WIKBORG | REIN

Justis- og beredskapsdepartementet
via regjeringen.no

Oslo, 27. april 2021
Deres ref.: 20/5001

Høringsuttalelse til NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt – Domstolene i endring

1 INNLEDNING

Vi viser til høringsbrev 27. oktober 2020, hvor departementet sendte på høring Domstolkommisjonens andre og siste delutredning, NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt – Domstolene i endring*. Høringsfristen er satt til 27. april 2021.

I Wikborg Rein Advokatfirma AS er det 23 partnere og totalt rundt 60 advokater tilknyttet prosedyregruppen. Vi håndterer alle typer kommersielle tvister, blant annet innen kontraktsrett, oppkjøp av selskaper, styreansvar og annen erstatningsrett, arbeidsrett, konkurranserett og offentligrettslige fag.

Firmaet inngir med dette høringsuttalelse til enkelte av kommisjonens forslag som gjelder gjennomføringen av sivile saker for domstoler.

2 NÆRMERE OM DE ENKELTE FORSLAG

2.1 Sammenfatning av saken (tvisteloven § 9-4 nytt fjerde ledd)

Kommisjonen har foreslått følgende bestemmelse som nytt fjerde ledd til tvisteloven § 9-4:

> *"Retten skal utarbeide en kort skriftlig sammenfatning av partenes krav, påstander, påstandsgrunnlag og om og på hvilket grunnlag motparten bestrider disse. Partene skal gis rett til å uttale seg om sammenfatningen. Dersom saken reiser særlig kompliserte rettslige eller faktiske spørsmål, kan retten fastsette at partene skal gi en kortfattet skriftlig redegjørelse for disse avgrensede spørsmålene før retten lager sin sammenfatning. Dersom saken er oversiktlig, kan sammenfatningen gjøres muntlig under planmøtet og inntas i rettsboken. Retten kan revidere sammenfatningen."*

Forslaget etablerer en ordning som operasjonaliserer rettens plikt til aktiv saksstyring. Etter vår oppfatning er forslaget godt. Imidlertid er det en forutsetning, særlig i større kommersielle tvister, at forberedende dommer gis tilstrekkelig tid til å utarbeide en slik sammenfatning. Sammenfatningen bør bygge på en grundig gjennomgang av stevning og tilsvar med bilag.

2.2 Føring av dokumentbevis (tvisteloven § 26-2)

Etter tvisteloven § 26-2 føres dokumentbevis "ved at beviset gjennomgås, og det som er viktig påpekes". Gjennomgåelsen skal ikke være mer omstendelig enn behovet for forsvarlig bevisføring tilsier. Kommisjonen har foreslått følgende endring i § 26-2:

> *"Dokumentbevis føres ved at beviset påberopes. Det som er viktig påpekes dersom hensynet til forsvarlig bevisføring tilsier det. Dokumentbevis skal ikke leses opp."*

Det følger allerede av dagens bestemmelse at det ikke er nødvendig å lese opp fra dokumentbevisene for at disse skal anses dokumentert. Ofte vil det være tilstrekkelig å peke kort på hva som er av interesse i dokumentet. Dersom ordlyden er sentral, for eksempel en omtvistet kontraktsklausul, er det imidlertid antatt at denne må leses opp.[1] I praksis vil slik opplesning av sentrale klausuler finne sted, selv om det ikke er et krav etter loven.

Vi er enige i at det i sivile saker fortsatt leses opp mer enn hva som er nødvendig av hensyn til sakens opplysning og de reelle tvistepunkten. Det er derfor ikke noe til hinder for å synliggjøre, eventuelt gjennom en lovendring, at kravene til føring av dokumentbevis er mindre strenge enn praksis skulle tilsi.

Kommisjonens forslag reiser imidlertid enkelte spørsmål.

For det første kan kommisjonens forslag bli ressurskrevende. Kommisjonen legger til grunn som en forutsetning for forslaget at dommeren på forhånd gjøres kjent med hvilke deler av dokumentbeviset som er viktig for sakens opplysning, og at dette for eksempel kan gjøres ved at dokumentbevisene vedlegges et prosesskriv i saksforberedelsen, der de gjennomgås skriftlig av partene (NOU 2020: 11 kap. 22.5.3.2). I saker av et visst omfang kan det være et stort antall relevante dokumenter, med mange forhold som partene anser tilstrekkelig viktig til at det er naturlig å trekke det frem på forhånd. Resultatet kan bli omfattende skriftlige innlegg om bevisene, som ikke nødvendigvis er mer prosessøkonomisk, og som ikke nødvendigvis gir noen tilskjæring av bevisførselen.

For det andre kan kommisjonens forslag skape utfordringer for kontradiksjonen. Forslaget innebærer at retten kan bygge på et dokumentbevis så lenge det "påberopes". I prinsippet kan det da bygges på alle deler av et dokument (uansett hvor omfattende), så lenge dokumentet er vist til under hoved-forhandlingen. Man får større grad av sikkerhet for at kontradiksjonen er ivaretatt ved dagens ordning. Vi er også derfor i tvil om hvorvidt det er hensiktsmessig med en lovfesting av at det ikke skal leses opp fra dokumentbevisene.

For det tredje er vår erfaring at den nåværende ordningen – med gjennomgang av dokumentbevisene som en integrert del av partenes saksfremstilling i hovedforhandlingen – gir retten god forståelse av dokumentbevisene og sakens tvistepunkter, og dermed et godt grunnlag for å skrive en dom som ivaretar hensynet til et materielt riktig resultat.

---

[1] Schei mfl.: Tvisteloven. Kommentarutgave (elektronisk utgave, på juridika.no) til § 26-2

2.3 Preklusjon mellom instansene (tvisteloven § 29-4)

Tvisteloven § 29-4 innebærer at det for lagmannsretten er begrenset adgang til å fremme nye krav eller utvide påstanden for eksisterende krav. Det samme gjelder for Høyesterett, jf. § 30-3, selv om det her også ligger en ytterligere begrensning i § 30-7.

Kommisjonen har foreslått følgende bestemmelse som nytt femte ledd til tvisteloven § 29-4, og som innebærer at det for ankeinstansen innføres en generell preklusjonsregel (med enkelte unntak) for nye påstandsgrunnlag og bevis.:

> *"I anke over dom kan en part bare anføre de påstandsgrunnlag og de bevis som var rettidig påberopt for tingretten. En part kan likevel føre påstandsgrunnlag eller bevis som*
>
> > *a) ikke hadde oppstått mens saken stod for tingretten,*
> > *b) det ikke var rimelig å forvente at parten skulle oppdage mens saken stod for tingretten,*
> > *c) det var rimelig å forvente at motparten skulle ført for tingretten eller gjort retten eller parten oppmerksom på mens saken stod for tingretten,*
> > *d) har blitt relevant fordi et nytt krav har blitt trukket inn eller en påstand har blitt utvidet etter annet eller tredje ledd, eller*
> > *e) motparten samtykker til, og som retten ikke finner tungtveiende grunner til å nekte."*

Vi er enige i at ankebehandlingen, særlig ilagmannsretten, for ofte får karakter av full ny behandling. Ankedomstolens generelle virkemidler, og da særlig plikten til aktiv saksstyring, kan benyttes også for å tilskjære ankesaken. En strengere preklusjonsregel for ankedomstolen er et annet mulig virkemiddel. Vi vil imidlertid peke på at det også er enkelte motforestillinger mot kommisjonens forslag.

For det første er vi enige i at ordningen "gir partene sterkere incentiv til å legge frem alt relevant materiale allerede mens saken står for tingretten" (jf. NOU 2020: 11 kap. 25.5.3). Det er derfor mulig at forslaget vil bidra til at tingrettssakene vokser i omfang, også i tilfeller hvor prosessøkonomiske og strategiske grunner gjør at partene hadde sett seg tjent med en mer konsentrert behandling (ved å fokusere på sine sterkeste grunnlag)..

For det andre er det en mulighet for at ordningen virker prosessdrivende, ved at det oppstår tvister om hvorvidt en utvidelse er omfattet av unntaksreglene. En slik tvist må avgjøres ved kjennelse, som eventuelt kan påankes, og det vil i seg selv kunne gjøre ankebehandlingen mer ressurskrevende.

For det tredje er det grunn til å understreke at hovedformålet med ankeadgangen er å sikre et materielt riktig resultat. Hensynet til riktig resultat vil være et tungtveiende hensyn som generelt taler mot preklusjonsregler (slik også kommisjonen har pekt på). Den foreslåtte bestemmelsen inneholder ingen unntak som alene ivaretar hensynet til riktig resultat, typisk i form av en ren rimelighets-bestemmelse, som en eventuell slik bestemmelse burde hatt etter vår vurdering.

2.4 Begrenset adgang til å anke prosessledende kjennelser og beslutninger (tvisteloven § 29-2)

Etter tvisteloven § 29-2 er det adgang til å påanke både kjennelser og beslutninger, likevel slik at det etter § 29-3 er begrenset hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende. Kommisjonen har skissert en endring av tvisteloven § 29-2, om hvilke kjennelser og beslutninger som kan ankes:

"Kjennelser og beslutninger kan bare ankes dersom de avviser eller hever saken. I tillegg kan de ankes dersom de avgjør:

a) om domstolen er kompetent, eller hvordan domstolen skal være sammensatt,
b) spørsmål om habilitet,
c) hvem som kan opptre som en parts prosessfullmektig eller rettslig medhjelper,
d) at fri sakførsel ikke skal innvilges,
e) midlertidig sikring av et krav som er gjort gjeldende i saken,
f) sikring av bevis utenfor rettssak etter lovens kapitler 28 og 28-A
g) at en sak skal avvises fra behandling i domstolene, eller at en sak skal fremmes for behandling etter at en part har fremmet påstand om at saken skal avvises,
h) om en sak skal gå som gruppesøksmål,
i) om det skal stilles sikkerhet for sakskostnader,
j) lovvalg,
k) [osv.]"

Rent praktisk er det grunn til å peke på at anker over kjennelser og beslutninger som hovedregel ikke skaper store forsinkelser i saksavviklingen. Unntaket, og den kategorien som kommer på spissen med kommisjonens skisse, er særskilte anker i bevistvister. Slike bevistvister kan ofte være omfattende, og vil kunne føre til forsinkelser, særlig i saker av et visst omfang. Det prinsipielle spørsmålet ved kommisjonens forslag er derfor særlig hvordan man skal forholde seg til denne typen tvister.

Prosessøkonomiske hensyn kan tilsi at ankeadgangen begrenses. Det er imidlertid også her enkelte motforestillinger. Bevistvister har ofte stor betydning for sakens avvikling. I enkelte tilfeller kan tilgangen til bevis ha betydning for retten til en rettferdig rettergang, se i denne retning HR-2020-1790-U (hvor ankeadgangen ville vært avskåret med kommisjonens forslag).

I tillegg vil tvister om bevistilgang ha betydning for parten som pålegges å fremlegge bevis. Det kan for eksempel tenkes at parten pålegges å legge frem bevis som anføres å være underlagt taushetsplikt etter § 22-5 (se til illustrasjon HR-2019-2262-U, hvor lagmannsrettens avgjørelse ble opphevet, og hvor ankeadgangen ville vært avskåret med kommisjonens forslag). Tilsvarende kan det tenkes at parten blir pålagt å utlevere bevis som utgjør forretningshemmeligheter etter § 22-10. Slik utlevering vil kunne medføre irreversible skader (selv om partene i dispositive saker strengt tatt kan unnlate å overholde sin plikt til bevisfremleggelse, jf. tvisteloven § 26-8).

Når det konkret gjelder den foreslåtte unntaksregelen for avgjørelser om lovvalg, bemerker vi for ordens skyld at avgjørelser om lovvalg (hvor dette avgjøres særskilt, jf. tvisteloven § 16-1) treffes ved dom, og dermed uansett vil falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Imidlertid bør de konkrete unntaksbestemmelsene i alle tilfeller vurderes mer inngående dersom en lovfesting som dette skal være aktuelt.

3 AVSLUTNING

Etter vår oppfatning peker kommisjonen på relevante problemstillinger og utfordringer ved avviklingen av sivile saker i norske domstoler. Det gjelder hovedforhandlingenes omfang, men også at ankeforhandlingene i stor grad får karakter av en full ny behandling av saken.

Vi mener muntlighet er en styrke ved den norske prosessordningen, og ikke en svakhet. Det gir en tillitvekkende prosess, og det kan trygt legges til grunn at de muntlige forhandlingene bidrar både til lav ankeprosent og domstolenes høye tillit i samfunnet. Det er ikke gitt at økt skriftlighet generelt vil gi noen ytterligere spissing av saken, men det kan – brukt riktig – skape mer effektive prosesser. Etter vårt syn er det god grunn til å rette fokus mot hvordan man kan effektivisere spesielt de mest omfangsrike sakene, særlig gjennom reglene om saksforberedelse og aktiv saksstyring, men hvor også noe større grad av skriftlighet kan bidra.

Med vennlig hilsen
WIKBORG REIN ADVOKATFIRMA AS





Jørgen Vangsnes Ola Haugen (sign.) Kaare Andreas Shetelig Ola Ø. Nisja (sign.)