

Mastergradsoppgave  
JUS399/JUS398

**Prosessuell preklusjon av endringer i partenes krav,  
påstandsgrunnlag, påstander og bevis i tvisteloven**

*Kandidatnr:*

181529

*Veileder:*

Per Våland Mauritzen

*Antall ord: 14 054*

*11.12.2011*

# Innhold

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING.....</u></b>	<b>4</b>
<b>1.1</b>	<b><u>FORORD .....</u></b>	<b>4</b>
<b>1.2</b>	<b><u>DEFINISJON OG PLASSERING AV TEMAET, SAMT HISTORIKK OG PRESENTASJON AV PREKLUSJONSREGLENE FOR PARTENES PROSESSHANDLINGER I TVISTELOVEN .....</u></b>	<b>4</b>
1.2.1	DEFINISJON OG PLASSERING AV TEMAET.....	4
1.2.2	HISTORIKK .....	5
1.2.3	REGLENE OM PREKLUSJON AV PARTENES PROSESSHANDLINGER I TVISTELOVEN.....	5
<b>1.3</b>	<b><u>AVHANDLINGENS TEMA, PROBLEMSTILLINGER OG AVGRENSNING .....</u></b>	<b>7</b>
<b>1.4</b>	<b><u>METODEBRUKEN I AVHANDLINGEN .....</u></b>	<b>8</b>
<b>1.5</b>	<b><u>OVERSIKT OVER DEN VIDERE FREMSTILLING.....</u></b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b><u>LEGISLATIVE HENSYN, HERUNDER EMK, SOM BEGRUNNER BEHOVET FOR PROSESSUELL PREKLUSJON.....</u></b>	<b>10</b>
<b>3</b>	<b><u>PREKLUSJON AV ENDRINGER I PARTENES KRAV, PÅSTAND, PÅSTANDSGRUNNLAG OG BEVIS I ALLMENNPROSESSEN .....</u></b>	<b>12</b>
<b>3.1</b>	<b><u>TVISTELOVEN § 9-16 SOM DEN PRAKTISKE OG FORMELLE HOVEDREGELEN FOR PREKLUSJON I ALLMENNPROSESS .....</u></b>	<b>12</b>
3.1.1	HVORDAN TIDSANGIVELSEN "ETTER AVSLUTTET SAKSFORBEREDELSE" IVARETAR RETTSSTATENS GRUNNLEGGENDE VERDIER .....	13
3.1.2	PREKLUSJONSVURDERINGEN .....	14
<b>3.2</b>	<b><u>PREKLUSJONSBESTEMMELSENS REKKEVIDDE ETTER TVL. § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM FOR SAKER ETTER ALLMENNPROSESSEN.....</u></b>	<b>17</b>
3.2.1	TOLKNINGEN AV ORDLYDEN "UNNLATELSEN" ETTER TRADISJONELL JURIDISK METODE .....	18
3.2.2	BETYDNINGEN AV TVISTEMÅLSLOVEN § 62 I TOLKNINGSRESULTATET AV "UNNLATELSEN" .....	19
3.2.3	PÅVIRKNINGEN AV LEGISLATIVE HENSYN I TOLKNINGEN AV "UNNLATELSEN" .....	20
<b>4</b>	<b><u>PREKLUSJON AV ENDRINGER I KRAV, PÅSTANDSGRUNNLAG, PÅSTANDER OG BEVIS I SMÅKRAVSPROSESSEN .....</u></b>	<b>21</b>
<b>4.1</b>	<b><u>SMÅKRAVSPROSESS OG PROSESSFORMENS LEGISLATIVE HENSYN .....</u></b>	<b>21</b>

<b><u>4.2</u></b>	<b><u>UTSTREKNINGEN AV PROSESSUELL PREKLUSJON FOR ENDRINGER AV EGNE PROSESSHANDLINGER ETTER TVL. § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM I SMÅKRAVSPROCESS .....</u></b>	<b><u>23</u></b>
4.2.1	OM FORARBEIDENE GIR GRUNNLAG FOR AT "UNNLATELSEN" TOLKES ANNERLEDES FOR SMÅKRAVSPROCESS ENN VED ALLMENNPROSESS .....	24
4.2.2	HVORDAN DE LEGISLATIVE HENSYNENE I SMÅKRAVSPROSESSEN PÅVIRKER PREKLUSJONSADGANGEN I SMÅKRAVSSAKER.....	25
4.2.3	TEORIENS BETYDNING FOR TOLKNINGSRESULTATET AV "UNNLATELSEN" I SMÅKRAVSPROSESSEN .....	27
<b><u>5</u></b>	<b><u>VURDERING AV OM TOLKNINGSRESULTATENE IVARETAR RETTSSYSTEMETS GRUNNLEGGENDE VERDIER .....</u></b>	<b><u>28</u></b>
<b><u>6</u></b>	<b><u>DE LEGE FERENDA VURDERING AV TVISTELOVEN § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM . .....</u></b>	<b><u>30</u></b>
<b><u>6.1</u></b>	<b><u>VURDERING AV BEHOV FOR ENDRING AV TVISTELOVEN § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM .....</u></b>	<b><u>30</u></b>
6.1.1	FORDELER OG ULEMPER MED PREKLUSJONSBESTEMMELSENS § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM SIN VIRKNING I SMÅKRAVSPROCESS.....	30
6.1.2	FORDELER OG ULEMPER MED PREKLUSJONSBESTEMMELSEN I TVL. § 16-6 TREDJE LEDD FØRSTE PUNKTUM SIN VIRKNING I ALLMENNPROSESS .....	30
6.1.3	EN SAMLET VURDERING AV BEHOVET FOR ENDRING AV PREKLUSJONSBESTEMMELSEN .....	31
<b><u>6.2</u></b>	<b><u>HVORDAN PREKLUSJONSBESTEMMELSEN BØR UTFORMES DE LEGE FERENDA .....</u></b>	<b><u>31</u></b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>AVSLUTNING .....</u></b>	<b><u>34</u></b>
<b><u>8</u></b>	<b><u>KILDER.....</u></b>	<b><u>35</u></b>

# **1 Innledning**

## **1.1 Forord**

Min inspirasjon til å skrive denne avhandlingen kom da jeg leste artikkelen ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 76 av Ørnulf Øyen, i forbindelse med faget Rettergang. Artikkelen reiser interessante problemstillinger om rekkevidden av rettens preklusjonsadgang etter tvisteloven § 16-6 tredje ledd første punktum. Rettskildemateriale om bestemmelsens rekkevidde er uklar. Denne uklarheten inspirerte meg til videre fordypning av prosessuell preklusjon i tvisteloven. Tvisteloven er i tillegg under revisjonsbehandling. En fremstilling av hvordan rettssituasjonen, samt en vurdering av endringsbehov i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, fanget derfor min interesse, og resulterte i mastergradsavhandlingen.

## **1.2 Definisjon og plassering av temaet, samt historikk og presentasjon av preklusjonsreglene for partenes prosesshandlinger i tvisteloven**

### **1.2.1 Definisjon og plassering av temaet**

I sivil rettergang har retten hjemmel for å nekte at partenes prosesshandlinger blir fremmet for retten på flere måter.

Et grunnlag foreligger hvor parten overskrider en prosessuell frist som betyr ”fravær” i saken, jf. tvisteloven § 16-7 første ledd. Det fremgår av tvl. § 16-7 første ledd hvilke fristoverskridelser som utgjør ”fravær” i saken. For prosesshandlinger som er av ”vesentlig betydning for motparten eller nødvendig for forsvarlig behandling av saken”, har retten i tillegg anledning til å fastsette en frist for de unnlatte prosesshandlingene etter tvl. § 16-7 andre ledd. Virkningen av at parten overskrider den fastsatte fristen, er at fristoverskridelsen betyr ”fravær” i saken.

Konsekvensen av at det foreligger ”fravær” i saken er at retten kan avsi fraværdom etter vilkårene i tvl. § 16-10, eller avvise saken etter tvl. § 16-9. Dette er forutsatt av at retten ikke gir oppfriskning etter tvl. § 16-12. Oppfriskning vil si at retten tillater parten å foreta prosesshandlingen og at domstolsbehandlingen fortsetter slik behandlingen var før forsømmelsen ble begått. Etter tvl. § 16-6 første og andre ledd kan retten tillate parten å utføre prosesshandlingen etter vilkårene for oppfriskning etter § 16-12, selv om prosesshandlingen ikke er foretatt ”i tide” og ”unnlatsen” betyr ”fravær” i saken etter § 16-7 eller § 16-8. Vilkårene for at retten gir oppfriskning, er at parten hadde ”gyldig fravær” og at parten ”ikke kan bebreides for å ha unnlatt å søke fristen forlenget eller rettsmøtet omberammet i tide”, jf. § 16-12 andre ledd, jf. første ledd. I tillegg kan oppfriskning gis dersom ”det ville være urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen”, jf. tvl. § 16-12 tredje ledd.

Det er imidlertid ikke alle unnlatte prosesshandlinger som utgjør ”fravær” i saken etter tvl. § 16-7 og § 16-8. Dersom prosesshandlingene overskrider en frist, kan retten ha hjemmel til å avskjære en part fra å fremme de prosesshandlingene kun med den konsekvens at prosesshandlingene nektes fremmet for retten. At retten nekter at en parts prosesshandling blir fremmet i retten, defineres som prosessuell preklusjon.

## 1.2.2 Historikk

De tidligere preklusjonsbestemmelsene i tvistemålsloven ble under en samlebetegnelse omtalt som "eventualmaksimen". Dette var et uttrykk for at "partene skulle til en hver tid opptre som om det var siste gang de hadde ordet".<sup>1</sup> Rettens preklusjonsadgang for endringer av partenes prosessuelle handlinger var regulert i tvistemålsloven § 62 for nye krav og påstandsendringer. I tillegg ble preklusjon av nye bevis regulert i tvml. § 189 annet ledd og preklusjon av nye anførsler ble regulert i tvml. § 335 annet ledd. Bestemmelsene hadde noenlunde samme oppbygning som tvml. § 62.

Etter tvml. § 62 andre ledd kom det uttrykkelig frem at "[e]nhver ændring av saken eller paastanden enten fra saksøkerens eller fra saksøktes side bør foretages saa tidlig som mulig". I tredje ledd het det at "I motsat fald kan retten ved kjendelse beslutte at sætte ændringen ut av betragtning, naar den er forsinket i den hensigt at forhale saken eller overrumple motparten, eller naar den anden part forlanger det, og saken ellers vilde bli betragtelig forsinket".

Ordlyden av "saa tidlig som mulig" peker i retning av at fremsettelsen av prosesshandlingen må foretas uten ugrunnet opphold etter at parten har fått vite om grunnlaget for prosesshandlingen. Hva som er "mulig" avhenger blant annet av prosesshandlingen, sakens kompleksitet, og tiden parten bruker for å kunne fremme prosesshandlingen innenfor en forsvarlig tidsramme. Dette varierer fra sak til sak, og fristen "saa tidlig som mulig" er dermed relativ.

Ved den skjønnsmessige helhetsvurderingen av om preklusjon skulle skje etter "kan"-vurderingen, ble det lagt vekt på graden av klander hos parten som ønsket fremsettelse av prosesshandlingen. Det ble også lagt vekt på prosesshandlingens betydning i saken.<sup>2</sup>

## 1.2.3 Reglene om preklusjon av partenes prosesshandlinger i tvisteloven

Med revisjonsbehandlingen av tvistemålsloven tok utvalget sikte på å øke preklusjonsadgangen av partenes unnlatte prosesshandlinger. Dette ble gjort med skjerpende preklusjonsregler utformet med mer presise frister og tidsangivelser for endringer i partenes prosessuelle handlinger.<sup>3</sup> Formålet med endringen var i større grad å klargjøre rammen av saken og dermed oppnå konsentrasjon tidlig i saksbehandlingen av tvisten.<sup>4</sup> I gjeldende tvistelov er preklusjon av en parts endringer i egne prosessuelle handlinger om krav, påstander, påstandsgrunnlag og bevis regulert i tvl. § 9-16 og § 16-6 tredje ledd første punktum. Preklusjon av partenes rett til å trekke inn tredjepersoner som parter under domstolsbehandlingen, er spesielt regulert i tvl. § 15-2 tredje ledd, jf. §§ 15-1, 15-3.

I saker som går etter allmennprosess, er preklusjonsadgangen for en parts endring av krav, påstandsgrunnlag, påstand og bevis hovedsakelig regulert i tvl. § 9-16. Saker som behandles etter reglene om allmennprosess, er saker hvor tingretten og lagmannsretten er første instans, jf. tvl. § 9-1.

---

<sup>1</sup> Jf. Tvisteløsning, Skoghøy, Jens Edvin A., 2010 side 508

<sup>2</sup> Jf. Ot. prp. nr.51 (2004-2005) side 175

<sup>3</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>4</sup> Jf. Ot.prp. 51 (2004-2005) side 166

Hovedregelen etter tvl. § 9-16 første ledd er at en part ikke kan fremsette eller endre fremsettelsen av krav, påstandsgrunnlag, påstand eller bevis ”etter avsluttet saksforberedelse”, dersom motparten protesterer. Etter tvl. § 9-10 forstås ”etter saksforberedelse” som to uker før hovedforhandlingen, hvis ikke annet er avtalt i rettens planmøte. Motpartens protest mot partens fremsettelse av prosessuelle handlinger må fremkomme ”så snart parten har mulighet til det”, jf. § 9-6 andre ledd.

Preklusjonsadgangen gjelder dermed for tiden ”etter avsluttet saksforberedelse”. Bestemmelsen har et mer presisert og avgrenset anvendelsesområde enn hva som gjaldt etter den tidligere tvistemålsloven § 62. Her var fristen for fremsettelse av prosesshandlingen ”saa tidlig som mulig”.

Saker som går etter reglene om småkravsprosess i tvisteloven kapittel 10 har ikke en egen preklusjonsbestemmelse i dette kapittelet. Det fremgår for øvrig av tvl. § 10-2 tredje ledd ”[p]artene plikter innen en uke før rettsmøtet etter § 10-3 å varsle om bevis og sende inn dokumentbevis som ikke tidligere er varslet eller innsendt”. Likevel er det den generelle preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum som regulerer preklusjonsadgangen av partenes endringer i prosessuelle handlinger i småkravsprosessen. Preklusjonsadgangen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum gjelder også for allmennprosessen i tiden før ”etter avsluttet saksforberedelse”, hvor tvl. § 9-16 ikke gjelder. Dette legges til grunn ettersom det fremkommer av tvl. § 16-6 tredje ledd andre punktum at tvl. § 9-16 gjelder for tidsperioden ”etter avsluttet saksforberedelse”. Dermed er det naturlig å slutte at tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum gjelder preklusjonsadgang for tidsperioden før ”etter avsluttet saksforberedelse”.

Det fremkommer av tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum at retten ”kan” nekte parten å foreta en unnlatt prosesshandling ”hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket”. Domstolens preklusjonsadgang etter denne bestemmelsen gjelder selv om ”unnlattelsen ikke betyr fravær i saken”.

Bestemmelsen viser at preklusjon av partens unnlatte prosesshandling er forutsatt av rettens skjønnsmessige vurdering. Preklusjon er derfor ikke en umiddelbar virkning av partens fristoverskridelse. At preklusjon beror på rettens skjønnsmessige vurdering gjelder i all hovedsak også for preklusjon etter tvl. § 9-16, dersom bestemmelsens unntak kommer til anvendelse.

Med den klare presiseringen av at tvl. § 9-16 kun gjelder for prosesshandlinger fremsatt ”etter avsluttet saksforberedelse”, foreligger ikke tvil om den tidsmessige rekkevidden av bestemmelsen. Rettens preklusjonsadgang etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum er imidlertid forutsatt at prosesshandlingen må ha vært gjenstand for en ”unnlattelse[.]”.

Ordlyden av ”unnlattelsen” uttrykker tvil om hvor langt preklusjonsadgangen av partenes endringer av egne prosessuelle handlinger rekker. Tvilen består i om preklusjonsadgangen forutsettes av at en uttrykkelig frist er oversittet, eller om bestemmelsen åpner for preklusjon dersom parten ikke har fremmet endringen når endringen burde vært fremsatt for retten. Antas det siste, vil ”unnlattelsen” også omfatte relative frister. Preklusjonsadgangen vil dermed likne den tidligere preklusjonsbestemmelsen i tvml. § 62. Dersom preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum imidlertid forutsetter at parten må oversitte en uttrykkelig frist, blir preklusjonsadgangen snevrere enn tvml. § 62. Dette drøftes nærmere i punkt 3.2 for saker som går etter allmennprosess, og i punkt 4.2 for saker som går etter småkravsprosess.

Uklarheten i loven om rekkevidden av rettens preklusjonsadgang etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum kan skape vanskeligheter for partene som vil fremsette prosesshandlingen for retten.

Den faktiske konsekvensen av prosessuell preklusjon vil variere ut fra hvilken prosesshandling som prekluderes. Preklusjon av anførsel for kravet som avgjøres i retten kan føre til rettstap og redusert mulighet for å vinne frem med søksmålet. Preklusjon av påstandsutvidelse kan også føre til rettstap for eksempel ved at parten ikke får medhold i like mye som ønsket. Likevel kan parten argumentere etter samme anførsler. Dermed er ikke muligheten for å vinne søksmålet svekket. Preklusjon av bevis kan føre til en svekket mulighet for å vinne frem med anførselene.

Ved prosessuell preklusjon av krav vil konsekvensen av preklusjon variere etter om kravet kan fremmes i et nytt søksmål eller ikke. For nye krav vil ikke parten lide rettstap ved preklusjonen ettersom ny sak kan fremmes i et nytt søksmål etter tvl. § 1-3, som presiserer at det kan reises sak om ”rettskrav”. Etter tvl. § 19-15 tredje ledd skal imidlertid retten ”avvise en ny sak” dersom kravet allerede er ”rettskraftig avgjort” mellom de samme parter. Avgjørelsen av om kravet er ”rettskraftig avgjort” eller om en står ovenfor et nytt krav, avgjøres etter en totalbedømmelse etter momenter oppstilt i rettspraksis og teorien.<sup>5</sup> Blant annet vil det ha betydning om rettsfølgene er kvalitativt like. I tillegg vil likheten i de faktiske rettslige betingelsene for at rettsfølgen inntre være relevant. Om rettsfølgen av reglene verner om de samme interessene og hva som er ansett som samme krav etter juridisk tradisjon har også betydning.

Etter dette er konsekvensen av rettens preklusjonsadgang forskjellig avhengig av type prosesshandling og om parten kan ta opp prosesshandlingen i en senere rettssak eller ikke. Dersom preklusjon medfører at parten er avskåret fra å fremme en prosesshandling i en senere sak, kan rettens preklusjon medføre store konsekvenser for parten. Dette betyr at nektelsen av å fremme de prosessuelle handlingene i seg selv kan medføre like negative konsekvenser for parten som avvising eller fraværdom.

Av denne grunn er det viktig å klargjøre preklusjonsbestemmelsens rekkevidde der denne er uklar. Når preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd uttrykker tvil i rekkevidden for preklusjonsadgangen, kan det også være behov for revisjon av gjeldende preklusjonsregel.

### **1.3 Avhandlingens tema, problemstillinger og avgrensning**

Det overordnede målet med oppgaven er derfor å finne ut hvor langt tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum går i preklusjon av en parts endringer i fremsettelse av krav, påstandsgrunnlag, påstander og bevis. Rekkevidden av preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum kan være noe forskjellig fra preklusjon i allmennprosessen og småkravprosessen. Dette blir belyst i fremstillingen.

I tolkningen av bestemmelsens rekkevidde vil de legislative hensynene som begrunner preklusjonsreglene redegjøres for. Dette kan utgjøre viktige tolkningsbidrag av preklusjonsrekkevidden i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. Det er også hensiktsmessig å omtale preklusjonsbestemmelsen etter tvl. § 9-16 i allmennprosess. Systematikken og

---

<sup>5</sup> Se, NOU-2001-32A side 383-386

lovgiverviljen i rettens preklusjonsadgang etter tvl. § 9-16 kan belyse viktige grunnleggende verdier som ivaretas ved rettens preklusjonsadgang av prosessuelle handlinger. For å få et fullstendig bilde av rettens preklusjonsadgang, vil det også være hensiktsmessig med en fremstilling av de skjønsmessige vurderingsmomentene i preklusjonsvilkårene etter tvl. § 9-16. Denne fremstillingen er også relevant for rettens skjønsmessige preklusjonsvurdering etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum.

Etter tolkningen av rekkevidden for preklusjonsadgangen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, kan det være at det endelige tolkningsresultatet ikke tilfredsstillende alle rettspolitiske behov. I tillegg kan det være at tolkningsresultatene ikke ivaretar rettsstatens prinsipper optimalt på et mer grunnleggende plan. Oppgaven har dermed også som et overordnet mål å redegjøre for om det er behov for endring av preklusjonsbestemmelsen. Herunder skal fordeler og ulemper med gjeldende preklusjonsbestemmelse i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum belyses. I tillegg vil oppgaven vurdere hvordan preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum burde være de lege ferenda ved en eventuell lovendring.

Rammen for oppgaven er dermed prosessuell preklusjon av en parts endring av egne prosessuelle handlinger om krav, påstandsgrunnlag, påstand og bevis med den virkning at retten nekter prosesshandlingen fremsatt for retten. Oppgaven behandler ikke overskridelse av frister med avvisning eller fraværdom som konsekvens. Videre avgrenses oppgaven mot en redegjørelse om preklusjon av innsigelser mot den annen parts prosesshandling. Det avgrenses også mot å redegjøre for preklusjon i andre instans. Preklusjon av en parts ønske om å innhente en ny part i saken etter tvl. § 15-2 vil heller ikke bli behandlet grundig i oppgaven.

#### **1.4 Metodebruken i avhandlingen**

Metoden som anvendes for å redegjøre for preklusjonsadgangen av en parts endringer av egne prosessuelle handlinger er tradisjonell juridisk metode.

Ettersom rettskildematerialet er uklart for rekkevidden av rettens preklusjonsadgang etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, vil det også være hensiktsmessig å anvende supplerende metoder for å komme frem til et mest mulig forsvarlig tolkningsresultat. Oppgaven vil derfor i tillegg foreta en normativ vurdering av om rettsanvendelsesprosessen er et resultat av en forsvarlig balansering av rettsstatens grunnverdier.

Den normative vurderingen vil kanskje virke noe abstrakt da metoden analyserer rettsstatens grunnleggende verdier som styringsprinsipper i tolkningen av en lovtekst. Likevel vil metoden være et hensiktsmessig hjelpemiddel for å etterprøve rettsanvendelsesprosessen etter tradisjonell juridisk metode der rettskildene gir et usikkert tolkningsresultat. Det må for øvrig presiseres at metoden kun er en etterprøvningsmetode. Metoden indikerer ikke at preklusjonsbestemmelsene eller at noen av tolkningsresultatene av preklusjonsbestemmelsene er i strid med rettsstatens grunnleggende verdier.

Etterprøvningsmetoden anvendes med inspirasjon fra Knut Tande, som i sin artikkel ”Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen, Jussens Venner 2011 nr. 1”. Artikkelen synliggjør etterprøvningsmetoden som et supplement i rettskildelæren for å sikre forsvarlige rettsanvendelsesprosesser.



Etterprøvingen tar utgangspunkt i at når grunnleggende verdier utgjør fundamentet i en rettsstat, bør også balanseringen av de grunnleggende verdiene være et fokus i rettsanvendelsesprosessen i tillegg til den tradisjonelle juridiske metoden. Når rettskildenes autorisasjonsgrunnlag på et mer grunnleggende nivå er demokratisk legitimitet, forutberegnelighet, rimelighet og rettferdighet, vil disse verdiene stå i fokus for etterprøvningsmetoden. Verdiene fremheves også av Nygaard som grunnleggende rettsstatlige verdier.<sup>6</sup> Slik sett vil metoden gi et hensiktsmessig bidrag og styrke tolkningsresultatets juridiske forankring.

Demokratisk legitimitet tilsier at tolkningsresultatet bør være en forsvarlig ivaretagelse av lovgiverviljen som fremkommer gjennom lov og forarbeider.<sup>7</sup> Med rimelighet og rettferdighet menes ivaretagelse av reelle hensyn av overordnet karakter som fremkommer av generelle rettslige verdier og samfunnshensyn.<sup>8</sup> Ivaretagelse av forutberegnelighet, vil si en tilstrekkelig balansering av rettstatens formål om at borgerne kan innrette seg etter rettsreglene slik at myndighetsutøvelsen blir forutberegnelig for borgerne.<sup>9</sup>

Metoden som anvendes for vurderingen av om det er behov for endring av loven, vil være en rettslig vurdering av fordeler og ulemper med gjeldende lov og endringsbehov. Vurderingen av lovforslaget vil ta sikte på å ivareta behov som mangler i gjeldende preklusjonsbestemmelse etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum.

## **1.5 Oversikt over den videre fremstilling**

Oppgaven vil først klargjøre de legislative hensynene for preklusjon, slik at den rettspolitiske avveiningen av hvilke hensyn som er utslagsgivende belyses.

Deretter blir det redegjort for prosessuell preklusjon av en parts egne prosessuelle handlinger i allmennprosessen. Først vil tvl. § 9-16 redegjøres for etter alminnelig juridisk metode, og deretter etter etterprøvningsmetoden. Dernest vil preklusjonsvurderingen i tvl. § 9-16 gjøres rede for.

Etter dette vil rekkevidden av preklusjonsadgangen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for allmennprosess redegjøres for etter tradisjonell juridisk metode.

Deretter drøftes den gjeldende rekkevidden for preklusjonsadgangen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for småkravsprosess etter tradisjonell juridisk metode. For å forstå sammenhengen i regelverket, må de legislative hensynene i småkravsprosessen først belyses.

For å etterprøve forsvarligheten av tolkningsresultatene av preklusjonsadgangen for småkravsprosess og allmennprosess etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, tas det deretter stilling til hvordan tolkningsresultatene tilfredsstillende en balansering av rettsstatens grunnleggende verdier.

---

<sup>6</sup> Jf. Nils Nygaard, "Rettsgrunnlag og standpunkt" (2004) kapittel 2

<sup>7</sup> Jf. Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) kap. 2 side 43-44, Jan Fridthjof Bernt/Synne Sæther Mæhle, Rett, samfunn og demokrati, kapitel 8 (s.177-188) side 177-187.

<sup>8</sup> Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt (2004) side 31

<sup>9</sup> Jf. Jan Fridthjof Bernt/Synne Sæther Mæhle, Rett, samfunn og demokrati, kapitel 8 side 177-188, side 179

Til slutt vil oppgaven forsøke å drøfte fordeler og ulemper og behovet for endringer av preklusjonsadgangen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for småkravsprosess og allmennprosess. Dette avsluttes med en vurdering om hvordan preklusjonsadgangen burde være de lege ferenda.

## **2 Legislative hensyn, herunder EMK, som begrunner behovet for prosessuell preklusjon**

Før redegjørelsen av preklusjonsbestemmelsenes rekkevidde, er det hensiktsmessig å belyse bakgrunnen for rettens preklusjonsadgang av partenes fremsettelse av unnlatte prosesshandlinger. Dermed vil lovgivers legislative grunnlag for preklusjonsbestemmelsen gi uttrykk for hvilke bærende hensyn bestemmelsen er ment til å ivareta.

Som et overordnet utgangspunkt, tar prosessreglene i tvisteloven sikte på å ivareta det grunnleggende hensyn til sakens opplysning og effektivitet i domstolsbehandlingen. Hensynene uttrykkes i formålsbestemmelsen § 1-1. Bestemmelsens første ledd fremhever at "Loven skal legge til rette for en ... rask [og] effektiv" behandling. I tillegg fremheves hensynet for å "ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister". En reell adgang til tvisteløsning er forutsatt av ivaretagelse av hensynet til å få frem sakens opplysning. Oppnåelse av den enkeltes behov til å løse og håndheve sine tvister, gjøres med at partene får "argumentere for sin sak og føre bevis". I tillegg skal partene få "innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis".

En optimal ivaretagelse av hensynet til å sikre fullstendig opplysning i saken, vil imidlertid føre til en omfattende domstolsbehandling som går ut over domstolsbehandlingens effektivitet. Motsatt vil en optimal ivaretagelse av effektivitet gå ut over hensynet til sakens opplysning. Hensynet til sakens opplysning og effektivitet er dermed motstridende.

Spørsmålet er hvordan hensynet til sakens opplysning og effektivitet balanseres og utgjør behovet for rettens preklusjonsadgang av partenes fremsettelse av prosessuelle handlinger.

I utgangspunktet er det partene selv som har ansvaret for fremleggelse av hvilke krav, påstandsgrunnlag, påstander og bevis som retten skal behandle og ta stilling til ved avgjørelsen av en rettstvist i sivil rettergang. Dette fremkommer av tvl. § 10-2.

Første ledd i bestemmelsen fremhever at retten kun kan ta stilling til de krav, påstander og påstandsgrunnlag som partene har fremmet til behandling for retten. I andre ledd av bestemmelsen fremheves partenes hovedansvar for bevisføring. Bestemmelsen presiserer likevel rettens uavhengighet i bedømmelsen av hvilken betydning beviset har for utfallet i saken. Tvisteloven § 10-2 gir med dette uttrykk for det generelle disposisjonsprinsippet i sivil prosessrett. Det følger av disposisjonsprinsippet at det er partene selv som setter rammen for hvilke krav, påstandsgrunnlag, påstander og bevis som partene vil ha avgjort av retten.

At partene har ansvar for å fremme sine egne prosessuelle handlinger, bidrar til å sikre domstolenes objektivitet og partslikhet.<sup>10</sup> Retten til en uavhengig og upartisk domstolsbehandling følger av kravet til en rettferdig rettergang etter EMK art 6. Partenes

---

<sup>10</sup> Jf. Ot.prp. nr 51(2004-2005) side 166- 167

ansvar for fremsettelse av egne prosessuelle handlinger sikrer dermed at domstolsbehandlingen blir tillitsfull og rettferdig i tråd med tvistelovens formålsparagraf 1-1.

Dersom en part fremsetter nye eller endrer egne prosessuelle handlinger om krav, påstandsgrunnlag, påstand eller bevis, kan motparten ha behov for å imøtegå disse. Etter kontradiksjonsprinsippet har en part rett til å imøtegå motpartens prosessuelle handlinger som kommer frem under domstolsbehandlingen. Retten til kontradiksjon er et grunnleggende prinsipp i rettsstaten og dermed en forutsetning for en forsvarlig og rettferdig rettergang etter tvistelovens formålsparagraf i § 1-1 og EMK art 6. At parten har rett til kontradiksjon vil også ivareta det grunnleggende hensynet til sakens opplysning.

For at parten skal kunne ivareta sine interesser på en tilstrekkelig måte, må parten få anledning til å svare på de prosessuelle handlingene motparten frembringer under domstolsbehandlingen av tvisten. For å ha "mulighet" til å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis etter tvl. § 1-1 andre ledd, må parten få tilstrekkelig tid til forberedelse av sin imøtegåelse.

Forberedelsen kan imidlertid føre til utsettelse av saken eller forsinkelse av sakens fremgang. Rent prosessøkonomisk kan forberedelsen medføre økt ressursbruk av domstolen og resultere i økte prosessuelle kostnader. En uhindret adgang for partene til å fremsette nye eller endre prosessuelle handlinger vil ivareta kontradiksjonsprinsippet og hensynet til sakens opplysning fullt ut. Dette er imidlertid uheldig for rettens ressursbruk ettersom fremsettelse av prosesshandlingene kan gi unødvendig høye sakskostnader. Her vil effektivitetshensyn gjøre seg gjeldende og motstride hensynet til sakens opplysning.

Unødvendig høye sakskostnader kan være en hindring for domstolsprøving.<sup>11</sup> Ressursbruken kan dermed skje på bekostning av partenes rett til en reell domstolsprøving etter EMK art 6. Dette ville ikke vært i samsvar med lovgivers intensjon om at tvisteloven skal sikre borgerne reell domstolsbehandling av sivile retts tvister ved etablering av prosessregler som gjør saksgangen mindre kostbar.<sup>12</sup> For å ivareta en reell adgang til domstolsprøving, er det behov for at retten kan prekludere fremsettelse av partenes unnlatte prosessuelle handlinger.

Et virkemiddel for å oppnå effektivitet i saksprosessen, er å gjøre ressursbruken proporsjonal med sakens betydning. Formålsbestemmelsen i § 1-1 andre ledd nevner uttrykkelig at "saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning". Prinsippet sikrer en konsentrert og effektiv behandling. I forarbeidene<sup>13</sup> fremheves målet for tvisteloven om å konsentrere domstolsbehandlingen for å unngå en unødvendig ressurskrevende behandling. Tvisteloven skal på den måten bidra til "raskere, billigere og mer kostnadseffektiv behandling".<sup>14</sup>

Som en konsekvens av effektivitetsprinsippet tyngde, har hensynet til sakens opplysning fått mindre vekt. Dette innebærer at partenes fremsettelse av egne prosesshandling etter disposisjonsprinsippet, ikke kan skje ubegrenset. Tvisteloven legger blant annet til rette for en aktiv saksstyring hvor dommeren er tillagt en mer aktiv rolle ved innretningen av prosessen, jf. blant annet tvl. § 11-6.

---

<sup>11</sup> Jf. Ot.prp.nr 51 (2004-2005) side 14

<sup>12</sup> Jf. Ot.prp. nr 51 (2004-2005) side 51

<sup>13</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 42

<sup>14</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 183

Ved aktiv saksstyring kan dommeren bidra til at ressursbruken blir proporsjonal med tvistens karakter og omfang, og sikre at tvisten blir raskt belyst. Dermed oppnås en konsentrert saksbehandling, som igjen fører til en effektiv domsavsigelse.<sup>15</sup> På den måten står hensynet til sakens fremdrift og ressursbruk sterkt.

Oppnåelse av en kostnadsproporsjonell domstolsbehandling fører til behov for at retten ved aktiv saksstyring kan begrense partenes sene endringer av egne prosessuelle handlinger. Preklusjonsadgangen hindrer følgelig at motpartens tid til effektiv imøtegåelse av prosesshandlingene gjør at domstolsbehandlingen utsettes og forsinkes i vesentlig grad. En unødvendig kostnadsfull domstolsbehandling unngås dermed med preklusjon, jf. blant annet tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum hvor preklusjon kan skje der ”rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket”.

Som et utgangspunkt kan partene foreta nye eller endre egne prosessuelle handlinger under saksbehandlingen av tvisten. Dette fremkommer av en antitetisk tolkning av tvl. §§ 9-16 og 15-1 tredje ledd. Sistnevnte bestemmelse gjelder også for småkravprosess, hvor begrensningen til å fremsette endringer i de prosessuelle handlingene etter bestemmelsen gjelder ”etter avsluttet saksforberedelse”. Av de ressurs hensyn som er nevnt over, kan imidlertid ikke partenes endringsadgang skje ubegrenset.

Det er følgelig et reelt behov for at tvl. § 9-16 og § 16-6 tredje ledd første punktum åpner for at retten kan precludere partens endringer av egne prosessuelle handlinger etter nærmere vilkår. Utgangspunktet i denne fremstillingen er at tvl. § 16-6 tredje ledd dekker dette behovet, men at det må vurderes om endringer eller nærmere presiseringer er nødvendig.

### **3 Preklusjon av endringer i partenes krav, påstand, påstandsgrunnlag og bevis i allmennprosessen**

#### **3.1 Tvisteloven § 9-16 som den praktiske og formelle hovedregelen for preklusjon i allmennprosess**

Etter hovedregelen i tvl. § 9-16 første ledd, kan ikke en part fremsette eller endre fremsettelsen av krav, påstandsgrunnlag og bevis ”etter avsluttet saksforberedelse” hvis motparten protesterer.

Formålet med preklusjonsbestemmelsen var å etablere ”en sterkere styrt prosess hvor tvisten skal klarlegges under saksforberedelsen.” Etter tvl. § 9-10 skal partene ved sluttinnlegg angi de påstander, påstandsgrunnlag og hvilke bevis partene skal legge frem for retten.<sup>16</sup> Når disse prosesshandlingene må fremsettes før ”etter avsluttet saksforberedelse” for å unngå risiko for preklusjon, ”[...]får partene en sterk oppfordring til å tenke gjennom sitt prosessopplegg på et stadium av saken hvor de har grunn til å tro at saksforberedelsen bringes til avslutning. Når sluttinnlegget er inngitt, bør partene kunne innrette seg på at rammen for saken er gitt”.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Jf. Ot.prp. 51 (2004-2005),14.1, side 183

<sup>16</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>17</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

Partenes innrettelse av sakens ramme vil i stor grad bidra til at partene kan forutberegne og planlegge sin kontradiksjon i prosessen. I tillegg sikrer bestemmelsen oppnåelse av en konsentrert og effektiv saksbehandling. Dette bidrar til en rask avgjørelse av dom. Preklusjonsadgangen etter bestemmelsen er på den måten en iverksettelse av formålsbestemmelsens mål om en "effektiv" saksbehandling, jf. tvl. § 1-1.

En særlig forskjell mellom preklusjonsbestemmelsen etter tvl. § 9-16 og tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, er angivelsen av preklusjonsbestemmelsens rekkevidde. Tvisteloven § 9-16 gjelder "etter avsluttet saksforberedelse", men preklusjonsbestemmelsen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum gjelder kun for "unnlåtelsen".

Det fremkommer av forarbeidene at formålet med den presise tidsangivelsen "etter avsluttet saksforberedelse" i tvl. § 9-16 var at preklusjonsbestemmelsen kunne anvendes hyppigere enn etter den tidligere tvistemålsloven § 62.

Senere i redegjørelsen blir spørsmålet om rekkevidden av ordlyden i vilkåret "unnlåtelsen" drøftet. Dermed er det hensiktsmessig å ta stilling til hvordan den presise tidsangivelsen i preklusjonsbestemmelsen tvl. § 9-16 ivaretar rettsstatens grunnleggende verdier om demokratisk legitimitet, forutberegnelighet, samt rimelighet og rettferdighet.

### **3.1.1 Hvordan tidsangivelsen "etter avsluttet saksforberedelse" ivaretar rettsstatens grunnleggende verdier**

Begrensningen av partenes fremsettelse av endringer i egne prosessuelle handlinger knytter seg til tidsrammen "etter avsluttet saksforberedelse", jf. tvl. § 9-16. Hvis ikke annet er bestemt av retten, vil dette tilsi to uker før hovedforhandlingen, jf. tvl. § 9-10. Fordelen med denne klart definerte tidsrammen, er at bestemmelsen ivaretar forutberegnelighet til når preklusjon av partenes fremsettelse av egne prosesshandlinger kan forekomme. Forutberegnelighet er et viktig bidrag til ivaretagelsen av kontradiksjonsprinsippet og partenes reelle adgang til domstolsbehandling etter EMK art 6.

Behovet for forutberegnelighet rundt preklusjonsadgangen er likevel sterkt ved tilfeller som går under tvl. § 9-16 første ledd. Her skal retten prekludere fremsettelsen av partens prosesshandling "etter avsluttet saksforberedelse" der unntakene ikke gjelder. Ettersom preklusjonsbestemmelsen fører til automatisk preklusjon etter første ledd dersom unntakene ikke er oppfylt, tilfredsstiller bestemmelsen et særlig behov for at partene kan forutberegne preklusjonsvirkningen. For de tilfellene hvor unntakene i tvl. § 9-16 gjelder, vil preklusjonsadgangen bero på en mer skjønnspreget vurdering. Tidsangivelsen "etter avsluttet saksforberedelse" vil uansett også her klargjøre når risikoen for preklusjon foreligger. Når den presise tidsangivelsen også fremkommer uttrykkelig av lov, ivaretas også hensynet til demokratisk legitimitet.

Når lovteksten er så presis og ikke etterlater tolkningstvil, er det lite rom for at rettferdighets og rimelighetshensyn kan spille en selvstendig betydning i tolkningsprosessen av vilkåret. Det kan likevel hevdes å være et rettferdighetshensyn i seg selv at lovteksten er så forutberegnelig for partene at de kan forutse tidspunktet for rettens preklusjonsadgang.

### 3.1.2 Preklusjonsvurderingen

Til nå har fremstillingen konkludert med at tvisteloven § 9-16 ivaretar forutberegnelighet om tidspunktet for rettens preklusjonsadgang. Når det gjelder selve preklusjonsvurderingen, har vi sett at preklusjonsbestemmelsens legislative hensyn er effektivitet og hensynet til sakens opplysning. I det følgende fremstilles hvordan disse hensynene er ivaretatt i preklusjonsvurderingen som fremkommer av lovteksten.

Etter tvl. § 9-16 første ledd er hovedregelen at retten skal prekludere partenes prosesshandlinger som fremsettes ”etter avsluttet saksforberedelse” og der fremsettelsen skjer mot ”motpartens protest”. Hovedregelen gjelder ”med mindre det skjer før hovedforhandlingen og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg, eller retten tillater det”.

De prosessuelle handlingene retten kan prekludere er ”nye krav [...] utvidelse av ”påstanden til et framsatt krav [...] et nytt påstandsgrunnlag eller [...] nye bevis”, dersom fremsettelsen skjer mot motpartens protest”. Preklusjonsbestemmelsen gjelder kun utvidelse av partenes prosessuelle handlinger. Bestemmelsen begrenser ikke partenes frafall eller begrensninger av prosessuelle handlinger. For eksempel fremkommer det av tvl. § 18-4 første ledd at krav kan ”trekkes tilbake før rettens avgjørelse er truffet”.

Selv om hovedregelen i tvl. § 9-16 fastslår preklusjon etter første ledd inneholder regelen skjønnsmessige unntak der prosesshandlingen likevel fremmes i retten. I bokstav a gjelder dette når ”parten ikke kan bebreides at endringen ikke er foretatt tidligere, og det vil være urimelig å nekte endringen”. Etter bokstav b kan prosesshandlingen fremmes når ”motparten har tilstrekkelig grunnlag for, uten utsettelse, å ivareta sine interesser etter endringen”. Prosesshandlingen fremmes også når ”nektelse vil kunne påføre parten et urimelig tap”, jf. bokstav c. Etter annet ledd fremgår det at ”[r]etten kan, selv om vilkårene etter første ledd ikke er oppfylt, tillate endring på det vilkår at parten pålegges å godtgjøre motpartens merutgifter ved at endringen skjer etter fristen for endringer, dersom ikke andre vesentlige hensyn for motparten taler mot dette”. I tillegg ”kan” retten prekludere prosesshandlinger etter tredje ledd ”selv om det ikke nedlegges protest mot endring etter første ledd”. I tredje ledd ”kan” retten ”nekte endring når hensynet til sakens framdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endring ikke bør tillates. Nektelsen skal ikke være urimelig”.

Forarbeidene fremhever flere momenter som generelt har betydning ved rettens skjønnsmessige vurdering av om preklusjon er virkningen etter tvl. § 9-16. Blant annet fremkommer det av motivene<sup>18</sup> at konsekvensen av preklusjonen for partene har betydning. I hvilken grad parten kan bebreides for at han fremsatte endringene for sent og hvorfor parten ikke fremsatte endringene tidligere, er også relevant.

Videre har det betydning at konsekvensene av endring av krav, påstandsgrunnlag, påstand eller bevis er forskjellig. De samme forarbeidene eksemplifiserer med at motpartens mulighet til å ivareta sine interesser påvirkes mer om det fremsettes et nytt krav enn om endringen kun gjelder utvidelse av påstand for et allerede reist krav. Dersom et nytt krav endres og ikke tillates trukket inn i saken, kan parten reise nytt søksmål. Konsekvensen av nektelse av at en påstand eller påstandsgrunnlag endres, er imidlertid som nevnt at parten ikke kan fremme disse innsigelsene i en ny sak ettersom kravet blir rettskraftig avgjort etter tvl. § 19-15,

---

<sup>18</sup> Jf. NOU 2001: 32 side 760

eventuelt er litispending etter tvl. § 18-1 hvor avvisning av saken skjer der det ” [r]eises det ny sak mellom samme parter om et krav som allerede er tvistegjenstand”

Forarbeidene<sup>19</sup> fremhever videre at preklusjonsreglene ikke må ”være for strenge”. I tillegg presiseres det i motivene<sup>20</sup> at dersom parten har ”rimelig grunn til å foreta endringen så sent, bør det tillates”. På den måten ivaretas hensynet til sakens opplysning og viktigheten av å avsi en materielt riktig dom. At bestemmelsen gjelder preklusjon ved første instans må også tas i betraktning ved preklusjonsvurderingen. Tv. § 29-18 første ledd slår fast at tvl. § 9-16 gjelder tilsvarende i den muntlige ankeforhandling i lagmannsretten. Forarbeidene fremhever likevel at ”Dette får først og fremst betydning for nye påstandsgrunnlag og bevis”, ettersom tvl. § 29-4 setter vilkår for endring av krav og påstander under hele lagmannsrettsbehandlingen.<sup>21</sup> Dermed begrenses partenes fremsettelse av prosesshandlinger ytterligere enn ”etter avsluttet saksforberedelse” etter tvl. § 9-16.

Det kan også hevdes at terskelen for preklusjon er ulik mellom dispositive saker og indispositive saker. Tvisteloven § 11-4 angir at retten ikke er bundet av partenes prosesshandlinger i saker om ”personstatus, barns rettsforhold etter barneloven, administrative tvangsvedtak etter kapittel 36 og i andre saker hvor offentlige hensyn begrenser partenes rådighet i søksmålet”. I slike saker har retten større ansvar for sakens opplysning, da hensynet til sakens opplysning er særlig sterkt for å ivareta partenes rettssikkerhet. Dermed kan det hevdes at terskelen for preklusjon er høyere for indispositive saker, enn for dispositive saker hvor partene har full rådighet over sakens rammer etter tvl. § 11-3.

Unntakene i tvl. § 9-16 første ledd slår fast at tillatelse til å fremme endringene skal gis der endringene skjer ”før hovedforhandlingen og er foranlediget av motpartens sluttinnlegg.” Endringene skal også fremsettes ved rettens tillatelse. Herunder oppstiller loven tre alternativer fra a til c for når tillatelse skal gis. I tillegg er det rettens skjønnsmessige vurdering etter annet ledd som avgjør om retten vil fremme de prosesshandlingene selv om grunnlag for avskjæring etter bestemmelsens første ledd er oppfylt. Retten ”kan” også nekte prosesshandlingen fremmet for retten ”når hensynet til sakens framdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endring ikke bør tillates”. Nektingen forutsetter også at endringen ikke er ”urimelig”, jf. bestemmelsens tredje ledd.

Det første lovfestede alternativet for at retten skal gi adgang til å tillate endringen selv om endringen som hovedregel prekluderes etter tvl. § 9-16 første ledd, er at ”parten ikke kan bebreides at endringen ikke er foretatt tidligere”. I tillegg stilles vilkår om at ”det vil være urimelig” om endringen nektes, jf. tvl. § 9-16 bokstav a.

At parten ikke kan ”bebreides” innebærer at forsinkelsen ikke er så kritikkverdig at retten til å fremlegge endringene går tapt. Motivene<sup>22</sup> eksemplifiserer med tilfeller hvor bakgrunnen for endringen har fremkommet på et sent tidspunkt i prosessen. Bestemmelsen omfatter også tilfeller hvor parten ikke kan bebreides for sin uoppmerksomhet på at endringen skulle foretas umiddelbart før eller under hovedforhandlingen.<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Jf. NOU 2001: 32 side 760

<sup>20</sup> Jf. NOU 2001: 32 side 760

<sup>21</sup> Jf. Ot.prp. nr 51 (2004-2005) side 400

<sup>22</sup> Jf. NOU 2001: 32 side 760

<sup>23</sup> Jf. NOU 2001:32 side 760

Vurderingen av at det må være ”urimelig” om endringen nektes er en skjønnsmessig vurdering. Etter ordlyden er særlig konsekvensene av preklusjonen sentralt. I følge motivene<sup>24</sup> er hensynet til parten som ønsker å fremme endringen særlig relevant. Som hovedregel vil det være urimelig at en part ikke får fremsatt endringene når parten ikke kan bebreides for at endringene ikke er fremsatt tidligere. De samme forarbeidene fremhever at unntak fra dette kan forekomme dersom endringen gjelder et nytt krav som har liten sammenheng med kravet som er til behandling i saken. Her kan reising av ny sak med det nye kravet være like praktisk. Tilsvarende bør gjelde der kravene har nærhet til hverandre og hvor vitnene for det meste er de samme. Dette bør særlig gjelde der vernetingsreglene ellers ville medført at sakene gikk for to domstoler. Ved at prosesshandlingene tillates fremsatt for retten i slike tilfeller, vil ressursmessige og kostnadsreduserende hensyn ivaretas.

Alternativet i bokstav b omfatter tilfeller hvor ”motparten har tilstrekkelig grunnlag for, uten utsettelse, å ivareta sine interesser etter endringen”. Vurderingen av om motparten kan ”ivareta sine interesser”, er et utslag av det kontradiksjonshensynet som legges til grunn i formålsbestemmelsen om en forsvarlig rettergang i tvl. § 1-1, og EMK art 6. Når kontradiksjonshensynet er ivaretatt ved fremsettelse av endring uten utsettelse eller forsinkelse av saken, vil ikke en preklusjon være formålsmessig begrunnet.

Etter tvl. § 9-16 bokstav c skal retten la parten fremme den endrede prosesshandlingen for retten dersom en nektelse ”vil kunne påføre parten et urimelig tap”, jf. tvl. § 9-16 bokstav c. Ordlyden av ”urimelig tap” innebærer tap ut over hva som er akseptabelt i det konkrete tilfelle. Motivene<sup>25</sup> fremhever at urimelighetsvurderingen er relativ i forhold til den ”den interesse som ligger i søksmålet” og i ”forhold til den absolutte størrelse av et eventuelt tap”.

Selv om unntakene i tvl. § 9-16 første ledd ikke er oppfylt, inneholder bestemmelsens andre og tredje ledd ytterligere reguleringer om preklusjonsadgangen. Etter annet ledd ”kan” retten likevel tillate endringene som skulle vært prekludert etter første ledd. I tillegg ”kan” retten etter tredje ledd prekludere selv om preklusjon ikke er resultatet etter første ledd.

For at retten ”kan” tillate endringen etter annet ledd, må parten som ønsker endringene fremsatt godtgjøre merutgiftene motparten har hatt som følge av at endringen skjer ved fristoverskridelsen. I tillegg må endringstillatelsen skje uten at ”andre vesentlige hensyn for motparten taler mot dette”. Etter ordlyden av ”vesentlig” må hensynene som taler mot endringsadgangen være svært betydningsfulle for motparten. Motivene<sup>26</sup> fremhever at endringsadgangen etter andre ledd er ikke aktuelt for de tilfellene hvor det er et vesentlig hensyn for motparten med en rask avsigelse av dommen.

Domstolens vurdering av om endringene ”kan” nektes fremsatt i retten under hovedforhandlingen etter tredje ledd, beror på om ”hensynet til sakens framdrift eller andre tungtveiende forhold tilsier at endring ikke bør tillates”. Forarbeidene viser til eksempler på relevante hensyn i vurderingen av nektelsesadgangen. Blant annet uttaler forarbeidene<sup>27</sup> at en omberammelse på grunn av endringen som kan føre til vesentlige problemer for retten, vil tilsi at retten kan nekte endringen fremsatt av hensynet til domstolen. Effektivitetshensyn og

---

<sup>24</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>25</sup> Jf. NOU 2001: 32 B side 760

<sup>26</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>27</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760



hensynet til en kostnadsreducerende prosess spiller en vesentlig rolle i denne skjønnsmessige vurderingen.

Selv om nektelsen etter tredje ledd gjøres etter rettens skjønnsmessige vurdering, må nektelsen ikke være ”urimelig”. Motivene<sup>28</sup> fremhever at konsekvensen for parten som ønsker å fremsette endringene er et særlig viktig moment. Etter forarbeidene vil det være urimelig om retten nekter en part å fremsette endringene når parten kunne fremsatt endringen etter bestemmelsens første ledd til tross for motpartens protest<sup>29</sup>. Urimelighetsvurderingen vil være en sikkerhetsventil mot at retten avskjærer en prosesshandling som er særlig sentral i saken. I tillegg sikres tilfeller hvor hensynet til partenes rettssikkerhet og kontradiksjon nødvendiggjør fremsettelse av prosesshandlingen for at domstolsbehandlingen skal være forsvarlig. Særlig her kan hensynet til sakens opplysning i indispositive saker etter tvl. § 11-4 være viktig.

Etter denne redegjørelsen vil preklusjonsvurderingen etter § 9-16 legge opp til en forsvarlig vurdering av hensynet til kontradiksjon, rettssikkerhet og hensynet til sakens opplysning. Disse hensynene avveies mot effektivitetshensyn og hensynet til proporsjonalitet mellom sakskostnad og sakens betydning.

### **3.2 Preklusjonsbestemmelsens rekkevidde etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for saker etter allmennprosessen.**

Rettens preklusjonsadgang etter tvisteloven § 9-16 begrenser seg til partens fremsettelse av prosesshandlinger ”etter avsluttet saksforberedelse”. Tvisteloven § 16-6 tredje ledd andre punktum åpner opp for preklusjon før tidsperioden ”etter avsluttet saksforberedelse” for allmennprosessen, siden tvl. § 16-6 også gjelder preklusjon av prosesshandlinger før ”etter avsluttet saksforberedelse”. Dette støttes av lovens forarbeider.<sup>30</sup> I det følgende blir det redegjort for betydningen av preklusjonsbestemmelsen etter § 16-6 tredje ledd første punktum i saker etter allmennprosessen.

Etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum ”kan” retten nekte en part å gjennomføre en prosesshandling som ble forsømt ved ”unnlåtelsen”. Preklusjon er forutsatt av at gjennomføringen av prosesshandlingen medfører at ”rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket”.

Det er klart nok at ordlyden av ”prosesshandling” omfatter en parts endringer av krav, påstandsgrunnlag, påstander og fremsettelse av nye bevis. Vilkåret om at fremsettelsen av endringen fører til at ”rettsmøte må utsettes” utgjør heller ikke tolkningsvansker. Hva som innebærer at ”saken vil bli vesentlig forsinket” vil imidlertid kunne by på tvil i det enkelte tilfelle. Vesentlighetskriteriet vil omfatte et vidt spekter av tilfeller hvor konsekvensen av unnlatelsen utgjør en forsinkelse som er stor i den konkrete saken.

Preklusjonsvirkningen avgjøres av rettens skjønn, ettersom retten ”kan” prekludere dersom vilkårene er oppfylt etter bestemmelsen. Til forskjell fra tvl. § 9-16, inneholder ikke preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum uttrykkelige vilkår og vurderingsmomenter som har betydning for preklusjonsvurderingen.

---

<sup>28</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>29</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 760

<sup>30</sup> Jf.Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 424

Forarbeidene sier imidlertid at de samme momenter som vurderes etter tvl. § 9-16 er tilsvarende relevante for preklusjonsvurderingen etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum.<sup>31</sup> Det fremkommer likevel av de samme forarbeidene at det skal foreligge ”atskillig sterkere grunner for å nekte prosesshandlinger” under saksforberedelsen, ”enn det skal til for å nekte samtykke etter avsluttet saksforberedelse”. Dette kan forklares ved at partene har større mulighet for kontradiksjon uten utsettelse av saken der endringene skjer tidlig i saksforberedelsen.

Preklusjon av endringer som fremkommer i saksforberedelsen, er særlig aktuelt i omfattende saker om ”komplekse spørsmål som partene trenger god tid til å forberede seg på, uten at det av den grunn ses behov for å avslutte saksforberedelsen tidligere enn to uker før hovedforhandlingen”.<sup>32</sup>

### **3.2.1 Tolkningen av ordlyden ”unnlåtelsen” etter tradisjonell juridisk metode**

Preklusjonsadgangens rekkevidde er imidlertid tvilsom når tidsangivelsen knyttes til ”unnlåtelsen” av en parts prosesshandlinger. Ordlyden av ”unnlåtelsen” retter seg mot en overskridelse av en frist. Det klare tilfellet som omfattes av ordlyden, er der parten overskrider en uttrykkelig frist gitt i medhold av loven, slik at prosesshandlingen blir prekludert.

En frist kan imidlertid også være relativ, det vil si ikke uttrykkelig forhåndsdefinert i den forstand at parten fremsetter prosesshandlingene senere enn hva som var mulig. Fristoverskridelse av denne typen frist forekommer der parten fremsetter prosesshandlingene senere enn hva parten burde gjort. Spørsmålet er om overskridelse av en relativ frist kan medføre at retten prekluderer partenes unnlåtte prosesshandling uten at parten er klar over at han har overskredet en frist for fremsettelsen av prosesshandlingen.

I sivil prosessrett fremkom denne typen frist av den tidligere tvistemålsloven § 62. Preklusjonsbestemmelsen omhandlet endring av saken eller påstanden. Fristen som parten måtte oversitte for at preklusjon kunne skje etter tredje ledd, var stadfestet i andre ledd. I andre ledd fremkom at ”Enhver ændring av saken eller paastanden enten fra saksøkerens eller fra saksøktes side bør foretages saa tidlig som mulig”. Der denne fristen var oversittet, kunne retten prekludere prosesshandlingen der prosesshandlingen var ”forsinket i den hensigt at forhale saken eller overrumple motparten, eller naar den anden part forlanger det, og saken ellers vilde bli betragtelig forsinket”.

Ved tolkningen av tidsangivelsen ”unnlåtelsen” i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, kan ordlyden isolert sett også omfatte prosesshandlinger som burde vært utført tidligere enn fremsatt. Ordlyden kan således omfatte en relativ frist. Lovteksten er likevel ikke presis nok om hva som skal til for at prosesshandlingen er ”unnla[tt]”.

Spørsmålet er om ”unnlåtelsen” omfatter tilfeller hvor parten har fremsatt sine prosesshandlinger senere enn hva han burde gjort, slik at muligheten til å fremme prosesshandlingene dermed kan prekluderes.

---

<sup>31</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 424

<sup>32</sup> Jf. Ot.prp. 51 (2004-2005) side 424

Når ordlyden ”unnlåtelsen” er upresis, kan andre tolkningsprinsipper lede til et svar på om ”unnlåtelsen” omfatter relative frister. Etter tradisjonell juridisk metode, må ordlyden tolkes i sammenheng med resten av paragrafen for å gi et mest mulig korrekt tolkningsresultat i tråd med lovgivers vilje. På lovfestet område kan lovgivers vilje utledes ved å se bestemmelsen i sammenheng med andre deler av samme bestemmelse.

Bestemmelsens tredje ledd refererer til første ledd hvor en prosesshandling ikke er foretatt ”i tide”. Sett i sammenheng med at ”unnlåtelsen” står i bestemt form, kan ”unnlåtelsen” tilsi å gjelde overskridelse av en bestemt frist for å utføre prosesshandlingen. Etter denne tolkningen kan lovgivers vilje være at ”unnlåtelsen” ikke omfatter relative frister om når det ikke lenger er mulig for parten å fremsette prosesshandlingene.

Ordet ”unnlåtelsen” kan imidlertid også ses i sammenheng med tredje ledd annet punktum. Her fremkommer det at for endringer av saken ”etter avsluttet saksforberedelse gjelder § 9-16”. Setningen forstås som at preklusjonsbestemmelsen i tredje ledd første punktum gjelder preklusjonsadgangen før avsluttet saksforberedelse. Reglene i allmennprosessen uttrykker imidlertid ingen andre uttrykkelige frister for saksforberedelsen enn begrensningen til ”etter avsluttet saksforberedelse”. Dette kan tyde på at lovgiver har ment at ”unnlåtelsen” gjelder overskridelse av en relativ frist for når fremsettelsen av prosesshandlingen burde vært fremsatt i hele tidsrommet før avsluttet saksforberedelse.<sup>33</sup>

Etter dette gir lovens ordlyd og sammenhengen med bestemmelsen ikke et klart uttrykk for om lovgiver har ment at ”unnlåtelsen” også skal omfatte relative frister i tillegg til uttrykkelige frister. Rettskildefaktorene gir dermed ikke særlig bidrag ved avgjørelsen av tolkningsresultatet.

Det følger av tradisjonell juridisk metode at lovteksten også må tolkes i samsvar med lovens formål for å oppnå et tolkningsresultat i tråd med lovgivers vilje. Formålet med preklusjonsbestemmelsene er generelt at partene oppfordres til å følge frister for fremsettelse av prosesshandlinger.<sup>34</sup> Disse forarbeidene uttaler mer presist at ”I tillegg til at retten har en oppfordring til å følge opp frister i henhold til generelle regler om aktiv saksstyring, jf 13.6, er preklusjonsregler foreslått som virkemiddel for å oppnå dette”. Preklusjonsbestemmelsene vil på den måten bidra til økt klarhet og konsentrasjon om tvisten.

Når ordlyden ikke er klar på hvilken frist som gjelder, gir imidlertid ikke bestemmelsens formål særlig veiledning på om ”unnlåtelsen” omfatter relative frister i tillegg til lovens uttrykkelige frister.

### **3.2.2 Betydningen av tvistemålsloven § 62 i tolkningsresultatet av ”unnlåtelsen”**

Preklusjonsbestemmelsen i den tidligere tvistemålsloven kan etter en tolkning av forarbeidene<sup>35</sup> være av betydning for spørsmålet om ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist.

Spørsmålet er dermed om prinsippet om at prosesshandlinger skal fremsettes så tidlig som mulig må innfortolkes i preklusjonsadgangen etter tvisteloven § 16-6 tredje ledd første

---

<sup>33</sup> Jf. ”Prosesuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 76 (LOR-2010-76) side 78-79

<sup>34</sup> Jf. Ot.prp.nr.51(2004-2005), 13.4 side 176

<sup>35</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 175

punktum for allmennprosess, slik at ”unnlåtelsen” omfatter tilfellene hvor prosesshandlingen er fremsatt senere enn den burde vært fremsatt.

I den tidligere tvistemålsloven § 62 andre ledd het det at ”Enhver ændring av saken eller paastanden enten fra saksøkerens eller fra saksøktes side bør foretages saa tidlig som mulig”. Bestemmelsen gav uttrykk for et generelt prinsipp om at prosessuelle handlinger bør fremsettes så tidlig som mulig. Prinsippet kom også til uttrykk i bestemmelsen om preklusjon av bevis i tvml. § 189 annet ledd og nye anførsler etter tvml. § 335 annet ledd. Preklusjonsbestemmelsene i tvistemålsloven hadde dermed tilsvarende frist for fremsettelse av prosesshandlingene. Dette styrker antagelsen av at tvistemålsloven gav uttrykk for et generelt prinsipp om at prosesshandlinger skal foretas så tidlig som mulig i prosessen.

I forarbeidsuttalelsene til tvisteloven fremkommer det at preklusjonsbestemmelsen for allmennprosess etter tvl. § 9-16 er en videreføring av tvml. § 62.<sup>36</sup> Forarbeidene gir ikke noe uttrykkelig svar på hvorfor gjeldende tvistelov har unnlatt å angi en relativ frist for preklusjon av endringer i partenes egne prosesshandlinger. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene<sup>37</sup> at de nye preklusjonsbestemmelsene for allmennprosessen i noen grad ville øke preklusjonen enn hva tvml. § 62 gav grunnlag til. Uttalelsen retter seg imidlertid mot preklusjonsadgangen i tvl. § 9-16, og ikke direkte til tolkningen av tvml. § 16-6 tredje ledd første punktum. Likevel gir forarbeidsuttalelsen ikke inntrykk av å begrense preklusjonsadgangen i allmennprosess, snarere tvert i mot.

Reglene for allmennprosessen har ikke øvrige frister for fremsettelse av prosessuelle handlinger enn ”etter avsluttet saksforberedelse”. Et tolkningsresultat som bygger på at ”unnlåtelsen” refereres til en uttrykkelig frist, vil da nettopp begrense preklusjonsadgangen enn tidligere.

Ut fra at forarbeidene ikke gir uttrykk for at preklusjonsadgangen begrenses med ny lov, er det naturlig å slutte at prinsippet om at prosessuelle handlinger bør fremsettes så tidlig som mulig fortsatt gjelder for allmennprosess.

### **3.2.3 Påvirkningen av legislative hensyn i tolkningen av ”unnlåtelsen”**

Spørsmålet er deretter om lovens legislative hensyn støtter tolkningen av at ”unnlåtelsen” omfatter overskridelse av en relativ frist etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum i saker som går etter allmennprosess.

Et tolkningsresultat hvor ”unnlåtelsen” kun omfatter uttrykkelige frister, fører til en snever preklusjonsadgang. Det kan hevdes at en snever preklusjonsadgang ikke vil videreføre en optimal ivaretagelse av hensynene til effektivitet og kostnadsproporsjonalitet som fremkommer av forarbeidene.<sup>38</sup> En optimal ivaretagelse av effektivitetshensyn og kostnadsproporsjonalitet som loven synes å legge opp til, vil støtte tolkningsresultatet om at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist.

---

<sup>36</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 175

<sup>37</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 175

<sup>38</sup> Jf. NOU 2001: 32 B side 760

Resultatet av å tolke ”unnlåtelsen” som uttrykkelig frist, fører til at partene i større grad kan fremsette sine endrede prosessuelle handlinger, enn i et system med preklusjon etter relative frister. Grunnen er at en frist for å fremsette prosesshandlingen så tidlig som mulig omfatter et videre spekter av fristoverskridelser, enn der fristen er gitt som en uttrykkelig frist. Tolkningen til uttrykkelig frist vil dermed ivareta partenes kontradiksjonsmulighet i større grad enn der ”unnlåtelsen” omfatter relative frister.

Formålet med preklusjonsbestemmelsen er imidlertid at partene oppfordres til å følge frister for fremsettelse av prosesshandlinger.<sup>39</sup> Dette er begrunnet i effektivitetshensyn. Effektivitetshensyn tilsier imidlertid også at bestemmelsen bør gi partene oppfordring til å overholde relative frister som gjelder for allmennprosess ved å fremsette prosesshandlingene så tidlig som mulig.

Preklusjonsbestemmelsens legislative hensyn harmonerer således best med tolkningsresultatet at ”unnlåtelsen” også omfatter relative frister for at partene skal fremsette prosesshandlingene så tidlig som mulig. Lovens legislative hensyn og de nevnte forarbeidene tillegges avgjørende vekt.

Det foreligger ikke kjent litteratur om tolkningen av ordlyden ”unnlåtelsen” i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for saker som går etter allmennprosess. Tolkningen av ”unnlåtelsen” i § 16-6 tredje ledd første punktum for småkravsprosess fremgår i en artikkel skrevet av Ørnulf Øyen om ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 76, som nevnes i punkt 4.2.3. Artikkelen behandler imidlertid kun rekkevidden av ”unnlåtelsen” for småkravsprosess, og gir således ikke relevant bidrag til tolkningen av ”unnlåtelsen” for saker som går etter allmennprosess.

Etter dette omfatter ordlyden ”unnlåtelsen” dermed også relative frister etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum i saker som går etter allmennprosess, slik at ikke-uttalte frister kan prekluderes.

#### **4 Preklusjon av endringer i krav, påstandsgrunnlag, påstander og bevis i småkravsprosessen**

##### **4.1 Småkravsprosess og prosessformens legislative hensyn**

Til forskjell fra hva som gjelder i allmennprosessen, inneholder ikke reglene om småkravsprosess tilsvarende preklusjonsregel som tvl. § 9-16. Bakgrunnen er at preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 9-16 gjelder fremsettelse av partenes egne prosessuelle handlinger ”etter avsluttet saksforberedelse”. Tvisteloven kapittel 10 om småkravsprosess inneholder ikke en regel som avgrenser tidsperioden for når saksforberedelsen avsluttes. Følgelig vil heller ikke tvl. § 9-16 gjelde for saker som går etter småkravsprosess.

At reglene for småkravsprosess i tvisteloven kapittel 10 ikke avgrenser når saksforberedelsen avsluttes, må ses i sammenheng med bakgrunnen for reglene om småkravsprosessen. Med småkravsprosess som prosessform, ville lovgiver sikre borgerne en reell domstolsbehandling

---

<sup>39</sup> Jf. Ot.prp.nr.51(2004-2005), 13.4 side 176

av rettstvister om små og mellomstore krav ut fra den enkeltes behov for domstolsbehandling og rettavklaring. Prosessretten ville dermed være i bedre samsvar med EMK art 6.<sup>40</sup>

Reglene om småkravsprosess får anvendelse på krav som ikke overstiger 125 000 kr, jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav a. Unntak gjelder der saken ”har vesentlig betydning ut over den konkrete tvist” eller hvor ”hensynet til en forsvarlig behandling nødvendiggjør behandling ved allmennprosess”, jf. tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav d. Småkravsprosessen gjelder også ved partenes og rettens samtykke, jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav b. I tillegg omfattes saker uten formuesverdier. Dette gjelder der retten finner behandling etter småkravsprosessen ”forsvarlig og hensiktsmessig”, og der partene ikke motsetter seg dette, jf. tvl. § 10-1 andre ledd bokstav c.

Prosessformen ble utformet for å oppnå en enklere og mer effektiv domstolsbehandling enn hva reglene for allmennprosess innebærer. Småkravsprosessen legger dermed grunnlaget for en rask og konsentrert saksbehandling.<sup>41</sup> Saksbehandlingen kan på den måten bli mer kostnadseffektiv og billigere enn ved allmennprosess.<sup>42</sup>

For eksempel kan sluttbehandlingen av tvisten være skriftlig forutsatt at retten og partene samtykker, jf. tvl. § 10-3 første ledd, og avviker således fra en muntlig sluttbehandling, jf. tvl. § 10-3 fjerde ledd. Sluttbehandlingen kan også skje ved fjernmøte, jf. tvl. 10-3 andre ledd. Selv om tvl. § 10-3 femte ledd fremhever at de enkelte ledd i hovedforhandlingen etter tvl. § 9-15 gjelder også i småkravssaker, kan retten likevel foreta en forenkling av behandlingen for å oppnå nødvendig konsentrasjon. Grunnet ressurs hensyn er det videre presisert at rettsmøtet kun kan vare mer enn en dag dersom det foreligger ”særlig sterke grunner”, jf. tvl. § 10-3 andre ledd. Når rettsmøtet vanligvis ikke varer mer enn en dag, foreligger heller ikke behov for å avgrense tidsperioden for saksforberedelsen.

De legislative hensynene som særlig gjelder for småkravsprosessen, er dermed effektivitet og kostnadsproporsjonalitet. I tillegg må disse hensynene ikke overstyre hensynet til en forsvarlig saksbehandling. Begge hensynene er grunnleggende hensyn i sivil rettergang etter tvl. § 1-1. Bestemmelsen fremhever at ”[l]oven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv ” domstolsbehandling.

Småkravsprosessen legger i tillegg særlig opp til en prosess med selvprosederende parter for å senke kostnadsnivået for domstolsbehandlingen i små tvister.<sup>43</sup> Hensynet til at saksbehandlingsreglene skal være forutberegnlige for selvprosederende parter må derfor være en viktig del av partenes rettssikkerhet og forsvarlig saksbehandling. Særlig må dette gjelde når partene er ansvarlig for egne prosessuelle handlinger som utgjør sakens rammer for rettens domstolsbehandling. Partenes ansvar for egne prosessuelle handlinger fremkommer forutsetningsvis av § 11-2. Bestemmelsens første ledd fremhever at ”Retten kan bare avgjøre de krav som er reist i saken”. Videre må avgjørelsen være innenfor de ”påstander partene har nedlagt” og ”de påstandsgrunnlag som er påberopt”. I tillegg har partene ”hovedansvaret for å sørge for bevisføring”, jf. andre ledd.

---

<sup>40</sup> Jf. Ot.prp. nr 51 (2004-2005) side 193 - 194

<sup>41</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005), 14.1, side 183

<sup>42</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005), 14.1, side 183

<sup>43</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 200

Etter dette må tolkningen av saksbehandlingsreglene som gjelder i småkravsprosessen styres av hensynet til en effektiv, enklere og kostnadsreducerende domstolsprosess.<sup>44</sup> Disse hensyn må avveies mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling med formål om å komme frem til et materielt riktig resultat. I tillegg til at domstolsprosessen skal ivareta partenes forutberegnelighet til domstolsbehandlingen av tvisten.<sup>45</sup>

Selv om tvisteloven kapittel 10 om småkravsprosessen ikke inneholder preklusjonsregler, kommer preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum også til anvendelse i småkravssaker.

Preklusjonsbestemmelsen er gitt i tvistelovens kapittel 16, som inneholder generelle regler om ”Styring av sakens fremdrift. Spesielle virkemidler” i underkapittel III om ”Forsømmelser og fraværdom”. Kapitlet avgrenses dermed ikke kun å gjelde for saker som går etter reglene for allmennprosess. Det er også forutsatt i forarbeidene at preklusjonsbestemmelsen tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum omfatter saker som går etter småkravsprosess.<sup>46</sup>

#### **4.2 Utstrekningen av prosessuell preklusjon for endringer av egne prosesshandlinger etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum i småkravsprosess**

Når preklusjonsbestemmelsen etter tvl. § 16 -6 tredje ledd første punktum gjelder for ”unnlatsen”, omfatter ordlyden klart nok overskridelser av de lovfastsatte frister i henhold til tvl. § 10-2 tredje ledd og tvl. § 11-6 andre ledd. Etter tvl. § 10-2 tredje ledd første punktum skal parten varsle om fremleggelse av bevis og sende inn dokumentbevis ”innen en uke før rettsmøtet”. I tillegg kan parten oversitte frister for utførelse av prosesshandlinger som parten er blitt forelagt for retten etter tvl. § 11-6 andre ledd.

I drøftelsen av hva ”unnlatsen” omfattet for saker som går etter reglene for allmennprosess, ble det konkludert med at ”unnlatsen” omfattet relative frister. Dette innebærer at parten må fremsette prosesshandlinger så tidlig om mulig for ikke å oversitte fristen, og hvor overskridelse av fristen kan føre til preklusjon av prosesshandlingen.

En mulig slutning kunne vært at ettersom prinsippet om at prosesshandlinger skal foretas så tidlig som mulig som gjelder for allmennprosess, må prinsippet også gjelde for småkravsprosess. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene<sup>47</sup> at det ikke skulle gis generelle bestemmelser om at allmennprosessuelle regler gjelder så langt de passer for behandlingen av småkravsprosess. Lovgivers valg av lovteknikk var å henvise eksplisitt til hver lovbestemmelse som skal ha anvendelse for småkravsprosessen. Det vil dermed ikke samsvare med den valgte lovgivningsteknikk at en uten videre legger til grunn at et prinsipp som gjelder for allmennprosess, gjelder tilsvarende for småkravsprosess.

Derfor er det et poeng i seg selv at prinsippet om at prosessuelle handlinger skal foretas så tidlig som mulig fremkommer av den tidligere tvistemålsloven § 62 og videreføres av tvl. § 9-16 og § 16-6 tredje ledd første punktum for saker som går etter allmennprosess. Når tvl. § 10-2 ikke nevner at tvl. § 9-16 gjelder for småkravsprosess, er det unaturlig å konstatere at

---

<sup>44</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005), 15.3.2, side 194-195

<sup>45</sup> Jf. Ot.prp. nr.51. (2004-2005) 15.3.2, side 194-195

<sup>46</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 764

<sup>47</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) 15.5.6, andre avsnitt av kapitlet, side 201

prinsippet er et grunnlag for at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist i småkravsprosessen. Særlig gjelder dette da reglene om småkravsprosess legger opp til prosessregler tilpasset selvprosederende parter. Om grunnen til at tvl. § 9-16 ikke gjelder i småkravsprosessen, fremhever forarbeidene<sup>48</sup> eksplisitt ”at småkravsprosessen skal være en uformell prosess, hvor det legges til rette for at partene skal kunne ha mulighet for å greie seg uten advokat. Her vil det ikke passe med en streng preklusjonsregel”. Henvisningen til at preklusjonsreglene ikke må være for strenge av hensyn til selvprosederende parter tilsier at det skal mer til for at ”unnlåtelsen” tolkes som en relativ frist enn ved allmennprosess.

En bestemmelse som kan være av interesse for tolkningsspørsmålet av hva som omfattes av ”unnlåtelsen” i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for småkravsprosess, er tvl. § 9-6 andre ledd. Etter bestemmelsens ordlyd, fremkommer det at ”En part må sette fram innsigelser mot prosesshandlinger så snart parten har mulighet for det”.

En kan hevde at ordlyden gir uttrykk for å være et utsalg av prinsippet om at prosesshandlinger skal fremsettes så snart parten har mulighet for det. Når tvl. § 10-2 første ledd fastslår at tvl. § 9-6 gjelder tilsvarende for småkravsprosess, kan dette innebære at prinsippet også får betydning i tolkningen av hva ”unnlåtelsen” omfatter i småkravsprosess. Konsekvensen ville dermed vært at ”unnlåtelsen” omfatter relative frister om at prosesshandlingene må fremsettes så tidlig som mulig.

Denne antagelsen er imidlertid vag. Ordlyden gir ikke direkte uttrykk for at alle prosesshandlinger må fremsettes så tidlig som mulig av partene. Bestemmelsen omhandler kun ”innsigelser mot prosesshandlinger”. Videre indikerer verken ordlyden eller forarbeidene til tvl. § 9-6 at bestemmelsen har en videre betydning for preklusjon i småkravsprosessen enn hva ordlyden tilsier.

I tillegg vil konsekvensen av å innfortolke prinsippet i tvl. § 9-6 føre til en streng preklusjonsregel. Slutningen synes ikke å harmonere med hva lovgiver gir uttrykk for ved forarbeidsuttalelsen om at det ikke vil passe med en streng preklusjonsregel i småkravsprosessen. Etter dette gir ikke tvl. § 9-6 uttrykk for et prinsipp om at prosesshandlinger må fremsettes så tidlig som mulig i småkravssaker.

#### **4.2.1 Om forarbeidene gir grunnlag for at ”unnlåtelsen” tolkes annerledes for småkravsprosess enn ved allmennprosess**

Forarbeidene behandler ikke direkte om ”unnlåtelsen” omfatter overskridelse av en relativ frist om at prosesshandlingene bør fremsettes så tidlig som mulig, eller om ”unnlåtelsen” kun omfatter uttrykkelige lovfastsatte frister i småkravssaker.

En uttalelse i motivene kan imidlertid gi uttrykk for at lovgiver forutsetningsvis indikerer at ”unnlåtelsen” kun omfatter en uttrykkelig frist i saker som går etter småkravsprosessen.

Av den nevnte forarbeidsuttalelsen<sup>49</sup> fremgår det at ”Preklusjonsregelen i § 9-10, jf § 9-16 er ikke gitt tilsvarende anvendelse [i småkravsprosessen], heller ikke for bevis som det altså pliktes varslet om. [...] Det vil ikke si at man ikke kan reagere mot en unnlåtelse av å varsle om bevis hvis det er klart klanderverdig. Den alminnelige regel i § 22-2 (3) vil få anvendelse.

---

<sup>48</sup> Jf. NOU 2001:32 B, side 763-764

<sup>49</sup> Jf. NOU 2001:32 B, side 764



Fremstår det som klart subjektivt klanderverdig at en part ikke har varslet om bevis, vil det kunne gi grunnlag for å nekte å føre beviset om dette ellers f.eks. ville føre til en utsettelse med merutgifter, som det hensett til saken ikke er rimelig å påføre motparten”.

Når uttalelsen knytter seg til at tvl. § 9-16 ikke gjelder for en parts fremsettelse av bevis i småkravsprosessen, fremhever forarbeidene at dette gjelder ”selv om det altså pliktes varslet om”. Med dette viser forarbeidene at der en taler om at en part har unnlatt å varsle om bevis, menes overskridelse av den uttrykkelige lovfestede fristen om varsel innen en uke før rettsmøte etter tvl. § 10-2 tredje ledd. Dette innebærer at unnlattelsen knyttes til en uttrykkelig frist. Tilsvarende vil uttalelsen om at ”Det vil ikke si at man ikke kan reagere mot en unnlattelse av å varsle om bevis hvis det er klart klanderverdig”, knytte seg til at parten har oversittet den uttrykkelige fristen for å varsle om bevis etter tvl. § 10-2 tredje ledd.

Forarbeidene synes dermed å forutsette at det er først når den uttrykkelige lovfestede fristen er blitt oversittet, at preklusjon kan skje etter utkastets § 22-2 tredje ledd, som er tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. På den bakgrunn kan en tolke forarbeidsuttalelsen som at preklusjon etter tvl § 16-6 tredje ledd første punktum ikke kan skje i småkravsprosessen der partene har fremsatt prosesshandlingene senere enn hva som burde vært gjort.

#### **4.2.2 Hvordan de legislative hensynene i småkravsprosessen påvirker preklusjonsadgangen i småkravssaker**

I tillegg til den nevnte forarbeidsuttalelsen, kan de legislative hensynene bak småkravsprosessen ha betydning for tolkningen av ”unnlattelsen” anvendt i småkravsprosessen. Spørsmålet er om de særlige legislative hensynene som begrunner småkravsprosessen tilsier at det er rettskildemessig grunnlag for å tolke ”unnlattelsen” til å kun gjelde overskridelse av uttrykkelig lovfestede frister. I så fall vil tolkningsresultatet blir annerledes enn hva som gjaldt for allmennprosess.

Når lovgiver tok sikte på å utforme reglene i småkravsprosessen som en enklere og kostnadsreducerende behandling<sup>50</sup>, vil en mest mulig vid preklusjonsadgang være tolkningsresultat i tråd med disse hensynene. Dersom ”unnlattelsen” tolkes som å omfatte en relativ frist, vil den videre preklusjonsadgangen bidra til en kostnadsproporsjonal, enkel og kostnadmessig rimelig domstolsbehandling.<sup>51</sup>

Saksbehandlingen må likevel være forsvarlig i tråd med formålsbestemmelsen § 1-1. Bestemmelsen fremhever at loven skal ”legge til rette for en rettferdig, forsvarlig...” og ”tillitskapende behandling”. Forsvarlighetsprinsippet fremheves også i forarbeidene som et styrende prinsipp for domstolsbehandlingen i småkravsprosess.<sup>52</sup> Hensynet til effektivitet og kostnadsreducerende saksbehandling må dermed avveies mot hensynet til partenes mulighet for kontradiksjon og hensynet til sakens opplysning.

Det som gjør seg særlig gjeldende for småkravsprosessen, er at prosessformen skal legge til rette for en prosess med selvprosederende parter. Som en generell uttalelse i motivene som ikke direkte knytter seg til preklusjon i småkravsprosessen, fremkommer det at “[...]”

---

<sup>50</sup> Jf. Ot.prp. nr 51 (2004-2005), side 185

<sup>51</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005), 15.3.2, side 194.

<sup>52</sup> Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005), 15.3.2.side 194

Departementet ser det som viktig at reglene for småkravprosessen skal være slik at det blir praktisk mulig for selvprosederende parter å opptre[...].<sup>53</sup> Viktigheten av at småkravprosessen skal legge til rette for selvprosederende parter, fremkommer også av en annen forarbeidsuttalelse<sup>54</sup> som omhandler preklusjon i småkravprosessen. Begrunnelsen for at tvl. § 9-16 ikke gjelder som grunnlag for preklusjon i småkravprosessen, var også at ”småkravprosessen skal være en uformell prosess, hvor det legges til rette for at partene skal kunne ha mulighet for å greie seg uten advokat. Her vil det ikke passe med en streng preklusjonsregel.”

Når forarbeidsuttalelsene viser viktigheten av at prosessreglene i småkravprosessen skal legge til rette for selvprosederende parter, er forutberegneligheten en særlig viktig forutsetning for partenes mulighet for kontradiksjon.

Rettsens preklusjonsadgang er videre en myndighetsutøvelse hvor retten avskjærer partenes rett til fremsettelse av prosessuelle handlinger, noe som blant annet fremgår av en antitetisk tolkning av tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. Bruken av ordlyden ”unnlatelsen” strider riktig nok ikke mot legalitetsprinsippets krav om en forutberegnlig ordlyd. I tillegg står ikke legalitetsprinsippet sterkt ved preklusjon i sivilprosess. Det vil likevel være i tråd med legalitetsprinsippet som et ulovfestet tolkningsprinsipp, at myndighetsutøvelsen som sådan legger en viss binding på rettsanvendelsesprosessen om at preklusjonsadgangen er forutsigbar for partene. Ivaretagelsen av forutberegnelighet vil gjøre at saksprosessen for småkravprosess i større grad ivaretar partenes rettssikkerhet. Dette bedrer tilliten til domstolen, og utgjør sentrale element i en forsvarlig saksbehandling, jf. tvl. § 1-1. Forutberegnelighetshensynet taler dermed for å tolke ”unnlatelsen” kun til å gjelde en uttrykkelig frist.

I tillegg fremheves hensynet til at ”ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall” som et hensyn som sikrer forsvarlig saksbehandling etter tvl. § 1-1 andre ledd. Ut fra den vage rettskildesituasjonen i tolkningen av ”unnlatelsen”, er det forskjell på forutberegneligheten til rettsens preklusjonsadgang for selvprosederende parter og for advokater med erfaring fra sivil prosessrett. Tolkningsresultatet om at ”unnlatelsen” gjelder en relativ frist, kan dermed føre til ulikt kunnskapsnivå om rettsens preklusjonsadgang. Dette skaper en prosessuell ubalanse mellom partene.

Bakgrunnen for forskjellen i forutberegneligheten til tolkningsresultatet kan dermed begrunnes med ulik ressursbruk. Tolkningsresultatet vil dermed i liten grad samsvare med lovgivers rettspolitiske holdning om å motvirke utforming av prosessregler som medfører at ulikheter i partenes ressursbruk blir avgjørende for saksutfallet.<sup>55</sup> Om betydningen av hensynet til at ressursulikhet ikke skal være avgjørende for utfallet i saken, fremhever forarbeidene at hensynet er ”så tungtveiende at det må søkes ivaretatt så langt det med rimelighet er mulig.”<sup>56</sup> Det vil derfor være best i samsvar med lovgivers rettspolitiske holdning om betydningen av ressursulikhet, å velge tolkningsresultatet om uttrykkelig frist.

Etter legislative hensyn bør ”unnlatelsen” tolkes som å omfatte en uttrykkelig frist i loven.

---

<sup>53</sup> Jf. Ot.prp. nr.51 (2004-2005) side 200

<sup>54</sup> Jf. NOU 2001:32 B, side 764

<sup>55</sup> Jf. NOU 2001: 32 B side 651

<sup>56</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 651

### 4.2.3 Teoriens betydning for tolkningsresultatet av ”unnlåtelsen” i småkravsprosessen

Det foreligger ikke omfattende teori om rekkevidden av rettens preklusjonsadgang i småkravsprosessen etter tvisteloven. Dermed gir teorien liten veiledning for hvorvidt ”unnlåtelsen” i tvl. § 16-6 omfatter en relativ frist eller kun omfatter en uttrykkelig lovfastsatt frist.

Ørnulf Øyen behandler problemstillingen i artikkelen ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen” Lov og Rett 2010 s 76 - (LOR-2010-76). I artikkelen konkluderer Øyen med at ordlyden av ”unnlåtelsen” i § 16-6 tredje ledd omfatter en relativ frist i saker etter småkravsprosessen. Øyen mener dermed at dersom parten har fremsatt prosesshandlingen senere enn hva som burde vært gjort, kan preklusjon skje etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum.

Som støttebidrag for at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum, fremhever Øyen blant annet betydningen av at partene skal angi påstander, påstandsgrunnlag og bevis i stevning etter tvl. §§ 9-2 og 9-3.<sup>57</sup> Øyen mener at bestemmelsen gir uttrykk for prinsippet om at endringer i partenes prosesshandlinger skal fremkomme for retten så tidlig som mulig i prosessen. Det er imidlertid vanskelig å se at bestemmelsen gir holdepunkter for et prinsipp om en relativ frist etter ordlyden. Øyens antagelse er også noe usikker ettersom han selv uttrykker at prinsippet kan innfortolkes med ”en viss velvilje”. Det fremkommer heller ikke av forarbeidene at bestemmelsen er motivert ut fra et prinsipp om at prosesshandlingene skal foretas så tidlig som mulig. Følgelig foreligger ikke sikre nok holdepunkter for å innfortolke at tvl. § 9-2 og § 9-3 gir uttrykk for et prinsipp om at prosessuelle handlinger skal foretas så tidlig som mulig i prosessen.

I tillegg viser Øyen til den samme forarbeidsuttalelsen<sup>58</sup> som er nevnt over, men med motsatt slutning.<sup>59</sup> Øyen vektlegger at forarbeidsuttalelsen uttalelsen angir at preklusjon kan skje av bevis dersom beviset er fremmet på en ”klart subjektivt klanderverdig” måte. På den måten mener han at uttalelsen gir uttrykk for at preklusjon kan skje etter en relativ fristoverskridelse. Tolkningen av den samme forarbeidsuttalelsen over, går i mot denne tolkning.

I tillegg kan det argumenteres mot at uttalelsen i de angitte motivene<sup>60</sup> er en konstatering av den endelige normen for preklusjonsadgang av bevis. Uttrykket fremkommer i begynnelsen av lovforarbeidene i en NOU, og hvor normen om ”klart subjektivt klanderverdig” ikke gjengis i den senere behandlingen i Ot.prp. nr 51 (2004-2005).

Et ytterligere grunnlag som Øyen fremhever til støtte for sin konklusjon om at ”unnlåtelsen” gjelder en relativ frist i småkravsprosessen<sup>61</sup>, er uttalelsen i Ot.prp.nr.51 (2004-2005) på side 424. Uttalelsen omhandler preklusjonsadgangen i § 16-6 tredje ledd første punktum, og uttaler at ”Vurderingen av om slik nektelse skal finne sted, må ses i lys av de momenter som det skal

---

<sup>57</sup> Jf. ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010.s76(LOR-2010-76) side 78-79

<sup>58</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 764

<sup>59</sup> Jf. ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen” Lov og Rett 2010 s 76 - (LOR-2010-76), side 79

<sup>60</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 764

<sup>61</sup> Jf. Lov og Rett 2010 s 76 (LOR-2010-76) side 78-79

tas hensyn til ved vurderingen av om tilsvarende nektelse skal finne sted etter at saksforberedelsen er avsluttet, jf § 9-16”

Uttalelsen gir imidlertid ikke direkte uttrykk for at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist om at prosesshandlingene må fremsettes så tidlig som mulig. Forarbeidsuttalelsen<sup>62</sup> kan videre tolkes som en presisering av momenter for den skjønnsmessige vurderingen av preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. Tolkes forarbeidsuttalelsen slik, vil heller ikke denne forarbeidsuttalelsen gi støtte for at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist om at prosesshandlingene må fremsettes så tidlig som mulig for å unngå preklusjonsadgang.

Ut fra denne argumentasjonen, gir ikke teorien sterke holdepunkter for at ”unnlåtelsen” omfatter relative frister der sakene går etter småkravsprosess. Når ordlyden og forarbeidene er vage, får de legislative hensynene avgjørende vekt i tolkningsprosessen. Etter dette omfatter ordlyden ”unnlåtelsen” kun overskridelse av uttrykkelige lovfastsatte frister for saker som går etter reglene om småkravsprosess. Retten kan dermed ikke prekludere partens prosesshandlingene i småkravsprosessen der prosesshandlingene er fremkommet senere en hva som ville vært mulig.

## **5 Vurdering av om tolkningsresultatene ivaretar rettssystemets grunnleggende verdier**

Til nå har rettsanvendelsesprosessens tolkning av ”unnlåtelsen” resultert i to forskjellige tolkningsresultat avhengig av om saken føres etter allmennprosessen eller småkravsprosessen. I tillegg er tolkningsresultatet for småkravsprosessen forskjellig fra det Ørnulf Øyen kom frem til i sin artikkel. Rettsanvendelsesprosessen har dermed også resultert i ulike slutninger av samme rettskildefaktorer.

En mulig forklaring på de ulike tolkningsresultatene er at rettsanvendelsesprosessen har ulike slutninger fra rettskildefaktorene og under vektingen av rettskildematerialet. En måte å løse tolkningstvilen på, er å etterprøve rettsanvendelsesprosessen på et mer grunnleggende plan. Ved å etterprøve om rettsanvendelsesprosessen utgjør en tilfredsstillende balansering av de grunnleggende verdiene i rettsstaten om demokratisk legitimitet, forutberegnelighet, og rimelighet og rettferdighet, vil tolkningsresultatet fremstå som et resultat av en forsvarlig rettsanvendelsesprosess.

I denne delen etterprøves kun tolkningsresultatene hvor ”unnlåtelsen” omfatter relative frister i allmennprosessen, men kun uttrykkelige frister i medhold av lov for saker som går etter småkravsprosessen. Dette indikerer likevel ikke at andre tolkningsresultater er i strid med rettsstatens grunnleggende verdier, eller at andre tolkningsresultat ikke er en forsvarlig rettsanvendelsesprosess.

Spørsmålet er om det tolkningsresultat at ”unnlåtelsen” forutsetter en uttrykkelig frist for preklusjonsadgang i småkravsprosessen og omfatter en relativ frist for saker etter allmennprosessen er forsvarlig ut fra rettssystemets grunnleggende verdier.

Hensynet til at tolkningsresultatet skal ivareta rettssystemets grunnprinsipp om demokratisk legitimitet står i utgangspunktet sterkt ved tolkning av lovtekst. Selv om preklusjonsadgangen

---

<sup>62</sup> Jf. Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 424

i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum fremkommer av lovtekst, er både lovteksten og forarbeidene vag på om ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist eller uttrykkelig frist.

Dermed kan loven på et grunnleggende plan åpne for et tolkningsresultat som er forenlig med grunnleggende verdier som rimelighet og rettferdighet. Hensynet til oppnåelse av en reell og effektiv domstolsbehandling fremkommer av tvl. § 1-1 og EMK art 6. Dette er en grunnleggende rettsstatlig verdi av overordnet karakter og en forutsetning for fredelig tvisteløsning for borgerne på et mer grunnleggende plan. Når ”unnlåtelsen” tolkes som en relativ frist for preklusjon av partens prosessuelle handlinger, vil saksprosessen bli mer effektiv og kostnadsproporsjonell, som igjen bidrar til at borgerne får en reell adgang til domstolsbehandling.

Når hensynene til effektivitets- og kostnadsproporsjonalitet i tillegg er legislative hensyn bak småkravsprosessen og allmennprosessen<sup>63</sup>, vil en relativ frist også være et tolkningsresultat innenfor ordlyden. Dermed blir demokratisk legitimitet ivaretatt.

Et tolkningsresultat om at ”unnlåtelsen” omfatter en relativ frist må imidlertid også være et resultat av en forsvarlig balansering av forutberegnelighetshensynet, som er en sterk grunnverdi i rettssystemet. Ved en vanskelig og komplisert tolkningsprosess vil et tolkningsresultat med en relativ frist svekke borgernes innrettelse for når retten har adgang til å prekludere prosesshandlingene.

En optimal ivaretagelse av partenes forutberegnelighet, innebærer at ”unnlåtelsen” tolkes som at preklusjon er forutsatt av at partene oversitter en uttrykkelig frist. Når preklusjonsbestemmelsen i tillegg er en myndighetsutøvelse som ligger innenfor legalitetsprinsippet, vil det også være i tråd med lovgivers vilje at preklusjonen er mest mulig forutberegnlig for borgerne.

I allmennprosessen vil tolkningsresultatet om relativ frist ikke skape særlige vanskeligheter for erfarne advokater sammenliknet med selvprosederende parter i småkravsprosess. Når tolkningsresultatet fremkommer av alminnelig juridisk metode, kan det hevdes at forutberegnelighet er ivaretatt på en tilstrekkelig måte. Effektivitet og kostnadsproporsjonalitet ivaretar rimelighets og rettferdighetsverdier. I tillegg ivaretas demokratisk legitimitet ettersom tolkningsresultatet ligger innenfor ordlyden. Dermed fremstår tolkningsresultatet om en relativ frist i allmennprosessen som et forsvarlig tolkningsresultat i tråd med rettssystemets grunnleggende verdier.

Ved tolkningen av ”unnlåtelsen” i saker som går etter småkravsprosess, kommer det frem at forutberegneligheten av å forutse en preklusjonsadgang etter en relativ frist ikke er særlig ivaretatt for selvprosederende parter. Tolkningsprosessen er i tillegg både komplisert og usikker.

Når lovgiver legger opp til selvprosederende parter i småkravsprosessen, vil hensynet til partenes forutsigbarhet for deres kontradiksjonsmuligheter være et overordnet legislativt hensyn. På den måten legger lovgiver opp til at forutberegnelighet er en særlig sterk grunnverdi ved preklusjon i småkravsprosessen. Tolkningsresultatet at ”unnlåtelsen” kun

---

<sup>63</sup> Jf. Ot.prp nr. 51 (2004-2005) side 184, NOU 2001:32 B side 760, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side. 175, 193,194

gjelder utrykkelige frister er innenfor ordlyden. I tillegg legger lovgiver opp til ivaretagelse av forutberegnelighet i småkravsprosessen. Dermed vil tolkningsresultatet at ”unnlåtelsen” kun gjelder utrykkelige frister ivareta demokratisk legitimitet.

Et forutberegnlig tolkningsresultat vil dermed også ivareta demokratisk legitimitet. Prinsippet om forutberegnelighet som en grunnleggende verdi legger således sterkest binding på tolkningen av ”unnlåtelsen” for saker som går etter småkravsprosess. Etter dette omfatter ordlyden av ”unnlåtelsen” kun utrykkelige frister.

Tolkningsresultatet om at ”unnlåtelsen” forutsetter en uttrykkelig frist for preklusjonsadgang etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum for småkravsprosess, er mest forsvarlig ut fra en balansering av rettssystemets grunnleggende verdier.

Ut fra etterprøvningsmetoden er tolkningsresultatene av ”unnlåtelsen” for småkravsprosess og allmennprosess forsvarlig etter rettsstatens grunnverdier.

## **6 De lege ferenda vurdering av tvisteloven § 16-6 tredje ledd første punktum**

### **6.1 Vurdering av behov for endring av tvisteloven § 16-6 tredje ledd første punktum**

Tolkningen av ”unnlåtelsen” i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum vil etter vurderingene over ha to forskjellige tolkningsresultater for allmennprosess og for småkravsprosess, hvor begge kan hevdes å fremkomme av en forsvarlig rettsanvendelsesprosess.

Spørsmålet er om det er behov for å endre preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. I denne vurderingen vil fordeler og ulemper med gjeldende rett belyses.

#### **6.1.1 Fordeler og ulemper med preklusjonsbestemmelsens § 16-6 tredje ledd første punktum sin virkning i småkravsprosess**

Tvisteloven § 16-6 tredje ledd første punktum er den eneste hjemmelen som gir retten adgang til å prekludere partenes fremsettelse av endringer i krav, påstandsgrunnlag, påstand og bevis under saksbehandlingen i småkravsprosessen. Preklusjonsbestemmelsen er dermed et nødvendig bidrag til at småkravsprosessen blir effektiv og kostnadsproporsjonal.

Når loven legger opp til selvprosederende parter i småkravsprosessen<sup>64</sup>, vil tolkningsprosessen av ”unnlåtelsen” likevel være for usikker og komplisert for en alminnelig borger uten erfaring i sivil rettergang. Ordvalget ”unnlåtelsen” er et skår i forutberegneligheten uansett om tolkningsresultatet av ”unnlåtelsen” omfatter en relativ eller uttrykkelig frist. I tillegg kan det som nevnt hevdes at usikkerheten i tolkningsresultatet også svekker en optimal oppnåelse av hensynet til partslikhet.

#### **6.1.2 Fordeler og ulemper med preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum sin virkning i allmennprosess**

---

<sup>64</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 200

Fordelene med tvisteloven § 16-6 tredje ledd første punktum, er at bestemmelsen utvider preklusjonsadgangen av endringer i partenes prosesshandlinger til perioden før ”etter avsluttet saksforberedelse” for allmennprosess som tvl. § 9-16 begrenser seg til å gjelde. En utvidet preklusjonsadgang er i tråd med de effektivitetshensyn og hensynet til en kostnadsreducerende prosess som tvisteloven legger grunnlag for, jf. tvl. § 1-1.

En kan hevde at lovens utforming ikke vanskeliggjør tolkningsprosessen unødvendig mye for allmennprosess. I allmennprosess vil partene ofte være profesjonelle med kjennskap til sivil prosessrett. Dette antas ettersom allmennprosessen ikke legger opp til selvprosederende parter på tilsvarende måte som småkravsprosessen gjør.<sup>65</sup> At ”unnlåtelsen” er et vagt og upresist uttrykk, vil muligens ikke ugjøre noen stor ulempe for preklusjon i allmennprosess. Det kan dermed hevdes at endring av bestemmelsens formelle ordlyd ikke er nødvendig.

Selv om profesjonelle parter kan klare å innrette seg etter en klar og bestemt tolkning av uklare lovtekster, vil en enklere lovtekst og tolkningsprosess i seg selv være fordelaktig og ressursbesparende for alle aktører i sivil rettergang. Det er derfor også hensiktsmessig med en lovendring for allmennprosess.

### **6.1.3 En samlet vurdering av behovet for endring av preklusjonsbestemmelsen**

Et tolkningsresultat med to forskjellige løsninger for allmennprosess og småkravsprosess i samme lovtekst kan også i seg selv være retts teknisk uheldig. En mulig løsning for å unngå den retts tekniske vanskeligheten, kunne vært at ”unnlåtelsen” kun tolkes konsekvent som å omfatte en uttrykkelig frist for både allmennprosess og småkravsprosess.

Retten kan fastsette frist for partenes fremsettelse av prosessuelle handlinger etter tvl. § 11-6 andre ledd. Overskridelse av denne fristen er en ”unnlåtelse”, og kan prekluderes etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum. Det kan stilles spørsmål ved det praktiske behovet for at retten skal ha adgang til å prekludere partenes fremsettelse av prosessuelle handlinger etter en relativ fristoverskridelse.

Retten fastsatte frist kan avdempe at partenes bruk av ressurser blir avgjørende for sakens utfall, og hindre at parts ulikhet er avgjørende for saken i tråd med lovgivers rettspolitiske holdning, jf. tvl. § 1-1.

Partenes behov for å fremsette endringer i egne prosessuelle handlinger kan imidlertid endre seg brått. På en uforutsett måte kan det oppstå nye opplysninger om grunnlag for nye krav, endringer i påstander og påstandsgrunnlag. Slike endringer kan ikke retten forutse. Behovet for preklusjon av endringer i partenes prosessuelle handlinger strekker seg følgelig ut over tilfeller hvor retten kan fastsette frister etter § 11-6 andre ledd. Preklusjonsbehovet kan ikke løses ved retten aktive saksstyring gjennom § 11-6 annet ledd.

Etter dette foreligger behov for en endring av preklusjonsbestemmelsen i § 16-6 tredje ledd første punktum, slik at bestemmelsen i fremtiden uttrykkelig omfatter en relativ frist.

## **6.2 Hvordan preklusjonsbestemmelsen bør utformes de lege ferenda**

---

<sup>65</sup> Jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 200

I det følgende fremsettes et konkret forslag til hvordan loven bør være, hvor endringene i gjeldende preklusjonsbestemmelse er satt i kursiv. Deretter vurderes lovens innhold og til sist en vurderes av lovens tekniske utforming.

Ved endring av tvisteloven § 16-6 tredje ledd foreslås følgende ordlyd, hvor endringen er satt i kursiv:

*”Endringer eller nye prosessuelle handlinger må fremsettes innenfor en frist i medhold av denne lov, eller så tidlig som mulig. Unnlates dette, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes eller saken vil bli vesentlig forsinket. Dette gjelder selv om unnlatsen ikke betyr fravær i saken. Om endringer av saken etter avsluttet saksforberedelse gjelder § 9-16.”*

Med dette lovforslaget omfatter lovbestemmelsen også rettens preklusjonsadgang ved overskridelse av rettens frist etter tvl. § 11-6 andre ledd, og fristen for å varsle fremsettelse av nye bevis i småkravsprosessen etter § 10-2 tredje ledd. Loven viderefører dermed de allerede lovformede frister. I tillegg innføres behovet om at retten kan prekludere prosesshandlinger som ikke har vært fremsatt så tidlig som de burde, og omfatter dermed relative frister. Dermed opprettholdes lovgivers rettspolitiske uttrykk om at preklusjonsbestemmelsen skal medvirke til at partene overholder lovens angitte frister av effektivitetshensyn.<sup>66</sup> Samtidig vil den relative fristen være fleksibel med hensyn til å verne selvprosederende parter ved vurderingen av subjektiv klanderverdighet.

Dersom en skulle komme til at det ikke er behov for en preklusjonsadgang etter en relativ frist, bør loven likevel revideres for å oppnå en klarere forutberegnelighet til rettens preklusjonsadgang. Dersom ordet ”unnlatsen” i den gjeldende tvl. §16-6 tredje ledd første punktum skiftes ut med overskridelse av ”frist etter loven”, vil loven utrykkelig hindre at retten kan prekludere der partene har fremmet egne prosesshandlinger senere enn hva som burde vært gjort. Loven vil dermed hindre usikkerhet i tolkningen av bestemmelsen.

Lovforslaget om en ny preklusjonsbestemmelse med relativ frist, er nesten identisk med hva Øyen kom frem til med sin artikkel som kun omhandler preklusjon i småkravsprosessen.<sup>67</sup> Øyen tar sikte på at en ny preklusjonsregel for småkravsprosess kan formuleres som et ledd i tvl. § 10-2. Regelen er utformet slik i Øyens artikkel: ”En part som vil trekke inn et nytt krav eller en ny part i medhold av §§ 15-1 til 15-3 utvide påstanden til et fremsatt krav, sette fram et nytt påstandsgrunnlag eller tilby nye bevis, må foreta prosesshandlingen så snart parten har mulighet for det”. I tillegg mener Øyen at et nytt fjerde ledd i § 10-2 blir utformet slik; ”Der en part ikke har overholdt sin plikt etter tredje ledd første og annet punktum, kan retten ved kjennelse nekte prosesshandlingen foretatt hvis et rettsmøte må utsettes, eller saken vil bli vesentlig forsinket”.

I sitt endringsforslag, trekker også Øyen inn endring av parter etter tvl. §§ 15-1- 15-3<sup>68</sup>. Tvl. § 15-2 tredje ledd er en preklusjonshjemmel for partens fremsettelse av krav mot tredjeperson, som også omfatter preklusjon av tvl. § 15-3, jf. 15-3 andre ledd, jf. § 15-1 første ledd a og c. I lovforslaget i denne fremstillingen er ikke § 15-2 trukket inn blant endringene som kan prekluderes etter § 16-6 tredje ledd første punktum.

---

<sup>66</sup> Jf. Ot.prp.nr.51(2004-2005), 13.4 side 176

<sup>67</sup> Jf. ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 81 (LOR-2010-76)

<sup>68</sup> Jf. ”Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 81 (LOR-2010-76)



Begrunnelsen er at preklusjonsregelen i § 15-2 tredje ledd fremstår som en selvstendig hjemmel for retten til å prekludere en parts rett til å trekke inn tredjepersoner som parter under domstolsbehandlingen. Det kan hevdes at dersom endringsforslaget til § 16-6 tredje ledd første punktum omfatter en endring av parter etter §§ 15-1- 15-3, kan preklusjon av partenes fremsettelse av nye parter innskrenkes i strid med lovgivers vilje.

Bakgrunnen for dette er at preklusjon etter tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum forutsetter subjektiv klanderverdighet ettersom fremsettelse av endringene må ha vært gjenstand for en unnlattelse. Rettens preklusjonsadgang etter tvl. § 15-2 tredje ledd er imidlertid forutsatt av rettens skjønn, etter uttrykket ”kan”. Bestemmelsen har ikke som vilkår at parten har oversittet en frist for prosesshandlingen om å trekke inn en ny part. I motivene presiseres det også at preklusjonsreglene i bestemmelsen tvl. § 15-2 tredje ledd er strenge.<sup>69</sup> Lovgivers mening kan derfor være at rettens preklusjonsadgang for å trekke inn nye parter skal kunne skje etter rettens skjønnsmessige vurdering, uavhengig av at parten oversitter en frist ved fremleggelse av partsendringene. Det blir da ikke nødvendig å trekke frem endring av ny part under saksbehandlingen etter tvl. §§ 15-1-15-3 i preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum.

En annen forskjell fra Øyens lovforslag, er at Øyen utformer den relative fristangivelsen i regelen som ”så snart parten har mulighet for det”. Lovforslaget etter denne fremstillingen er nærmest tilsvarende, men har en litt annen ordlyd, ” så tidlig som mulig. Ordlyden ”så tidlig som mulig”, er tatt fra den opprinnelige preklusjonsadgangen i tvistemålsloven § 62, § 189 annet ledd og § 335 annet ledd. Ved å innføre samme angivelse av prinsippet som ble brukt i den tidligere lov, oppnås en konsekvent ordbruk av prinsippet som er hentet fra den tidligere tvistemålsloven. Øyen har imidlertid valgt en ordlyd som tilsvarer fristangivelsen etter tvl. § 9-6, og kan dermed sies å ivareta hensynet til harmoni og konsekvens i loven. Forskjellen i tidsangivelsen for den relative frist betyr imidlertid det samme etter en naturlig forståelse av ordlyden.

I tillegg til en mer presis tidsramme i loven, bør også retningslinjer for normen av den subjektive klanderverdighet komme bedre frem av lov eller forarbeider. Det kan for eksempel nevnes at kravet om subjektiv klander er avhengig av sakens kompleksitet og omfang. Herunder bør det nevnes at et ugrunnet opphold av å fremsette den prosessuelle handlingen lett vil føre til konstatering av subjektiv klander. Eventuelt kan forarbeidene uttrykkelig legge til grunn at tidligere praksis fra tvistemålsloven videreføres.

Om terskelen for hva som innebefattes av den subjektive klanderverdighet som fristangivelsen legger uttrykk for, bør det også skilles mellom profesjonelle og selvprosederende parter. I forarbeidene til preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 9-16, ble det fremhevet at bestemmelsen ikke gjaldt for småkravsprosess. Begrunnelsen var at det ville ”ikke passe med en streng preklusjonsregel”<sup>70</sup>. I samsvar med dette bør det være en høyere terskel ved angivelse i forarbeidene om hva som er subjektivt klanderverdig for selvprosederende parter, enn for parter representert av profesjonelle advokater. Dermed ivaretas behovet for å verne om bruken av selvprosederende parter. Samtidig vil effektivitetshensyn oppnås ved en lavere terskel for preklusjon for profesjonelle parter.

---

<sup>69</sup> Jf. NOU 2001:32B side 817

<sup>70</sup> Jf. NOU 2001:32 B side 763-764

Når det gjelder den tekniske utformingen bør preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 16-6 tredje ledd første punktum fremdeles plasseres i kapittel 16 som gjelder både for allmennprosess og småkravsprosess. Øyens forslag til ny regel gjelder imidlertid kun for småkravsprosess, hvor lovforslaget er gitt som et ledd i tvl. § 10-2. I denne redegjørelsen er det imidlertid konkludert med at endringsbehov gjelder for både allmennprosessen og småkravsprosessen. To tilsvarende preklusjonsregler ville vært unødvendig omfattende lovteknisk sett.

## **7 Avslutning**

Ut fra at prosesslovgivningen er relevant for alle som skal reise sak for domstolen, bør utformingen av prosesslovgivningen være enkel og presis. En enkel og presis lovgivning bidrar til rettsavklaring. Oppnåelse av rettsavklaring var et av hovedformålene med revisjonsbehandlingen av tvistemålsloven som førte til tvisteloven.<sup>71</sup> Med den klare og presise preklusjonsbestemmelsen i tvl. § 9-16, har lovgiver oppnådd å etablere en rettsavklarende preklusjonsregel. Denne fremstillingen har likevel vist at preklusjonsbestemmelsen i tvisteloven § 16-6 tredje ledd ikke er optimalt utformet med hensyn til å være rettsavklarende. Preklusjonsbestemmelsen regulerer rettens begrensninger av partenes rett til fremleggelse av prosessuelle handlinger. Denne bestemmelsen bør være så rettsavklarende som mulig av hensyn til partenes forutberegnelighet. Av den grunn bør vagheten i den gjeldende preklusjonsregelens være en særlig oppfordring til lovgiver om å endre loven til en mer presis lovtekst.

---

<sup>71</sup> Jf. Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) side 14

## **8 Kilder**

### **Lov**

L13.08.1915 nr. 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven)

L17.06.2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

### **Forarbeid**

NOU 2001:32 A Rett på sak

NOU 2001: 32 B Rett på sak

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

### **Rettspraksis**

Rt.1995 s. 530

### **Artikler**

Prosessuell preklusjon i småkravsprosessen”, Lov og Rett 2010 s 81 (LOR-2010-76)

Knut Tande, Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen, Jussens Venner 2011 nr 1.

### **Bøker**

Skoghøy, Jens Edvin A, Tvisteløsning, 2010

Nils Nygaard: Rettsgrunnlag og standpunkt, 2004

Jan Fridthjof Bernt/Synne Sæther Mæhle, Rett, samfunn og demokrati, kapitel 8 (s.177-188)