

Hva skal til for at avvisningsspørsmålet kan utstå til hovedforhandlingen?

Tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum.

Kandidatnummer: 630

Leveringsfrist: 25.11.2022 kl. 12:00

Antall ord: 15292



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Fremgangsmåte | 2 |
| 1.3 | Utgangspunkter om avgjørelser av avvisningsspørsmål | 4 |
| 2 | BAKGRUNNEN FOR REGLENE OM AVVISNINGSSPØRSMÅL..... | 6 |
| 2.1 | Tvistemålslovens påtvungne reform av saksbehandlingen | 6 |
| 2.2 | Spesialregelen om avvisningsspørsmål..... | 6 |
| 2.3 | Hvordan ble regelen praktisert? | 7 |
| 3 | UTSETTELSE DERSOM SAMMENHENGEN TILSIER DET | 9 |
| 3.1 | Hullet i systemet består | 9 |
| 3.2 | Nærmere om sammenhengvilkåret | 10 |
| 3.3 | Forholdet til negativ rettskraft..... | 13 |
| 3.4 | Grunner til å utsette avvisningsspørsmålet | 15 |
| 3.4.1 | Generelt | 15 |
| 3.4.2 | Forsvarlig avgjørelsesgrunnlag..... | 15 |
| 3.4.3 | Materielt riktige avgjørelser | 18 |
| 3.4.4 | Hensiktsmessighet | 19 |
| 3.5 | Prinsipielle hensyn som utfordrer avvisningsregelen | 20 |
| 3.5.1 | Generelt | 20 |
| 3.5.2 | Rettergang innen rimelig tid | 21 |
| 3.5.3 | Hensynet til prosessøkonomien | 22 |
| 3.5.4 | Hensynet til partene | 25 |
| 4 | UTSETTELSE DERSOM ANDRE FORHOLD TILSIER DET | 27 |
| 4.1 | Hva er «andre forhold»? | 27 |
| 4.2 | Tidspress | 29 |
| 4.3 | Krevende rettsanvendelse | 30 |
| 4.4 | Tvisteloven § 19-10 første ledd annet punktum..... | 31 |
| 4.5 | Andre omstendigheter | 34 |
| 5 | AVVEININGEN..... | 35 |
| 5.1 | Konkurrerende hensyn | 35 |
| 5.2 | Særlig om sammenhengvilkåret..... | 38 |
| 5.3 | Hvilket hensyn bør veie tyngst?..... | 40 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 6 | KONKLUSJON | 42 |
| 7 | KILDELISTE | 46 |
| 7.1 | Lover | 46 |
| 7.2 | Traktater | 46 |
| 7.3 | Lovforarbeider | 46 |
| 7.4 | Rettspraksis | 47 |
| 7.4.1 | Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen..... | 47 |
| 7.4.2 | Høyesterett | 47 |
| 7.4.3 | Lagmannsrett | 47 |
| 7.4.4 | Tingrett | 47 |
| 7.5 | Litteratur..... | 48 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

For å få en sak behandlet ved domstolen, må saken tilfredsstillende visse prosessuelle vilkår.

Hvem som helst kan ikke gå til søksmål om hva som helst mot hvem som helst ved en hvilken som helst domstol.¹ Utgangspunktet er at prosessforutsetningene skal være oppfylt *før* saken går inn i forberedelsesfasen før hovedforhandlingen. Dersom saken ikke oppfyller de, må den avvises.

Etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 9-6 tredje ledd annet punktum kan retten utsette saksbehandlingsspørsmål:

«Dersom sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken, eller andre forhold tilsier det, kan saksbehandlingsspørsmålet behandles og avgjøres som ledd i hovedforhandlingen.»

At spørsmålet forblir ubesvart gjennom saksforberedelsen, kan etter omstendighetene få større eller mindre konsekvenser for de involverte aktørene. Når retten skyver på saksbehandlingsspørsmålet til hovedforhandlingen, utfordrer det hensynet bak prosessforutsetningene.

Spørsmål om saken må avvises er utvilsomt et saksbehandlingsspørsmål i tvistelovens forstand, slik at reglene om saksbehandlingen gjør seg gjeldende overfor avvisningsspørsmål. Dette følger også av sammenhengen med tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum. Når jeg velger å konsentrere meg om avvisningsspørsmål spesielt, skyldes det at disse står i en særstilling som får synliggjort de konkurrerende hensyn som står på spill i større grad enn de generelle saksbehandlingsspørsmålene. Å la avvisningsspørsmålet utstå til hovedforhandlingen reiser prinsipielle spørsmål, og er temaet for de fleste prosessuelle tvister mellom partene.²

Avvisningsspørsmålet har en bred slagside mot partenes innrettelse og forutsigbarhet. Det har for eksempel mindre å si for partene at en avgjørelse om innkalling av vitner blir foretatt under

¹ Skoghøy (2022) s. 228.

² Backer (2020) s. 438.

hovedforhandlingen, enn at saken blir avvist. I lys av dette, går min oppgave ut på å undersøke hva som skal til for at retten kan la spørsmålet om avvising utstå til hovedforhandlingen. For å forsøke å besvare dette, må en ha sivilprosessens særegenheter i bakhodet. Prosessen har en rekke funksjoner, som ikke bare begrenser seg til den enkelte sak. En må derfor ha totalen av rettstvister for øyet når man skal vurdere de ulike hensyn som ligger til grunn.

Sivilprosessen skal ivareta samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene, og sørge for at den enkelte skal få sine rettstvister løst ved uavhengige avgjørelsesorganer.³ I dette ligger en rekke prinsipper og rettigheter, blant annet retten til rettferdig rettergang, forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, og materielt riktige avgjørelser. Flere av disse er Norge bundet av gjennom Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK), som har fått en sentral plass i norsk rettspraksis, etter hvert også på sivilprosessens område. Rettighetene sto sentralt i tvistemålsutvalgets arbeid – både som skranke og som inspirasjon for tvisteloven.⁴ De samme rettighetene er forankret i Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Prinsippene og hensynene er vektet slik at sivilprosessen skal kunne ivareta sine funksjoner på en forsvarlig måte. Et hensyn som gjerne blir trukket frem, er hensynet til en prosessøkonomisk behandling av saken. Det kan komme i konflikt med prosessens funksjoner. Det sier seg imidlertid selv at det må være et rimelig forhold mellom betydningen av det som behandles i en tvist og selve avholdelsen.⁵ Det har nær sammenheng med proporsjonalitet og konsentrasjon, hvor poenget er at saken skal behandles på en mest mulig kostnadsbesparende måte i lys av sakens kompleksitet.

1.2 Fremgangsmåte

I arbeidet mitt er bakgrunnen og behovet for regler om avvising et naturlig utgangspunkt. Som følge av at reglene etter lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) langt på vei ble videreført med arvtageren, tvisteloven, kan et blikk på tvistemålslovens bestemmelser være egnet til å gi noen rammer for den videre besvarelsen. I

³ NOU 2001: 32A s. 127-130.

⁴ Schei (2022) første del, kap. 1 § 1-1 punkt 3, avsn. 2.

⁵ NOU 2001: 32A s. 133.

tillegg ligger de bakenforliggende hensyn i tvistemålsloven og tvisteloven fast, men slik at de argumentativt er vektet noe ulikt. På grunn av dette, har jeg gjort en kort undersøkelse av hvordan reglene var etter tvistemålsloven og hvordan de ble praktisert. Som følge av at reglene i tvisteloven § 9-6 dels avløser deler av tvistemålsloven § 91 og § 93, og dels er nye,⁶ er rettspraksis etter tvistemålsloven langt på vei relevant ved forståelsen av tvisteloven.

Forarbeidene til tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum er nokså knappe, slik at de ikke uten videre gir mer veiledning med henblikk på problemstillingen. De må sees i lys av de øvrige rettskildene. Derfor har jeg undersøkt hvordan bestemmelsen er blitt praktisert. Rettspraksis på området er nokså særegent, fordi avgjørelser om avvisning av en sak treffes som kjennelser.⁷ Et flertall av avgjørelsene vil derfor ikke bli behandlet av ankeinstansen, som følge av den snevre ankeadgangen. Ankegrunnlaget er begrenset til åpenbart uforsvarlige eller åpenbart urimelige avgjørelser.⁸ Det leder også til at det ikke nødvendigvis er mye å hente fra avgjørelsene selv om de er blitt sluppet inn i ankeinstansen. Det må legges til grunn at avgjørelser truffet i tingretten kun rent unntaksvis er åpenbart uforsvarlige eller urimelige. Det medfører at lagmannsretten i realiteten er en svært snever overprøvingsmyndighet.

Ulempen ved å gjøre søk etter rettsavgjørelser i databasen til Lovdata Pro, er at det ikke er mulig å filtrere resultatet til utelukkende å gjelde tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. Man må derfor ta resultater om første, andre og fjerde ledd med på kjøpet, i tillegg til en rekke avgjørelser som ikke omhandler bestemmelsen. Det medfører at søkeresultatene må finkjemmes for relevante avgjørelser, ettersom det foreligger adskillig mer praksis om partenes kontradiksjon og innsigelser mot prosesshandlinger.

Det er ingen høyesterettsavgjørelser som kan kaste lys over hvordan tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum skal forstås. To tredjedeler av avgjørelsene i søkeresultatet er kjennelser som avviser anker til Høyesterett, mens de resterende heller ikke omhandler bestemmelsen.⁹ Flertallet av avgjørelsene som er egnet til å belyse problemstillingen er avsagt i lagmannsrettene. Også her er det imidlertid bare en liten del av resultatene som er relevante,

⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 395.

⁷ Tvisteloven § 19-1 (2) bokstav a.

⁸ Tvisteloven § 29-3 (3).

⁹ Søk HRSIV LOV-2005-06-17-90-§9-6 gir 176 dokumenter per 25.11.2022.

nærmere bestemt fem avgjørelser.¹⁰ Av tingrettsavgjørelser har jeg kun vært i stand til å finne én relevant avgjørelse.¹¹

På toppen av dette begrenser tvistelovens relativt unge alder utvalget av rettsavgjørelser noe, samt at avgjørelser som tar stilling til om saken skal fremmes treffes som beslutninger.¹² Disse avgjørelsene er ikke tilgjengelig i Lovdata Pro, og det har ikke vært enkelt å få disse tilsendt av tingrettene. Likevel har det underordnet betydning for besvarelsen, ettersom et flertall av lagmannsrettsavgjørelsene gjør bruk av sitater fra tingrettsavgjørelsen det er anket over. Tingrettsbeslutningene tilfører ikke så mye til problemstillingen, som følge av manglende krav til begrunnelse.¹³ Jeg vil derfor henvide til enkelte tingrettskjennelser og -beslutninger der jeg har de for hånden og dersom det er hensiktsmessig.

Avslutningsvis, er det skrevet lite om tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum i den juridiske teori. Forfattere som jeg kommer til å henvide til, begrenser seg til ett avsnitt eller to om temaet, mens andre ikke redegjør for vilkårene for å utsette avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen.

1.3 Utgangspunkter om avgjørelser av avvisningsspørsmål

Partene skal gis adgang til å uttale seg om forhold av betydning for avgjørelser om saksbehandlingen.¹⁴ Det må forutsettes at den avgjørelsen som skal treffes er av slik betydning at parten har et reelt behov for å uttale seg på forhånd.¹⁵ Bestemmelsen er utslag av hensynet til kontradiksjon og gjelder ubetinget.¹⁶

Dersom en part har innsigelser mot prosesshandlingene, må de settes frem så snart parten har mulighet til det.¹⁷ Dette må sees i lys av den konkrete, praktiske mulighet, ved at parten skal ha tid til å områ seg, og en prosessfullmektig må gis tid til å kommunisere med sin part.¹⁸

¹⁰ Søk LRSIV LOV-2005-06-17-90-§9-6 gir 334 dokumenter per 25.11.2022.

¹¹ Søk TRSIV LOV-2005-06-17-90-§9-6 gir 87 dokumenter per 25.11.2022.

¹² Tvisteloven § 19-1 (3), jf. (2).

¹³ Forutsetningsvis tvisteloven § 19-6 (4).

¹⁴ Tvisteloven § 9-6 (1).

¹⁵ NOU 2001: 32B s. 752.

¹⁶ Se for eksempel HR-2013-2404-U tredje avsn.

¹⁷ Tvisteloven § 9-6 (2) første punkt.

¹⁸ NOU 2001: 32B s. 752.

Bestemmelsen får anvendelse på prosesshandlinger generelt, og avvisningsspørsmål spesielt.¹⁹ For eksempel vil avgjørelser om plikt til dokumentfremleggelse eller oppnevning av sakkyndige regulært treffes tidlig.²⁰ Innsigelsen kan settes ut av betraktning dersom den settes frem senere.²¹ Dette gir partene et incentiv til å komme med sine innsigelser så raskt som mulig, slik at retten kan ta stilling til innvendingene og gå videre.

Avgjørelser om saksbehandlingen, herunder om saken skal avvises, skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen.²² Dette favner vidt og kan avgrenses negativt mot det som hører til pådømmelse av saken.²³ Det er av stor betydning for partene å tidlig bli gjort oppmerksomme på om saken slippes inn til hovedforhandling eller ikke. Hva som er «tidlig» i en sak, behøver ikke å være tilsvarende tidlig i en annen sak. Ordlyden er åpen, og gir et bredt spillerom for dommeren i den enkelte sak.

Av forarbeidene fremgår det at tidspunktet for øvrig vil bli bestemt av når det «nødvendige grunnlag» for avgjørelsen er skaffet til veie, og hva som er formålstjenlig for en samlet sett mest mulig effektiv behandling av saken.²⁴ En ønsket med den nye § 9-6 tredje ledd å komme bort fra en praksis der retten for lett skjøv på avgjørelser om saksbehandlingen.²⁵ Regelen skal motvirke at en sak blir «liggende å drive».²⁶ Bestemmelsen medfører at hensynet til et materielt riktig resultat ikke er ubetinget i den enkelte sak.

Etter tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum kan imidlertid dommeren la avvisningsspørsmålet utstå til hovedforhandlingen. Det reiser seg umiddelbart sterke motforestillinger mot en slik adgang hvor det står mye på spill for partene. Ett av hovedformålene med saksbehandlingen er at de skal kunne forberede seg til hovedforhandlingen. Det inkluderer at retten må ta stilling til, og avgjøre prosessuelle spørsmål slik at partene kan gå videre. Når avvisningsspørsmålet forblir ubesvart, medfører det at de må forberede seg på hovedforhandling, selv om det er en iboende risiko for at saken avvises

¹⁹ NOU 2001: 32B s. 752.

²⁰ Schei (2022) tredje ledd, kap. 9, II § 9-6 punkt 7, avsn. 2.

²¹ Tvisteloven § 9-6 (2) annet punkt.

²² Tvisteloven § 9-6 (3) første punkt.

²³ Reusch (2016) s. 175.

²⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 395.

²⁵ Reusch (2016) s. 175.

²⁶ Reusch (2016) s. 172.

underveis. Frem til dette har partene blitt tappet for tid og penger på å forberede saken. Det at hvorvidt avvisningsspørsmålet kan utstå til hovedforhandlingen får store konsekvenser for partene, bør ha betydning i relasjon til når unntaket kommer til anvendelse.

2 Bakgrunnen for reglene om avvisningsspørsmål

2.1 Tvistemålslovens påtvungne reform av saksbehandlingen

Under arbeidet med tvistemålsloven, påpekte civilprocesslovkommisjonen at den viktigste årsaken til en reform av sivilprosessen var «lovens langsomhet».²⁷ Det hadde dels sammenheng med den skriftlige prosessordningen, dels prosessens ufullkomne evne til å bringe det relevante saksforholdet for dagen,²⁸ talløse utsettelse så fremt partene samtykket,²⁹ samt at partenes sakførere kunne holde saken gående ved å sende hverandre prosesskriv frem og tilbake.³⁰ Disse faktorene gjorde en reform påtrengende, i det hele tatt var det en lang årsakskjede som samlet ledet til at ressursbruken rundt prosessen måtte strammes inn.

Civilprocesslovkommisjonen knesatte derfor generalregelen om at innsigelser mot å fremme saken eller mot enkelte rettergangsskritt måtte fremmes «saasnt» det under saksbehandlingen ble anledning til det.³¹ Ordlyden tilsier umiddelbart at spørsmålet skulle tas opp så raskt som mulig. Dersom dommeren fant at innsigelsen burde ha vært fremsatt tidligere, kunne den tas ut betraktning.³² Denne preklusive regelen ga partene et sterkt incentiv til å komme med sine innsigelser så tidlig som mulig og understreker hovedpoenget: spørsmål som ikke er knyttet til det materielle kravet i saken skulle avgjøres så tidlig som mulig under saksforberedelsen.

2.2 Spesialregelen om avvisningsspørsmål

Etter spesialregelen om avvisningsspørsmål het det at spørsmål om å avvise saken «bør som regel» avgjøres før saksbehandlingen går videre.³³ Ordlyden tilsier at avvisningsspørsmålet i hovedsak skulle avgjøres på et tidlig stadium av saksbehandlingen før retten tok fatt på andre

²⁷ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 7.

²⁸ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 9.

²⁹ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 9.

³⁰ Hjort (2006) s. 16.

³¹ Tvistemålsloven § 91 (1).

³² Tvistemålsloven § 92 (2).

³³ Tvistemålsloven § 93 (1) første punkt.

saksbehandlingsspørsmål. Dette grepet tilsier at det var et bevisst valg å løfte frem avvisningsspørsmål spesielt, til forskjell fra generelle “rettergangsskritt” etter tvistemålsloven § 91. Når det i tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum står «skal treffes så tidlig som mulig», er det naturlig å oppfatte det som en viss innstramming.³⁴

Til tross for det påtrengende behovet for fortgang i prosessen, gjorde civilprocesskommisjonen unntak til hovedregelen om at saksbehandlingsspørsmålene skulle treffes og avgjøres under saksforberedelsen, før saken gikk videre. Retten ble utstyrt med en hjemmel til å skyve på avvisningsspørsmålet dersom det «helt eller delvis avhenger av selve det forhold, saken gjelder».³⁵ Denne adgangen var nærmest et hull i systemet, og gikk på tvers av reformmålene. Den åpnet for at retten paradoksalt nok kunne fremme saken til behandling *uten* å ta stilling til avvisningsspørsmålet, det vil si spørsmålet om saken kunne fremmes til behandling.

For at avvisningsspørsmålet kunne utstå til hovedforhandlingen, måtte det være mer eller mindre sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og det materielle kravet i saken. Adgangen fremstår temmelig vid, da det var tilstrekkelig at det var ”delvis” sammenheng. Sammenhengen kan etter omstendighetene altså være nokså perifer, men likevel være omfattet av bestemmelsen.

I proposisjonen står det at det bør være adgang til å “tilendebringe forhandlingen” dersom spørsmålet om avvisning kommer opp mot hovedforhandlingens “slutning”.³⁶ Det åpnet for en gjennomgripende adgang til å avvise saken, og kan vanskelig forenes med hensynet til en rask, effektiv og prosessøkonomisk behandling, som var bakteppet for reformen. I tillegg overlot ordlyden et nokså vidt spillerom til dommeren når det gjaldt tidspunktet for når avvisningsspørsmålene skulle tas opp. Noen streng plikt kan det ikke ha vært snakk om.

2.3 Hvordan ble regelen praktisert?

Praksis etter tvistemålsloven § 93 viser at retten kunne ha en tendens til å utskyte avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen fordi de var vanskelige, uten at det var noen

³⁴ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 8, avsn. 2.

³⁵ Tvistemålsloven § 93 (1) annet punkt.

³⁶ Ot.prp. nr. 1 (1910) s. 134.

sammenheng med realitetskravet som gjorde det fornuftig å vente med å avgjøre avvisningsspørsmålet.³⁷ At avvisningsspørsmålet ble utsatt fordi de var vanskelige, var ikke i tråd med civilprocesskommisionens motiver for adgangen. På den annen side knesatte de en temmelig vid adgang til å skyve på avvisningsspørsmålet uten å pålegge dommeren klare føringer, slik at det kanskje ikke er så rart at det oppsto slike utilsiktede konsekvenser.

LG-1993-1329 (Foreldreansvar) kan tjene som eksempel på hvordan retten vektet hensynene etter tvistemålsloven. Saken gjaldt anke over herredsrettens beslutning om bevisopptak av et vitne i Tyskland. Det ble anført at bevisopptak ikke kunne besluttes før det var avgjort om saken skulle avvises eller ikke. Lagmannsretten kom til at anken måtte forkastes. Det ble lagt til grunn at unntak fra hovedregelen om at spørsmål om å avvise saken som regel bør avgjøres før saken går videre, kan skje der det er «hensiktsmessig».

Det særegne i Foreldreansvar-saken var at herredsretten hadde besluttet bevisopptak *uten* at avvisningsspørsmålet var avgjort, noe lagmannsretten sluttet seg til. Retten besluttet å gå videre med gjennomføringen av saken selv om det var en ikke ubetydelig risiko for at saken likevel ville avvises, til tross for gjennomført bevisopptak. Her står vi overfor to kolliderende saksbehandlingsspørsmål. På den ene siden, måtte bevisopptaket gjennomføres fordi vitnet ikke hadde møteplikt for norske domstoler. På den annen side tilsier hensynet til prosessøkonomien og partenes innrettelse at avvisningsspørsmålet i alle fall avgjøres først. Da unngår man at partene forbereder seg på full hovedforhandling, og at rettsapparatet arrangerer de nødvendige oppofrelser, for deretter å avvise saken under hovedforhandlingen.

I Rt. 1991 s. 1039 (Gibostad Slip & Mek.) anførte en av partene under saksforberedelsen for tingretten at det hadde funnet sted en utvidelse av saken fra motpartens side ved at det var trukket inn en ny tvistegenstand, og påberopte seg avvisning av disse samt bevisavskjæring. Den forberedende dommeren i tingretten hadde besluttet at avvisningsspørsmålet skulle utstå til hovedforhandlingen, selv om han var i «betydelig tvil» om hensiktsmessigheten av saksopplegget. Høyesteretts kjeremålsutvalg uttalte at avgjørelsen skulle utstå til hovedforhandlingen, fordi det etter dommerens mening var mer *hensiktsmessig* å treffe avgjørelsen her. Det var en rekke spørsmål av til dels omfattende karakter, som ville bruke av tiden til hovedforhandlingen. Avgjørelsen omhandler ikke avvisningsspørsmål spesielt, men

³⁷ Schei (2022) tredje del, kap. 9 II, § 9-6 punkt 8, avsn. 2.

viser at vurderingstemaet for saksbehandlingsspørsmål generelt var hvorvidt det var hensiktsmessig.

Avgjørelsen av om avvisningsspørsmålet skulle utskytes til hovedforhandlingen ble altså ofte oppstilt som et spørsmål om det var hensiktsmessig. Ut fra domspremissene i Foreldreansvar-saken og Gibostad-saken, er det nærliggende å anta at utsettelse ble besluttet fordi det var hensiktsmessig for retten, uten at forholdene til partene eller andre konkurrerende hensyn ble adressert.

Som et siste eksempel på at saksbehandlingen etter tvistemålsloven besto av en viss rigiditet, kan Rt. 1998 s. 607 (Lønnstrinn) tjene som eksempel. Saken gjaldt et krav om innplassering i et bestemt lønnstrinn ved lokale lønnsforhandlinger. Den kunne trolig vært avgjort med frifinnende dom i første rettsinstans, fremfor behandling av avvisningsspørsmålet i hele tre instanser fordi det materielle kravet verken var bygget på den konkrete ansettelsesavtalen eller rettsregler.³⁸ Høyesterett kom, i likhet med de øvrige rettsinstanser, til at saken måtte avvises. Gjengivelsen av saken i Retstidende synes å vise at kravet uansett ikke kunne ha ført frem, og at det kunne vært klart grunnlag for å frifinne arbeidsgiveren.³⁹ I dag ville saksøkte muligens ha blitt frifunnet etter tvistelovens § 9-6 tredje ledd tredje punktum.

3 Utsettelse dersom sammenhengen tilsier det

3.1 Hullet i systemet består

Tvistemålsutvalget ble nedsatt i 1999. Også denne gangen skulle sivilprosessen gjøres raskere.⁴⁰ Formålet med loven var særlig å redusere saksbehandlingstiden og kostnadene sammenlignet med situasjonen etter tvistemålsloven. Til tross for civilprocesslovkommissionens mål i 1910 om å kneble sivilprosessens treghet, var det nesten hundre år senere fremdeles behov for en innstramming, nærmere bestemt en «kulturrendring».⁴¹

³⁸ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 9.

³⁹ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 9.

⁴⁰ Hjort (2006) s. 112.

⁴¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 14.

Praksis under tvistemålsloven viste at partene ofte fortsatte med proseskriv frem og tilbake, ofte i lang tid, til en av dem påberopte seg hovedforhandling.⁴² De generelle saksbehandlingsreglene etter tvistemålsloven ledet med andre ord til en rekke uheldige, utilsiktede konsekvenser. For å imøtekomme disse utfordringene, foreslo tvistemålsutvalget virkemidlene om muntlighet og bevisumiddelbarhet, men vektla også et særskilt prinsipp om skjerpet saksstyring.⁴³ Poenget var at ved å styre og konsentrere saken så tidlig som mulig, skulle behandlingen være både effektiv og forsvarlig.⁴⁴ Forholdet mellom betydningen av den aktuelle tvisten og behandlingen av den skulle få et større og langt mer gjennomført gjennomslag i tvisteloven.⁴⁵

Det ble også denne gangen åpnet for at avvisningsspørsmål kan skyves fremover i prosessen. Tvistemålsutvalget tviholdt altså på rettens adgang til å la spørsmålet utstå til hovedforhandlingen på nærmere angitte vilkår, tilsynelatende i strid med målsetningen om en rask og effektiv prosess. Hadde man ikke lært noe fra forrige gang loven åpnet for utsettelse? For å forsøke å besvare dette, må jeg se nærmere på vilkårene i tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. Hovedtrekkene i tvistemålsutvalgets utredning fikk bred oppslutning i departementet,⁴⁶ slik at tvisteloven § 9-6 tilsvarer utvalgets forslag.⁴⁷

3.2 Nærmere om sammenhengvilkåret

Selv om ett av formålene med å avslutte saksforberedelsen er å treffe og avgjøre saksbehandlingsspørsmål, er retten utstyrt med en særlig rett til å utskyte avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen dersom sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken tilsier det etter tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. Å la spørsmålet utstå til hovedforhandlingen representerer et radikalt unntak til hovedregelen om at avvisningsspørsmålet skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen. Tvistemålsutvalget antok at hovedregelen ikke er passende i ethvert tilfelle. At

⁴² Robberstad (2021) s. 155.

⁴³ Reusch (2016) s. 165.

⁴⁴ Schei (2022) fjerde del, kap. 11, § 11-6 punkt 1, avsn. 4.

⁴⁵ NOU 2001: 32A s. 133.

⁴⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 14.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 395.

avvisningsspørsmål er fremhevet, tyder på at det skal mye til før spørsmålet kan utstå til hovedforhandlingen, sammenlignet med andre saksbehandlingsspørsmål.

Ordlyden i tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum gir liten veiledning med henblikk på hva det egentlig vil si at det er sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og de krav som skal avgjøres i saken. Det må være en forbindelse mellom saksøkers materielle krav og avvisningsspørsmålet som gjør det naturlig å vente med å treffe avgjørelsen senere. Dersom sammenhengen tilsier det, kan avvisningsspørsmålet skyves på, men er det i seg selv tilstrekkelig?

Twistemålsloven § 93 første ledd annet punktum kan muligens gi noe veiledning. Der het det som nevnt at retten kan utsette avvisningsspørsmålet når spørsmålet «helt eller delvis» avhenger av det forhold saken gjelder. Det faktum at denne distinksjonen ikke er til stede i tvisteloven, sammenholdt med lovens klare utgangspunkt om at avvisningsspørsmål skal treffes så raskt som mulig, kan tyde på at tvistemålsutvalget denne gangen forsøkte å stramme opp rettens adgang til å skyve på spørsmålet. Det ligger dessuten i en aktiv saksstyring at retten ikke skal drøye med å avgjøre avvisningsspørsmålet uten at det foreligger en særskilt grunn.⁴⁸ Det vil vanligvis være i alle aktørenes interesse at spørsmålet bringes på det rene så raskt som mulig i tråd med lovens hovedregel.

Etter forarbeidene kan det derimot være hensiktsmessig *eller* nødvendig å vente med behandlingen av avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen.⁴⁹ Det er tilsynelatende tilstrekkelig at utsettelse enten er hensiktsmessig eller nødvendig. I lys av de sterke, konkurrerende hensyn som står på spill ved utsettelse av avvisningsspørsmål, kan det argumenteres med at vurderingstemaet heller burde ha vært hvorvidt en utsettelse er hensiktsmessig *og* nødvendig. At en utsettelse er hensiktsmessig for retten er et argument som trolig vil ha stor tyngde fordi hovedforhandlingen etter sin art innebærer en grundigere behandling, ved at blant annet innledningsforedragene vil klargjøre saksforholdet ytterligere. Det gir et bredere avgjørelsesgrunnlag for rettens avgjørelser. Det vil nok derfor tilhøre sjeldenhetene at grundigere behandling av et saksbehandlingsspørsmål *ikke* er hensiktsmessig for retten.

⁴⁸ Backer (2020) s. 444.

⁴⁹ NOU 2001: 32B s. 752.

All den tid utsettelse av avvisningsspørsmålet ikke må være nødvendig, kan argumentet om hva som er hensiktsmessig for retten til og med bli avgjørende. Det vil i så fall gi assosiasjoner til hvordan regelen ble praktisert etter tvistemålsloven. Det vil derimot sjeldent være hensiktsmessig for partene å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen. Et vilkår om nødvendighet ville lagt sterkere bånd på dommerens adgang til å skyve på avvisningsspørsmålet, og understreket poenget om at utsettelse regelmessig ikke bør komme på tale.

Det vil føre galt av sted om avvisningsspørsmål skyves på utelukkende fordi det er hensiktsmessig for retten. Umiddelbart gir det assosiasjoner til hva som er praktisk og behagelig, heller enn hva som ivaretar partenes rettssikkerhet best mulig. Hensynet til partenes innrettelse og forutsigbarhet, nevnes ikke i forarbeidene. Det er uheldig, all den tid det er ved avvisningsspørsmål det står mest på spill for partene. Hensynet til prosessøkonomi nevnes heller ikke, til tross for tvistelovens fokus på dette. Derfor er det vanskelig å vite om tvistemålsutvalget så for seg ytterligere vilkår for når avvisningsspørsmål kan utskytes til hovedforhandlingen.

Om avvisningsspørsmålet bør utstå til hovedforhandlingen, beror blant annet på hvor omfattende materielle spørsmål saken reiser – jo mer omfattende de er, desto mer er man tjent med å få avvisningsspørsmålet avgjort på forhånd.⁵⁰ Dermed vil en tidlig avgjørelse føre til at man under hovedforhandlingen kan konsentrere seg om realiteten i saken, som også er poenget. Det var tilfellet i TSOL-2021-97527 (Fjellstyre), hvor dommeren antok at hovedforhandlingen ville bli langvarig som følge av at stevningen alene var på 25 sider.

På den annen side, er det ikke innlysende at sakens materielle spørsmål bør avgjøre hvorvidt avvisningsspørsmålet er av en slik karakter at det undergis en grundigere behandling. Selv om tvisten reiser omfattende materielle spørsmål, kan det like fullt være behov for å utskyte avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen, fordi dette spørsmålet etter omstendighetene også er av omfattende karakter. Om ikke annet, bør momentet inngå som ett av flere i en større helhetsvurdering. I lys av tvistelovens satsning på proporsjonalitet vil momentet like fullt ha en viss vekt, men slik at det må avstemmes mot andre konkurrerende hensyn.

⁵⁰ Backer (2020) s. 444.

Et annet sentralt moment er om avvisningsspørsmålet reiser selvstendige problemstillinger.⁵¹ Det følger naturlig av grunnvilkåret, som er at det er sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og de materielle spørsmål i saken. Men hvis avvisningsspørsmålet reiser selvstendige problemstillinger, taler det sterkt mot å utskyte spørsmålet til hovedforhandlingen, fordi vilkåret om sammenheng ikke er oppfylt.

Reusch uttaler at adgangen til å la avgjørelsen av saksbehandlingsspørsmål utstå til hovedforhandlingen er «nokså snever».⁵² Det må derfor gjelde overfor avvisningsspørsmål også. Reusch gir imidlertid ingen nærmere begrunnelse for at adgangen bør være snever, det er derfor ikke klart om han baserer seg på forarbeider, rettspraksis eller egne betraktninger. Uttalelsen må sees i lys av lovens klare hovedregel om at avvisningsspørsmål skal treffes så tidlig som mulig. I tillegg kommer den omstendighet at avvisningsspørsmål har en bred slagside mot hensynet til partene, slik at det bør kreves adskillig mer for å skyve på avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen, sammenlignet med andre saksbehandlingsspørsmål.

I den forbindelse, vil utsettelse av andre saksbehandlingsspørsmål enn avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen etter forarbeidene bare kunne være aktuelt «helt unntaksvis».⁵³ Det tyder umiddelbart på at tvistemålsutvalget har anlagt en høyere terskel for å skyve på andre saksbehandlingsspørsmål. Det er påfallende, gitt avvisningsspørsmålets betydning for partene. Det er ikke åpenbart at terskelen for å skyve på for eksempel spørsmål om oppnevning av fagkyndig bør være høyere enn for avvisningsspørsmål.

3.3 Forholdet til negativ rettskraft

Selv om det umiddelbart reiser seg motforestillinger mot å utskyte avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen, kan utsettelse være formålstjenlig i tvister ved spørsmål om avvisning av saken på grunnlag av rettskraft. Avvisning som følge av rettskraft er et spørsmål som kan henge nært sammen med de materielle spørsmål i tvisten.⁵⁴ Dette typetilfellet løftes frem av

⁵¹ TSOL-2021-97257 (Fjellstyre) avsn. 8 under «Rettens Merknader».

⁵² Reusch (2016) s. 175.

⁵³ NOU 2001: 32B s. 752.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 395.

proposisjonen som eksempel på når tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum kommer til anvendelse.

At krav som fremmes for domstolen ikke må være rettskraftig avgjort tidligere, er en absolutt prosessforutsetning.⁵⁵ Retten skal avvise en ny sak om samme krav mellom de samme parter.⁵⁶ Denne avvisningsregelen skaper sjeldent problemer i praksis,⁵⁷ og spørsmål om rettskraft avgjøres regelmessig før hovedforhandlingen settes i gang.⁵⁸ Det er som oftest ikke tvilsomt om det er et nytt krav som reises i sak nummer to. For eksempel er et krav om erstatning klart nok noe annet enn et krav på dom for en veirett, mellom de samme parter. Avvisningsspørsmålet har altså regulært ingen sammenheng med realitetsspørsmålet.⁵⁹

Problemet oppstår i grensetilfellene, hvor det sentrale og vanskelige spørsmålet er hvorvidt kravet som ble reist i sak nummer én er det samme som i sak nummer to. For eksempel er det ikke like åpenbart hvorvidt et krav på prisavslag er det samme som et krav på erstatning.⁶⁰ Etter tvisteloven § 19-15 tredje ledd må retten først klarlegge hva som ble rettskraftig avgjort i sak nummer én ved å ta utgangspunkt i domsslutningen og tolke denne. Dernest må det vurderes om det krav som gjøres gjeldende i sak nummer to er det samme som i sak nummer én.⁶¹ Spørsmålet må avgjøres på grunnlag av en totalbedømmelse.⁶²

I lys av kriteriene for å avgjøre hva som utgjør et og samme krav, kan vurderingen etter omstendighetene innebære en omfattende behandling av en rekke faktiske og rettslige spørsmål, som avgjort er knappere belyst under saksforberedelsen. Tvert imot kan de ha en nær sammenheng med de materielle spørsmål i saken. Det kan gjøre det hensiktsmessig, for ikke å si nødvendig, å treffe avgjørelsen av om kravene er forskjellige under hovedforhandlingen.

Innvendingen mot å anvende tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum ved spørsmål om rettskraft, er at avgjørelsen av om to krav er identiske skal skje etter generelle kriterier, nettopp

⁵⁵ Skoghøy (2022) s. 1076.

⁵⁶ Tvisteloven § 19-15 (3).

⁵⁷ Robberstad (2021) s. 388.

⁵⁸ Rt. 2008 s. 833 avsn. 55.

⁵⁹ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 8, avsn. 2.

⁶⁰ Se f.eks. Rt. 2000 s. 199 (Pelsdyrhall).

⁶¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 395.

⁶² Se nærmere Rt. 2008 s. 833 avsn. 55-56 for de ulike kriteriene.

fordi den skal være mulig å treffe før hovedforhandlingen.⁶³ Likevel er det altså ved spørsmål om rettskraft at bestemmelsen kan komme til anvendelse. Det reiser umiddelbart spørsmål om kriteriene ikke er så generelle som rettspraksis gir inntrykk av, eller om avvisningsspørsmålet i mange tilfeller kunne vært truffet med et forsvarlig grunnlag under saksforberedelsen. I lys av problemstillingen går jeg ikke nærmere inn på disse spørsmålene, men bemerker at det å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen ved spørsmål om rettskraft, ikke er like åpenbart som forarbeider og rettspraksis tar til inntekt for. Retten kan ikke utsette spørsmålet uten videre, men må foreta en forsvarlig vurdering.

3.4 Grunner til å utsette avvisningsspørsmålet

3.4.1 Generelt

Å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen gjøres ikke bare i de tilfeller det oppstår et tvilsomt spørsmål om rettskraft. Når tvistemålsutvalget knesatte en adgang til å skyve på avvisningsspørsmål, bør den ha gode grunner for seg. Hensynene som ligger til grunn for utøvelsen er langt på vei dels overlappende, og dels motstridende. De har heller ingen skarpe grenser, slik at det vil være en flytende overgang mellom flere av dem, som etter omstendighetene gjør seg gjeldende i større eller mindre grad i den enkelte sak. Enkelte hensyn er etter sin art likevel særlig tungtveiende, fordi de er grunnleggende i en rettsstat.

3.4.2 Forsvarlig avgjørelsesgrunnlag

I retten til rettferdig rettergang ligger det en rett til reell og forsvarlig behandling av tvisten.⁶⁴ Avgjørelsen av om avvisningsspørsmålet skal treffes under saksforberedelsen eller hovedforhandlingen, må være truffet på et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

Dersom saksforholdet er uklart, kan avgjørelsesgrunnlaget under saksforberedelsen være knapt. Dommerne har ikke full innsikt i saksforholdet på dette stadiet, noe som kan gjøre det utfordrende å treffe avgjørelsen av om saken skal avvises eller ikke. Det medfører at dommeren kan finne at det ikke er forsvarlig å treffe avgjørelse om avvisning under saksforberedelsen, men at spørsmålet må utstå til hovedforhandlingen hvor parts- og vitneforklaringer blir brakt

⁶³ Rt. 2008 s. 833 avsn. 55.

⁶⁴ Schei (2022) første del, kap. 1 § 1-1 punkt 4, avsn. 11 fjerde kulepunkt.

på det rene umiddelbart for domstolen. Hovedforhandlingen er tross alt av et omfang som ikke saksforberedelsen legger opp til. Hvorvidt et spørsmål blir avgjort av retten på det ene eller andre stadiet i prosessen, kan derfor etter omstendighetene være av stor betydning for sakens opplysning.

Hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag har også sider til proporsjonalitet. En sak kan ha prinsipielle sider ut over den konkrete betydning for partene. Ut fra en proporsjonalitetstankegang må det derfor gjelde at viktige tvister, både for den enkelte og for samfunnet, må undergis en særlig betryggende behandling.⁶⁵ Det viser at hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag må vurderes konkret i lys av betydningen av den enkelte sak. Likevel, må hensynet antas å ha stor vekt isolert sett, som følge av at det er en grunnleggende forpliktelse etter EMK og en forutsetning for at rettsstaten skal virke etter sin hensikt.

LB-2007-64257 (Badekabin) gjaldt anke over tingrettens kjennelse om avvisning av saken på grunn av uriktig verneting. Tingrettens avgjørelse var begrunnet med at det var nødvendig med umiddelbar bevisførsel for å avgjøre vernetingsspørsmålet. Spørsmålet om hva som var rett verneting berodde nemlig på en tolkning av standardkontrakten som partene hadde benyttet, da forutsetningsvis hvorvidt partene hadde inngått bindende avtale. Dette er vurderinger som saksforberedelsen gir lite rom for å gå inn på, det var etter rettens synspunkt simpelthen ikke forsvarlig å treffe en avgjørelse om hvorvidt avvisningsspørsmålet skulle utsettes til hovedforhandlingen under saksforberedelsen.

Hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag kom på spissen i LA-2010-63757 (Holtan Industrier). Saksøker anførte at det at tingretten hadde avgjort avvisningsspørsmålet under saksforberedelsen, innebar fravær av reell bevisførsel og mangel på partenes kontradiksjon. Det forelå etter saksøkers mening ikke et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag for å ta stilling til avvisningsspørsmålet, fordi parten mente at avvisningsspørsmålet dreide seg om realiteten, og ikke saksbehandlingen. Med denne henvisningen påsto saksøkte at spørsmålet om avvisning måtte utstå til hovedforhandlingen

Lagmannsretten mente på sin side at tingrettens avgjørelse verken var åpenbart uforsvarlig eller urimelig. Avgjørelsen viser at retten har et bredt skjønn når den skal ta stilling til

⁶⁵ NOU 2001: 32A s. 133.

avvisningsspørsmålet, og at det skal mye til før avgjørelsesgrunnlaget må anses i strid med prinsippet om forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. At avgjørelsen er uforsvarlig er ikke tilstrekkelig, den må være *åpenbart* uforsvarlig.

I LG-2016-5662 (Drilling) reiste selskapet LV Drilling Ltd søksmål mot tidligere daglig leder og tidligere styremedlem med krav om erstatning for illojal opptreden. Anken gjaldt blant annet tingrettens avgjørelse om å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen. Lagmannsretten konkluderte med at det etter en samlet vurdering var en saksbehandlingsfeil å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen og opphevet tingrettens avgjørelse, med henvisning til tingrettens fremgangsmåte. Det var imidlertid på det rene at tolkningen av de saksøktes sluttavtale om ansvarsfraskrivelse hadde en nær sammenheng med spørsmålet om det var rettslig grunnlag for de kravene som ble gjort gjeldende.

Tingretten begrunnet avgjørelsen om å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen med at det «ikke ville være forsvarlig» å avgjøre spørsmålet om avvisning på under saksforberedelsen. Det var uenighet mellom partene om både rettslige og faktiske omstendigheter, noe som gjorde det krevende å treffe en avgjørelse om avvisning under saksforberedelsen.

Dersom partene, som normalt sett har best innsikt i saken, under saksforberedelsen er uenige om saksforholdet, kan det være vel så vanskelig for retten å avgjøre hva som materielt sett er det korrekte saksforhold. I ytterste konsekvens kan det være så usikkert om hva som bør legges til grunn av faktiske omstendigheter, at retten finner at hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag tilsier at avvisningsspørsmålet må utstå til hovedforhandlingen.

Hensynet til en forsvarlig behandling av rettstvister tilsier en lav terskel for å skyve på avvisningsspørsmål. At retten ikke har tilstrekkelig innsikt i saksforholdet, medfører en iboende risiko for at avgjørelser som treffes ikke har et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Som lagmannsretten påpekte i Badekabin-saken, er det da riktig å behandle avvisningsspørsmålet under den ordinære hovedforhandlingen, dersom tingretten klart har et for tynt avgjørelsesgrunnlag under saksforberedelsen.

3.4.3 Materielt riktige avgjørelser

Én av oppgavene til sivilprosessen er å sikre at den materielle lovgivningen slår gjennom. For å ivareta dette, er forutsetningen at avgjørelsene som treffes skal være korrekte. Det er selvsagt også for avgjørelser om når avvisningsspørsmålet skal treffes. Materielt riktige avgjørelser har en nær sammenheng med forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og kan henføres under merkelappen «sakens opplysning», slik at det ikke vil være noen klare grenser mellom de to.

Et generelt poeng er at grundigere behandling av spørsmål i all hovedsak gir et bedre avgjørelsesgrunnlag, som i sin tur medfører større sannsynlighet for at avgjørelsene som treffes er korrekte. Dersom en sak oppfyller vilkårene for avvisning, er det dermed materielt sett korrekt å avslutte den, uavhengig av om denne avgjørelsen treffes under saksforberedelsen eller hovedforhandlingen. Dette poenget nevnes i forarbeidene til tvistemålsloven, ved at saken kunne avvises under oppløpet av domsavsigelsen.⁶⁶

I LB-2010-107130 (Venezuela) gikk en tidligere ansatt ved den venezuelanske ambassaden i Oslo til sak mot ambassaden med påstand om at avskjeden skulle kjennes ugyldig, både som avskjed og oppsigelse. I tilsvaret påberopte ambassaden seg avvisning med henvisning til at søksmålet måtte rettes mot ambassadøren personlig. Tingretten kom til at avvisningsspørsmålet skulle utstå til hovedforhandlingen, noe lagmannsretten sluttet seg til, fordi det var «sammenheng mellom spørsmålet om det foreligger en ugyldig avskjed eller oppsigelse». Spørsmålet ville også kunne få en «grundigere behandling» enn den skriftlige behandlingen under saksforberedelsen.

Det er nok så at utsettelse av avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen innebærer at spørsmålet vil få en grundigere behandling. Tvisten vil være bedre opplyst under hovedforhandlingen enn den er under saksforberedelsen. Det kan riktignoknok påstås overfor ethvert spørsmål om saksbehandlingen, fordi hovedforhandlingen etter sin art innebærer en grundigere behandling enn saksforberedelsen. Det vil derimot aldri være behov for at ethvert saksbehandlingsspørsmål utskytes til hovedforhandlingen av den grunn. At behandlingen er grundigere, må derfor ha begrenset vekt i seg selv. Alle avgjørelser skal ha et grundig

⁶⁶ Se kap. 2.2 ovenfor.

avgjørelsesgrunnlag uavhengig av om de treffes under saksforberedelsen eller hovedforhandlingen.

Svaret på avvisningsspørsmålet i Venezuela-saken forutsatte en konkret vurdering av arbeidskontrakten og omstendighetene for øvrig. Opplysningene i saken tilsa likevel at det forelå en rekke opplysninger i favør for at ambassaden var korrekt saksøkt, det var på det rene at ambassaden var motparten i arbeidsavtalen og de øvrige dokumenter i saken. Det som var gjenstand for det materielle kravet i saken var spørsmålet om oppsigelsen var ugyldig, mens hvorvidt ambassaden var riktig saksøkt knyttet seg til søksmålsvilkårene. Det forutsetter to isolerte vurderinger av faktum og jus, som normalt sett bør kunne gjøres uavhengig av hverandre.

I Drilling-saken var det «overveiende sannsynlig» at flere av spørsmålene som retten skulle ta stilling til ved avvisningsspørsmålet ville bli «bedre opplyst» under en hovedforhandling.⁶⁷ Hensynet til materielt riktige avgjørelser ble med andre ord gitt adskillig vekt i vurderingen, selv om det som nevnt nok kan diskuteres hvor tvilsomt avvisningsspørsmålet egentlig var. At en utsettelse ville opplyse spørsmålene ytterligere, er ikke overraskende. Hensynet vil oftest tale for at avvisningsspørsmålet utstår til hovedforhandlingen som følge av den grundigere, muntlig behandlingen. Dermed bør ikke hensynet ha avgjørende vekt i seg selv.

Etter dette, er det klart at hensynet til et riktig resultat taler for at adgangen til å skyve på avvisningsspørsmål bør være nokså vid. Poenget må være å legge til rette for at domstolene kan løse sine samfunnsmessige oppgaver på en forsvarlig måte, herunder å få avklart rettsreglene.

3.4.4 Hensiktsmessighet

Om avvisningsspørsmålet bør utstå til hovedforhandlingen, blir noen ganger uttrykt som et spørsmål om det er hensiktsmessig.⁶⁸ Det var også tilfellet etter tvistemålsloven. Det er ikke innlysende hva som menes med dette; hvem skal det være hensiktsmessig for – partene, dommerne eller rettsapparatet? Svaret på spørsmålet må bero på de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak.

⁶⁷ Se sitat fra tingrettens avgjørelse under «Avvisningsspørsmålet» avsn. 7 i LG-2016-5662.

⁶⁸ Se f.eks. LB-2010-107130 (Venezuela) og LA-2010-63757 (Holtan Industrier).

Det vil trolig være hensiktsmessig både for dommeren og hensynet til den konkrete sakens opplysning, at avvisningsspørsmålet utskytes til hovedforhandlingen, dersom det kan klargjøre saksforholdet ytterligere. På den måten kan dommeren skyve på spørsmålet dersom han eller hun finner det krevende i lys av sakens knappe opplysninger. Hva som er hensiktsmessig for partene og rettsapparatet, er derimot ikke like klart. Det er ikke gitt at en utsettelse vil være hensiktsmessig overhodet, som følge av at partenes behov for avklaring utsettes, og at det bevilges mer ressurser til spørsmålet enn det som kanskje er strengt tatt nødvendig.

LH-2021-124915 (Sameieoppløsning) gjaldt krav på oppløsning av sameie. Saksøker anførte at spørsmålet om eierskap i sameiet ikke var rettskraftig avgjort i samsvar med sameigelovas § 15 tredje ledd, og dermed kunne det heller ikke reises søksmål om tvangsoppløsning. Lagmannsrettens kjennelse gjaldt anke over tingrettens beslutning om å utsette behandlingen av begjæring om avvisning av kravet om tvangsoppløsning til hovedforhandlingen. Lagmannsretten fant at det ikke var noe i veien for at tingretten behandlet spørsmålet om det forelå medeierskap i sameiet og spørsmålet om tvangsoppløsning i samme sak, med henvisning til den nære sammenhengen mellom dem.

I Sameieoppløsning-saken ville det tvert imot ha vært ganske uforholdsmessig om hele rettsapparatet skulle settes i sving på nytt omkring spørsmålet om eierskap, når det kunne avgjøres samtidig med oppløsningsspørsmålet i en allerede pågående sak. På den måten sparte man rettsapparatet for en ny rettssak, ved å behandle spørsmålene samlet. Her var det ingen klare motforestillinger mot å forene spørsmålene. Det er ikke slik at hensynet til partene generelt taler mot utsettelse, slik ankende parter anførte. De kunne nemlig ikke vise mer konkret til hvorfor hensynet i den konkrete saken talte mot utsettelse. Poenget med anførselen var nok å få avvist saken, fordi spørsmålet om sameie ikke var rettskraftig. Saken viser at tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum også kan benyttes dersom det er hensiktsmessig.

3.5 Prinsipielle hensyn som utfordrer avvisningsregelen

3.5.1 Generelt

I lys av pretensjonslæren og hovedregelen om at avvisningsspørsmålet skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen, reiser det seg sterke motforestillinger mot å la avvisningsspørsmål utstå til hovedforhandlingen. Selv om adgangen i enkelte tilfeller kan sies

å være praktisk, betyr det ikke at den er helt uproblematisk. Tvert imot er det en rekke sterke hensyn som taler imot å skyve på avvisningsspørsmålet. Dette er både hensyn og skranker som følger av folkerettslige forpliktelser som ligger fast, mens også andre mer flytende hensyn som i varierende grad gjør seg gjeldende i den enkelte sak.

3.5.2 Rettergang innen rimelig tid

I retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 første ledd og Grunnloven § 95 ligger det innbakt en rett til avgjørelse innen rimelig tid. Hvilken saksbehandlingstid som er rimelig, beror på omstendighetene i den enkelte sak.⁶⁹ Hensynet har nær sammenheng med at prosessen i stor utstrekning skal være dommerstyrt, i motsetning til partsstyrt. Dersom partene er uenige om når avvisningsspørsmålet skal treffes, vil en saksforberedelse som i utgangspunktet skal være skriftlig, kunne bli nokså langtekkelig ved at partene redegjør for sine respektive synspunkt i prosesskriv som sendes frem og tilbake mellom dem og retten. Da må dommeren gripe inn, i samsvar med plikten til aktiv saksstyring, og om mulig utsette spørsmålet til hovedforhandlingen. En utsettelse av avvisningsspørsmålet vil i et slikt tilfelle kunne ivareta kravet til avgjørelse innen rimelig tid.

Poenget er at den enkelte sak bevilges den tid som er tilstrekkelig i lys av de konkrete omstendighetene. En utførlig behandling av avvisningsspørsmålet kan sette retten til avgjørelse innen rimelig tid på spill, men ikke uten videre. I utgangspunktet skal det nok mye til, og det vil avhenge av blant annet sakens kompleksitet, og aktørenes bidrag til forsinkelser i saken. Når det er sagt, er det ikke tvilsomt at retten til en avgjørelse innen rimelig tid legger bånd på prosessens fremdrift, herunder hvor mye tid retten skal bevilge til avvisningsspørsmålet. Avgjørelse av avvisningsspørsmålet må derfor sees i lys av de konkrete omstendighetene; en kompleks sak kan tale for at spørsmålet bør undergis en grundigere behandling i hovedforhandlingen, mens det i motsatt fall, normalt sett vil være tilstrekkelig å treffe avgjørelsen under saksforberedelsen.

Selv om det er et prinsipielt poeng at enhver sak bør avgjøres raskt, er det i en del tvister et særlig behov for å få saken avgjort hurtig. For eksempel påkaller tvister om ulike tvangsinngrep,

⁶⁹ H. v. France para. 99.

og ansvar og omsorg for barn ekstra oppmerksomhet.⁷⁰ Behovet for en rask løsning må likevel avveies mot hensynet til en forsvarlig behandling, som følge av behovet for å få disponere eller få respektert det man har rett til, eller ut fra det behov de fleste har for å få lagt konflikter bak seg.⁷¹ Hva som utgjør «rimelig tid» i slike tvister må nødvendigvis bedømmes strengere i saker som ikke får like inngripende personlige konsekvenser.

3.5.3 Hensynet til prosessøkonomien

Avgjørelser om avvisningsspørsmålet kan utstå til hovedforhandlingen har en side til hensynet prosessøkonomien. Tvistelovens hovedregel i § 9-6 tredje ledd første punktum om at avvisningsspørsmålet skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen, skal ivareta dette. På den måten kan partene innrette seg og forberede saken på en forsvarlig måte.⁷² En rettsak sliter på alle involverte aktører, det er derfor viktig at prosessen legges opp slik at saken raskt får sin løsning, og at man unngår unødvendige kostnader.⁷³ En avgjørelse som kommer sent, vil kunne medføre at hovedforhandlingen må utsettes.⁷⁴ Det er ikke ønskelig for noen av de involverte aktørene. I utgangspunktet er det derfor mer prosessøkonomisk om retten avgjør avvisningsspørsmålet under saksforberedelsen.

Hensynet til prosessøkonomien har også sider til at det er kostbart å føre en sivil sak for retten. Dermed vil et viktig hensyn ved utformingen av prosessreglene være å få ned omkostningene.⁷⁵ Kostnadseffektivitet og hensynet til en rimelig prosess står i det hele tatt sentralt i sivilprosessen, og uttrykkes allerede ved tvistelovens formålsbestemmelse § 1-1. Domstolene må med andre ord gjøre sitt for å forsøke å holde kostnadsnivået nede i den grad det lar seg gjøre, selv om en ikke kommer unna at rett koster.

Retten adgang til å skyve på avvisningsspørsmålet dersom sammenhengen tilsier det gjør et innhugg i det gjennomgående hensynet til prosessøkonomien. Manglende ivaretagelse av prosessøkonomien kan få en rekke uheldige konsekvenser. Det kan medføre at den som involveres i en rettslig tvist ikke har råd til å gå til domstolene for å få denne løst, eller at en

⁷⁰ Schei (2022) første del, kap. 1, § 1-1 punkt 2, avsn. 11.

⁷¹ Schei (2022) første del, kap. 1, § 1-1 punkt 2, avsn. 11.

⁷² NOU 2001: 32B s. 752.

⁷³ NOU 2001: 32A s. 133.

⁷⁴ NOU 2001: 32B s. 752.

⁷⁵ NOU 2001: 32A s. 116.

part som trekkes inn for domstolene, ikke tør annet en å gi seg av frykt for konsekvensene.⁷⁶ Det leder til at berettigede krav ikke fremmes, eller at uberettigede krav fører frem.⁷⁷ Det har sider til rettsikkerheten til den enkelte og samfunnsmessige virkninger ved at den materielle retten ikke blir gjennomført.⁷⁸ Derimot utgjør den en vesentlig omkostning, både individuelt og samfunnsmessig, ved at reelt begrunnede krav som for mange er betydelige også økonomisk, ikke kan fremmes for domstolene.⁷⁹ Disse sentrale hensynene tilsier at hensynet til prosessøkonomien må stå sterkt ved spørsmål om avvisningsspørsmålet skal utsettes, noe tvistemålsutvalget forutsatte.

Hensynet til prosessøkonomien står for så vidt i en delvis spagat mellom å avgjøre avvisningsspørsmålet så tidlig som mulig, og å utsette det. For det er ikke gitt at en utsettelse kommer i konflikt med hensynet. På den ene siden tilsier det at avvisningsspørsmål treffes så tidlig som mulig, i tråd med lovens hovedregel. Dersom det på et tidlig stadium viser seg at en sak må avvises, har det lite for seg å sette hele rettsapparatet i gang. Det er derfor i utgangspunktet verken hensiktsmessig for partene eller prosessøkonomisk gunstig å utsette avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen, dersom det kan treffes med et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag under saksforberedelsen. Spørsmålet har regelmessig ikke noe med de materielle kravene i saken å gjøre. Utskytelse av spørsmålet til hovedforhandlingen medfører dessuten at det går på bekostning av tiden som er ment å brukes på de materielle spørsmål i saken.

På den annen side, tilsier nettopp prosessøkonomien at denne type spørsmål utstår til hovedforhandlingen dersom sammenhengen med sakens realitet tilsier det. Det følger også forutsetningsvis av at behandlingen skal være proporsjonal. På grunn av sammenhengen, vil løsningen av avvisningsspørsmålet og sakens materielle spørsmål kunne reise mange av de samme problemstillingene som vil kunne avhenge av hverandre, og dessuten medføre en iboende, for ikke å si unngåelig, risiko for dobbeltbehandling. Avgjørelsen av spørsmålene vil derfor gjøres samlet, på et tidspunkt hvor retten har et bedre avgjørelsesgrunnlag.

⁷⁶ NOU 2001: 32A s. 132.

⁷⁷ NOU 2001: 32A s. 132.

⁷⁸ NOU 2001: 32A s. 132.

⁷⁹ NOU 2001: 32A s. 113.

Når avvisningsspørsmålet blir besluttet utsatt, medfører det at det bevilges mer krefter til spørsmålet som står på spill, enn om det ville blitt avgjort under saksforberedelsen. Derfor må avgjørelsen om utsettelse skal finne sted, være nødvendig og veloverveid. Hvis ikke kan det få samme utilsiktede virkning som etter tvistemålsloven. Avvisningsspørsmål ble besluttet utsatt i stort monn fordi de var vanskelige, eller fordi det var hensiktsmessig for retten. Disse begrunnelsene er ikke egnet til å ivareta hensynet til prosessøkonomien.

Riktignok kan det innvendes at det i den enkelte sak spiller mindre rolle hvorvidt avvisningsspørsmålet behandles på det ene eller andre stadiet. Synsvinkelen er nok for snever. Hensynet til prosessøkonomi kan ikke knyttes utelukkende til den enkelte sak, det vil slå bein under hele poenget. For når det blir mange nok enkeltsaker hvor hensynet blir neglisjert, vil det før eller siden gå utover sivilprosessens funksjoner på et bredere, samfunnsmessig plan. Det er i strid med prosessøkonomiens sentrale plass i tvisteloven, og vil i ytterste konsekvens bli et ressurs spørsmål som vil kunne gå utover rettssikkerheten til den enkelte.

I Fjellstyre-saken blir hensynet til prosessøkonomien poengtert. Saken gjaldt spørsmål om avvisning av søksmål fra to kommuner mot staten om fjellovens anvendelse for statsgrunn og kommunenes vedtak om opprettelse av fjellstyrer.⁸⁰ Saksøker anførte at avvisningsspørsmålet måtte utstå til hovedforhandlingen. Retten vektla hensynet til rask avklaring og mulighetene for å spare partene for eventuelle unødige omkostninger ved full saksforberedelse og hovedforhandling. Å ta stilling til spørsmålet under saksforberedelsen ville bidra til en rask og effektiv prosess. Retten foretok altså en konkret vurdering av hvorvidt en utskytelse av avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen var egnet til å ivareta kravet til prosessøkonomien.

Det særegne med hensynet til prosessøkonomien er at det i seg selv ikke kan sies å være et rettslig hensyn. Riktignok er det rettsliggjort ved at det utgjør et av flere legislative hensyn etter tvisteloven, men isolert sett er det snarere et uttrykk for en politisk målsetning om fornuftig bruk av offentlige midler. Om det var opp til domstolene å bestemme, hadde nok prosessøkonomi sjeldent stått i veien for hensynet til forsvarlig avgjørelsesgrunnlag eller materielt riktige avgjørelser. Dermed kan det problematiseres at et så vidt politisk begrep skal gripe så kraftig inn i domstolenes virke, og potensielt gå på bekostning med rettsstatens

⁸⁰ TSOL-2021-97527.

grunnleggende oppgaver. Svaret er nok delvis å finne i det faktum at det ubestridelig er et sterkt bånd på bruken av offentlige midler. Det kan derfor innvendes at det er uheldig at prosessøkonomien skal få et så bredt nedslag som det tvistemålsutvalget forutsatte under arbeidet med tvisteloven.

3.5.4 Hensynet til partene

Hensynet til partene vil isolert sett nesten alltid tale for at avvisningsspørsmålet avgjøres så raskt som mulig i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum. Det som står på spill er om det blir rettssak eller ikke. En utsettelse av avvisningsspørsmål står i så måte i en særstilling, hvor partenes forhold kommer inn på en rekke måter. For det første kan en rettssak være belastende for de involverte. En utsettelse som leder til avvisning utsetter partene for en uforholdsmessig påkjenning. I tillegg kommer den psykiske belastningen det er å innrette seg etter en rettssak, som likevel ikke blir noe av.

For det andre taler hensynet til partenes ressurser taler for at saksbehandlingsspørsmål ikke utsettes til hovedforhandlingen. Det ble vektlagt av lagmannsretten i Fjellstyre-saken.⁸¹ Rettsprosessen er en kostbar affære. Når avvisningsspørsmålet skuffes frem til hovedforhandlingen, må partene forholde seg til sakens realitet, for deretter å i verste fall bli møtt med avvisning av saken.

En annen sak hvor hensynet til partene var et relevant moment, var LB-2017-45708 (Samværsrett). Saken gjaldt overprøving av fylkesnemndas vedtak om å nekte to foreldre samværsrett med sine to barn. Tingretten besluttet at avvisningsspørsmålet skulle utskytes til hovedforhandlingen, med henvisning til at spørsmålet om rettslig interesse burde vurderes i lys av en umiddelbar bevisførsel der tilknytningsforholdet partene imellom nærmere kunne belyses.⁸² Lagmannsrettens kjennelse gjaldt anke over denne beslutningen, og kom til at tingrettens beslutning om å skyve på avvisningsspørsmålet ikke var åpenbart uforsvarlig eller urimelig. Dette til tross for at det fremgikk av sakens dokumenter at det var helseskadelig for

⁸¹ TSOL-2021-97527.

⁸² Se utdrag fra tingrettens beslutning av 28. februar 2017 i innledningen i LB-2017-45708.

de involverte barna å ha rettsprosessen gående. Tingretten uttalte like fullt på sin side at «barnas mening i saken har stor vekt»,⁸³ i beslutningen om å utsette avvisningsspørsmålet.

Nå er det ikke slik at dersom avgjørelsen ville ha blitt truffet under saksforberedelsen, ville rettssaken automatisk ha blitt avsluttet som følge av en avvisningsgrunn. Poenget var at avgjørelsen skal treffes på dette stadiet. At det var helseskadelig for barna å ha en rettsprosess gående var dermed ikke knyttet til avvisningsspørsmålet spesielt, men til hele prosessen som sådan. Derfor spilte det argumentativt mindre rolle at avvisningsspørsmålet utsto til hovedforhandlingen. Hensynet til partene tar like fullt for en hurtig avgjørelse.

Når vurderingstemaet er hvorvidt avgjørelsen er åpenbart uforsvarlig eller urimelig, må det antas at det skal mye til for at hensynet til barna skjærer gjennom. En rettssak som involverer barn, står likevel i en særlig stilling. Belastningen som påføres kan være vesentlig mer inngripende enn for andre aktører. Trolig utgjør disse sakene et mindretall av de sivile sakene som tas til retten, både barn og foreldre vil avgjort være tjent med at tvisten løses i minnelighet utenfor rettsapparatet.

Det er stor forskjell på partenes forutsetninger i sakene som verserer for retten. Saker med personlige konsekvenser står åpenbart i en særstilling, for eksempel i saker om samværsrett, hvor begge parter er privatpersoner, gjerne med en begrenset økonomi. Man vil regelmessig være interessert i en så rask avklaring som mulig for å bringe saken ut av dagen. Saker hvor partene er profesjonelle, for eksempel selskap som er representert ved prosessfullmektig, står i en annen stilling. De vil ofte ha ubegrensede midler til å øremerke tvisten, og sakens utfall får ikke konsekvenser på det personlige plan.

Rent prinsipielt bør hensynet til partene gjøre seg gjeldende uavhengig av partenes styrkeforhold. Likevel taler disse omstendighetene for at hensynet til partene vil variere fra sak til sak, og gjøre seg gjeldende i varierende grad ut fra hvilke parter en har med å gjøre. Hvis ikke er det en risiko for at vektleggingen av hensynet under en rettssak er illusorisk, fordi det regelmessig vil være av underordnet betydning for enkelte parter hvorvidt avvisningsspørsmålet avgjøres på det ene eller andre stadiet i prosessen.

⁸³ 17-005428TVI-OTIR/08.

Hensynet til partene tilsier at terskelen for å skyve på avvisningsspørsmålet må være høy. Konsekvensene for den enkelte er for store til at retten bør ha en vid adgang til å utsette spørsmålet for eget forgodtbefinnende. Utsettelsen bør altså være egnet til å ivareta hensynet til partenes innrettelse og forutsigbarhet.

4 Utsettelse dersom andre forhold tilsier det

4.1 Hva er «andre forhold»?

Det alternative vilkåret for å utsette avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen etter tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum er hvis «andre forhold» tilsier det. Tvistemålsutvalget har antatt at lovens hovedregel om at saksbehandlingsspørsmål skal avgjøres så tidlig som mulig ikke er passende i ethvert tilfelle, selv om det *ikke* er sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og de materielle spørsmål i saken. Det åpner for en videregående adgang til å skyve på spørsmålet.

Vilkåret må nødvendigvis avgrenses mot tilfeller der det er sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og kravet i saken. Ordlyden er ellers åpen, og fremstår som en sekkebetegnelse hvor en rekke forhold kan tenkes å inngå. Det må bero på en konkret vurdering, og åpner tilsynelatende for en svært vid adgang til å la avvisningsspørsmålet utstå til hovedforhandlingen, og representerer et tilsynelatende bredt unntak til hovedregelen.

Verken NOU-en eller proposisjonen til tvisteloven behandler vilkåret «andre forhold». Det er uheldig, all den tid ordlyden som nevnt fremstår meget skjønnsmessig, og kan få store konsekvenser for behandlingen av tvisten. Når både tvistemålsutvalget og departementet unnlater å presisere vilkåret nærmere, tyder det på at de har kastet ballen videre til rettspraksis for å presisere vilkåret nærmere. Dette grepet er en velkjent lovgivningsteknikk som er egnet på en rekke områder, for eksempel ved rettslige standarder. Problemet i denne sammenheng er, som jeg nevnte innledningsvis, at spørsmålene svært sjeldent kommer på spissen i rettsapparatet som følge av den snevre ankeadgangen, aller minst til Høyesterett. Det får den konsekvens at rettspraksis kanskje ikke er like egnet til å utbrodere vilkåret som det tvistemålsutvalget og departementet så for seg.

I kommentarutgaven til tvisteloven tar forfatterne ordlyden i § 9-6 tredje ledd annet punktum til inntekt for at det kun er «andre saksbehandlingsspørsmål» enn avvisningsspørsmål som kan

utsettes etter dette unntaket.⁸⁴ Avgrensningen er ikke åpenbar, og følger ikke av en umiddelbar forståelse av ordlyden. Tvert imot må ordlyden tas til inntekt for at det med «saksbehandlingsspørsmålet» vises tilbake til avgjørelser om spørsmål om saken skal avvises etter første ledd. Det gir liten mening at avvisningsspørsmålet er omfattet av vilkåret om sammenheng, men ikke vilkåret om andre forhold, særlig ikke når denne reservasjonen verken fremgår av ordlyden eller forarbeidene.

I lys av hovedregelen, pekes det på at det må kreves «atskillig» før saksbehandlingsspørsmålet kan utstå hovedforhandlingen etter dette unntaket.⁸⁵ Hva som menes med «atskillig» er ikke innlysende. Om noe, tilsier ordlyden at det skal mye til før avvisningsspørsmål kan skyves på. Ikke ethvert avvisningsspørsmål kan utsettes selv om det er sammenheng med de materielle spørsmål i tvisten, det skal noe mer til.

Skoghøy tar ordlyden til inntekt for tilfeller hvor det av andre grunner (enn sammenheng med kravene i saken) fremstår som mest arbeidsbesparende å behandle avvisningsspørsmålet sammen med realitetsspørsmålet.⁸⁶ Det åpner for en nokså bred adgang til å skyve på avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen, likevel betinget av at grepet er arbeidsbesparende. Hovedregelen om at avvisningsspørsmålet skal treffes så tidlig som mulig, er altså ikke i ethvert tilfelle egnet til å ivareta lovens formål om en rask og effektiv behandling av rettstvister.

Dersom utsettelse er arbeidsbesparende, kan altså spørsmålet utstå. Det er i tråd med forarbeidenes fokus på prosessøkonomisk løsning av rettstvister. Om retten etter en foreløpig vurdering finner det lite sannsynlig at avvisningspåstanden kan tas til følge, kan en separat behandling av avvisningsspørsmålet under hovedforhandlingen øke de totale prosesskostnadene.⁸⁷ Dette typetilfellet er nå for øvrig fanget opp av tvisteloven § 9-6 tredje ledd tredje punktum.

Tilnærmingen til Skoghøy er utelukkende prosessorientert, og lar hensynet til prosessøkonomien gå på bekostning av sakens opplysning og hensynet til partene. Det er ikke

⁸⁴ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 8, avsn. 3.

⁸⁵ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 8, avsn. 3.

⁸⁶ Skoghøy (2022) s. 252.

⁸⁷ Skoghøy (2022) s. 252.

åpenbart at vilkåret må avgrenses mot disse omstendighetene, spesielt med tanke på at ordlyden og forarbeidene er såpass vage som de er. Samlet sett åpner de for en skjønnsmessig vurdering i den enkelte sak. Selvsagt kommer prosessøkonomien inn som et sentralt moment, men at det skal være det eneste relevante hensynet finner jeg vanskelig å godta. Hensynet bør ikke prinsipielt strupe hensynet til partene eller andre relevante forhold i den konkrete saken.

Det må dermed antas at terskelen for å utsette avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen etter dette vilkåret er enda høyere enn etter sammenhengvilkåret. Her åpner loven for utsettelse etter andre grunner enn der sammenhengen tilsier det, en tilsynelatende vid adgang. Det står i strid med at adgangen skal være ment å være snever, og kan fort komme i konflikt med både hensynet til prosessøkonomien, hensynet til partene og rettergang innen rimelig tid. Dette uten at det nødvendigvis er egnet til å ivareta hensynene til forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og materielt riktige avgjørelser, som vi har sett er tilfelle ved av sammenhengvilkåret.

4.2 Tidspress

Tidspress kan medføre at dommeren ikke har tilstrekkelig tid til å sette seg inn i avvisningsspørsmålet før hovedforhandlingen.⁸⁸ Både hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og materielt riktig avgjørelser tilsier dermed at spørsmålet bør utstå til hovedforhandlingen. At avgjørelsen treffes på et tidspunkt hvor avgjørelsesgrunnlaget er bedre, må også sies å komme partene til gode. Hvorvidt det gjøres under saksbehandlingen eller hovedforhandlingen blir derfor argumentativt underordnet.

På den annen side gjør det seg sterke motforestillinger mot å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen utelukkende fordi dommeren ikke har tid, eller er stresset. Verken hensynet til en forsvarlig eller økonomisk prosess står på spill her. Det er snarere et spørsmål om en formålstjenlig planlegging av prosessen, som bør angripes med andre midler enn å ta dristige sjanser ved bruk av partenes ressurser og forutsigbarhet. Det skal ikke gå utover partene at dommeren ikke har tid, når dommeren etter tvisteloven attpåtil er utstyrt med en bred rett og plikt til å legge opp den enkelte sak på en tilfredsstillende måte. Det kan raskt komme i konflikt med retten til en rettferdig rettergang.

⁸⁸ Se Vangsnes (2018) på s. 144 om at mange saksbehandlingsspørsmål ofte utsettes til hovedforhandlingen på grunn av manglende oversikt eller tidspress.

Problemet er at tidspress kan lede til flere andre uheldige konsekvenser. Når dommeren opplever at han eller hun ikke har tid til å treffe avgjørelse under saksbehandlingen, står valget mellom å treffe den med et knapt avgjørelsesgrunnlag eller å utsette den til hovedforhandling hvor avgjørelsesgrunnlaget er bedre. I en slik situasjon vil nok hensynet til forsvarlig behandling av tvisten være tungtveiende, slik at dommeren bør utsette spørsmålet for å samtidig ivareta målsetningen om et materielt riktig resultat. Vi ser derfor at tidspress i ytterste konsekvens kan fungere som en katalysator for å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen. Det er uheldig, all den tid ingen av de sentrale hensynene står på spill, samtidig som at det vil kunne gå på bekostning av prosessøkonomien og partenes innrettelse.

4.3 Krevende rettsanvendelse

Retten møter regelmessig på krevende spørsmål av både rettslig og faktisk art. Dersom dommeren står overfor et vanskelig avvisningsspørsmål, tilsier hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag at spørsmålet bør utskytes til hovedforhandlingen. Her vil saksforholdet spes på ved hjelp av parts- og vitneforklaringer og øvrig bevisføring. Hensynet til et materielt riktig resultat taler også for at avgjørelsen bør legges der grunnlaget for den er best.

At avvisningsspørsmålet byr på vanskelig rettsanvendelse, er imidlertid ikke i seg selv en grunn til å la det utstå til hovedforhandlingen.⁸⁹ At spørsmålet byr på krevende vurderinger, er ikke nødvendigvis det samme som å ha manglende grunnlag for å ta stilling til spørsmålet. Å utsette spørsmålet på dette grunnlaget kan riktignok være bekvemt for dommeren, men det går ikke automatisk på akkord med hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag. Det er heller ikke åpenbart at utsettelsen vil være arbeidsbesparende, som er et sentralt moment. Ikke mindre, vil ikke utsettelse på dette grunnlaget være et egnet virkemiddel til å imøtekomme formålet om at løsning av rettsvisten skal være prosessøkonomisk. At dommeren finner spørsmålet krevende, bør ikke gå utover partene og rettsapparatet.

At avvisningsspørsmålet var vanskelig, var en del av begrunnelsen for utsettelse til hovedforhandlingen i *Drilling-saken*.⁹⁰ Her må det nok gå et skille mellom vurderinger av

⁸⁹ Schei (2022) tredje del, kap. 9, II § 9-6 punkt 8, avsn. 2.

⁹⁰ LG-2016-5662, jf. TBERG-2014-158028.

faktisk og rettslig karakter, ettersom faktiske forhold avgjort er mindre belyst under saksforberedelsen. Spørsmål av rettslig karakter derimot, skulle i seg selv tilsi at avgjørelsen kan treffes under saksforberedelsen. Problemet oppstår når omstendighetene er slik som i Drilling-saken, at svaret på avvisningsspørsmålet beror på både faktiske og rettslige spørsmål. Dermed bør nok det at avvisningsspørsmålet er krevende, like fullt utgjøre et relevant moment når retten skal ta stilling til avgjørelsen av det. Det kan derfor argumenteres for at invitasjonen til å la dommeren skyve på avvisningsspørsmålet øker proporsjonalt med graden av vurderinger av faktisk art.

Dersom vanskelig rettsanvendelse er tilstrekkelig til å skyve på avvisningsspørsmålet, vil det kunne føre til at dommeren utsetter spørsmålet i stor stil fordi det er behagelig. Dette var som nevnt tilfellet etter tvistemålsloven.⁹¹ Det ville vært uheldig om praktiseringen av tvistelovens regler skulle føre til det samme. Det er ikke behov for at flertallet av avgjørelser om avvisningsspørsmål skal utskytes til hovedforhandlingen. Det at tvisten byr på krevende rettsanvendelse bør angripes med andre, mindre inngripende tiltak enn utsettelse.

4.4 Tvisteloven § 19-10 første ledd annet punktum

Som følge av at ordlyden i vilkåret «andre forhold» i tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum åpner for at en rekke forhold kan inngå, kan lovens øvrige saksbehandlingsregler i prinsippet utgjøre «andre forhold».

Backer uttaler at saksbehandlingsspørsmål kan utsettes til hovedforhandlingen fordi avgjørelser under saksforberedelsen ikke behøver å være bindende under hovedforhandlingen.⁹² Eksemplet hans gjelder bevisplikt spesielt, men jeg har likevel valgt å innta det fordi argumentet kan gjøres gjeldende overfor avvisningsspørsmål også. Det han sikter til er tvisteloven § 19-10 første ledd første punktum som fastslår at saksstyrende kjennelser kan omgjøres av den rett som har avsagt dem, og følgelig etter andre punktum at avgjørelser under saksforberedelsen ikke er bindende ved hovedforhandlingen eller annet rettsmøte hvor saken avgjøres.⁹³ Det er ikke vanskelig å se

⁹¹ Se kap. 3.2 ovenfor.

⁹² Backer (2020) s. 444.

⁹³ Tvisteloven § 19-10 (1).

for seg at å treffe avgjørelser under saksforberedelsen etter omstendighetene kan være uforholdsmessig nettopp på grunn av funksjonen til tvisteloven § 19-10.

Kjennelser om avvisning av saken er ikke saksstyrende i lovens forstand.⁹⁴ Det er derimot avgjørelser som fremmer en sak til realitetsbehandling.⁹⁵ Det medfører at motparten i prinsippet kan motsette seg denne avgjørelsen under hovedforhandlingen. Det er ikke i tråd med hensynet bak adgangen til å utsette avvisningsspørsmålet. Riktignok erkjenner Backer at avgjørelsen om bevisavskjæring spesielt, bør treffes under saksbehandlingen dersom bevisavskjæring skal «effektivisere saksbehandlingen».⁹⁶ Poenget med bevisavskjæringsinstituttet er nettopp at det skal effektivisere saksbehandlingen. Dersom avgjørelsen treffes under hovedforhandlingen vil arbeidet med å fremskaffe beviset allerede være gjort, og et bevis som allerede er for hånden vil lettere bli ført.⁹⁷

Å avskjære et bevis som allerede er fremskaffet, har lite for seg. Poenget er at beviset skal avskjæres i forkant fordi føringen er uforholdsmessig. Regelen ville ellers ha vært illusorisk, og poenget med å treffe avgjørelsen under saksforberedelsen bortfalt. Backers eksempel er derfor kanskje praktisk mulig, men ikke egnet til å ivareta formålet med § 9-6, og burde derfor helst ha vært unngått eller presisert ytterligere.

Poenget er dermed hvorvidt avgjørelsen er egnet til å effektivisere saksbehandlingen. Å bringe opp avvisningsspørsmålet under hovedforhandlingen for annen gang vil i utgangspunktet ikke være i tråd med en prosessøkonomisk behandling av saken. Spørsmålet er allerede avgjort og påkostet under saksforberedelsen. Hensynet til prosessøkonomien taler dermed mot å ta opp spørsmålet på nytt. Ikke minst kommer hensynet til partene, som denne gangen faktisk har innrettet seg på at saken fremmes. Adgangen til omgjøring representerer altså et dypt innhugg i partenes innrettelse.

Argumentet ble anført i Fjellstyre-saken.⁹⁸ Saksøker anførte at avvisningsspørsmålet måtte utsettes til hovedforhandlingen, noe saksøkte motsatte seg. Begrunnelsen til saksøker var at

⁹⁴ Schei (2022) fjerde del, kap. 19, III punkt 2.2 avsn. 2.

⁹⁵ Schei (2022) fjerde del, kap. 19, III punkt 2.2 avsn. 2.

⁹⁶ Backer (2020) s. 444.

⁹⁷ Backer (2020) s. 444.

⁹⁸ TSOL-2021-97527.

dersom spørsmålet ble utsatt, ville saksøkte likevel kunne påstå saken avvist under hovedforhandlingen. Tingretten forkastet argumentet og avgjorde avvisningsspørsmålet under saksforberedelsen. Det ble lagt til grunn at saksøkers begrunnelse om å vente fordi om saksøkte skulle tape spørsmålet om avvisning ikke var tilstrekkelig til å fravike lovens hovedregel. Avgjørelsen er i og for seg betryggende, ved at retten fant at argumentet om at avgjørelsen ikke er bindende under hovedforhandlingen ikke alene er nok til å skyve på spørsmålet. Etter min mening bør argumentet neppe tilføre meget i en helhetsvurdering heller.

I Holtan Industrier-saken hadde tingretten under saksforberedelsen besluttet at saken ikke skulle avvises, i tråd med hovedregelen i tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum.⁹⁹ Den ankende part anførte at avvisningsspørsmålet måtte behandles sammen med realitetsavgjørelsen under hovedforhandlingen. I stedet for å undersøke de ulike hensynene som talte for og imot en utsettelse, unnlot lagmannsretten å ta stilling til vurderingen, med henvisning til at tingrettens kjennelse uansett ikke var bindende under hovedforhandlingen etter tvistelovens § 19-10 første ledd siste punktum. Dermed var ikke den ankende part etter lagmannsrettens mening avskåret fra å kreve spørsmålet behandlet på grunnlag av umiddelbar bevisføring under hovedforhandlingen, selv om tingretten allerede hadde tatt stilling til og avgjort spørsmålet.

Lagmannsrettens tilnærming er problematisk. Den innebærer at selv om partene har forberedt seg på full hovedforhandling, som attpåtil er besluttet av tingretten, kan en av partene under hovedforhandlingen likevel vinne frem med en påstand om avvisning, ved å kreve avvisningsspørsmålet behandlet på nytt. Ikke bare er det uheldig med henblikk på partenes innrettelse, men det medfører også at retten bruker tid og ressurser på å behandle samme spørsmål to ganger. Det kan vanskelig sies å være nødvendig.

Det må imidlertid understrekes at lagmannsrettens tilnærming i Holtan Industrier-saken, selv om den er aldri så kritikkverdig, er i samsvar med lovens vilkår. Det tilsier at ordlyden er for vid, og at den fører med seg utilsiktede virkninger. Det er vanskelig å se for seg at denne måten å bruke vilkåret om «andre forhold» på, etter tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum, er i tråd med hensynet bak bestemmelsen. Kanskje skyldes det en glipp fra tvistemålsutvalget og departementet, men det blir naturligvis ren spekulasjon.

⁹⁹ LA-2010-63757.

Det må for øvrig antas at det skal adskillig til før avgjørelser av avvisningsspørsmål blir omgjort under hovedforhandlingen. Vilkårene er at det må være i tråd med tvistelovens formål og ikke være uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg.¹⁰⁰ Bestemmelsen forsøker å avhjelpe innvendingene i dette delkapitlet. Det skal nok mye til før det å fravike avgjørelsen om å fremme saken under hovedforhandlingen er i tråd med lovens formål om forsvarlig, rask og effektiv behandling av rettsvister, samt partenes innrettelse. Omgjøring må derfor ha svært gode grunner for seg, og vil kun unntaksvis kunne gjøres gjeldende overfor avvisningsspørsmål. Disse vilkårene ble ikke undersøkt av lagmannsretten i Holtan Industrier-saken.

4.5 Andre omstendigheter

I tillegg til de omstendighetene som er nevnt ovenfor, kan det nok tenkes ytterligere forhold som trekker i retning av at avvisningsspørsmålet bør utsettes til hovedforhandlingen. En må likevel ha i bakhodet at adgangen til å skyve på saksbehandlingsspørsmål generelt etter forarbeider og teori er ment å være snever. Det medfører at selv om det i en rettssak er omstendigheter som taler for utsettelse av avvisningsspørsmålet, betyr det ikke automatisk at utsettelse bør finne sted. Om ikke annet, vil forholdene utgjøre argumenter i en bredere vurdering av om utsettelse er på sin plass. Det hele må bero på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak.

Selv om utgangspunktet er at avvisningsspørsmålet skal behandles skriftlig under saksforberedelsen, hender det at en av partene påberoper seg muntlig forhandling, fordi det presumptivt åpner for en bredere behandling av spørsmålet. Det var tilfellet i Samværsrett-saken.¹⁰¹ Spørsmålet om partene hadde rettslig interesse ble besluttet utsatt til hovedforhandlingen, fordi det etter rettens mening var påkrevet med en umiddelbar bevisførsel, der tilknytningsforholdet partene imellom nærmere kunne belyses. Spørsmålet om rettslig interesse er uløselig knyttet til spørsmålet om avvisning, slik at det tingretten gjorde var å beslutte utsettelse av avvisningsspørsmålet på bakgrunn av ønsket om et mer forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

¹⁰⁰ Tvisteloven § 19-10 (1) første punkt.

¹⁰¹ LB-2017-45708.

At en av partene påberoper seg muntlig behandling, bør imidlertid ikke alene være nok til å skyve på avvisningsspørsmålet. Det innebærer tross alt at retten bevilger mer tid på et saksbehandlingsspørsmål som i utgangspunktet skal være bragt på det rene. Om noe, kan det tale for utsettelse av avvisningsspørsmålet. Selv om en utsettelse i utgangspunktet er uheldig for partene, gjør ikke denne innvendingen seg gjeldende med samme styrke dersom parten faktisk *foretrekker* at spørsmålet utstår til hovedforhandlingen.

5 Avveiningen

5.1 Konkurrerende hensyn

Oppgaven har vist at hensynene som står på spill ved avgjørelsen av om avvisningsspørsmålet skal utstå til hovedforhandlingen, trekker i ulike retninger. At det finnes sterke argumenter både for og imot, tilsier i seg selv en høy terskel. Det bør kreves tungtveiende hensyn for å fravike lovens hovedregel om at avvisningsspørsmålet skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen.

EMK og Grunnlovens skranker om forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og rettergang innen rimelig tid bør stå sentralt for vurderingen.¹⁰² Vurderingen må gjøres med utgangspunkt i at avgjørelsen skal være egnet til å ivareta disse prinsippene, samt hensynene til riktig resultat, partenes innrettelse og prosessøkonomien. Det er en krevende oppgave å forsøke å harmonere disse hensynene. Det må nok antas at retten til rettergang innen rimelig tid kun meget unntaksvis vil stå på spill når retten skal ta stilling til avvisningsspørsmålet. Det er i utgangspunktet ikke snakk om at selve rettsprosessen drar ut, men at avgjørelsestidspunktet flyttes fra et stadium til et annet. Jeg anser derfor dette hensynet for å ha mindre vekt for problemstillingen, likevel slik at det fungerer som skranke for hvor grundig behandlingen skal være, dersom behandlingen skulle bli langtekkelig.

I noen tilfeller kan det for eksempel være en motsetning mellom forsvarlighet og hurtighet i behandlingen, hvis man med det utelukkende ser på muligheten for å nå det materielle riktigeste resultat.¹⁰³ På den ene siden ønsker man en forsvarlig behandling av tvisten, mens den på den

¹⁰² EMK art. 6 (1), Grunnloven § 95.

¹⁰³ NOU 2001: 32A s. 133.

annen side skal være effektiv. Litt forenklet kan vi forestille oss at forsvarlig behandling av tvisten og hurtighet i behandlingen er omvendt proporsjonale størrelser.

Det behøver imidlertid slett ikke å være noen konflikt mellom for eksempel hensynet til rask behandling og hensynet til forsvarlighet. Svært ofte vil det være mulig å få til en fullt ut forsvarlig behandling gjennom en strukturering og konsentrasjon av behandlingen ved hjelp av verktøyene i tvisteloven – dels ved konsentrasjon i tid og dels ved konsentrasjon om tema, og de viktige og omtvistede deler av saken.¹⁰⁴

Selv om hensynet til forsvarlig avgjørelsesgrunnlag avgjort er et sentralt hensyn, kan det ikke gjelde ubetinget. Det vil prinsipielt tale for at avvisningsspørsmålet utstår til hovedforhandlingen, som følge av premisset om at grundigere behandling gir bedre avgjørelsesgrunnlag, og herved riktigere resultat. En avgjørelse vil i prinsippet aldri være godt nok opplyst, det vil alltid kunne pekes på omstendigheter som kunne vært grundigere undersøkt.

At ethvert avvisningsspørsmål utstår, er imidlertid urealistisk i en prosessordning som er styrt av offentlige midler og forvaltningsrettslige prinsipper som kostnader og effektivitet. Ikke minst en prosessordning hvor borgerne har krav på en avgjørelse innen rimelig tid. Derfor kan ikke hensynet til forsvarlig avgjørelsesgrunnlag alene styre prosessen, men må avstemmes mot andre hensyn.¹⁰⁵ Målet til retten bør være å treffe krysningpunktet hvor saken både er forsvarlig og prosessøkonomisk.

Hensynet til prosessøkonomien kan heller ikke gjelde ubetinget. Det vil alltid kunne pekes på omstendigheter ved en rettssak som kan effektiviseres. Et ubetinget gjennomslag for prosessøkonomien ville medført at det som er effektivt går på bekostning av det som er forsvarlig, for eksempel ved at retten avskjærer en av partenes bevisstilbud, selv om det åpenbart kan kaste lys over det materielle spørsmålet. Det øker risikoen for at retten overser sentrale momenter, eller ikke gjør en grundig nok vurdering av de spørsmål som foreligger til avgjørelse. Hensynet må avpasses de øvrige hensyn, som blant annet hensynet til å oppnå en materielt riktig avgjørelse.¹⁰⁶

¹⁰⁴ NOU 2001: 32A s. 133.

¹⁰⁵ Schei (2022) første del, kap. 1 § 1-1 punkt 2, avsn. 10.

¹⁰⁶ Schei (2022) første del, kap. 1 § 1-1 punkt 2, avsn. 12.

I Fjellstyre-saken undersøkte retten om de konkrete omstendighetene samlet tilsa at avvisningsspørsmålet måtte utstå til hovedforhandlingen.¹⁰⁷ Retten la vekt på hensynet til prosessøkonomien, som talte for at avvisningsspørsmålet ikke skulle utstå til hovedforhandlingen. Hensynet vil imidlertid på generelt grunnlag tale for at avvisningsspørsmålet bør avgjøres så tidlig som mulig, det var ikke noe særegent for denne saken. Dessuten fant retten at det ikke var noen nærhet mellom avvisnings- og realitetsspørsmålet som gjorde en utsettelse fornuftig. Et av lovens vilkår var altså klart ikke oppfylt. Likevel undersøkte retten om det var andre forhold som talte for utsettelse. Det viser at vurderingen av sammenhengvilkåret og vilkåret «andre forhold» gjøres samlet, og at retten benyttet seg av «andre forhold» som en slags siste utvei. Det må tas til inntekt for at vilkåret om «andre forhold» åpner for en bred helhetsvurdering hvor en rekke omstendigheter kan inngå.

Det er vanskelig å si hva utfallet hadde blitt dersom retten faktisk hadde funnet andre forhold som talte for utsettelse, all den tid det ikke var sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og det materielle spørsmålet i saken, som ville ha ivarettatt hensynet til prosessøkonomisk behandling. Så lenge verken hensynet til sakens opplysning eller materielt riktige avgjørelser tilsa utsettelse, er det ikke godt å forestille seg øvrige momenter som ville ha vært enda mer tungtveiende.

I et hypotetisk tilfelle kan det tenkes at en sak er av stor personlig betydning for de involverte parter, at den inviterer til krevende faktiske og rettslige spørsmål under saksforberedelsen, og at dommeren har et tidspress. I dette tilfellet må det antas at hensynet til prosessøkonomien neppe skjærer gjennom alle disse uten videre, men at dommeren kan finne at de nevnte omstendighetene samlet sett må lede til at avvisningsspørsmålet utstår til hovedforhandlingen.

Som vi har sett, tilsier hensynet til partene i utgangspunktet at avvisningsspørsmålet avgjøres tidlig. For at partene skal ha reell tilgang til domstolene, må systemet være rigget for at partene kan forberede og innrette seg på en forsvarlig måte. Retten bør utføre sine oppgaver på en tilfredsstillende måte, uten at det går på bekostning av partenes forutsigbarhet. Det tilsier at hensynet til partene bør ha en viss vekt i vurderingen. Det som er hensiktsmessig for retten bør dermed være av underordnet betydning.

¹⁰⁷ TSOL-2021-97527.

Selv om den ankende part i Sameieoppløsning-saken anførte at hensynet til partene tilsa at avvisningsspørsmålet skulle behandles før hovedforhandlingen, fant lagmannsretten at tingrettens avgjørelse om å utsette spørsmålet til hovedforhandlingen ikke var åpenbart uforsvarlig eller urimelig.¹⁰⁸ Retten unnlot å ta stilling til hvilken terskel som må foreligge for at utsettelse kan finne sted og hvilke kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Det er i alle fall klart at hensynet til rettsapparatet gikk på bekostning av hensynet til partene, uten at dette ble nærmere problematisert. Likevel er det kanskje ikke nok i seg selv å anføre at hensynet til partene tilsier at avvisningsspørsmålet avgjøres under saksforberedelsen. Anførselen var generell, og kunne ha vært spesifisert og konkretisert i lys av de konkrete omstendighetene.

5.2 Særlig om sammenhengvilkåret

Etter rettspraksis er det gjennomgående ett moment som blir gitt avgjørende vekt når avgjørelsen av om avvisningsspørsmålet kan utstå skal treffes: lovens vilkår om sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og sakens materielle spørsmål. Dette uten hensyn til om det er avvisning som følge av negativ rettskraft, eller ikke.

I Drilling-saken var partene uenige om det meste i tilknytning til de materielle og prosessuelle spørsmål i saken.¹⁰⁹ Som følge av at saksøkers reelle behov for avgjørelse som utgangspunkt skal prøves i avvisningsomgangen, skulle spørsmålet om det var rettslig grunnlag for de krav som ble gjort gjeldende også treffes her. Tingretten fant derimot at spørsmålet om det var faktisk og rettslig grunnlag hadde en «nær sammenheng» med tolkning av sluttavtalens bestemmelser om ansvarsfraskrivelse og verneting, med henvisning til tvistelovens § 9-6 tredje ledd annet punktum.¹¹⁰ Hvis saksøkte gikk klar av tiltalen som følge av ansvarsfraskrivelsen i avtalen, hadde ikke saksøker noen sak. Svaret på det spørsmålet forutsetter en konkret tolkning.

Det var dessuten få opplysninger om hvilke unnlater eller handlinger som var foretatt og hvilken rolle de saksøkte hadde hatt. Det gjorde det ikke enklere for retten å foreta vurderingen under saksforberedelsen. Uenigheten mellom partene, samt de mangelfulle opplysningene,

¹⁰⁸ LH-2021-124915.

¹⁰⁹ LG-2016-5662.

¹¹⁰ TBERG-2014-158028.

medførte ikke uten videre at avvisningsspørsmålet var egnet til å avgjøres uten muntlig behandling og bevisføring. Momentene trekker samlet sett nokså sterkt i retning av at avvisningsspørsmålet måtte utstå til hovedforhandlingen.

På den annen side, var de påkrevde vurderingene av en såpass omstendelig karakter at det utvilsomt ville få konsekvenser for prosessens fremdrift, ved at hovedforhandlingen ville dra ut. Tingretten tok ikke stilling til dette, mens terskelen for å utskyte avvisningsspørsmålet heller ikke ble adressert. At vurderingene var omstendelige, talte imidlertid også for å gjøre dem under hovedforhandlingen for å oppnå et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag.

Én ting er at det er nær sammenheng mellom de prosessuelle og materielle spørsmål i saken, men en annen ting er at det foreligger få opplysninger. Begge tilfeller påtvinger tilsynelatende en utsettelse av avvisningsspørsmålet. Kan det tenkes at dersom partene, eller dommeren, hadde gjort en grundigere jobb i Drilling-saken, ville retten ha hatt et bedre grunnlag for å ta stilling til avvisningsspørsmålet under saksforberedelsen? Det er nærliggende å svare ja, men det sentrale poenget er at det er uheldig om det er få opplysninger under saksforberedelsen i seg selv bidrar til at spørsmålet må utskytes. Opplysninger som partene sitter på, men som ikke er bragt på det rene for retten.

Dersom retten mangler opplysninger under saksforberedelsen, kan dommeren vanskelig gjøre annet enn å utsette avvisningsspørsmålet, selv om det går på bekostning av prosessøkonomien, og ikke er i samsvar med de øvrige hensynene. Riktignok vil utsettelsen gi dommeren et mer forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, men årsaken er ikke i tråd med formålet med tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum. At saken er knappere belyst under saksforberedelsen enn i hovedforhandlingen ligger i prosessens natur, det var ikke særegent for Drilling-saken.

I Samværsrett-saken bygget saksøktens anførsel om manglende rettslig interesse på at barna ikke ville møte foreldrene overhodet, og at saksøker derfor ikke hadde aktuell interesse i søksmålet.¹¹¹ Hensynet til barna tilsa at avvisningsspørsmålet burde avgjøres under saksforberedelsen, mens sakens opplysning talte for at spørsmålet skulle utstå fordi det var behov for å få barnas synpunkter og grunnlaget for disse nærmere belyst for å treffe avgjørelsen. Retten sto overfor to hensyn som trakk i hver sin retning.

¹¹¹ LB-2017-45708.

Deretter bemerket dommeren at spørsmålet om manglende rettslig interesse var «nært knyttet» til det materielle spørsmålet i saken, nemlig foreldrenes samværsrett. Samværsretten gjaldt om det skulle være kontakt per telefon eller andre kommunikasjonsmidler. Barna hadde på sin side uttalt at de ikke ville møte sine foreldre. Likevel besluttet dommeren at avvisningsspørsmålet burde utstå for å bringe barnas synspunkter nærmere på det rene. Her kunne barnas formening vært bragt raskere på banen, slik at en utsettelse av avvisningsspørsmålet ikke måtte foretas tilsynelatende på bakgrunn av manglende opplysninger, og slik at retten raskere kunne ha konkludert med om saken måtte avvises eller ikke.

Til tross for viktigheten av hensynet til prosessøkonomien, viser den sparsommelige rettspraksis om utsettelse av avvisningsspørsmålet at hensynet kanskje ikke har fått det gjennomslaget som tvistemålsutvalget forutsatte. I verken Holtan industrier-saken, Venezuela-saken eller Samværsrett-saken ble betydningen av prosessøkonomien for om avgjørelsen av avvisningsspørsmålet måtte utsettes vurdert.¹¹² Som følge av til dels mangelfulle domsgrunner i disse avgjørelsene, er det vanskelig å få tak på hvordan retten gjorde sine vurderinger, og om de i det hele tatt gjøres i lys av hensynet til prosessøkonomien. Vurderingen gjøres i alle fall ikke eksplisitt.

Sammenhengvilkåret får på sin side selvstendig vekt i rettens vurdering. Det er uheldig, og vil kunne skape en presedens for at retten lettere vil skyve på avvisningsspørsmålet dersom det er bekvemt, uten henblikk på om det vil være i tråd med de øvrige hensynene. Inntrykket er at så lenge lovens vilkår om sammenheng er oppfylt, skal det mye til for at avvisningsspørsmålet ikke utstår til hovedforhandlingen. Men det er ikke gitt at vilkåret har ubetinget gjennomslagskraft. En utsettelse kan gå hardt utover hovedforhandlingen, som kanskje allerede er innholdsrik nok. De som må ta støytene, det er partene.

5.3 Hvilket hensyn bør veie tyngst?

I avgjørelser som treffes på grunnlag av avveininger, melder det seg uunngåelig et spørsmål om hvilket hensyn som er det mest sentrale. Å rangere de konkurrerende hensyn etter vekt er en krevende øvelse. Velger man seg ett, velger man i realiteten bort alle de andre. Her kommer

¹¹² LA-2010-63757, LB-2010-107130, LB-2017-45708.

imidlertid at det som nevnt ikke må være motstrid mellom de ulike hensynene. Derfor kan det argumenteres med at det har lite for seg å oppstille en slik rangering. På den annen side vil retten før eller siden støte på en situasjon der motstridende hensyn trekker i ulike retninger, og er nødt til å treffe en avgjørelse i det ene eller andres favør. Likevel bør ikke retten vektlegge ett hensyn på bekostning av de andre, men heller tilstrebe å legge seg på krysningpunktet, for å i størst mulig utstrekning forsøke å forene de som gjør seg gjeldende. Det ligger tross alt i motstridens natur at en rangering ikke kommer på tale.

Om man likevel skal forsøke seg på en forsiktig rangering, må utgangspunktet tas i de hensyn som er en forutsetning for at retten skal kunne utføre sine oppgaver på en forsvarlig måte, nemlig hensynet til et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag og materielt riktige avgjørelser. Idet hensynet til prosessøkonomien går på bekostning av disse hensynene, har det etter min mening gått for langt. Hensynet til prosessøkonomien kan ikke vinne for enhver pris, målet bør være krysningpunktet. I avveiningen bør det være tilstrekkelig at prosessen er god nok, men ikke perfekt.¹¹³ Rettens påtvungne hurtige saksbehandling bør avhjelpest med andre tiltak enn neglisjering av partenes rettssikkerhet.

Lovens sammenhengvilkår vil åpenbart være et sterkt argument for at avvisningsspørsmålet kan utskytes. Det vil likevel til enhver tid være større eller mindre sammenheng mellom de prosessuelle og materielle spørsmål i en tvist, uten at det automatisk medfører at spørsmålet bør utstå av den grunn. For eksempel vil vilkåret om reelt behov for å få avgjort kravet i forhold til saksøkte i henhold til tvisteloven § 1-3 annet ledd første punktum i en viss grad være tilknyttet realiteten. Som vi har sett benytter retten seg av vilkåret i stor utstrekning, ikke bare i saker som omhandler negativ rettskraft, men også i saker der det etter rettens skjønn for øvrig er sammenheng mellom prosessuelle og materielle spørsmål. Det stiller etter min mening strengere krav til begrunnelsen.

I møte med hensynene i dette delkapitlet, kan det argumenteres med at hensynet til partenes innrettelse kommer i bakgrunnen. Det har ikke fått den uttrykkelige posisjonen som hensynene til forsvarlig og effektiv behandling av saken, samtidig som at det i seg selv ikke bør strupe rettens grunnleggende oppgaver. Dette til tross, vil hensynet til partene langt på vei være

¹¹³ Robberstad (2021) s. 29.

ivaretatt i følge med prosessøkonomien. Både partene og sakens fremdrift nyter godt av at avgjørelsen treffes så tidlig som mulig, slik at partenes rettssikkerhet indirekte tilgodeses.

6 Konklusjon

Å utsette avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen kan få større eller mindre konsekvenser for de involverte aktørene. Den største slagsiden er definitivt mot partenes forhold, mens det på dommerens hånd står adskillig mindre på spill. Dernest kommer hensynet til prosessøkonomien. I ytterste konsekvens innebærer utsettelse av avvisningsspørsmålet til hovedforhandlingen, til tross for at partene har blitt tappet for tid og penger, at tvisten likevel blir avvist, selv om den faktisk er tatt inn til behandling.

Ganske visst er utsettelse av avvisningsspørsmålet et svært nyttig verktøy når dommeren skal ta stilling til et tvilsomt spørsmål om rettskraft, all den tid saksforberedelsen kan være for knapp til å treffe en forsvarlig avgjørelse. Analysen av den rettspraksis som ligger til rådighet, viser imidlertid at det å utskyte avvisningsspørsmålet ikke er begrenset til spørsmål om rettskraft. Den viser tvert imot at spørsmålet blir skjøvet på i større monn enn det som tilsynelatende er forutsatt i lovens forarbeider, og som kommer til uttrykk gjennom ordlyden i tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum.

Det kommer sjeldent klart frem hvilke hensyn som står på spill, og som dommeren har lagt til grunn, og hvordan de er vektet. utfordringen må løses ved at dommeren faktisk gjør en inngående, eksplisitt avveining av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende. Det vil gi større presedens for hvordan spørsmålet skal løses i senere saker. Ikke minst åpner det for at avgjørelsene er enklere å angripe av den høyere rettsinstans og andre rettsanvendere.

Rettspraksis viser at det ikke er et skarpt skille mellom sammenhengvilkåret eller vilkåret om «andre forhold». Vurderingen gjøres gjerne samlet, der oppfyllelse av førstnevnte ofte blir tatt til inntekt for utsettelse, mens «andre forhold» kaster lys over avgjørelsen i den ene eller andre retning. Så lenge det er mer eller mindre sammenheng mellom avvisningsspørsmålet og sakens realitet, skal det tilsynelatende adskillig til før retten ikke beslutter at spørsmålet skal utskytes til hovedforhandlingen. De relativt sterke, motstridende hensyn som taler imot en utsettelse, har hittil ikke kunnet forsere vilkåret om sammenheng.

Det kan gis en rekke grunner for å utskyte avvisningsspørsmålet som følge av «andre forhold». Avhandlingen har imidlertid vist at mange av disse langt på vei er irrelevante, fordi de ikke er egnet til å imøtekomme lovens krav til avholdelse av rettssaken. Rettspraksis har svært få eksempler på hensyn som kan hensettes under «andre forhold». Det gjenstår derfor å se hvilke grunner domstolene i fremtiden finner for å la avvisningsspørsmålet utstå til hovedforhandlingen.

Det er klart at det å utskyte avvisningsspørsmål ikke bør komme på tale utelukkende fordi det er hensiktsmessig for dommeren eller vil gi et bedre avgjørelsesgrunnlag. Som oppgaven har vist, vil disse argumentene i stor utstrekning kunne gjøres gjeldende overfor enhver sak, uten at det i seg selv bør være nok. Selvsagt vil en utsettelse være hensiktsmessig for retten, fordi dommeren da kan nyte godt av hovedforhandlingens muntlige og grundige behandling, og like selvsagt er det at avgjørelsesgrunnlaget vil være bedre. Det bør derfor kreves noe mer.

Oppgaven har vist at hensynet til prosessøkonomien ikke alltid, snarere sjeldent, får den sentrale plass i avveiningene som tvistemålsutvalget i sin tid forutsatte under arbeidet med tvisteloven. Det er uheldig med henblikk på at prosessen tross alt er ment å være rask og effektiv. At dette hensynet er diskutabelt i en rettslig sammenheng, er en annen sak. Ytterligere, blir det heller sjeldent problematisert hvilken betydning utskyttelse av avvisningsspørsmålet får for partenes rettssikkerhet. Det kan på sikt svekke tilliten til rettsstaten, og herved komme i konflikt med rettens overordnede oppgaver i samfunnet.

I denne forbindelse er det naturlig å stille spørsmålet om dommeren har andre, mindre inngripende verktøy til rådighet, fremfor å utsette avvisningsspørsmålet, men samtidig ivareta de sentrale hensynene i sivilprosessen.¹¹⁴ For det første oppstiller tvisteloven § 9-5 tredje ledd en adgang til å avholde ytterligere rettsmøter under saksforberedelsen dersom det er «nødvendig eller hensiktsmessig». Hensynet til effektivitet vil være det avgjørende for vurderingen.¹¹⁵ Som eksempler på situasjoner hvor bestemmelsen kan tenkes å komme til anvendelse nevner proposisjonen tilfelle der en eller flere parter under drøftingsmøte har en svært mangelfull oversikt over flere av de faktiske og rettslige forhold som kan være av betydning.¹¹⁶ For

¹¹⁴ Se kap. 3.4 og 3.5 ovenfor.

¹¹⁵ NOU 2001: 32B s. 752.

¹¹⁶ NOU 2001: 32B s. 752.

eksempel kan avvisningsspørsmålet utstå til et senere rettsmøte.¹¹⁷ Det vil imidlertid langt i de fleste avgjørelser ikke være behov for å avholde slike møter.¹¹⁸

Twisteloven § 9-9 tredje ledd oppstiller en rett for dommeren til å kreve at partene skal inngi skriftlige redegjørelser om spørsmål som reiser «særlig kompliserte» rettslige eller faktiske spørsmål. Adgangen er etter ordlyden meget snever og kan bare kreves dersom det er «nødvendig» for å få et «vesentlig» sikrere avgjørelsesgrunnlag, og prosessøkonomiske hensyn «ikke taler mot» det. Kun muntlige redegjørelser må stille retten klart svakere når det gjelder å finne frem til et sikkert avgjørelsesgrunnlag enn om det også er gitt skriftlige redegjørelser.¹¹⁹ Redegjørelsene vil da være til nytte både til å skrive dom i saken, og til å gi retten et hensiktsmessig redskap til å avklare hvilke spørsmål som partene er uenige om.¹²⁰ Det skal ikke pådras merutgifter som ikke er prosessøkonomisk forsvarlig, hensett til den aktuelle tvisten.¹²¹

Nedslagsfeltet til tvisteloven § 9-5 tredje ledd og § 9-9 tredje ledd gir umiddelbart assosiasjoner til saksforholdet i flere av de avgjørelsene jeg har analysert i denne oppgaven. Det har vært uenighet mellom partene om faktiske så vel som rettslige forhold, tidvis av komplisert karakter, hvor en grundigere utredning under saksforberedelsen kunne ha fritatt retten fra å måtte utsette avvisningsspørsmålet. Fellesnevnerne til bestemmelsene er at adgangen er meget snever, og at avgjørelsene må være prosessøkonomisk forsvarlige, nettopp det samme som adgangen til å la avvisningsspørsmålet utstå til hovedforhandlingen.

Å pålegge partene ytterligere redegjørelser under saksforberedelsen, som avgjort vil forsinke saksforberedelsen noe, men gi dommeren et bedre avgjørelsesgrunnlag, er en liten pris å betale for å unngå at avvisningsspørsmålet utskytes, med alt det innebærer for partene og økt tidsbruk under hovedforhandlingen. Alternativet er at forberedende dommer skal bevilge uforholdsmessig mye tid under saksforberedelsen, for deretter å måtte utsette spørsmålet likevel.

¹¹⁷ Hov (2019) s. 66.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 751.

¹¹⁹ NOU 2001: 32A s. 753.

¹²⁰ NOU 2001: 32A s. 753.

¹²¹ NOU 2001: 32A s. 753.

Det er påfallende at ingen av dommerne i rettsavgjørelsene i denne oppgaven benyttet seg av retten til å pålegge partene å redegjøre ytterligere for saksforholdet. Det viser etter min mening at man tar for lett på betydningen av hensynet til prosessøkonomien og partenes forhold. Alternativt viser det at domstolene anvender en for høy terskel for å pålegge partene slike redegjørelser, som etter min mening er mindre inngripende enn å utsette avvisningsspørsmål til hovedforhandlingen. Terskelen bør avgjort være høyest ved adgangen til å la avvisningsspørsmålet utstå. Derfor bør det kreves mindre for å pålegge partene ytterligere redegjørelser under saksforberedelsen.

Avslutningsvis kommer den omstendighet at ankeadgangen er svært snever.¹²² Om avgjørelsen skulle komme gjennom nåløyet, gir den snevre ankeadgangen begrenset mulighet for ankeinstansen til å angripe premissene som ligger til grunn for å utsette avvisningsspørsmålet. Dermed kan det antas at den snevre ankeadgangen i mange situasjoner ikke er egnet til å fange opp de tilfellene hvor avvisningsspørsmål ikke burde ha vært skjøvet på. Det kan likevel ikke være til hinder for at dommerne gjør en grundig, eksplisitt avveining av de konkurrerende hensynene. For eksempel var vurderingen i Fjellstyre-saken eksepsjonell med henblikk på hvilke hensyn som gjorde seg gjeldende.¹²³ Mangelen på grundige avveininger er uheldig for partene, men bekvemt for retten.

¹²² Se kap. 1.2.

¹²³ TSOL-2021-97527.

7 Kildeliste

7.1 Lover

- 1814 Lov 17. mai Grunnloven (Kongeriket Norges Grunnlov).
- 1915 Lov 13. august nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven 1915).
- 1965 Lov 18. juni nr. 6 om sameige (sameigelova).
- 2005 Lov 17. juni nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven 2005).

7.2 Traktater

- EMK *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter*, Roma 4. november 1950. [Offisiell norsk oversettelse].

7.3 Lovforarbeider

- Ot.prp. nr. 1. (1910) Om utfærdigelse av love om domstolene og om rettergangsmaaten i tvistemaal.
- NOU 2001: 32A Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
- NOU 2001: 32B Rett på sak – Lov om tvisteløsning (tvisteloven).
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

7.4 Rettspraksis

7.4.1 Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen

König v. Germany *Case of König v. Germany*, no. 6232/73, 10. Mars 1980.

H. v. France *Case of H. v. France*, no. 10073/82, 24. Oktober 1989.

7.4.2 Høyesterett

Rt. 1991 s. 1039 (Gibostad Slip & Mek.)

Rt. 1998 s. 607 (Lønnstrinn)

Rt. 2000 s. 199 (Pelsdyrhall)

Rt. 2008 s. 833

HR-2013-2404-U

7.4.3 Lagmannsrett

LG-1993-1329 (Foreldreansvar)

LB-2007-64257 (Badekabin)

LA-2010-63757 (Holtan Industrier)

LB-2010-107130 (Venezuela)

LG-2016-5662 (Drilling)

LB-2017-45708 (Samværsrett)

LH-2021-124915 (Sameieoppløsning)

7.4.4 Tingrett

17-005428TVI-OTIR/08 (Beslutning i Samværsrett-saken)

TBERG-2014-158028 (Beslutning i Holtan Industrier-saken)

TSOL-2021-97527 (Fjellstyre)

7.5 Litteratur

- Backer (2020) Backer, Inge Lorange. *Norsk sivilprosess*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Hjort (2006) Hjort, Maria Astrup (2006). «MUNTTLIGHETSPRINSIPPET I SIVILPROSESSEN – fra klubbeslag til tastetrykk.» Universitetet i Oslo, Oslo.
- Hov (2019) Hov, Jo. *Rettergang i sivile saker*. 4. utg., Oslo: Papinian, 2019.
- Reusch (2016) Reusch, Christian. «Du må bruke tid for å spare mer tid senere! Om aktiv saksstyring i sivile rettssaker.» *Rettsavklaring og rettsutvikling, Festskrift til Tore Schei*. (2016) s. 165-183. [Lest i Juridika.no].
- Robberstad (2021) Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. 5. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2021.
- Schei (2022) Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen og Dag Bugge Nordén mfl. *Tvisteloven – Ajourført kommentar*. Oslo, Skien og Strasbourg: Universitetsforlaget, 2022. [Lest i Juridika.no].
- Skoghøy (2022) Skoghøy, Jens Edvin. *Tvisteløsning*. 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2022.
- Vangsnes (2018) Vangsnes, Jørgen. *Sivilprosess i et nøtteskall*. 1. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag AS, 2018.

