommens premisser er det nærliggende å slutte at usikkerhet

¹³⁹ Rt-2008-1449 avsnitt 13.

¹⁴⁰ HR-2019-741-A avsnitt 47.

¹⁴¹ Ibid. avsnitt 47, jf. avsnitt 41 flg.

¹⁴² Ibid. avsnitt 48 flg.

¹⁴³ NOU 2001:32 B s.709.

knyttet til om påstandsgrunnlaget vil føre frem, ikke *nødvendigvis* er i veien for å statuere veiledningsplikt.

Det kan likevel stilles spørsmål ved om pliktvurderingen kan strande ved rettstapmomentet, dersom det blir *for stor usikkerhet* knyttet til om påstandsgrunnlaget vil føre frem.

Forutsetningen er nå at retten ser en mulighet for at påstandsgrunnlaget *kan føre frem*, men er veldig usikker på om det faktisk *vil gjøre det*.

I Foreldelse-dommen gis det ikke føringer på hvor stor eller liten grad av usikkerhet det var knyttet til om foreldelse ville føre frem. Premissene viser bare at førstvoterende foretar en kort vurdering av faktum opp mot foreldelsesloven § 9, og slutter at det ikke var klart at de ansvarlige hadde lidd et rettstap.¹⁴⁴

Det kan sies at hensynet til et materielt riktig resultat ikke veier like tungt for veiledningsplikt om et påstandsgrunnlag som retten er veldig usikker på om faktisk vil føre frem. Dette kan tale for at pliktvurderingen bør strande ved rettstapmomentet, dersom usikkerheten blir for stor.

På den andre siden kan det være vanskelig å trekke en grense for hvilken usikkerhetsgrad som automatisk skal avskjære rettens veiledningsplikt. Det er gjerne derfor førstvoterende i Foreldelse-dommen heller betegner rettstapmomentet som ett av flere *sentrale* kriterier, og foretar en *samlet* vurdering av pliktsspørsmålet.¹⁴⁵ Det kan også være gode grunner for å innta en slik tilnærming.

Vekten av hensynet til et materielt riktig resultat vil også avhenge av sakens betydning for parten. Det kan for eksempel være rimelig å statuere veiledningsplikt om mer usikre materielle forhold, i en sak som berører svært tunge velferdsmessige interesser. Her skal det nemlig mer til før proporsjonalitetsprinsippet taler imot å bruke ekstra ressurser på saksbehandlingen. I lys av dette resonnementet og Foreldelse-dommens premisser er det mer nærliggende å slutte at graden av usikkerhet knyttet til om påstandsgrunnlaget vil føre frem, i stedet inngår som et *vesentlig* moment i en samlet vurdering – der også sakens betydning for parten trekkes inn.

¹⁴⁴ HR-2019-741-A avsnitt 41-42, jf. avsnitt 47.

¹⁴⁵ Ibid. avsnitt 35, samt særlig avsnitt 51: «samlet».

I Foreldelse-dommen gis det ingen direkte uttalelser om hvordan sakens betydning for parten bedømmes. Førstvoterende legger til grunn at domfellelsen var «utvilsomt alvorlig» for de ansvarlige, i det grunnlaget var at lagmannsretten fant det klart sannsynlig at de hadde voldtatt fornærmede.¹⁴⁶ Det uttales videre at plikten til å betale oppreisning innebar «en økonomisk belastning» som «særlig ut fra [de ansvarliges] unge alder» måtte «anses byrdefull for dem».¹⁴⁷ Ut fra dette virker det som at førstvoterende foretar en objektiv vurdering, men samtidig trekker inn subjektive forhold som er synlig for retten og rasjonelt begrunnet. Altså at de ansvarliges unge alder kunne tilsa at saken var av *noe* større betydning for dem. Dette er i tråd med betraktningene som skisseres i punkt 3.3.2.

Saken som var oppe i Foreldelse-dommen berørte velferdsmessige interesser. Bakgrunnen er at den skyldkonstatering og det stigmaet som følger med det å bli dømt til å betale oppreisningserstatning på grunnlag av voldtekt, vil innebære en betydelig påkjenning for de fleste. Samtidig kan Foreldelse-dommen leses slik at den velferdsmessige interessen ikke slo inn med nok tyngde for å oppstille en veiledningsplikt *om foreldelse som nytt påstandsgrunnlag*. Bakgrunnen er, som førstvoterende tillegger vekt, at en dom bygget på foreldelse ikke samtidig vil innebærer en konstatering av at grunnlaget for oppreisningskravet (voldtekten), ikke er til stede.¹⁴⁸

Foreldelse-dommen berørte også økonomiske interesser. Som nevnt viser førstvoterende til at plikten til å betale oppreisning innebar «en økonomisk belastning» som «måtte anses byrdefull» for de ansvarlige.¹⁴⁹ I neste setning legger førstvoterende til grunn at «[d]et kan likevel ikke tillegges stor vekt».¹⁵⁰ Denne uttalelsen tyder på at det skal mye til for at en sak som utelukkende berører økonomiske interesser, kan regnes for å være av stor betydning for parten i relasjon til pliktspørsmålet.

I mangel på klare uttalelser i Foreldelse-dommen er det vanskelig å si med sikkerhet hva som var utslagsgivende for at Høyesterett falt ned på at lagmannsretten ikke hadde veiledningsplikt. Det er imidlertid nærliggende å slutte, etter mitt syn, at dette var kombinasjonen av usikkerhet knyttet til om det nye påstandsgrunnlaget ville føre frem, og det

¹⁴⁶ Ibid. avsnitt 48.

¹⁴⁷ Ibid. avsnitt 50.

¹⁴⁸ Ibid. avsnitt 49.

¹⁴⁹ Ibid. avsnitt 50.

¹⁵⁰ Ibid. avsnitt 50.

at saken, herunder foreldelsesspørsmålet, ikke var av tilstrekkelig stor betydning for de ansvarlige.

Før vi ser nærmere på om sakens betydning for parten kan regnes som et kumulativt vilkår for veiledningsplikt, skal vi først undersøke hva som skal til for at retten kan ha plikt til å veilede om nye bevis.

Det eksisterer ingen Høyesterettsavgjørelser etter tvisteloven som berører dette spørsmålet. I NOUen viser Tvistemålsutvalget til Rt-1950-981 som et eksempel på rettens veiledningsplikt (heretter Boligrettkjennelsen).¹⁵¹ Saken gjaldt en part som var begjært utkastet av en eiendom og som anførte at han hadde inngått muntlig avtale om kjøp av denne. Til støtte for sitt standpunkt viste parten blant annet til at han hadde foretatt betydelige bygge- og reparasjonsarbeider på eiendommen, samt søkt om byggetillatelse i eget navn. Lagmannsretten stadfestet likevel namsmannens avgjørelse om å ta begjæringen til følge, uten å søke nærmere opplyst om en kjøpsavtale var inngått.

Kjæremålsutvalget opphevet lagmannsrettens avgjørelse på grunn av saksbehandlingsfeil. I begrunnelsen ble det vist til at «[h]ele dette forhold med byggetillatelse, kjøp og bruk av materialer [mv.] – som er viktig for sakens bedømmelse (...) *burde vært søkt nærmere opplyst* før lagmannsretten traff sin avgjørelse i saken».¹⁵²

Til tross for uttrykket «burde» er det på det rene at Kjæremålsutvalget mente at lagmannsretten hadde en plikt, all den stund konklusjonen ble saksbehandlingsfeil og opphevelse. Uttalelsen om at forholdene burde «vært søkt nærmere opplyst», kan umiddelbart så tvil om hvorvidt kjennelsen gjaldt rettens plikt til *veiledning* eller plikt til *selv å innhente bevis*. Det er imidlertid nærliggende å slutte at Kjæremålsutvalget mente at lagmannsretten skulle ha opplyst forholdene ved å oppfordre parten til å tilby bevis. Dette er en rasjonell slutning ettersom parten åpenbart hadde bedre forutsetninger enn retten for å vite hvilke konkrete bevis som kunne ha underbygget den muntlige avtalen han påberopte.

Premissene i Boligrettkjennelsen har ingen direkte uttalelser om momenter eller hensyn som kunne begrunne en plikt for retten. Det uttales imidlertid at det «etter sakens stilling» burde

¹⁵¹ NOU 2001:32 B s.709.

¹⁵² Rt-1950-981 siste setning i begrunnelsen (min kursivering).

vært innhentet ytterligere opplysninger¹⁵³, samt at de forhold som burde vært søkt nærmere opplyst var «viktig for sakens bedømmelse».¹⁵⁴

I Boligrettkjennelsen var «sakens stilling» om parten kunne tvangskastes fra sin bolig. Saken berørte altså tunge velferdsmessige interesser, og hadde åpenbart stor betydning for parten. De faktiske forholdene som var «viktig for sakens bedømmelse» var omstendigheter som byggetillatelse i partens navn, samt kjøp og bruk av materialer til de betydelige bygge- og reparasjonsarbeider parten mente å ha foretatt på eiendommen. Det var med andre ord tale om faktiske omstendigheter (bevisfaktum), som hvis de ble sannsynliggjort gjennom ytterligere bevisførsel, kunne ha underbygget den muntlige avtalen parten påberopte (påstandsgrunnlaget – i tvistelovens terminologi). Da disse forholdene ikke var nærmere opplyst, forelå det helt klart holdepunkter for at ytterligere bevisførsel kunne få avgjørende betydning for saksutfallet.

Ut fra Boligrettkjennelsen fremstår det som at retten kan ha veiledningsplikt om nye bevis, der saken er av stor betydning for parten og det er holdepunkter for at ytterligere bevisførsel kan underbygge et påberopt påstandsgrunnlag. Dette er for så vidt i tråd med det som skisseres i punkt 3.3.1, om at det nettopp er for *slike* bevis at hensynet til et materielt riktig resultat kan tilsi at det er særlig viktig med veiledning.

Det foreligger én rettsavgjørelse til som kan sies å omhandle rettens plikt til materiell veiledning. Dette er Rt-1979-216 (heretter Selvangivelsekjennelsen), der Kjæremålsutvalget også viser til Boligrettkjennelsen. Saken gjaldt en tvangsauksjon med grunnlag i et momskrav mot en part, etter salg av tømmer. For lagmannsretten anførte parten at det var sønnen som hadde solgt tømmer. Sønnens selvangivelse og næringsoppgave var imidlertid ikke lagt frem for retten, noe som kunne bero på en misforståelse. Lagmannsretten stadfestet likevel namsmannens avgjørelse om at tvangsauksjonen kunne fremmes, uten å gjøre oppmerksom på hvilken betydning selvangivelsen og næringsoppgaven kunne få.

Kjæremålsutvalgets flertall opphevet lagmannsrettens avgjørelse på grunn av saksbehandlingsfeil. I begrunnelsen ble det vist til at det forelå «helt spesielle omstendigheter

¹⁵³ Ibid. første setning i begrunnelsen.

¹⁵⁴ Ibid. siste setning i begrunnelsen.

som burde ha foranlediget lagmannsretten til (...) å gjøre partene oppmerksom på at innholdet av disse dokumenter kunne bli tillagt avgjørende vekt». ¹⁵⁵

Også her brukes uttrykket «burde», men i likhet med Boligrettkjennelsen ble konklusjonen saksbehandlingsfeil og opphevelse. Det er følgelig ikke tvilsomt at flertallet mente at lagmannsretten hadde en plikt. Uttalelsen om at retten burde «gjøre partene oppmerksom på», må tolkes dithen at plikten refererte til veiledning. Det å gjøre partene oppmerksom på materielle forhold er den typiske fremgangsmåten som benyttes når retten veileder.

Etter flertallets syn var det flere momenter som talte for å oppstille en plikt. Flertallet vektla blant annet at selvangivelsen og næringsoppgaven var «et åpenbart viktig bevis for avgjørelsen». ¹⁵⁶ Sett hen til at disse dokumentene kunne ha underbygget partens påstandsgrunnlag, nemlig at det var sønnen som hadde solgt tømmer, er det heller ikke overraskende.

Flertallet vektla også at bevisene var «meget enkelt å føre», samt at manglende bevisføring «kunne bero på en misforståelse». ¹⁵⁷ For lagmannsretten hadde parten tatt til orde for at hans standpunkt ville bekreftes av «de dokumenter som påberopes og som er tilgjengelige». ¹⁵⁸ Ut fra dette kan det fremstå som at parten hadde misforstått hvordan bevis må føres for at retten kan ta det i betraktning i sin bevisvurdering.

Det kan bemerkes at da saken stod for Kjæremålsutvalget, kom det frem at bevisene ville gå i favør den parten det var spørsmål om å veilede. Det fremstår imidlertid ikke som at flertallet (i hvertfall ikke utad), vektlegger dette i sin begrunnelse for å konstatere saksbehandlingsfeil. Flertallet uttaler nemlig helt til slutt at når «det under det videre kjæremål synes klarlagt at bevisene går i favør [parten], finner flertallet at lagmannsrettens kjennelse må bli å oppheve». ¹⁵⁹ Ut fra dette virker det som at flertallet vektlegger bevisenes innhold i retning av at innvirkningskravet var oppfylt. Dette må også være riktig. Pliktspørsmålet må nødvendigvis bero på hvordan forholdene fremstår for retten på det tidspunktet det er aktuelt å ha veiledningsplikt.

¹⁵⁵ Rt-1979-216 s.217 (min kursivering).

¹⁵⁶ Ibid. s.218.

¹⁵⁷ Ibid. s.218.

¹⁵⁸ Ibid. s.217-218 (min kursivering).

¹⁵⁹ Ibid. s.218.

Det var dissens i Selvangivelsekjennelsen, der mindretallet mente at lagmannsretten ikke hadde begått saksbehandlingsfeil. Mindretallet vektla blant annet at parten var en «praktiserende advokat» og at det var tale om «en forholdsvis liten sak hvor ingen vitale interesser stod på spill».¹⁶⁰ Det ble videre fremhevet at lagmannsretten ikke visste hva selvangivelsen og næringsoppgaven inneholdt av opplysninger, samt at motparten flere ganger hadde oppfordret parten til å legitimere sin påstand.¹⁶¹

Etter mitt skjønn har mindretallets syn gode grunner for seg. Man bør kunne stille nokså strenge krav til en praktiserende advokat. Videre gjaldt tvisten et innberettet salg for kr 11 644,¹⁶² som indeksregulert svarer til kr 50 576 i 2020.¹⁶³ I sivilprosessuell sammenheng må saken regnes for å være av beskjeden betydning.¹⁶⁴ Derfor kan det sies at hensynet til et materielt riktig resultat ikke veide tungt for å oppstille en veiledningsplikt.

Sammenfatningsvis er det nærliggende å trekke følgende *foreløpige* slutninger fra kjennelsene ovenfor: Retten *kan* ha veiledningsplikt om nye bevis, der det er holdepunkter for at ytterligere bevisførsel kan underbygge et påberopt påstandsgrunnlag. I likhet med Foreldedommen er det vanskelig å lese kjennelsene slik at veiledningsplikten er *betinget* av at retten er *sikker* på at ytterligere bevisførsel *vil komme til* å underbygge påstandsgrunnlaget. Tvert imot viser Selvangivelsekjennelsen at lagmannsretten ikke visste om bevisene ville gå i favør parten eller ikke. Det er imidlertid nærliggende å slutte at usikkerhetsgraden, også her, vil spille inn i pliktvurderingen. Altså at jo sterkere holdepunkter det er for at ytterligere bevisførsel vil underbygge påstandsgrunnlaget – desto mer vil det tale for veiledningsplikt, og motsatt.

4.3.1 Er sakens betydning for parten et kumulativt vilkår?

Spørsmålet er nå om sakens betydning for parten er et kumulativt vilkår for veiledningsplikt. Herunder plikt til å gjøre en part oppmerksom på et nytt påstandsgrunnlag eller oppfordre en part til å tilby bevis.

¹⁶⁰ Ibid. s.218.

¹⁶¹ Ibis. s.218.

¹⁶² Ibid. s.218.

¹⁶³ <https://www.norges-bank.no/tema/Statistikk/Priskalkulator/>

¹⁶⁴ Saker hvor tvistesummen er under kr 200 000 er som hovedregel underlagt obligatorisk behandling i forliksrådet, jf. tvisteloven § 6-2 andre ledd bokstav a.

Som nevnt kan Tvistemålsutvalgets uttalelser i NOUen gi inntrykk av at saken må være av stor betydning for parten, for at retten kan ha veiledningsplikt. Selvangivelsekjennelsen kan imidlertid tas til inntekt for at retten kan ha veiledningsplikt, selv om saken er av *mindre* betydning. Her kan det riktignok stilles spørsmål ved om kjennelsen egentlig gir uttrykk for gjeldende rett i dag. Som nevnt var det dissens i kjennelsen og Tvistemålsutvalget viser til Boligrettkjennelsen som et eksempel på rettens veiledningsplikt. Her var saken åpenbart av stor betydning for parten.

Det kan videre stilles spørsmål ved om Selvangivelsekjennelsen egentlig ga uttrykk for gjeldende rett på tidspunktet da den ble avsagt. I NOUen viser Tvistemålsutvalget til rettstilstanden under tvistemålsloven og uttaler følgende «Retten vil i saker undergitt fri rådighet sjelden ha plikt til materiell prosessledelse (...). Men det kan nok tenkes unntak *hvor saken har særlig stor betydning for parten*».¹⁶⁵ Ut fra dette virker det som at Tvistemålsutvalget mener at rettsoppfatningen under tvistemålsloven var at saken måtte være av stor betydning for parten, for at retten kunne ha plikt til materiell prosessledelse.

På den andre siden kan Foreldelse-dommen gjøre det vanskelig å konkludere med at sakens betydning for parten er et kumulativt vilkår for veiledningsplikt. Her uttaler som nevnt førstvoterende at sakens betydning for parten er ett av flere *sentrale* kriterier, og foretar en *samlet* vurdering av pliktspørsmålet. Dette synes å åpne for at andre momenter eller hensyn *kan* spille inn og begrunne en veiledningsplikt, til tross for at saken ikke er av stor betydning. Dette kan sies å være tilfellet i Selvangivelsekjennelsen. Her vektla flertallet at det ville være *meget enkelt* å føre et *åpenbart viktig bevis*. Det ble også påpekt at en enkel forespørsel fra lagmannsretten ville vært tilstrekkelig, og ikke ville påført retten eller partene tidstap eller uleilighet.¹⁶⁶ Det er grunn til å tro at hensynet til et materielt riktig resultat ble avgjørende her, da hensynet til prosessøkonomi og effektivitet ikke talte i motsatt retning.

Juridisk litteratur er generelt sparsommelig hva gjelder omtale av rettens plikt til materiell prosessledelse. Hov skriver for eksempel bare at rettens aktivitetsplikt skjerpes i saker av «stor velferdsmessig betydning».¹⁶⁷ Bårdsen mfl. skriver at retten kan tenkes å ha veiledningsplikt «i saker hvor sterke velferdsmessige grunner gjør seg gjeldende».¹⁶⁸ Backer

¹⁶⁵ NOU 2001:32 A s.139 (min kursivering).

¹⁶⁶ Rt-1979-216 s.218.

¹⁶⁷ Hov (2019) s.325.

¹⁶⁸ Bårdsen mfl. (2008) s.36

skriver at retten kan tenkes å ha veiledningsplikt «hvis saken er av stor betydning».¹⁶⁹ Det kan fremstå som at forfatterne her mener at sakens betydning for parten er et kumulativt vilkår for veiledningsplikt.

Skoghøy skriver imidlertid at retten kan ha veiledningsplikt «for eksempel dersom saken er av stor betydning for en part».¹⁷⁰ Uttrykksmåten her tyder på at Skoghøy mener at saken ikke nødvendigvis må være av stor betydning, for at retten kan ha veiledningsplikt. Dette er i tråd med det som utledes av Selvangivelsekjennelsen og Foreldelse-dommen.

Sammenfatningsvis gjør rettskildebildet det vanskelig å konkludere med at sakens betydning for parten er et kumulativt vilkår for veiledningsplikt. Det kan imidlertid slutes, på bakgrunn av forarbeidene og Foreldelse-dommen, at det skal *mye* til for å statuere veiledningsplikt der saken ikke er av stor betydning for parten. Unntak *kan* imidlertid tenkes. For eksempel hvis det er meget enkelt for retten å veilede, og veiledningen ikke vil medføre økt tids- og ressursbruk.¹⁷¹

4.3.2 Betydningen av at parten er selvprosederende

Spørsmålet er nå hvilken betydning det har i pliktvurderingen at parten er selvprosederende.

I Foreldelse-dommen legger førstvoterende til grunn at det må foreligge *særlige omstendigheter* for at retten skal ha veiledningsplikt ovenfor «en part som er representert ved advokat».¹⁷² Umiddelbart kan denne uttalelsen tyde på at det *ikke* kreves særlige omstendigheter for at retten skal ha veiledningsplikt ovenfor en selvprosederende part.

Overnevnte er imidlertid ikke forenelig med forarbeidene. I NOUen gis det *ikke* føringer på at momentene som er gjennomgått ovenfor, ikke *også* gjelder ovenfor selvprosederende parter.¹⁷³ Tvistemålsutvalget viser til at det faktum at en part er selvprosederende «[vil] være et moment som kan tale for at retten i en konkret situasjon bør veilede om et materielt forhold, og i helt særegne tilfeller at retten har plikt til dette».¹⁷⁴ Det siterte her tyder på at Tvistemålsutvalget mener at det også ovenfor selvprosederende parter, må foreligge særlige

¹⁶⁹ Backer (2020) s.305.

¹⁷⁰ Skoghøy (2017) s.966 (min kursivering).

¹⁷¹ Slik som i Rt-1979-216.

¹⁷² HR-2019-741 avsnitt 35.

¹⁷³ NOU 2001:32 B s.709.

¹⁷⁴ NOU 2001:32 A s.139 (min kursivering).

omstendigheter for at retten kan ha veiledningsplikt. Samtidig gis det føringer på at det faktum at en part er selvprosederende, vil være et *moment* i pliktvurderingen.

Twisteloven 11-5 syvende ledd tilsier også at det faktum at en part er selvprosederende, skal vektlegges i pliktvurderingen.¹⁷⁵ Det tilsier at terskelen for å statuere veiledningsplikt ovenfor en selvprosederende part, kan være *noe* lavere sammenlignet med parter som er representert av advokat.¹⁷⁶ Det kan dermed tenkes at retten lettere vil ha veiledningsplikt ovenfor en selvprosederende part, selv om saken ikke er av stor betydning. Samtidig vil proporsjonalitetsprinsippet også her slå inn og tale imot veiledning, dersom saken er av *mindre betydning* og veiledningen vil medføre økte omkostninger.

Det fremgår ikke klart av Boligrettkjennelsen om parten var selvprosederende eller ikke. Det er imidlertid grunn til å tro at parten ikke var representert av advokat her, ettersom saken var såpass dårlig opplyst. Likevel gir Boligrettkjennelsen lite veiledning med hensyn til hvilken betydning det har i pliktvurderingen, at parten er selvprosederende. Det er ingenting i begrunnelsen som tilsier at dette var et moment som ble tillagt vekt.

I Selvangivelsekjennelsen var parten selvprosederende, og flertallet falt ned på at lagmannsretten skulle gjort oppmerksom på bevisene. Det fremstår imidlertid ikke som at flertallet vektlegger at parten var selvprosederende her. Tvert imot presiseres det at parten var advokat, og at manglende bevisføring *utvilsomt* måtte bebreides parten.¹⁷⁷ Dette tyder på at momentet, det at parten er selvprosederende, har en relativ vekt i pliktvurderingen. Sagt med andre ord: Det vil ikke *nødvendigvis* medføre en lavere terskel for veiledningsplikt, at parten er selvprosederende. Dette er i tråd med de betraktningene som skisseres i punkt 3.3.3.

4.3.3 Oppsummering av pliktspørsmålet

Gjennomgangen har vist at retten de lege lata kan ha plikt til å veilede om nye påstandsgrunnlag og bevis. Det er nærliggende å slutte at veiledningsplikten er betinget av at retten ser en mulighet for at parten kan vinne frem med et nytt påstandsgrunnlag, eller at ytterligere bevisførsel kan underbygge et påberopt påstandsgrunnlag.

¹⁷⁵ Samme retning Eldjarn (2016) s.105.

¹⁷⁶ Ibid. s.298.

¹⁷⁷ Rt-1979-216 s.218.

Det er også nærliggende å slutte at graden av usikkerhet knyttet til om påstandsgrunnlaget vil føre frem, eller om ytterligere bevisførsel vil underbygge påstandsgrunnlaget – har betydning i pliktvurderingen. Altså at jo sikrere retten er, desto sterkere vil hensynet til et materielt riktig resultat slå inn og tale for veiledningsplikt. Motsetningsvis vil hensynet til et materielt riktig resultat tale svakere for å oppstille en veiledningsplikt, jo mer usikker retten er. Samtidig må vekten av hensynet til et materielt riktig resultat, også sees i sammenheng med sakens betydning for parten. Det kan for eksempel være rimelig å statuere veiledningsplikt om mer usikre materielle forhold, hvis en sak er av særlig stor betydning for parten.

Videre er det nærliggende å slutte at det skal mye til for at retten kan ha veiledningsplikt der saken ikke er av stor betydning for parten. Unntak *kan* imidlertid tenkes. For eksempel hvis det er meget enkelt for retten å veilede og veiledningen ikke vil medføre økt tids- og ressursbruk, eller hvis parten er selvprosederende.

4.3.4 Veiledningsplikt om nye krav og påstander?

Til slutt er det grunn til å knytte noen bemerkninger til hvorvidt retten kan ha veiledningsplikt om et nytt krav, eller en ny påstand for et fremsatt krav.

I forarbeidene gis det ikke føringer på at retten kan ha veiledningsplikt om nye krav. I lys av det som skisseres i punkt 3.3.1, er det heller ikke overraskende. Ettersom en part fritt kan fremme et nytt krav i en senere sak, vil ikke parten lide rettstap ved unnlatt veiledning om nye krav. Det eksisterer heller ingen rettsavgjørelser eller uttalelser i juridisk litteratur som tilsier at retten kan ha plikt til å veilede om nye krav. På bakgrunn av dette er det nærliggende å slutte at retten ikke kan ha en slik veiledningsplikt.

Vi har sett at partene kan lide rettstap ved unnlatt veiledning om påstander.¹⁷⁸

Rettstapmomentet kan i utgangspunktet tale for at retten *kan* ha veiledningsplikt om påstander etter § 11-5 fjerde ledd. Samtidig kan det innvendes at hensynet til et materielt riktig resultat ikke veier tilstrekkelig tungt for å operere med en veiledningsplikt om materielle forhold som ikke er *avgjørende* for saksutfallet.

I forarbeidene gis det ikke føringer på at retten kan ha veiledningsplikt om påstander etter fjerde ledd. Heller ikke juridisk litteratur nevner veiledning om påstander i relasjon til

¹⁷⁸ I punkt 3.3.1.

pliktspørsmålet etter fjerde ledd.¹⁷⁹ Dette har nok dels sammenheng med at veiledning om påstander i stor grad fanges opp av klargjøringsplikten. Dersom retten ut fra en parts øvrige prosessopplegg har grunn til å tro at vedkommende ønsker et domsresultat som ikke er i samsvar med det påstanden uttrykker, er påstanden uklar. Retten har da plikt til klargjøring og eventuelt veiledning om hvordan påstanden bør utformes, jf. tredje ledd.¹⁸⁰ På bakgrunn av dette er det nærliggende å slutte at retten ikke kan ha veiledningsplikt om nye påstander etter fjerde ledd.

¹⁷⁹ Skoghøy (2017) s.966, Schei mfl. (2021) s.814 flg.

¹⁸⁰ Punkt 2.2.

5 Rettens upartiskhet

5.1 Innledning

Siktemålet i det følgende er å belyse hvilke skranker tvisteloven § 11-5 syvende ledd trekker opp for rettens materielle veiledning. Syvende ledd gjelder for all veiledning som utøves i medhold av § 11-5, men er klart nok mest praktisk for rettens materielle prosessledelse etter fjerde og femte ledd.

Dersom retten veileder i strid med syvende ledd vil det utgjøre en saksbehandlingsfeil som i utgangspunktet må vurderes etter tvisteloven § 29-21 første ledd. Det kan imidlertid tenkes at veiledning i strid med syvende ledd medfører at dommeren regnes som inhabil etter domstolloven § 108.¹⁸¹ Inhabilitet utgjør en absolutt opphevelsesgrunn etter tvisteloven § 29-21 andre ledd bokstav b.¹⁸²

5.2 Rettens upartiskhet som skranke for dens materielle veiledning

Tvisteloven § 11-5 syvende ledd fastslår at «[r]etten må utøve sin veiledning på en måte som ikke svekker tilliten til at den er upartisk» jf. første punktum. Denne bestemmelsen gir uttrykk for et grunnleggende prinsipp i norsk rett, som kommer til uttrykk flere steder i lovverket.¹⁸³

Ordlyden «svekker tilliten til» tilsier at det ikke er avgjørende om retten faktisk *er* partisk, men hvorvidt den *fremstår slik utad*. Forståelsen underbygges av rettspraksis i relasjon til domstolloven § 108. Høyesterett har i flere saker lagt til grunn at habilitetsvurderingen etter denne bestemmelsen har en objektiv og en subjektiv side.¹⁸⁴ Det innebærer at man ikke bare vurderer om dommeren subjektivt sett er partisk, men også om omstendighetene i saken gir omverden *rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet*.¹⁸⁵ Denne objektive tilnærmingen, hvordan forholdene tar seg ut fra utsiden, har fått økende vekt i rettspraksis de senere år.¹⁸⁶

¹⁸¹ Eldjarn (2016) s.317.

¹⁸² Skoghøy (2017) s.221.

¹⁸³ Grunnloven § 95, EMK art. 6, tvisteloven § 1-1 første ledd, domstolsloven § 108.

¹⁸⁴ HR-2021-943-A, HR-2016-681-A, Rt-2011-1348 mfl.

¹⁸⁵ HR-2021-943-A avsnitt 14.

¹⁸⁶ Fastslått av Høyesterett allerede i 2011, jf. Rt-2011-1348 avsnitt 46.

Overnevnte tilsier at retten ikke kan veilede på en måte som gir omverden, typisk sett motparten, rimelig og saklig grunn til å tvile på om retten har inntatt den andre partens side i tvisten. Retten kan lett oppleves partisk dersom den utelukkende veileder den ene parten, til tross for at den andre også har behov for veiledning.¹⁸⁷ Dette tilsier at retten må være oppmerksom på begge parters behov for veiledning i løpet av sakens gang. Et større fokus på selvprosederende parter må riktignok kunne aksepteres i medhold av sjette ledd.¹⁸⁸

Videre kan hensynet til rettens upartiskhet legge føringer på hvordan veiledningen bør skje. Backer skriver for eksempel følgende: «Veiledningen bør skje i rettsmøter eller annet møte hvor begge parter er til stede, eller ved skriftlige henvendelser til begge parter uansett hvem veiledningen er rettet til».¹⁸⁹ At retten i sin veiledning henvender seg til parter i fellesskap, uavhengig av hvem som drar nytte av denne, er en god rettesnor for hvordan veiledningen bør skje for å bidra til at retten utad fremstår upartisk. Samtidig er det ikke rettskildemessig belegg for å slutte at retten automatisk bryter med syvende ledd, dersom den utelukkende henvender seg til den ene parten.

Syvende ledd andre punktum tjener som en presisering av første punktum. Her fremgår det at retten «ikke [kan] gi partene råd om hvilket standpunkt de bør innta til tvistespørsmål i saken, eller hvilke prosesshandlinger de bør foreta». Ordlyden her tilsier at det oppstilles et forbud mot rådgivning. Forbudet er omfattende og gjelder alt en part kan foreta seg i prosessen, jf. ordlyden «standpunkt» og «prosesshandlinger». Det innebærer at retten for eksempel ikke kan gi råd om hvilke krav som bør fremmes, hvilke påstandsgrunnlag som bør påberopes og hvilke påstander som bør nedlegges mv.

Spørsmålet er imidlertid hva som skal til for at retten gir «råd», jf. syvende ledd. I dagligtalen forstås ordet «råd» nokså vidt, og det kan være vanskelig å skille rådgivning fra veiledning. Dette illustreres av at begrepene tidvis brukes synonymt,¹⁹⁰ og at selv departementet anerkjenner at grensen mellom rådgivning og veiledning kan være «hårfin».¹⁹¹

Tvistemålsutvalget fremhever at retten, særlig ved spørsmål om materiell veiledning, må opptre med forsiktighet av hensyn til dens rolle som nøytral konfliktløser.¹⁹² Det uttales at

¹⁸⁷ Schei mfl. (2021) s.819.

¹⁸⁸ Ibid. (2021) s.819.

¹⁸⁹ Backer (2020) s.307.

¹⁹⁰ <https://www.synonymordboka.no/no/?q=veiledning>

¹⁹¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

¹⁹² NOU 2001:32 A s.138.

retten bør veilede i form av å «tilføre parten kunnskap om hva som mer generelt, kreves faktisk og rettslig» slik at parten gis «et grunnlag for selv å trekke de nødvendige konklusjoner for hva som bør påberopes». ¹⁹³ Etter Tvistemålsutvalgets syn har retten «atskillig spillerom» for å gi denne typen generell veiledning, uten at det regnes som rådgivning i strid med syvende ledd. ¹⁹⁴ Når det gjelder selvprosederende parter gir utvalget føringer på at retten kan gå noe lenger, og «peke på rettslige og faktiske vilkår for at et krav skal kunne føre frem». ¹⁹⁵

Departementet på sin side legger til grunn at hensynet til rettens nøytralitet ikke vil innebære et så omfattende hinder for veiledning som det utvalgt synes å ha forutsatt. ¹⁹⁶ I relasjon til hvilken form veiledningen kan innta, uttaler departementet følgende: «Dersom parten ikke synes å forstå poenget med veiledningen, bør retten mer direkte kunne si at påberopelse av et angitt påstandsgrunnlag trolig eller sikkert vil utløse en angitt rettsregel, at det vil gi et resultat helt eller delvis i samsvar med påstanden, og at mye derfor taler for at det vil samsvare med partens interesser å påberope seg påstandsgrunnlaget». ¹⁹⁷ Videre gir departementet føringer på at en slik direkte veiledningsform ikke vil være i strid med syvende ledd, såfremt «motparten i disse tilfellene får en sterk oppfordring til å imøtegå det nye påstandsgrunnlaget, og at retten setter av rimelig tid til at det kan bli gjort». ¹⁹⁸

Etter mitt syn er det vanskelig å se hva som skiller den fremgangsmåten som departementet skisserer i proposisjonen, fra det å gi råd. ¹⁹⁹ At retten i etterkant gir motparten en sterk oppfordring til å imøtegå det nye påstandsgrunnlaget og rimelig tid til å gjøre det, fjerner ikke mitt inntrykk av at retten først har gitt motparten råd – hvis den uttaler seg så direkte og spesifikt som det departementet åpner for. Det er også vanskelig å se hvordan motparten i et slikt tilfelle ikke får rimelig og saklig grunn til å tvile på dommerens upartiskhet. Med andre ord kan det stilles spørsmål ved om retten må regnes som inhabil etter domstolloven § 108, dersom den uttaler seg slik som departementet åpner for. ²⁰⁰

¹⁹³ NOU 2001:32 B s.710.

¹⁹⁴ Ibid. s.710.

¹⁹⁵ Ibid. s.709.

¹⁹⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.173.

¹⁹⁷ Ibid. s.407.

¹⁹⁸ Ibid. s.407.

¹⁹⁹ Samme retning Eldjarn (2016) s.149.

²⁰⁰ Dette spørsmålet er også stilt i Bernt (2011) s.380.

Det må imidlertid bemerkes at departementet synes å forutsette at en mer direkte veiledningsform er innenfor grensene til syvende ledd, såfremt retten *først* har forsøkt med generell veiledning og *parten ikke synes å forstå poenget med veiledningen*.²⁰¹ Dette impliserer at en mer direkte veiledningsform først og fremst er aktuell for selvprosederende parter.²⁰²

Schei mfl. uttaler at det er vanskelig å se at en slik fremgangsmåte som departementet åpner for, generelt sett er i samsvar med retningslinjene som syvende ledd trekker opp. Det tas imidlertid forbehold om at «dersom sterke hensyn gjør seg gjeldende – særlig sterke velferdsgrunner – vil denne formen for veiledning *kunne* være berettiget».²⁰³

Etter mitt syn er det rimelig at retten kan gå noe lenger i sin veiledning der sterke hensyn gjør seg gjeldende og/eller der parten er selvprosederende. Det må kunne forventes at selvprosederende parter oftere vil ha behov for tydeligere veiledning, sammenlignet med parter som er representert av advokat. Imidlertid er det etter mitt syn vanskelig å se at det under noen omstendigheter kan være berettiget av hensyn til rettens upartiskhet, at den uttaler seg så direkte og spesifikt som det departementet åpner for. Hvis retten går så langt som å si *at mye taler for at det vil være i samsvar med partens interesser å påberope seg påstandsgrunnlaget*, er vi farlig nærme at retten går bort fra dens rolle som nøytral konfliktløser – og over i rollen som partens prosessfullmektig. Det kan også være grunn til å tro at retten har tatt et forhåndsstandpunkt i saken, dersom den uttaler seg i retning av at *påberopelse av et angitt påstandsgrunnlag trolig eller sikkert vil utløse en angitt rettsregel*.

Der retten har forsøkt med veiledning på generelt plan eller gjennom spørsmålsstilling (se nedenfor), og den selvprosederende parten ikke synes å forstå poenget, bør retten i hvertfall først, *før* den går så direkte til verks som det departementet åpner for, vurdere om det er grunnlag for å gi pålegg om representasjon. Etter tvisteloven § 3-2 kan retten gi pålegg om representasjon hvis parten «ikke kan fremstille saken på en forståelig måte». Schei mfl. skriver at et slikt pålegg kan gis der parten ikke er i stand til å ivareta sine interesser.²⁰⁴

²⁰¹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

²⁰² Eldjarn (2016) s.149.

²⁰³ Schei mfl. (2021) s.820 (min kursivering).

²⁰⁴ Ibid. s.212.

Eldjarn legger til grunn at forsøk på veiledning bør være et moment i vurderingen av om pålegg bør gis.²⁰⁵

Sammenfatningsvis må det slutes at uenigheten mellom Tvistemålsutvalget og Schei mfl. på den ene siden og departementet på den andre, gjør det vanskelig å vite hvor langt retten kan gå i sin materielle veiledning, uten å gi råd i strid med syvende ledd. En ytterligere kompliserende faktor er at hvilke skranker syvende ledd egentlig representerer, dels kan bero på omstendighetene i den enkelte sak og hva det veiledes om.²⁰⁶

En sikker konklusjon er i hvertfall at retten har atskillig spillerom for å gi veiledning om hva som mer generelt kreves faktisk eller rettslig, uten at det regnes som rådgivning i strid med syvende ledd.²⁰⁷ For eksempel kan retten opplyse om innholdet i et alternativt regelsett, og på den måten pensle parten inn på et nytt påstandsgrunnlag. Departementet gir også føringer på at retten kan veilede i form av spørsmålsstilling til partene. For eksempel ved at retten spør om en part har vurdert å påberope et relevant påstandsgrunnlag eller tilby ytterligere bevis.²⁰⁸ Schei mfl. legger til grunn at det ofte vil være hensiktsmessig at retten nøyer seg med å stille spørsmål til parten.²⁰⁹

²⁰⁵ Eldjarn (2016) s.304.

²⁰⁶ Ibid. (2016) s.151.

²⁰⁷ NOU 2001:32 B s.710.

²⁰⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.407.

²⁰⁹ Schei mfl. (2021) s.819.

6 Avslutning

Materiell veiledning er et viktig middel for å oppnå et av hovedformålene i sivilprosessen, nemlig at retten treffer materielt riktige avgjørelser. Etter tvisteloven § 11-5 tredje ledd har retten plikt til å klargjøre partenes allerede fremsatte prosesshandlinger. Slik klargjøring kan gjøre at retten blir oppmerksom på behovet for materiell veiledning etter fjerde eller femte ledd. Retten har som hovedregel bare *adgang* til å veilede etter disse bestemmelsene.

Vi har imidlertid sett at retten unntaksvis kan ha *plikt* til å veilede om nye påstandsgrunnlag og bevis som kan få avgjørende betydning for saksutfallet. Det skal mye til for at retten kan ha veiledningsplikt i en sak som ikke er av stor betydning for parten, men unntak kan tenkes. I vurderingen av om retten bør eller skal veilede, samt hvor langt den kan gå i sin veiledning, kan det ha betydning om parten er selvprosederende, jf. sjette ledd.

Tvisteloven § 11-5 syvende ledd utgjør en skranke for rettens materielle veiledning, og har først og fremst betydning for hvilken måte veiledningen gis på. Det kan være vanskelig å vite hvor langt retten kan gå i sin materielle veiledning, uten å gi råd i strid med syvende ledd. Vi har imidlertid sett at retten har atskillig spillerom for å veilede om hva som mer generelt kreves faktisk eller rettslig, samt veilede i form av å stille spørsmål til partene.

Kildeliste

Lover

- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)
- 1980 Lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp (rettshjelploven)
- 1915 Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolloven)
- 1814 Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Forarbeider

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

NOU 2001:32 A og B Rett på sak

Ot.prp.nr.91 (2003–2004) Om lov om endringer i lov 13. juni 1980 nr. 35 om fri rettshjelp

Høyesterettsavgjørelser

HR-2021-943-A

HR-2019-741 (Foreldelse-dommen)

HR-2017-2056-U

HR-2016-681-A

Rt-2011-1348

Rt-2008-1449

Rt-2003-69

Rt-1990-8

Rt-1979-216 (Selvangivelsekjennelsen)

Rt-1963-996 (Monteringsfeilkjennelsen)

Rt-1950-981 (Boligrettkjennelsen)

Internasjonale kilder

Den europeiske menneskerettskonvensjonen, 4. november 1950 (EMK)

Juridisk litteratur

Bøker

Backer (2020). Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2020

Hov (2019). Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, 4. utgave, Papinian 2019

Robberstad (2018). Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget 2018

Skoghøy (2017). Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017

Eldjarn (2016). Eldjarn, Erik, *Materiell prosessledning*, Cappelen Damm Akademisk 2016

Bernt (2011). Bernt, Camilla, *Meklerrollen ved mekling i domstolene*, Vigmostad & Bjørke 2011

Skoghøy (2001). Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2001

Schei (1998). Schei, Tore, *Tvistemålsloven Bind 1*, Tano Aschehoug 1998

Nettdokumenter

Schei mfl. (2021). Schei, Tore, et al., *Tvisteloven kommentarutgave*, Universitetsforlagets nettutgave 2021, tilgjengelig på juridika.no [sist lest 31. mai 2021]

[Kommentarutgaven finnes også i papirutgave fra 2013, men jeg har benyttet den elektroniske versjonen da denne er oppdatert med ny lovgivning, rettspraksis og litteratur per 1. mars 2021. Sidetall vises i den elektroniske utgaven ved nedlastning fra juridika.no:

<https://juridika.no/lov/2005-06-17-90/kommentar?q=tvisteloven+kommentarutgave>]

Artikler

Strandberg (2011). Strandberg, Mange, *Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part*, Jussens Venner 2011, s.165-181. [hentet fra lovdata.no]

Bårdsen mfl. (2008). Bårdsen, Arnfinn og Dag Bugge Nordén. *På talefot med tvisteloven*, Jussens Venner 2008, s. 1-90. [hentet fra lovdata.no]

Haukeland Fredriksen (2008). Haukeland Fredriksen, Halvard, *Tvisteloven og EØS- avtalen*, Tidsskrift for rettsvitenskap 2008, s.289-557. [hentet fra lovdata.no]

Aasland (1967). Aasland, Gunnar, *Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål*, Tidsskrift for rettsvitenskap 1967, s.157-200. [hentet fra lovdata.no]

