

UiO : **Det juridiske fakultet**

Oppfriskning som rettsmiddel

Har behandlingsinstansen betydning?

Kandidatnummer: 700

Leveringsfrist: 01.12.2017 kl. 12.00

Antall ord: 16 804



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Bakgrunn for valg av tema.....	1
1.2	Problemstilling.....	1
1.3	Rettslig plassering, hva er oppfriskning?.....	2
1.4	Terminologi.....	5
1.5	Rettskildebildet.....	6
1.6	Metode og avgrensninger.....	7
2	OVERSIKT OVER OPPFRISKNINGSGREGLENE	9
2.1	Innledning.....	9
2.2	Frister som kan søkes oppfrisket.....	9
2.2.1	Fristoversittelse som betyr fravær.....	9
2.2.2	Oppfriskning mot forsømmelser i forlikrådet.....	9
2.2.3	Avgjørelsesoppfriskning mot forsømmelser i tingretten.....	10
2.2.4	Andre frister som kan begjæres oppfrisket.....	10
2.2.5	Fristen for å begjære oppfriskning.....	10
2.3	Vilkårene for oppfriskning.....	11
2.3.1	Innledning.....	11
2.3.2	Partens interesse i å foreta prosesshandlingen.....	14
2.3.3	Hensynet til motparten.....	14
2.3.4	Forsømmelsens karakter.....	15
2.3.5	Vektingen.....	15
3	DRØFTELSE OG ANALYSE AV RETTSPRAKSIS.....	16
3.1	Innledning og svakheter ved materialet.....	16
3.2	Holdepunkter for at behandlingsinstansen kan og bør vektlegges.....	17
3.2.1	Innledning.....	17
3.2.2	Forsømmelsens karakter.....	17
3.2.3	Hensynet til materielt riktig resultat.....	19
3.2.4	Hensynet til tillitsfull behandling.....	21
3.2.5	Forkynningsformen.....	22
3.3	Presentasjon av rettspraksis.....	23
3.3.1	Innledning.....	23
3.3.2	Generelt om terskelen.....	24
3.3.3	Forkynningsformen.....	29
3.3.4	Saksforløp der behandlingsinstansen ikke kan antas å ha betydning.....	31

3.4	Nærmere analyse av visse avgjørelser	32
3.4.1	Innledning	32
3.4.2	Rt. 2012 s. 803 og LF-2015-112794.....	32
3.4.3	LB-2016-133442	36
4	KONKLUSJON OG DE LEGE FERENDA-VURDERINGER.....	41
4.1	Innledning	41
4.2	Konklusjon.....	41
4.3	Forliksrådets forkynningsform og kontradiksjon.....	41
5	LITTERATURLISTE	44
5.1	Faglitteratur.....	44
5.2	Lov- og forarbeidsregister.....	44
5.2.1	Lover og forskrifter	44
5.2.2	Forarbeider.....	44
5.3	Publiserte rettsavgjørelser	44
5.3.1	Høyesterett.....	44
5.3.2	Lagmannsretten	45
5.4	Upubliserte rettsavgjørelser	46
5.5	Øvrige kilder	46

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for valg av tema

Jeg fattet først interesse for dette temaet da jeg jobbet i Jussbuss. Jeg støtte der på en sak hvor oppfriskning ble aktuelt å vurdere. Allerede da syntes jeg det var en spennende juridisk mekanisme, med flere sterke hensyn som trekker i begge retninger. I løpet av året jeg jobbet der erfarte jeg også problemer ved forliksrådenes forkynning, både ved innkalling og for øvrig. Vi fikk på bakgrunn av dette en rekke spørsmål om adgangen til å oppfriske gamle fraværdommer, som klientene ofte ikke var blitt klar over før lenge etter de var avgjort. I de fleste tilfeller var oppfriskning overhodet ikke en aktuell juridisk løsning. Ikke bare fordi det ofte var usikkert om klienten ville vinne frem ved rettslig behandling, men særlig fordi tvistesummene gjerne var såpass små at man risikerte å doble eller mangedoble den totale kostnaden for klienten om man tapte i tingretten.

Jeg deltok senere i det rettspolitiske arbeidet for at forliksrådene skal være bundet av samme regler for forkynning som de øvrige domstolene.¹ Den endelige beslutningen om at jeg ville skrive om akkurat dette temaet traff jeg da jeg senere fikk høre at forliksrådene hadde foreslått at problematikken rundt forkynnelse av innkalling heller skulle løses ved at det ble gitt adgang til å angripe fraværavgjørelser fra forliksrådene ved oppfriskning.² Oppgaven min vil imidlertid i all hovedsak være rettsdogmatisk. Det jeg likevel ønsker å gjøre, er å få frem hvor sammensatt denne juridiske vurderingen faktisk er, og at oppfriskning som rettsmiddel mot fraværdommer i forliksrådet dermed fremstår som en lite hensiktsmessig løsning på problemet med forkynnelse.

Jeg vil i dette kapittelet først beskrive problemstillingen på en klar og utvetydig måte (1.2). Jeg vil deretter gi en innledende skildring av hva oppfriskning er og den juridiske plasseringen (1.3). Jeg går også gjennom terminologien jeg kommer til å bruke i teksten (1.4) samt rettskildebildet på området (1.5). Til slutt gir jeg en beskrivelse av metoden jeg har brukt for å besvare problemstillingen, og avgrensningene jeg gjør mot tilstøtende områder (1.6).

1.2 Problemstilling

Er det lettere å angripe en fraværdom fra forliksrådet ved oppfriskning, enn en fraværdom fra tingretten? For spørsmålet om hvorvidt oppfriskning skal gis, har det i det hele tatt noe å si hvor saken verserte tidligere? Hva er eventuelt begrunnelsen for at dette vektlegges? Dette er det jeg vil se nærmere på i denne oppgaven.

¹ I dag er hovedregelen at forliksrådene forkynner ved vanlig brev uten mottakskvittering, se postforkynningsforskriften § 9 og fremstillingen i Rønningen et. al. (2008) s. 80 flg.

² Samarbeidsutvalget for forliksråd og namsmenns (SFN) (2016) s. 2, i de to siste avsnittene.

Måten jeg vil angripe problemstillingen på er tosidig. Jeg vil først se om det finnes metodisk belegg for at terskelen for oppfriskning bør være lavere ved fraværdommer fra forliksrådene, sammenlignet med fraværdommer fra de øvrige domstoler.³ Deretter vil jeg se på praksis for oppfriskning etter fraværdom fra henholdsvis forliksrådene og tingrettene for å se hvordan dette følges opp i praksis.

Det er nødvendig å foreta et dypdykk både i fristoppfriskning⁴ for stevning av sak for tingretten etter fraværdom fra forliksrådet og i avgjørelsesoppfriskning. Selv om dette er to forskjellige typer oppfriskning etter det terminologiske skillet nedenfor, vil disse vurderingen ofte ha mye til felles, ettersom avgjørelsesoppfriskning ikke er aktuelt for fraværdommer i forliksrådet. Som vi kommer tilbake til, er vilkårene etter loven de samme for alle former for oppfriskning.

Problemstillingen min kan sees på som en sammenligning av to forskjellige typetilfeller. Det ene vil være der en part har fått en fraværdom mot seg i forliksrådet, og deretter oversitter stevningsfristen etter § 6-14 første ledd. Det andre vil være der en part har fått en fraværdom mot seg etter førsteinstansbehandling i tingretten, og deretter oversitter fristen for å søke oppfriskning etter § 16-13 andre jf. fjerde ledd. Jeg vil altså sammenligne to tilfeller der en part er innklaget/stevnet, og deretter ikke har foretatt seg noe før over en måned etter fraværdommen ble forkynt for dem. Eneste forskjellen mellom tilfellene vil være at den ene parten er innklaget til forliksrådet mens den andre parten er stevnet for tingretten.

Kjernen av oppgaven vil være en rettsdogmatisk fremstilling av vilkårene for oppfriskning, med videre analyse av praksis. Jeg vil avslutningsvis kommentere i hvilken grad jeg mener at dagens praksis ivaretar de hensyn de er ment å ivareta. Av nødvendighet vil jeg også gi en gjennomgang av oppfriskningsinstituttet.

1.3 Rettslig plassering, hva er oppfriskning?

Oppfriskning er en juridisk mekanisme innen sivilprosessen, hvori en part i praksis søker om å få en frist utsatt allerede etter at fristen alt har løpt ut. Det er i utgangspunktet kun tilfeller der fristoversittelse innebærer fraværsvirkninger at det kan søkes om oppfriskning, med visse modifikasjoner.⁵ En noe lignende mekanisme finnes på strafferettens område, men betegnes ikke oppfriskning.⁶

³ Se under punkt 1.4 for begrunnelse for at forliksrådene omtales som domstol.

⁴ Se under punkt 1.4 for beskrivelse av skillet.

⁵ Se punkt 2.2 for nærmere beskrivelse.

⁶ Andenæs (2009) s. 426.

Oppfriskning i tvisteloven bygger videre på de tidligere regler for oppfriskning og oppreisning i tvistemåls- og domstolloven.⁷ Det er ikke ment å være en direkte videreføring av den tidligere lovgivning, men det fremgår klart at det ikke er meningen å forlate all tidligere praksis.⁸ Dette ser vi at Høyesterett følger opp ved å vise til samsvar med tidligere gjeldende rett for å underbygge konklusjonene sine.⁹

Det alminnelige vilkåret for oppfriskning, nedfelt i tvl. § 16-12 første jf. andre ledd, er at parten som søker oppfriskning hadde gyldig fravær, og samtidig at parten ikke kan bebreides for ikke å ha søkt om utsettelse innen fristen. Det fremgår dermed klart at utgangspunktet ved gyldig fravær er at parten skal søke utsettelse eller omberømmelse.¹⁰ Oppfriskning kan også, etter § 16-12 tredje ledd, gis etter en rimelighetsvurdering i tilfeller der parten ikke hadde gyldig fravær, eller kan bebreides for ikke å ha søkt om utsettelse innen fristen.

Oppfriskning er i hovedsak aktuelt der oversittelse betyr fravær i saken. Dermed vil motparten kunne kreve fraværdom eller avvisning av saken, hvorpå saken blir endelig avgjort. Om oppfriskning av fristen gis etter en slik fraværavgjørelse vil dette kunne innebære at en endelig avgjørelse oppheves, med den virkning at saken gjenopptas til videre behandling.¹¹

Dette er ikke i seg selv noe spektakulært. Rettsavgjørelser kan i sin alminnelighet angripes ved anke, og ved gjenåpning der det foreligger grove saksbehandlingsfeil. Fristen for oppfriskning er derimot ikke absolutt, men relativ.¹² Oppfriskning åpner derfor for å angripe også rettskraftige dommer.

Særlig for tilfellene der det gis oppfriskning på bakgrunn av en rimelighetsvurdering og parten altså kan bebreides for oversittelsen, er dette slående. Det åpnes altså for at endelige, rettskraftige dommer kan angripes og gjenopptas til videre behandling, til tross for at det hverken foreligger saksbehandlingsfeil eller gyldig fravær.

⁷ NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 106 i høyre kolonne.

⁸ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922-923, og Robberstad (2009) s. 145.

⁹ Rt. 2010 s. 49 i avsnitt 17.

¹⁰ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 921 i venstre kolonne. Dette fremgår for øvrig fra ordlyden i § 16-12 første ledd.

¹¹ Robberstad (2009) s. 144, Hov (2017) s. 340 og Skoghøy (2017) s. 748.

¹² Se punkt 1.4 om terminologi og 2.2.4 om fristen.

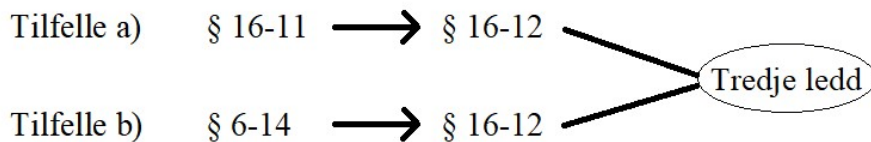
Mens oppfriskning grenser til utsettelse og omberammelse på en side, så grenser det mot retting av feil etter § 16-5¹³ og gjenåpning etter kapittel 31 på den andre side. Oppfriskning er ment å avhjelpe urimelige¹⁴ eller uriktige¹⁵ avvisnings- eller fraværavgjørelser. I Rt. 2009 s. 641 slår Høyesterett fast det åpenbare, nemlig at oppfriskningsinstituttet ikke kan brukes til å få prøvet nye ankegrunner der en tidligere anke er avvist. De to typetilfellene jeg ønsker å se nærmere på, er akkurat slike saker der oppfriskning gis etter en rimelighetsvurdering etter at avgjørelsen var rettskraftig avgjort.

Det ene typetilfellet vil være der en part har fått en fraværdom mot seg i tingretten, og deretter begjærer avgjørelsesoppfriskning etter § 16-12 jf. 16-11 første eller annet ledd.

Det andre typetilfellet er der en part har fått en fraværdom mot seg i forliksrådet, og deretter har oversittet fristen for å stevne saken for tingretten etter § 6-14 første ledd. Det vil da være spørsmål om fristoppfriskning etter § 16-12 jf. 6-14 første ledd tredje punktum.

I begge tilfellene vil jeg se nærmere på vurderingen av om oppfriskning bør gis etter § 16-12 tredje ledd, heller enn om det skal gis etter første jf. andre ledd.

Grafisk kan det stilles opp slik:



For å eksemplifisere kan man se for seg et tilfelle der en part er stevnet for tingretten. Vedkommende får ikke med seg at det er reist sak mot ham, og får fraværdom mot seg som følge av oversattet tilsvarsfrist etter § 16-10 jf. 16-7 første ledd litra c. Når han senere blir kjent med at det foreligger fraværdom mot ham, f.eks. ved at denne brukes som tvangsgrunnlag i tvangsinndrivelsesak, begjærer han oppfriskning av fraværdommen etter § 16-11. Dette ville tilsvare det førstnevnte tilfelle a.

Et annet eksempel vil være der en part klages inn til forliksrådet. Vedkommende får heller ikke med seg at han er innklagd og sender heller ikke inn noe tilsvar. Han mottar heller ikke forkynnelse av fraværdommen. Når han får vite om at det foreligger en fraværdom mot

¹³ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922 i venstre kolonne.

¹⁴ Se fremstillingen av § 16-12 tredje ledd nedenfor.

¹⁵ Jf. § 16-12 første ledd siste punktum.

ham, stevner han saken til tingretten etter § 6-14 første ledd andre punktum. Siden det er gått mer enn én måned siden fraværdommen var lovlig forkynt, søker han også oppfriskning etter § 6-14 første ledd tredje punktum.¹⁶ Dette vil tilsvare tilfelle b.

1.4 Terminologi

Tvisteloven opererer ikke med noe skille mellom forskjellige typer oppfriskning, slik at oppfriskning før eventuell avvisning eller fraværdom beskrives med samme ord som oppfriskning som rettsmiddel. Tilsvarende gjelder for møtefravær og fravær som følge av fristoversittelse.

Skoghøy foreslår å benytte termene «møteoppfriskning», «fristoppfriskning» og «avgjørelsesoppfriskning» for å differensiere mellom de forskjellige tilfellene, da slik at avgjørelsesoppfriskning beskriver oppfriskning som rettsmiddel.¹⁷ Særlig skillet mellom møteoppfriskning og fristoppfriskning på den ene siden, og avgjørelsesoppfriskning på den andre siden, er av interesse. Dette var tidligere også regulert separat, der fristoppfriskning ble regulert i domstolloven, mens avgjørelsesoppfriskning erstatter de tidligere reglene om oppfriskning av uteblivelsesdommer i tvistemålsloven.¹⁸ Siden det er i akkurat slike tilfeller jeg her vil se på at skillet mellom avgjørelses- og fristoppfriskning flyter over i hverandre, vil jeg kun benytte meg av denne terminologien der det har en hensikt å fremheve dette skillet.

Forliksrådene er ikke domstoler etter domstolloven § 1, men heller «meklingsinstitusjoner med begrenset domsmyndighet». Jeg vil likevel ved flere anledninger i denne oppgaven sammenligne behandling i forliksrådene med behandling i de «øvrige» eller «alminnelige» domstolene. Dette skyldes i hovedsak at forliksrådene, etter min mening, opptrer som en de facto domstol i dag. Innenfor temaet for oppgaven er dette særlig relevant, der forliksrådene tross alt avsier endelige fraværdommer.

Jeg vil ved flere anledninger bemerke skillet mellom absolutte og relative frister. Med absolutte frister sikter jeg til frister som utløper etter en gitt, på forhånd kjent, tid. Dette som motsetning til relative frister, der lengden avhenger av konkrete forhold ved saken. Et eksempel på en slik relativ frist vil være fristen for å reklamere «innen rimelig tid» i obligasjonsretten, eller fristen for å søke oppfriskning etter § 16-13 fjerde ledd.¹⁹ Jeg sikter altså ikke til skillet mellom frister som begynner å løpe på et gitt tidspunkt, som motsetning til

¹⁶ Alternativt også § 16-7 første ledd litra d.

¹⁷ Skoghøy (2017) s. 728, også Skoghøy (2009) s. 580 som fremstillingen i boken hans bygger på, se note 487 i Skoghøy (2017) s. 727. Jeg vil i det videre nøye meg med å vise til fremstillingen i Skoghøy (2017).

¹⁸ Skoghøy (2017) s. 728.

¹⁹ Se redegjørelsen i punkt 2.2.5.

frister som løper fra f.eks. det tidspunkt man burde oppdaget et gitt forhold. Grunnen til behovet for å snakke om absolutte og relative frister i førstnevnte betydning, er at alle fristene til å søke oppfriskning etter § 16-13 er absolutte etter sistnevnte skille, og det er derfor unødvendig å skille mellom disse typene absolutte og relative frister. Med andre ord sikter jeg med relative frister til frister med et uklart slutt punkt, heller enn frister med uklart startpunkt.

Jeg vil bruke termene «klager» og «innklagd» for partene i forlikssaker, også for den videre saksgangen. Det vil da alltid være innklagde som får en fraværdom mot seg, og klager som er motparten i oppfriskningsvurderingen. Tilsvarende beskriver jeg partene som «saksøker» og «saksøkte» i sakene som stammer fra tingretten. Dette er for å i større grad kunne identifisere partene i den opprinnelige saken, uten å gå nærmere inn på saksgangen. Hvorvidt det er parten som begjærer oppfriskning eller motparten som er ankende part eller ankemotparten, vil tross alt variere veldig fra sak til sak.

1.5 Rettskildebildet

For vurderingen av hvorvidt oppfriskning kan gis etter § 16-12 tredje ledd, gis det en noenlunde utførlig beskrivelse av lovutvalget i NOU 2001: 32 Rett på sak. Lovproposisjonen henviser konkret til tvistemålsutvalgets merknader for vurderingen i § 16-12 tredje ledd. Dette må tale for at utvalgets uttalelser er av større betydning enn om det var avvikende merknader i lovproposisjonen, eller om de ikke var nevnt i denne. Det må derfor antas at både utvalget og komiteen stiller seg bak merknadene i NOU 2001: 32 B Rett på sak. Proposisjonen har for øvrig flere bemerkninger, særlig knyttet til høringsinnspill forbundet med bestemmelsen.

I den grad bestemmelsen viderefører eksisterende mekanismer (oppreisning), uttales det at den er ment å videreføre dagjeldende praksis. For avgjørelsesoppfriskning etter fraværdommer var dette tidligere alltid tillatt så lenge man betalte idømte sakskostnader,²⁰ og det må her heller sees hen til nyere praksis.²¹ Ettersom det ikke er en direkte videreføring av eksisterende regelverk, må bemerkningene i forarbeidene gis noe større vekt enn om det motsatte var tilfellet. Det synes å være klar lovgivervilje for at disse merknadene skal være veiledende, heller enn en gjengivelse av gjeldende praksis. Dette stemmer overens med Høyesteretts bruk av uttalelsene.²²

²⁰ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922 og Robberstad (2009) s. 143.

²¹ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 923, der utvalget reserverer seg mot at samme praksis «uten videre legges til grunn».

²² Se f.eks. Rt. 2012 s. 294 i avsnitt 32.

Et søk i lovdata får opp at det er 60 høyesterettsavgjørelser knyttet til tvisteloven § 16-12.²³ Av disse er det 6 saker der det er avsagt fraværdom i tingretten, og ingen saker der det er avsagt fraværdom i forliksrådet. Flertallet av de øvrige sakene gjelder oppfriskning av ankefristen. Det er videre 19 avgjørelser i lagmannsrettene som gjelder fraværdom i forliksrådet.²⁴ Det er disse 6 høyesterettsavgjørelsene og 19 lagmannsrettsavgjørelsene jeg vil se nærmere på i punkt 3 i denne teksten. Eldre høyesterettspraksis vil også trekkes inn der det er aktuelt.

Det er særlig to grunner til at jeg i såpass stor utstrekning lener meg på lagmannsrettsavgjørelser i denne oppgaven. Det er først og fremst at ingen av de 60 høyesterettsavgjørelsene jeg fant på området skriver seg tilbake til fraværdom i forliksrådet. Dette har nok sammenheng med begrensning som ligger i tvisteloven § 30-6, som fastslår at Høyesterett kun kan overprøve den «generelle rettslige forståelsen» av en rettsregel. Utpreget skjønsmessige regler vil dermed sjelden være gjenstand for videre anke.²⁵ Selv om kjennelsene fra lagmannsretten avviser begjæring om oppfriskning, kommer ikke unntaket i bestemmelsens litra a til anvendelse når avvisningen skyldes en oversittet søksmåls- eller rettsmiddelsfrist.²⁶ Når jeg likevel forholder meg til de høyesterettsavgjørelsene jeg fant for vurderingen av terskelen for oppfriskning etter tingrettsbehandling, skyldes det at jeg opplever disse tilstrekkelige til å foreta en analyse av oppgavens problemstilling. Det er derfor jeg også blir nødt til å sammenligne lagmannsrettspraksis med høyesterettspraksis, til tross for at førstnevnte ikke har nevneverdig rettskildemessig vekt.

Til slutt kan EMK art. 6 være av en viss relevans, ettersom særlig kontradiksjonsprinsippet og mer generelt «right to fair hearing» vil danne en slags yttergrense for tolkningen av regelen.

Ettersom temaet for oppgaven er såpass lite behandlet i teorien, vil jeg i stor grad lene meg på rettspraksis og forarbeider ved vurderingen. System- og formålsvurderinger vil selvsagt også være av betydning.

1.6 Metode og avgrensninger

For å undersøke hvorvidt det er en forskjell i vurderingen av de to forskjellige typetilfellene jeg skisserte over, vil jeg særlig se nærmere på den praksis som foreligger. Som beskrevet vil jeg særlig ta utgangspunkt i de 25 avgjørelsene jeg beskrev over. Problemstillingen nevnes

²³ Søk i Lovdata av 26. november 2017 kl. 19:39.

²⁴ Søk i Lovdata av 26. november 2017 kl. 19:48.

²⁵ Schei et. al. (2013) s. 1089.

²⁶ Schei et. al. (2013) s. 1085.

lite i domsgrunnene, så mye av analysen vil basere seg på hva som kan utledes fra avgjørelsene sett i sammenheng.

Jeg kommer i hovedsak til å se på vurderingen i § 16-12 tredje ledd. Jeg avgrenser således mot skal-regelen i første og andre ledd, som i liten grad åpner for skjønn, og sånn sett er mindre interessant for problemstillingen. Jeg vil likevel gi en kort presentasjon av også denne som ledd i den helhetlige analysen av problemstillingen.

Jeg vil også avgrense mot både gjenåpning, retting av feil og utsettelse. Der det skulle bli nødvendig å skrive noe om disse mekanismene, vil jeg kun inkludere det som er nødvendig for å få frem poenget mitt. I all hovedsak vil disse mekanismene uansett ikke være aktuelle for typetilfellene jeg beskrev over.

2 Oversikt over oppfriskningsreglene

2.1 Innledning

Før jeg går inn på vurderingen av oppfriskning som rettsmiddel, må jeg gi en liten gjennomgang av reglene som leder opp til dette. Jeg vil derfor først beskrive kort hvilke frister som kan søkes oppfrisket (2.2), før jeg går gjennom vilkårene for oppfriskning (2.3).

2.2 Frister som kan søkes oppfrisket

2.2.1 Fristoversittelse som betyr fravær

Reglene for oppfriskning fremgår av tvisteloven. Den generelle regelen om hvilke frister som kan oppfriskes står i tvisteloven § 16-6 første ledd;

«Er en prosesshandling ikke foretatt i tide, og unnlåtelsen betyr fravær i saken etter § 16-7 eller § 16-8, kan parten ved oppfriskning etter reglene i §§ 16-12 til 16-14 tillates å foreta prosesshandlingen og fortsette saken i samme stilling som før forsømmelsen.»

Som det fremgår, er hovedregelen at oppfriskning er aktuelt for alle tilfeller der oversittelsen betyr fravær i saken, altså der virkningen er at saken kan avvises etter § 16-9 eller det kan avsies fraværdom etter § 16-10. Med andre ord er det kun oversittelse av frister som fører til at saken endelig avgjøres, som kan avhjelpest ved oppfriskning. Dette er naturlig, ettersom det er av begrenset interesse å oppfriske en frist dersom oversittelse av fristen er mindre alvorlig. For andre frister finnes det også sikkerhetsventiler for sikring av partenes posisjoner, se for eksempel tvl. § 9-16.

Hvilke frister som innebærer fravær i saken fremgår av § 16-7. Dette innebærer at oppfriskning er aktuelt både for fristen for skriftlig tilsvare, men også for fristen for anke eller andre rettsmidler.

2.2.2 Oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet

Det er visse nyanseringer i hovedregelen som fremgår av § 16-6 jf. § 16-7. Særlig aktuelt for min problemstilling er at det ikke er mulig å søke oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet jf. § 6-14 fjerde ledd. Samtidig åpner første ledd for at det kan gis oppfriskning for oversittelse av fristen for stevning til tingretten. Dette innebærer at dersom det er avsagt fraværdom i forliksrådet i et tilfelle der parten ville hatt rett til frist- eller møteoppfriskning ved tilsvarende fravær i domstolene, må dette likevel angripes ved stevning til tingretten.

Det er kun dersom parten også oversitter stevningsfristen at oppfriskning blir aktuelt ved fraværdommer fra forliksrådet. Slik stevning må være å anse som et rettsmiddel etter § 16-7 første ledd litra d, og fristen vil derfor kunne oppfriskes.²⁷ Det er særlig denne vurderingen jeg ønsker å se nærmere på, sett opp mot tilsvarende situasjon for de øvrige domstolene. For de øvrige domstolene vil dette derimot skje ved avgjørelsesoppfriskning, se neste punkt.

2.2.3 Avgjørelsesoppfriskning mot forsømmelser i tingretten

Som det fremgår i innledningen er hjemmelskjeden for avgjørelsesoppfriskning for tingretten adskillig mer direkte, altså oppfriskning etter § 16-11. Den materielle oppfriskningsvurderingen er her den samme som etter § 16-6, da det er § 16-12 som oppstiller vilkårene for alle former for oppfriskning. Tilfellene jeg ønsker å se på er der en part har fravær i saken, enten som følge av fristoversittelse eller møtefravær.

2.2.4 Andre frister som kan begjæres oppfrisket

Veldig kort bør det nevnes at oppfriskning også har visse andre avgrensninger og utvidelser. I noe utvidende retning kan nevnes at det er mulig å søke om oppfriskning av fristen for å fremme krav om erstatning for saksomkostninger påført på grunn av feil ved rettens behandling av saken etter tvl. § 20-12 jf. tredje ledd tredje punktum. Se eventuelt også Tvangsfullbyrdelsesloven § 2-7 andre punktum. I avgrensende retning er det blant annet ikke mulig å søke om oppfriskning av den absolutte tiårsfristen for gjenåpning jf. § 31-6 andre ledd.

2.2.5 Fristen for å begjære oppfriskning

I § 16-13 fastsettes fristene for å begjære oppfriskning. Det er avgjørende for hvordan oppfriskningsinstituttet fungerer hvorvidt disse er absolutte eller relative jf. punkt 1.4 over.

Etter § 16-13 første ledd kan oppfriskning enten begjæres før avvisning eller fraværdom, eller som rettsmiddel mot slike avgjørelser. Av andre ledd fremgår at fristen for slik begjæring er én måned. Fristen løper etter tredje ledd fra forsømmelsen i tilfeller der det ennå ikke foreligger fraværavgjørelse, og etter fjerde ledd fra avgjørelsen er forkynt dersom fraværavgjørelse foreligger. I fjerde ledd fremgår det at fristen etter fjerde ledd kan søkes oppfrisket. Av dette følger det antitetisk at en slik adgang ikke gjelder for fristen i tredje ledd, og dette er bekreftet i både forarbeidene²⁸, rettspraksis²⁹ og litteraturen³⁰.

²⁷ Se også NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 743, nederst i høyre kolonne.

²⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 428 og NOU 2001: 32 Rett på sak, bind B s. 923.

²⁹ Se Rt. 2008 s. 812 i avsnitt 6, fulgt opp i Rt. 2008 s. 1802 i avsnitt 22, se også Rt. 2008 s. 1723 i avsnitt 26.

³⁰ Hov (2017), s. 346 og Skoghøy (2017) s. 738.

Begjæring om oppfriskning for fristoversittelse må altså fremsettes innen én måned etter forsømmelsen, mens man ved fraværdom også kan oppfriske fristen for å begjære oppfriskning.

Dersom man eksempelvis søker en ankefrist oppfrisket, vil det derfor være en absolutt frist for dette på én måned. Dette uthules ved at resultatet av å oversitte denne absolutte fristen blir at anken avvises. Dette vil da utløse en ny frist etter § 16-13 fjerde ledd³¹. Innvilges en slik begjæring blir resultatet at saken skal tas til behandling, og effekten av den absolutte fristen blir bare trenering av saken. I nyere rettspraksis er det videre fastslått at domstolen som behandler en begjæring der den absolutte fristen er oversittet, samtidig skal behandle begjæring om oppfriskning av avvisningsavgjørelsen de *ville* truffet pga. oversittelse av denne fristen, og den absolutte fristen har dermed i praksis liten betydning.³²

Dette er altså klart på tvers av både teorien og uttrykkelig lovgiverintensjon. Ordlyden legger altså opp til en absolutt frist for å begjære fristoppfriskning, og en relativ frist for avgjørelsesoppfriskning, men hvor hver måneds oppfriskningsfrist presumptivt må vurderes for seg. I praksis ser vi derimot at retten foretar en helhetlig vurdering av forholdet under ett, fullstendig på tvers av ordlyden. Resultatet blir at bestemmelsen i § 16-13 fremstår svært vanskelig å trenge inn i.

2.3 Vilkårene for oppfriskning

2.3.1 Innledning

Vilkårene for at oppfriskning kan eller skal gis er oppstilt i tvisteloven § 16-12:

(1) Oppfriskning skal gis en part som hadde gyldig fravær etter annet ledd og ikke kan bebreides for å ha unnlatt å søke fristen forlenget eller rettsmøtet omberammet i tide. Er saken avgjort etter § 16-9 eller § 16-10, skal oppfriskning dessuten gis når avgjørelsen er avsagt med urette.

(2) Det er gyldig fristoversitting når hindringer utenfor partens kontroll gjør det umulig eller uforholdsmessig byrdefullt å foreta prosesshandlingen i tide. Om gyldig møtefravær gjelder § 13-4.

(3) I andre tilfeller kan oppfriskning gis om det ville være urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen. Ved avgjørelsen legges særlig vekt på forsømmelsens karakter, partens interesse i å foreta prosesshandlingen og hensynet til motparten.

³¹ Rt. 2008 s. 1723 i avsnitt 31-33 med videre henvisninger, fulgt opp i Rt. 2008 s. 1802 i avsnitt 24.

³² Rt. 2010 s. 49, fulgt opp i Rt. 2010 s. 1483 og Rt. 2011 s. 885. Se også Bøhns merknad (2010) til Rt. 2010 s. 49.

I første ledd finner vi her en skal-regel, som slår fast at oppfriskning skal gis dersom parten både hadde gyldig fravær og ikke kan bebreides for å ha unnlatt å søke fristen forlenget eller møtet omberammet. Det fremgår både av kronologien og av ordlyden at det er dette som er hovedregelen om oppfriskning, mens tredje ledd gir en slags sikkerhetsventil.

Dersom saken er avgjort ved avvisning eller fraværdom, skal det også gis oppfriskning om avgjørelsen er avsagt med urette. Dette gir en ubetinget rett til oppfriskning der prosessuelle vilkår for avgjørelsen ikke var oppfylt.³³ Denne særregelen i siste punktum finner sin naturlige forklaring ved at avvisning etter § 16-9 eller fraværdom etter § 16-10 ikke kan angripes ved anke.³⁴ Skulle saksøkte for eksempel mene at fraværdommen ikke har gitt ham medhold «i det vesentlige» e.l., må han begjære oppfriskning for å overprøve dette. Det ville da være lite hensiktsmessig om en slik begjæring skulle kreve gyldig fravær e.l.

I andre ledd finner vi en regel for hva som utgjør gyldig fravær etter bestemmelsens første ledd. Som det fremgår av ordlyden i første ledd er vilkårene kumulative. For at oppfriskning skal gis etter første ledd, må det både ha foreligget gyldig fravær som beskrevet i andre ledd, og i tillegg være forståelig at parten ikke søkte om utsettelse eller omberammelse tidligere. Siste punktum viser til § 13-4 for vurderingen av gyldig møtefravær.

I tredje ledd finner vi en kan-regel, som gir en viss adgang til oppfriskning også for de tilfeller som ikke oppfyller vilkårene i første ledd.

Man har altså krav på oppfriskning etter første ledd, og en subsidiær adgang til å få det på nærmere bestemte vilkår etter tredje ledd. I lovutredningen uttales det: «(1) angir når en part har krav på oppfriskning uten noen skjønnsmessig vurdering fra rettens side» og videre «En part som kan bebreides for å ha unnlatt [å søke om utsettelse eller omberammelse], vil ikke ha krav på oppfriskning, men må henvises til å søke om dette etter (3).»³⁵ Fra lovproposisjonen: «*Tredje ledd første punktum* gir retten adgang til å gi oppfriskning etter en friere vurdering i tilfeller hvor parten ikke har krav på det etter første ledd.»³⁶

Allerede etter ordlyden og inndelingen kan man trekke mye ut av denne bestemmelsen. Første ledd gir to kumulative vilkår, der gyldig fravær gis en nærmere beskrivelse i andre ledd. Vi ser av andre ledd at det igjen gis forholdsvis klare vilkår for gyldig fravær. Vi kan videre

³³ Hov (2017) s. 339, Robberstad (2009) s. 145.

³⁴ Skoghøy (2017) s. 739.

³⁵ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 921.

³⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 427.

bemerke at samtlige vilkår sikter til forhold ved parten som søker oppfriskning. Ettersom oppfriskning **skal** gis dersom vilkårene er oppfylt er det heller ingen mulighet til å trekke inn andre momenter i vurderingen.

Motsetningsvis ser vi at ordlyden i tredje ledd åpner for et vidt skjønn.³⁷ Det eneste vilkåret er svært uklart, nemlig «at det ville virke urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen». Siste punktum lister opp tre momenter det skal legges vekt på, men ved ordlyden «særlig» indikerer den at andre momenter vil kunne vektlegges og at listen dermed ikke er uttømmende. Dette bekreftes også i forarbeidene.³⁸ At det både vises til rimelighet, og til begge partenes interesser, indikerer at det skal gjøres en forholdsvis vid rimelighetsvurdering og interesseavveining. I lovutredningen blir denne bestemmelsen beskrevet som «forankret i en relativt åpent formulert avveiningsregel»³⁹, mens proposisjonen kaller det «en friere vurdering»⁴⁰. Mens det ikke nevnes eksplisitt, må det være klart at tvistelovens formålsparagraf her vil kunne komme inn med en viss vekt, ettersom vurderingen er såpass skjønnsmessig.⁴¹

Momentene som skal tillegges særlig vekt er partens interesse i å foreta prosesshandlingen, hensynet til motparten og forsømmelsens karakter. Ordlyden alene indikerer at det her skal foretas en interesseavveining av partenes interesser opp mot hverandre, samtidig som det tas hensyn til forsømmelsens karakter. Mens også forsømmelsens karakter kan være av avgjørende betydning,⁴² uttales det i Tvistemålsutvalgets utredning at det er interesseavveiningen som er det sentrale.⁴³ Dette er også konstatert av Høyesterett ved flere anledninger i både ankeutvalg og avdeling.⁴⁴

Det er viktig å ha i bakhodet at utgangspunktet er at preklusive frister skal ha sin alminnelige rettsvirkning, noe som tilsier at det må kreves en viss interesseovervekt for å få gjennomslag.⁴⁵ Jeg vil i det videre gi en kort gjennomgang av hvert av disse momentene, med videre utdypning fra forarbeidene.

³⁷ Schei et. al. (2013) s. 560.

³⁸ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 921 og Ot.prp. nr. 51 (2005-2005).

³⁹ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 921.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 427.

⁴¹ Dette synet støttes i Schei (2013) s. 560, som også trekker frem EMK art. 6.

⁴² Ot.prp. nr. 51 s. 427.

⁴³ Skoghøy (2017) s. 745.

⁴⁴ Rt. 2010 s. 49 i avsnitt 19 og i avsnitt 23, Rt. 2010 s. 497 i avsnitt 33, Rt. 2012 s. 1773 i avsnitt 19, Rt. 2013 s. 433.

⁴⁵ Dette fremgår i praksis ved at oppfriskning ikke er noen automatisk prosess. Se også Mæland (2013) s. 255 hvor vilkårene beskrives som strenge.

2.3.2 Partens interesse i å foreta prosesshandlingen

Siden oppfriskning i hovedsak er aktuelt der forsømmelsen innebærer fravær, vil resultatet av å avvise en oppfriskningsbegjæring være at fraværavgjørelsen blir endelig. Det er altså partens interesse i videre behandling av saken som skal vurderes.⁴⁶

I tvistemålsutvalgets utkast konkretiseres dette videre, ved å fremheve sakens personlige eller økonomiske interesse for parten, avgjørelsens betydning ut over den konkrete sak, og hensynet til et materielt riktig resultat.⁴⁷ Hvis det å la avgjørelsen bli stående vil kunne være økonomisk ruinerende, veier det altså i retning av at oppfriskning skal gis.⁴⁸ Dersom det ikke finnes holdepunkter for at resultatet ville blitt et annet ved senere behandling, vil ikke oppfriskning være aktuelt.⁴⁹ En konsekvens av dette er at domstolen som vurderer hvorvidt oppfriskning skal gis, må foreta en viss prejudisiell vurdering av den underliggende saken for å vurdere om oppfriskning skal gis.

I tvistemålsutvalgets utredning, riktignok i forbindelse med forsømmelsens karakter, uttales det også at saker med begrenset rådighet vil kunne være i en særstilling når det gjelder forsømmelser begått av fullmektigen.⁵⁰ Mens det ikke sies eksplisitt, mener jeg det må antas at akkurat de interesser som slike saker skal verne om, vil kunne få betydning ved vurdering av partens interesse i å foreta prosesshandlingen.

Det bemerkes også at det må kunne legges vekt på at parten ikke har fått realitetsavgjørelse i saken tidligere, og at terskelen for oppfriskning etter fraværavgjørelse derfor muligens bør legges lavere enn der saken alt har fått alminnelig domstolsbehandling.⁵¹

2.3.3 Hensynet til motparten

Hensynet til motparten er den andre delen av interesseavveiningen, og taler da gjerne mot at oppfriskning skal gis.⁵² Tvistemålsutvalget utdyper dette videre med at særlig innrettelse, tidsmomentet og motpartens medvirkning i forsømmelsen vil være av betydning. Det uttales

⁴⁶ Se blant annet Backer (2015) s. 384 eller Hov (2017) s. 339.

⁴⁷ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922.

⁴⁸ Se Rt. 2008 s. 1504 og mindretallets votum i Rt. 2012 s. 803 i avsnitt 38. Mindre vektig, men tydeligere i LF-2015-112794.

⁴⁹ Se som eksempel HR-2017-260-U og HR-2016-2248-U som begge avgjøres på bakgrunn av at den underliggende saken ikke kan føre frem.

⁵⁰ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922.

⁵¹ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 923, der det uttales at «det lettere vil fortone seg urimelig å avskjære videre domstolsbehandling på et tidlig trinn, før en egentlig realitetsprøving har funnet sted, enn når det er avsagt en rettskraftig dom etter vanlig behandling i tingretten.»

⁵² NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922.

også at en motpart som selv har fått oppfriskning for en liknende forsømmelse «har mindre grunn til å motsette seg at oppfriskning gis.»

I sin alminnelighet må det vel antas at det hører sjeldenheten til at motparten medvirker til forsømmelsen, slik at det i de fleste tilfeller vil være tidsmomentet og innrettelsen som er av betydning.

2.3.4 Forsømmelsens karakter

Twistemålsutvalgets utredning beskriver dette momentet nærmere som hva forsømmelsen konkret går ut på, årsaken, graden av skyld, og også hvem som har begått forsømmelsen.⁵³ I denne forbindelse nevnes eksplisitt tilfellet der det er partens prosessfullmektig som er ansvarlig for forsømmelsen. Det bemerkes at dette får særlig vekt i saker med begrenset rådighet, med henvisning til straffeprosessens regler om partens identifikasjon med prosessfullmektigen.⁵⁴

2.3.5 Vektingen

Det er, som beskrevet over, interesseavveiningen som er det sentrale ved vurderingen. Forsømmelsen skal likevel, etter lovens ordlyd, tillegges særlig vekt. En måte å tenke på dette på er at forsømmelsens karakter setter terskelen for interesseavveiningen, slik at der parten er mer å bebreide, vil det kreves enda større interesseovervekt. Dette kan synes å finne noe støtte i rettspraksis, der vi ser at partens interesse i å foreta prosesshandlingen havner i bakgrunn der forsømmelsen er beskjeden nok.⁵⁵ Her må det altså antas at partens alminnelige interesse i å få saken behandlet er tilstrekkelig til å overkomme terskelen for interesseovervekt.

⁵³ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922.

⁵⁴ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922.

⁵⁵ Som eksempel HR-2016-2160-U der ankeutvalget avgjøre oppfriskningsspørsmålet kun på bakgrunn av forsømmelsen og motpartens manglende innrettelse. Partens egen interesse blir ikke engang nevnt.

3 Drøftelse og analyse av rettspraksis

3.1 Innledning og svakheter ved materialet

Så hvilken betydning kan da tillegges instansen som avsa fraværdommen? Det er helt klart at det faktum at saken aldri har vært realitetsbehandlet kan tillegges vekt, men det vil jo være likt for begge typetilfellene. Jeg vil først gå gjennom de hensyn som kan gi belegg for at terskelen for oppfriskning etter § 16-12 tredje ledd skal være forskjellig i de to typetilfellene (3.2). Jeg vil her også presentere hensyn som kan tenkes anført, men der jeg kommer til at det bør tillegges vekt. Jeg går så gjennom avgjørelsene fra lagmannsretten og Høyesterett (3.3). Til slutt vil jeg drøfte noen utvalgte avgjørelser av særlig interesse (3.4). Som jeg la opp til i innledningen vil jeg spesielt se på hva som kan utledes om vektingen av tidsmomentet og naturligvis det som fremkommer i domsgrunnene.

Det er flere svakheter ved materialet jeg har tatt utgangspunkt i for denne oppgaven. Det mest påfallende er mangelen på utfyllende høyesterettspraksis. Ettersom flertallet er fra lavere rettsinstanser enn Høyesterett, kan vi i mindre grad vektlegge dem som rettskilder, og praksis virker sprikende.

Jeg mener også det er grunnlag for å kritisere flere av avgjørelsene for ikke å være grundige nok i fremstillingen av den helhetlige vurderingen. Ved flere anledninger har jeg derfor vært nødt til å anta hva domstolen har og ikke har lagt vekt på, ettersom det har vært relevante forhold som presenteres i kjennelsens fremstilling av saken, men som ikke nevnes ved vurderingen. Det kan av samme grunn være vanskelig å vite om domstolen har lagt vekt på det og ikke nevnt det, ikke har lagt vekt på det på grunn av slett advokat- eller dommerarbeid, eller om de har valgt å ikke vektlegge det fordi retten mener det er irrelevant. Disse svakhetene må imidlertid antas å foreligge for de fleste oppgaver der analyser av underrettspraksis står sentralt.

Det er særlig to ting som veier opp for disse begrensningene. For det første er to av sakene såpass like at jeg mener det er grunnlag for en selvstendig analyse av disse to sakene opp mot hverandre.⁵⁶ Begge disse minner også svært om typetilfellene jeg har beskrevet over. Videre er det en lagmannsrettsavgjørelse hvor et sentralt tema for min problemstilling vurderes uttrykkelig i domsgrunnene, med henvisning til en kjennelse fra ankeutvalget som behandler samme tema men etter eldre lovgivning.⁵⁷

⁵⁶ Se punkt 3.4.2.

⁵⁷ Se punkt 3.4.3.

Svakhetene vil derfor i hovedsak påvirke i hvilken grad vi kan oppstille en generell terskel for oppfriskning for de to typetilfellene. Det stanser oss derimot ikke fra å angripe problemstillingen som stiller spørsmål ved om det er og bør være en forskjell i vurderingen av disse. Det er flere av avgjørelsene som kom opp i rettskildesøkene som ikke er av interesse for problemstillingen, og jeg vil derfor ikke kaste bort tid på å presentere disse.

3.2 Holdepunkter for at behandlingsinstansen kan og bør vektlegges

3.2.1 Innledning

Jeg vil her legge frem det metodiske belegget for at det kan og bør legges vekt på hvilken instans som avsa fraværdommen. I tillegg til argumenter for at det vektlegges direkte, vil jeg trekke frem argumenter for at det vektlegges indirekte.

Jeg velger å se bort fra hensynet til motparten, da innrettelse, tidsmomentet og motpartens medvirkning må antas å ikke påvirkes av instansen som avsa fraværdommen. Partens interesse i å foreta prosesshandlingen, avgrenser jeg videre til hensynet til materielt riktig resultat, ettersom sakens materielle betydning for parten ikke bør antas å være forskjellig i de to typetilfellene.

Etter mitt syn er det altså følgende sentrale hensyn som kan være aktuelle å vurdere: forsømmelsens karakter, hensynet til materielt riktig resultat og hensynet til tillitsfull behandling. Sistnevnte hensyn er altså fra § 1-1. Jeg kommer også til å se nærmere på akkurat forkynningsformen, ettersom dette er et faktisk forhold som typisk vil være forskjellig i de to typetilfellene.⁵⁸

3.2.2 Forsømmelsens karakter

Jeg tar først for meg forskjellen som følger av loven. Ved forsømmelse som fører til fraværdom i forlikrådet, kan saken overprøves ved stevning til tingretten. Det gjøres altså ingen vurdering av den opprinnelige oversittelsen i slike saker⁵⁹, med mindre også stevningsfristen oversittes.⁶⁰ Det kan slik sett argumenteres for at forsømmelse av frister for forlikrådet ikke bør vektlegges i det hele tatt ved vurderingen av oppfriskning av stevningsfristen, siden lovens system er at slik forsømmelse ikke skal ha endelige konsekvenser.

⁵⁸ Postforkynningsforskriften § 4 jf. også Rønningen et. al. (2008) s. 80 flg.

⁵⁹ NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 314, der det blant annet uttales «At noen parter får slippe litt billig fra sin forsømmelse, er en omkostning man heller får ta med på kjøpet», og videre at slike saker skal overprøves «etter samme regler som for overprøving av ordinære dommer».

⁶⁰ § 6-14 første ledd andre og tredje punktum.

Når det er sagt, må det likevel antas at det vil komme inn som et moment i den helhetlige vurderingen av partens passivitet. Jeg mener likevel at det etter dette kan argumenteres for at terskelen som utgangspunkt burde settes noe lavere etter fraværdom fra forliksrådet, sammenlignet med fraværdom fra de øvrige organer.

Dette følger direkte av lovens system. Jeg vil nå se videre på hvordan forskjellen i behandlingen vil kunne få en indirekte påvirkning på vurderingen av forsømmelsen.

Når en sak skal behandles i tingretten, vil saksbehandlingen, naturlig nok, være forholdsvis mye mer omstendelig enn ved behandling i forliksrådet. Dette skyldes blant annet at saksstyringen i forliksrådet er relativt skjematisk. Innklagde sendes forkynnelse med oppfordring til å sende tilsvarende. Dersom forliksrådet mottar tilsvarende vil dette forkynnes for motparten, og det settes dato for meklings-/rettsmøte, se §§ 6-4 og 6-5. Brev sendes hverken rekommandert eller med mottakskvittering⁶¹, og en passiv part kan dermed lettere gå glipp av at oversittelse av fristene har alvorlige konsekvenser. Tingrettene er nok også, som organer med domsmyndighet, bedre kjent i allmennheten, som må antas å føre til at de fleste vil ta frister oppgitt av tingrettene som mer alvorlige enn frister fra et ukjent organ. Forliksrådets navn vil også kunne føre til at de ikke fremstår som et rettslig bindende organ, langt mindre en domstol. Det kan nok også lett assosiere til «Konfliktrådet», som jo ikke har kompetanse til å avsi rettslig bindende avgjørelser i sivile saker.⁶²

Det kan innvendes mot dette at forliksrådets dokumenter tydelig beskriver konsekvensene ved oversittelse. Det må i det minste kunne antas å fremstå som et forvaltningsorgan, og det fremgår helt klart at man må svare innen fristen. Til dette vil jeg likevel hevde at det er en vesensforskjell mellom forvaltningsorganer og domstoler. Mens forvaltningsorganer også treffer juridisk bindende avgjørelser i form av vedtak, er klageprosessen her en helt annen, og frister er typisk adskillig mindre preklusive. Forvaltningsorganer har blant annet en selvstendig plikt til å treffe riktige vedtak, og skal derfor omgjøre vedtak dersom det fremkommer nye opplysninger om saken.⁶³ Dette gjelder som kjent ikke for rettslige avgjørelser.⁶⁴ En del forvaltningsvedtak vil også kunne prøves for retten.⁶⁵

⁶¹ Postforkynningsforskriften § 4 andre ledd.

⁶² Konfliktrådsloven, særlig § 11 og § 17, der det fremgår at behandlingen er frivillig og at saken kun «avgjøres» ved avtale.

⁶³ Se Eckhoff og Smith (2014) s. 304 flg.

⁶⁴ Robberstad (2009) s. 314 om rettskraft. For øvrig også Skoghøy (2017) s. 1046 og Hov (2017) s. 404.

⁶⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 515 flg.

Dette taler for at oversittelse av fristen for å inngi tilsvar, bør vurderes noe strengere der behandlingen skjer for tingretten, enn der saken gjelder behandling i forlikrådet. Argumentet vil til en viss grad kunne hevdes å virke inn ved vurdering av fraværdom fra tingretten sammenlignet med tilsvarende for lagmannsretten. Her må det derimot antas å ha mindre tyngde, ettersom disse begge er alminnelige domstoler, og alvoret derfor må antas å være tilstrekkelig klart for alle parter.

Jeg vil understreke at dette kun må gjelde helt generelt, i mangel av andre holdepunkter. Dersom det er klart, eller sannsynliggjort, at parten var fullstendig klar over konsekvensene av oversittelse, eller der parten hadde prosessfullmektig som må forventes å kjenne like godt til alvoret av forlikrådsbehandling som ved behandling av saker for tingretten, vil ikke dette spille inn.⁶⁶ Særlig der partene har inngitt tilsvar, men uteblir fra rettsmøtet, må uteblivelse gjerne antas å være mer alvorlig for tingretten enn for forlikrådet.

Et annet spørsmål er hvilken vekt dette bør ha for vurderingen. Jeg kommer tilbake til dette i den senere drøftelsen.

For å se nærmere på dette kommer jeg særlig til å se på om det kan antydes forskjeller i hvordan tidsmomentet vurderes i de forskjellige typetilfellene. Dersom det kan argumenteres for å være en forskjell her, vil det kunne tas til inntekt for at selve forsømmelsen vurderes strengere for det ene eller andre organet. Vurderingen etter § 16-12 tredje ledd er som kjent helhetlig og skjønnsmessig, og det er dermed vanskelig å si sikkert hva som fører til at oppfriskning gis eller ikke. Tidsmomentet er likevel et praktisk utgangspunkt å vurdere ettersom det er mye lettere målbart enn de andre momentene.

3.2.3 Hensynet til materielt riktig resultat

Som nevnt over, vil en kunne hevde at en fraværdom fra forlikrådet vil risikere større materielle svakheter enn tilsvarende avgjørelse fra domstolene. Den eneste materielle skranke for fraværdommer finner vi i vilkårene for å avsi fraværdom, oppstilt i § 16-10:

«(1) Har saksøkte fravær i saken, og retten ikke gir oppfriskning, kan saken avgjøres ved fraværdom. Fraværdom kan ikke avsies i saker hvor offentlige hensyn medfører at saksøktes rådighet i rettsforholdet er begrenset, jf. § 11-4.

(2) Fraværdom avsies etter begjæring fra saksøkeren hvis denne kan gis medhold fullt ut eller i det vesentlige. Dommen skal bygge på saksøkerens påstandsgrunnlag

⁶⁶ Siden parten identifiseres med fullmektigen jf. tvl. § 3-4 og 3-1 tredje ledd.

etter § 11-2 når dette er meddelt saksøkte og ikke fremtrer som åpenbart uriktig. § 16-9 annet ledd gjelder tilsvarende for saksøkte.

(3) Avgjørelser som avviser eller forkaster en begjæring om fravær, treffes ved kjennelse.

(4) Første til tredje ledd gjelder tilsvarende ved fravær hos ankemotparten eller andre som kravet er rettet mot.»

De fire vilkårene er altså at saksøkte har fravær og ikke blir gitt oppfriskning, at saken ikke gjelder sak med begrenset rådighet, at saksøker kan gis medhold fullt ut eller i det vesentlige, og at påstandsgrunnlaget dette bygger på ikke fremtrer som åpenbart uriktig.

Oppfriskning ved fravær er ikke aktuelt for forliksrådets avgjørelser, siden dette ikke kan innvilges i forliksrådet jf. § 6-14 fjerde ledd. Saker med begrenset rådighet er heller ikke aktuelle i forliksrådet, ettersom de typisk faller utenfor sakene som skal gå for forliksrådet etter § 6-2.⁶⁷ Der det er på det rene at parten har fravær, blir altså de gjenstående vilkår om det er grunnlag for å gi medhold «fullt ut eller i det vesentlige» og at påstandsgrunnlaget «ikke fremtrer som åpenbart uriktig». Det er umiddelbart få holdepunkter for at en dommer i tingretten har bedre evner til å vurdere riktigheten av påstandsgrunnlaget, ettersom dette er en faktisk og ikke en juridisk vurdering. Dette taler altså ikke for at det bør være lettere å angripe, og altså oppfriske etter fravær i forliksrådet.

Den eneste aktuelle innvendingen, synes å være at forliksrådene oftere tar feil om hvorvidt saksøkte kan gis medhold fullt ut eller i det vesentlige. Jeg går derimot ikke nærmere inn på om dette er sannsynlig, siden det uansett ikke kan vektlegges i vurderingen etter § 16-12 tredje ledd.

Som jeg nevnte innledningsvis skal oppfriskning gis etter § 16-12 første ledd der «avgjørelsen er avsagt med urette». Om tingretten har avsagt en fraværdom uten at vilkårene etter § 16-10 var oppfylt, skal det altså gis oppfriskning uavhengig av eventuell forsømmelse fra den oppfriskende parts side.⁶⁸ Som jeg kommer tilbake til i neste avsnitt, må det samme antas å være tilfellet der forliksrådet avsier en fraværdom med urette. Det vil derfor være fullstendig urimelig om det skal legges vekt på at slike feil er mer sannsynlige ved forliksrådsbehandling, ettersom det kun er der det faktisk kan påvises å ha blitt gjort slike feil at oppfriskning bør gis.

⁶⁷ Backer (2015) s. 77.

⁶⁸ Robberstad (2009) s. 145.

Det er verdt å knytte noen kommentarer til hvordan denne prosessen ville bli der forlikrådet avsier er fraværdom med urette, f.eks. hvis tilsvarsfristen ikke faktisk var oversittet, eller påstandsgrunnlaget ikke ga grunnlag for å gi klageren medhold «fullt ut eller i det vesentlige. Siden avgjørelsen ikke skal angripes ved oppfriskning, men ved alminnelig stevning til tingretten, vil saken kunne stille seg annerledes. Det vil da ikke være forsømmelsen som ledet til den uriktige avgjørelsen som søkes oppfrisket, slik som der tingretten avsier fraværdom med urette, men heller stevningsfristen etter § 6-14 første ledd. Til tross for dette må det likevel antas at § 16-12 første ledd siste punktum også kommer til anvendelse der stevningsfristen er oversittet etter en uriktig avsagt fraværdom. Ordlyden taler klart for denne løsning, da det står helt generelt at oppfriskning **skal** gis der det med urette er avsagt avgjørelse etter § 16-10. Også i tilfeller der slik avgjørelse er avsagt i forlikrådet må denne bestemmelsen antas å komme til anvendelse, og gode grunner taler for en slik løsning. Den faktiske situasjonen vil tross alt være den samme som der tilsvarende avgjørelse er avsagt i tingretten.

Konklusjonen blir altså at det ikke kan legges vekt på riktigheten av at fraværavgjørelsen treffes ved vurderingen etter § 16-12 tredje ledd, siden hensynet er fanget opp av paragrafens første ledd siste punktum. Avstanden mellom fraværdommens slutning, og det saken mest sannsynlig ville ende med etter realitetsbehandling vil selvsagt kunne vektlegges, men det er ingen holdepunkter for at det her skulle være noen generell forskjell mellom forlikrådets og de øvrige domstolers avgjørelser. En vil dermed ikke automatisk kunne legge terskelen lavere der avgjørelsen stammer fra forlikrådet på bakgrunn av dette hensynet.

3.2.4 Hensynet til tillitsfull behandling

Dette faller ikke umiddelbart inn under de tre hensyn som skal gis særlig vekt etter § 16-12 tredje ledd, men følger av første ledd i tvistelovens formålsparagraf. Det fremgår altså at et avgjørende hensyn for tvistelovens system for behandling av rettslige tvister, er å fremstå tillitsskapende. En forutsetning for dette, er at behandlingen fremstår tilstrekkelig grundig, tilstrekkelig rettferdig og at parter med prosedable krav gis adgang til å behandle dem.

Fraværdommer, som kan beskrives som at en part vinner en tvist på «walk over», er av natur en motsats til hensynet til tillitsfull behandling. Hensynet bak instituttet er ressursbesparelse, og at en part skal hindres fra å trenere saken ut i det uendelige.⁶⁹ Det følger med nødvendighet

⁶⁹ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 902 og 907, hvor regelens praktiske betydning og hensyn om å motvirke forsømmelser understrekes. Også s. 251 og 269 der effektiviteten av akkurat fraværdommer i forlikrådet fremheves.

at parter må gis tilstrekkelig mulighet til å forsvare seg mot slike fraværdommer, for at behandlingen, som helhet, skal anses tillitsfull.

Også forlikrådet, et lavterskelorgan opprinnelig ment å være en meklingsinstans uten domskompetanse og med begrenset juridisk kyndighet blant medlemmene, er blitt gitt myndighet til å treffe fraværdommer som er endelige og bindende.⁷⁰ Dette vil kunne fremstå enda mindre tillitsfullt enn når tilsvarende avgjørelser treffes i de alminnelige domstoler. Dette vil dels kunne skyldes deres mindre strenge rutiner for innkalling og forkynnelse, og dels en oppfatning om at det kun er dommere med juridisk kyndighet som bør avsi endelige dommer. Som jeg kommer tilbake til, er det nok ikke særlig mye som taler for at en fraværdom fra tingretten vil være mer materielt riktig enn en avgjørelse fra forlikrådet, men oppfatningen vil likevel kunne antas å foreligge.

Dette må likevel ikke kunne antas å gis veldig stor alenestående vekt. Det bør derimot sees i sammenheng med punktet under, om forkynningsformen.

3.2.5 Forkynningsformen

Jeg har nevnt dette under to av de andre punktene over, men vil her bare knytte noen generelle kommentarer til dette. Jeg tar ikke til orde for at forkynningsformen i seg selv bør vektlegges, men konsekvensene av den bør likevel kunne vurderes.

Hvorvidt forskjeller i forkynningsformen skal tillegges vekt vil ha stor betydning. Som vi skal se fra sakene under, er det nærmest universelt å hevde å ikke ha mottatt innkallingen eller selve fraværdommen i sakene som gjelder oppfriskning av fraværdom fra forlikrådet.

Regelen i § 16-12 første jf. andre ledd taler mot at dette skal tillegges vekt. Dersom en part aldri har mottatt fraværdommen kan de umulig klandres for ikke å ha stevnet saken til tingretten innen fristen. Dette vil likevel stille seg annerledes dersom de fikk kjennskap til dommen på andre måter, og deretter ventet i lengre tid. I et slikt tilfelle må de antas å kunne klandres for forsømmelsen, og vil måtte avskjæres fra oppfriskning etter første jf. andre ledd.

I et slikt tilfelle må det antas at forsømmelsen, i alle fall til dels, sees i lys av at parten ikke ble gjort kjent med saken før på et senere tidspunkt. En kunne etter dette gjøre den feil å tro at forlikrådets forkynningsform ikke er noe større problem for vurderingen i tredje ledd, ettersom den i det vesentlige avhjelpest av første jf. andre ledd. Dette stemmer likevel ikke. Et sentralt problem ved at forkynning skjer uten mottakskvittering, er at det eneste

⁷⁰ Se f.eks. Skoghøy (2017) siste setning på s. 734.

bevismaterialet som foreligger er forliksrådets interne systemer hvor det fremgår at brevet er sendt og hvor det er sendt. Folk flest overvåker tross alt ikke egen postkasse, og de vil dermed ha problemer med å kunne vise til hva som er og ikke er kommet frem.

Ettersom sivile saker skal legge det mest sannsynlige påstandsgrunnlaget til grunn,⁷¹ vil domstolen i flertallet av tilfellene måtte legge til grunn at brevet derfor er mottatt. Vi ser her et uheldig utslag av generell sannsynlighet. Mens det må antas å være en vitterlig kjensgjerning at brev til tider forsvinner i posten, vil det store flertallet av alle brev komme frem. Sannsynligheten for at akkurat brevene med forkynnelse i din sak er blitt borte, er dermed langt mindre enn sannsynligheten for at de er kommet frem. Likevel vil det, med en så stor saksmengde som forliksrådene har, være så sannsynlig at det nærmer seg å bli en absolutt sikkerhet at noen brev kommer til å bli borte i posten.

Som jeg redegjorde for over, vil partene i slike saker være fratatt nesten enhver mulighet for å sannsynliggjøre at akkurat dette har skjedd i deres sak. Som jeg går nærmere inn på under punkt 3.4.3, mener jeg derfor det burde kunne legges noe vekt på selve forkynningsformen. Dette samsvarer også med hensynet til tillitsfull behandling, som jeg viste til over. Det taler altså for at de to typetilfellene jeg ser på i denne oppgaven skal vurderes forskjellig, ettersom både innkalling og avgjørelse typisk vil være forkynt ved brev uten mottakskvittering for forliksrådet.

3.3 Presentasjon av rettspraksis

3.3.1 Innledning

Flertallet av avgjørelsene jeg har funnet tar på ingen måte opp særlige forhold ved behandlingsinstansen i domsgrunnene. For disse vil jeg derfor bare presentere saksforholdet kort, og heller gi en mer generell vurdering av hvorvidt sakene synes å legge terskelen lavere der fraværdommen stammer fra forliksrådet enn der den er fra tingretten. Jeg vil også presentere de avgjørelsene jeg synes gir mer konkrete holdepunkter for sammenligning. For ordens skyld vil jeg også presentere de avgjørelsene som ikke synes å gi noen videre holdepunkter for å vurdere betydningen av hensynene nevnt over. Jeg bemerker at hvis ikke annet fremgår eksplisitt, så gjelder sakene jeg viser til fra lagmannsretten fraværdommer fra forliksrådet, mens høyesterettsavgjørelsene gjelder fraværdommer fra tingretten.⁷²

⁷¹ Skoghøy s. 914 med videre henvisninger.

⁷² Unntakene er der jeg viser til den endelige avgjørelsen i lagmannsretten etter at Høyesterett har opphevet tidligere lagmannsrettskjennelse, og Rt. 2001 s. 947.

3.3.2 Generelt om terskelen

LB-2012-1260 gjelder anke over tingrettens kjennelse, som avviste oppfriskning etter oversittet stevningsfrist. I lagmannsrettens kjennelse fremheves akkurat tidsmomentet, der syv måneders oversittelse blir beskrevet som «meget lang». Det nevnes ingen konkrete innrettelsesbehov for motparten, ei heller særlig viktig forsømmelse fra partens side, ut over lengden på forsømmelsen. At parten blir sittende med et krav på over 225 000 kroner mot seg, anses ikke tilstrekkelig byrdefullt til å veie opp for motpartens interesser, uten at det knyttes noen konkrete bemerkninger til hvilke interesser motparten her skulle ha som berettiger denne bemerkningen. Den ankende part anfører at forliksrådets innkalling og avgjørelse aldri ble lovlig forkynt, men han er ute av stand til å dokumentere at han aldri fikk dokumentene. Det synes derfor å legges til grunn at han var kjent med avgjørelsen i hele perioden, til tross for at han beviselig var varetektsfengslet frem til to dager før stevningsfristen utløp. Det faktum at kravet bygger på kontrakt med en tredjepart som er et aksjeselskap, og ikke innklagde som privatperson, synes heller ikke å vektlegges.

LF-2015-112794 er interessant som en motsats. Også i denne saken er oversittelsen ca. syv måneder, og beløpet på rundt 245 000 kroner. Her gjøres det derimot en grundig vurdering av partenes interesser, hvor det legges stor vekt på partens manglende evne til å imøtegå kravet. Til tross for at han og hans fullmektiger beviselig hadde vært klar over avgjørelsen allerede før stevningsfristen utløp, ble oppfriskningsbegjæringen tatt til følge. Kanskje mest graverende er at partens siste prosessfullmektig, som var advokat, brukte to måneder på å sende stevning til tingretten etter at forliksrådet opplyste ham om at dette var riktig rettsmiddel.

Disse avgjørelsene fremstår for meg som svært sprikende. I den første av disse sakene synes det nesten ikke å gjøres en interesseavveining, siden tidsaspektet er så fremtredende. I den sistnevnte blir tidsmomentet kun nevnt i en kort setning, der det fastslås at det derfor kreves «sterke grunner» for å tillate oppfriskning. Den rimeligste forklaringen på dette, er at det i den sistnevnte saken ble lagt veldig stor vekt på partens mentale handicap og de forsøk som var blitt gjort for å motsette seg motpartens krav. Når ingen slik vurdering gjøres i LB-2012-1260, må dette forstås som at ingen slike forhold forelå. Jeg mener likevel det er kritikkverdige når lagmannsretten nøyer seg med å gjengi sitater fra anførlene, for så å avfeie dem uten videre begrunnelse. Det fremgår ikke om retten er av den oppfatning at anførlene ikke er sannsynliggjort, eller om de strider med rettens forståelse av hva som skal vektlegges etter § 16-12 tredje ledd.

LB-2015-132593 er enda en avgjørelse med veldig lang fristoversittelse. Her var stevningsfristen oversittet med seks måneder. Lagmannsretten delte seg her i flertall og mindretall, der flertallet opprettholdt tingrettens avgjørelse om å tillate oppfriskning. Det som

her er av en viss interesse er at det tilsynelatende kun er beløpets størrelse, i overkant av 392 000 kroner, og det faktum at saken aldri er blitt realitetsbehandlet, som begrunner at oppfriskning gis. Ettersom alle kjennelsene jeg vurderer her stammer fra fraværdommer i saker som ikke tidligere er realitetsbehandlet, vil dette være tilfellet for alle disse sakene. Det er også klart fra saksbeskrivelsen at det ikke er usikkerhet knyttet til forkynnelse, og at innklagde derfor skulle hatt mulighet til å ivareta sine interesser ved stevning på et tidligere tidspunkt. Jeg forstår for øvrig kommentarene knyttet til at tingretten «ikke uten videre» kunne legge til grunn at fraværdommen var korrekt som knyttet til spørsmålet om materielt riktig resultat, og ikke som en uttalelse knyttet til hvorvidt avgjørelsen var avsagt med urette jf. § 16-12 første ledd siste punktum.

Dette er av særlig interesse, ettersom retten i samme avgjørelse beslutter at ankemotparten, som da gis oppfriskning av stevningsfristen, likevel skal bære sakskostnadene til den ankende part på bakgrunn av at han er «sterkt å klandre» for den oppståtte situasjon. Jeg har problemer med å se at denne avgjørelsen samsvarer med den strenge vurderingen som ble gjort i LB-2012-1260. Beløpet i LB-2015-132593 er nesten det dobbelte, og fristen er oversittet med seks og ikke syv måneder, men det underliggende rettsforhold fremstår mer usikkert i LB-2012-1260. Det ser heller ikke ut som om helseforhold er vektlagt i LB-2015-132593. Én måte å forene disse på ville være å vise til dissensen i den sistnevnte av de to kjennelsene, og at denne derfor ligger akkurat på terskelen for at oppfriskning gis. Mens både 225 000 kroner og 392 000 kroner er betydelige summer for privatpersoner, vil det kunne forsvares å legge noe større vekt på beløpet der det er nesten dobbelt så stort.

Resultatet ble svært annerledes i LG-2017-149658. Her var fristoversittelsen på i overkant av tre måneder, og beløpet på ca. 296 000 kroner. Mens det er 100 000 kroner lavere enn i den overnevnte kjennelsen, vil begge disse summene være betydelige for en privatperson. Til tross for at den innklagde part kunne vise til opphold i utlandet som sannsynliggjorde at han rent faktisk ikke hadde mottatt klagen tidligere, og deretter sykdom i lengre tid, ble oppfriskning nektet. Alle momentene som ble vektlagt i LB-2015-132593 gjør seg her gjeldende. Det er tale om et betydelig beløp, riktigheten av avgjørelsen kan settes i tvil, og saken har ikke hatt noen realitetsbehandling. I tillegg til dette kommer altså betydelig sykdom og kortere oversittelse. Jeg kan ikke se at de 100 000 kronene gir grunnlag for å legge til grunn at beløpet er av mindre betydning.

Den eneste måten å forene disse to avgjørelsene på, måtte være å legge avgjørende vekt på at parten i sistnevntes sak var kjent med dommen i en lenger periode før han sendte stevning til tingretten. Selv om man legger til grunn at han ikke ble kjent med saken før sykdomsforløpet eskalerte i januar, så gikk det over en måned fra hans 100 % sykmelding gikk over til han sendte stevning til tingretten.

LF-2010-178781 - LF-2011-145887 sier lite om terskelen. Saken gjelder oppfriskning fremsatt nesten ett år etter fraværdom ble avsagt. Innklagdes prosessfullmektig hadde her begjært gjenåpning ca. tre måneder etter fraværdommen ble avsagt, og også eksplisitt tatt avstand fra at oppfriskning var riktig rettsmiddel. Kravet var på ca. 46 000 kroner, og innklagdes innsigelser mot det var tvilsomme. Det er vanskelig å se bort fra at domstolen her legger vekt på at innklagdes prosessfullmektig her har handlet slik at saken trakk veldig ut i tid. Både størrelsen på beløpet og hensynet til materielt riktig resultat taler for at fraværdommen blir stående. Når resultatet derfor må antas å være såpass klart, er det vanskelig å se at kjennelsen gir holdepunkter for at typetilfellene ville blitt vurdert forskjellig.

LF-2012-186779 gjelder også anke over tingrettens kjennelse om å avvise oppfriskning etter oversittet stevningsfrist. Her er det igjen anført at innkalling og avgjørelse aldri er mottatt av den ankende part, men dette avvises som ikke tilstrekkelig sannsynliggjort, uten videre begrunnelse. Det foretas her en helt konkret interesseavveining, der forsømmelsen ikke synes å tillegges stor vekt. Det bør likevel nevnes at den ankende parts interesse i rettslig behandling fremheves som betydelig, samtidig som motpartens innrettelse anses beskjeden etter forholdene. Når interesseavveiningen fremstilles såpass klar i den ankende parts favør, vil det være vanskelig å uttale seg klart om hvor tungt retten vektet forsømmelsen, ettersom interesseavveiningen synes å ville overkomme en ganske mye tyngre forsømmelse. Konkret uttaler retten kun at oversittelsen ikke er ubetydelig, og at parten kan bebreides som uaktsom. Den aktuelle oversittelsen er på nesten to måneder.

I LF-2013-65155 foretas kun en ganske summarisk gjennomgang av oppfriskningsspørsmålet som følge av den prosessuelle begrensningen i § 16-14 andre ledd. Lagmannsrettens behandling er derfor begrenset til lovanvendelsen, mens selve den skjønsmessige vurderingen uteblir. Saken gjelder prisavslag ved oppføring av enebolig, og tvistesummen er på ca. 480 000 kroner. Lagmannsretten sier seg enig i at en fristoversittelse på 6-7 uker beskrives som «ikke ubetydelig», og finner ikke grunn til å overprøve tingrettens avgjørelse om at oppfriskning bør gis på bakgrunn av partens interesse i å få realitetsbehandlet saken.

Etter min mening synes retten her å ha misforstått, da det uttales at oppfriskning skulle vært begjært «innen utløpet av fristen for å utta stevning til tingretten». Dette må bero på en misforståelse, ettersom riktig rettsmiddel mot slik fraværdom som tidligere nevnt er alminnelig stevning for tingretten. Forsømmelsen som faktisk søkes oppfrisket er altså denne stevningsfristen, slik at oversittelsen rent faktisk er på 2-3 uker.⁷³

⁷³ Se også min fremstilling i punkt 2.2.2, eller LB-2011-118092 med videre henvisninger.

Vi ser altså at lagmannsrettene har en noe sprikende vurdering av terskelen etter § 16-12 tredje ledd. Det foreligger avgjørelser som gir oppfriskning etter en meget konkret interesseavveining etter så mye som syv måneder, samtidig som det er avgjørelser som nekter dette etter tre måneders oversittelse. Vi ser likevel gjennomgående at flertallet av avgjørelsene gjelder lengre fristoversittelser, gjerne slik at fristen for å søke oppfriskning også har gått ut.⁷⁴

Jeg går så over til å se nærmere på Høyesteretts avgjørelser ved fraværdom i tingretten, for å se om disse avgjørelsene synes å gi uttrykk for en strengere vurdering av terskelen etter § 16-12 tredje ledd.

Rt. 2009 s. 1085, som gjelder sak der avgjørelsesoppfriskning ikke ble tatt til følge av hverken tingretten eller lagmannsretten, er av begrenset interesse. I saken oppheves lagmannsrettens kjennelse på bakgrunn av manglende vurdering av § 16-12 første ledd siste punktum i lagmannsrettens domsgrunner. Det er likevel verdt å merke seg at oppfriskning etter § 16-12 tredje ledd ble nektet for begge de øvrige instanser til tross for at fristoversittelsen som fraværdommen skriver seg tilbake til var på én dag.⁷⁵ Det bør likevel nevnes at saksøkte i saken er en profesjonell part, og at tvistesummen på 375 000 gjelder prisavslag ved kjøp av eiendom. Etter forholdene må beløpet derfor antas å være av mindre betydning for saksøkte enn i sakene vi så på fra lagmannsretten.

I Rt. 2012 s. 294 er tilsvarsfristen for tingretten oversittet med noen dager, men det foreligger forhold som antyder at saksøktes prosessfullmektig med forsett har forsøkt å skjule dette ved feil datering av tilsvaret. Lagmannsrettens kjennelse blir her opphevet på bakgrunn av mangelfull interesseavveining, og i lagmannsrettens senere behandling av saken blir begjæringen om oppfriskning tatt til følge.⁷⁶ Ankeutvalget uttaler at det er «tvil om lagmannsretten har lagt til grunn en for streng norm ved anvendelse av tvisteloven § 16-12 tredje ledd». Sammenligner vi denne kjennelsen med de månedslange oversittelsene i sakene over, er det vanskelig å se at det skulle være tvil, ettersom alt som i Rt. 2012 s. 294 taler for at forsømmelsen er grov, er handlinger prosessfullmektigen har foretatt, og ikke partens egne forhold. I tråd med forarbeidenes uttalelse om at det kan være grunn til å ta høyde for dette i vurderingen av forsømmelsen, må forsømmelsens karakter her fremtone seg som adskillig mer unnskyldelig enn i de overnevnte lagmannsrettskjennelsene.

⁷⁴ Dette vil være tilfellet for alle avgjørelser der stevningsfristen er oversittet med mer enn én måned jf. punkt 2.2.5.

⁷⁵ Saken endte med oppfriskning etter § 16-12 første ledd siste punktum, se LG-2009-68818-2 og HR-2010-417-U.

⁷⁶ Se LB-2012-34407.

Ut fra denne kjennelsen er det vanskelig å trekke noen klar slutning om tidsmomentet som sådan, siden dette faller i bakgrunnen for interesseavveiningen og fullmektigens grove forsømmelse. Det er likevel påfallende hvor mye kortere forsømmelsene i disse sakene er, sammenlignet med de aktuelle sakene fra forliksrådet.

Rt. 2012 s. 803 er av interesse. Det foreligger en rekke forsømmelser i saken, som fører til at oppfriskningsvurderingen må gjøres noenlunde sammensatt. Det ble først avsagt fraværdom i tingretten etter at tilsvarsfristen ble oversittet. Litt over én måned etter avgjørelsen, mottok tingretten et skriv som fremstod som begjæring om oppfriskning, som ble forkastet. Ca. fire måneder etter at tingretten forkastet begjæringen, sendte saksøkte nytt brev, som ledet til at han i slutten av mai fikk sendt anke over kjennelsen til lagmannsretten med kombinert begjæring om oppfriskning. Saksøkte anket videre til Høyesterett, denne gangen rettidig, men oversatt fristen for å rette opp anken da den var mangelfull. Denne siste oversittelsen var på ca. en måned.

Det som gjør saken interessant, er at Høyesteretts ankeutvalg her deler seg i et flertall og et mindretall, hvor mindretallet kommer til at oppfriskning for samtlige forsømmelser bør gis. Vi ser altså at Høyesterett her, også ved flere månedslange forsømmelser, kommer til at oppfriskning kan være aktuelt, også der fraværdommen stammer fra tingretten. Jeg går nærmere inn på denne avgjørelsen i den senere drøftelsen.

Rt. 2012 s. 1163 gir svært lite veiledning. Lagmannsretten hadde avvist en anke over tingrettens fraværdom på bakgrunn av at riktig rettsmiddel var anke med påstand om oppfriskning. Ankeutvalget nøyer seg i all hovedsak med å fastslå at lagmannsretten skulle behandlet oppfriskningsspørsmålet ved denne første anken, og opphever lagmannsrettens kjennelse. Det er dermed vanskelig å trekke noe ut av denne avgjørelsen hva gjelder terskelen for oppfriskningsvurderingen. Jeg bemerker likevel at tilsvarsfristen her var oversittet med under en måned, og at tvistesummen var på nærmere 3,5 millioner kroner.

I den senere lagmannsrettskjennelsen i saken ble det gitt oppfriskning og lagt stor vekt på tvistesummen, at saken ikke var realitetsbehandlet, at saksøkte ikke hadde hatt juridisk bistand før oversittelsen og at det ble gitt tilsvar før fraværdommen forelå. Sistnevnte talte for at motpartens innrettelse fikk begrenset betydning.⁷⁷

⁷⁷ Borgarting Lagmannsretts kjennelse av 23. august 2012. Kjennelsen er vedlagt oppgaven.

Det uttales ikke noe entydig om den generelle terskelen, og avgjørelsene kan synes noe sprikende. Vi ser likevel at forholdsvis beskjedne fristoversittelser på kun noen dager kan føre til fraværdom for tingretten, og at disse ikke uten videre gis oppfriskning. Motsetningsvis ser vi flere eksempler på at oppfriskningsbegjæringer tas til følge etter flere måneders oversittelse av fristen for å stevne sak for tingretten etter fraværdom i forliksrådet.

Ut over å bekrefte den forskjellen som fremgår av loven, nemlig det at fraværdom fra forliksrådet uten videre kan overprøves ved stevning til tingretten, ser det derfor ut som terskelen kanskje er noe høyere for å få oppfriskning etter fraværdom i tingretten enn etter fraværdom i forliksrådet med påfølgende oversittelse av stevningsfristen.

3.3.3 Forkynningsformen

LB-2017-31444 gjelder spørsmål om saken er en nullitet, og kun subsidiært spørsmålet om oppfriskning. Rettens drøftelse av nullitetsinstituttet er interessant for en parts vern mot fraværdommer parten aldri ble gjort kjent med, men en nærmere drøftelse faller utenfor denne oppgaven. Jeg vil likevel trekke frem noen momenter fra denne avgjørelsen senere i drøftelsen i punkt 3.4.3.

LB-2016-133442 er av særlig stor interesse. I denne avgjørelsen nevnes akkurat forkynningsmåten, og det vises til rettspraksis⁷⁸ knyttet til den gamle ordningen om oppreisning. I avgjørelsen uttales det at det ikke kan legges vekt på forkynningsformen helt generelt, men at det er nødvendig med konkrete holdepunkter som tilsier at svakhetene ved forliksrådets forkynning har manifestert seg i den aktuelle saken. Siden saksøkte ikke kan sannsynliggjøre at akkurat hans brev ikke kom frem, konkluderer de med at det ikke foreligger slike forhold i saken. Jeg kommer tilbake til denne tolkningen under punkt 3.4.2.

LE-2017-117831 er også av interesse i forbindelse med forkynningen. Saken gjelder én måneds oversittelse av fristen for å inngi stevning etter fraværdom i forliksrådet. Oppfriskningsvurderingen står og faller på hvorvidt det kan sannsynliggjøres at parten ikke var kjent med avgjørelsen på et tidligere tidspunkt. I denne saken har forliksrådet benyttet seg av muligheten til å foreta forkynning med mottakskvittering. Til tross for at det er på det rene at saksøkte mottok innkallingen med pålegg om tilsvarende, og at adressen beviselig er riktig, kommer lagmannsretten til at det er reell tvil om at saksøkte faktisk ble gjort kjent med fraværdommen på et tidligere tidspunkt. På bakgrunn av dette kommer de til at han ikke kan bebreides for noen forsømmelse, og således bør gis oppfriskning.

⁷⁸ Nærmere bestemt Rt. 2001 s. 947, mer om dette i punkt 3.4.2.

Jeg finner det særlig interessant at denne vurderingen gjelder en sak der det faktisk ble forkynt med mottakskvittering. Selv om brevet ikke kom i retur, og dommen anses forkynt, kommer retten her til at det kan vektlegges at det er tvil om at forkynningen kom frem til saksøkte. Avgjørelsene, sett i sammenheng, gjør det dermed klart at det gis større vern til de heldige innklagde der forliksrådet velger å forkynne med mottakskvittering, ettersom de gis mulighet til å så tvil om at brev med forkynning faktisk er mottatt.

Fra disse to avgjørelsene virker det ganske klart at forkynningsformen ikke vektlegges i sin alminnelighet. Terskelen synes dermed ikke å på bakgrunn av dette være lagt lavere for oppfriskning etter fraværdom fra forliksrådet enn etter fraværdom fra de øvrige domstoler. Det må derimot kunne legges til grunn at dersom det foreligger forhold som sannsynliggjør at parten rent faktisk ikke har fått kjennskap til fraværdommen, så taler det for at oppfriskning gis. Som vi ser av den sistnevnte lagmannsrettsavgjørelsen, kan ikke dette synes å stille seg annerledes om forkynning er gjort med eller uten mottakskvittering, på tross av departementets uttalelser til postforkynningsforskriften. Jeg kommer tilbake til dette i punkt 3.4.2.

I LB-2009-85435 var begjæring om oppfriskning tatt til følge i tingretten etter oversittet stevningsfrist, og lagmannsretten avviste motpartens anke over denne kjennelsen. Kjennelsen er forholdsvis kort, men det fremgår at den innklagde part hadde oversittet stevningsfristen med to og en halv måned. Til tross for dette ble oppfriskning tatt til følge på bakgrunn av tvistesummens størrelse og at innklagde opplyste i tilsvaret til forliksrådet at hun ikke godtok kravet. Det fremgår ikke hvorvidt fraværdommen skyldtes mangler i innklagdes tilsvaret eller om det skyldtes møtefravær.

Avgjørelsen gir likevel inntrykk av at terskelen settes noe lavere enn ved tingrettsbehandling, da det i saken er klart at parten både var klar over at det gikk en sak for forliksrådet, og at hun hadde fått en avgjørelse mot seg. Når oppfriskning likevel gis kun på bakgrunn av begrenset innrettelseshensyn hos motparten og tvistesummens størrelse, så indikerer dette at forsømmelsen ikke anses like alvorlig. Jeg forstår det også som at denne vurderingen kan tas til inntekt for at forliksrådets forkynningsform vektlegges, ved at forsømmelsen anses mer unnskyldelig som følge av usikkerhet knyttet til når avgjørelsen var forkynt for innklagde.

Det kan altså se ut som om forkynningsformen gis en viss vekt av domstolene, slik at terskelen for oppfriskning blir noe lavere etter forliksrådsbehandling enn ved behandling for tingretten.

3.3.4 Saksforløp der behandlingsinstansen ikke kan antas å ha betydning

Jeg vil her presentere avgjørelser som taler for at vurderingen av oppfriskning i de to typetilfellene vurderes likt ved visse saksforløp. Som det fremgår vil dette typisk være ved særlige saksforløp der ett eller flere av hensynene som skal vektlegges i § 16-12 tredje ledd får en såpass stor rolle at det vanskelig kan tenkes at resultatet ville blitt annerledes.

LG-2013-188847 gir et godt grunnlag for sammenligning. Saken gjelder i det alt vesentlige hvorvidt vilkårene for å endre forkynneledstidspunkt etter postforkynningsforskriften § 8 foreligger. Oppfriskning nevnes kun i et kort avsnitt der det nærmest utelukkende legges vekt på at parten ikke kan bebreides for forsømmelsen, ettersom den skjedde i god tro til forliksrådets feilaktige forlengelse av forkynnesfristen. Dette er interessant sett opp mot for eksempel Rt. 2009 s. 623. Der bemerkes det at vilkårene for oppfriskning etter § 16-12 tredje ledd «klart er til stede» på bakgrunn av at domstolens misvisende veiledning har forårsaket forsømmelsen. Tilsvarende også i Rt. 2008 s. 1723. Mens ankeutvalget i sistnevnte sak ikke vurderer vilkårene for oppfriskning i § 16-12 tredje ledd i saken, fremstår det klart i avsnitt 39 at de anser domstolene som hovedansvarlig for forsømmelsen. Ved den senere behandling for lagmannsretten ble oppfriskning gitt, og det ble lagt avgjørende vekt på tingrettens uriktige opplysninger om ankefristen.⁷⁹ Vi ser altså at saker der forliksrådet eller domstolen har gitt misvisende eller uriktig informasjon vurderes likt, når det er dette som har forårsaket forsømmelsen.

LA-2016-96924 skisserer et interessant saksforløp. Begge parter var representert ved advokat, og etter fraværdommen i forliksrådet hadde partene innledet forhandlinger. I lagmannsrettens kjennelse står det svært lite om den konkrete vurderingen etter § 16-12 tredje ledd, men det er her flere forhold som det må antas at de legger vekt på. Siden begge parter er representert ved advokat, må det antas at begge parter er klar over at saken må stevnes til tingretten innen utløpet av fristen i § 6-14 for å unngå rettskraft. Når saksøkte derfor unnlot å sende en fristavbrytende stevning, er det naturlig at domstolen lar denne forsømmelsen gå ut over ham. Hensynene jeg dro frem i punkt 3.2 synes heller ikke å være like aktuelle når begge parter, som her, er representert ved advokat. I slike tilfeller må oversittelsen anses forsettlig, hvoretter terskelen som beskrives i forarbeidene må antas å være sammenfallende uavhengig av hvor fraværdommen stammer fra.⁸⁰

I flere av lagmannsrettens avgjørelser ser vi at de nærmest utelukkende treffes på bakgrunn av partens interesse i å foreta prosesshandlingen. I både LB-2010-189167 og LB-2010-128458

⁷⁹ Se LB-2009-11803-1.

⁸⁰ NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 922 i venstre kolonne.

legges det avgjørende vekt på at den oppfriskende partens sentrale innsigelser baseres i motkrav de forfekter å ha. Ettersom disse ikke er rettskraftig avgjort ved fraværdommen, har parten all mulighet til å ivareta disse kravene ved separat rettslig behandling av disse. Mens det kan tenkes at saken ville stille seg annerledes ved svært beskjedne oversittelser, må det antas at det ikke kan legges vekt på andre momenter ved disse avgjørelsene. Det er også vanskelig å argumentere for at slike tilfeller ville stille seg annerledes ved fravær i tingretten, sammenlignet med fravær i forliksrådet. Dette argumentet styrkes ved at sistnevnte av de to sakene i det vesentlige gjelder fravær ved tingrettens behandling av saken. Skrevet på en annen måte, kan en si at det er lite som taler for at fravær ikke skal få sin alminnelige rettsvirkning når den fraværende parts eneste interesse i oppfriskning er en reduksjon av egen prosessrisiko.

LB-2016-185709 er av mindre interesse. Stevningsfristen er oversittet med over et år, og parten som hadde fått en fraværdom mot seg var selv å bebreide for ikke å ha mottatt forkynning av forliksklagen, som til slutt ble forkynt ved oppslag. Det eneste hensyn som synes å tale for oppfriskning er størrelsen på kravet. Det er vanskelig å se at resultatet her kunne avhenge av instansen som avsa fraværdommen.

3.4 Nærmere analyse av visse avgjørelser

3.4.1 Innledning

Jeg vil her se nærmere på de avgjørelsene jeg mener har en særlig interesse for problemstillingen. Jeg vil først gjøre en komparativ analyse av Rt. 2012 s. 803 og LF-2015-112794 (3.4.2), og deretter se nærmere på LB-2016-133442 og dens tolkning av uttalelser i Rt. 2001 s. 947 om forkynningsformens betydning for oppfriskning etter § 16-12 tredje ledd (3.4.3).

3.4.2 Rt. 2012 s. 803 og LF-2015-112794

Dette er de to avgjørelsene som nok er mest sammenlignbare av de som foreligger i praksis. De er også de som minner mest om typetilfellene jeg beskrev i innledningen. Saksforholdet i begge sakene er kort beskrevet i punkt 3.3.2, men jeg vil likevel gi en kort gjengivelse her.

Rt. 2012 s. 803 gjelder en sak om betaling for kjøp av aksjer for ca. 1,5 millioner kroner og dom for påtatt ansvar for kausjonsforpliktelser på nærmere 2 millioner kroner.⁸¹ Saksøkte var en privatperson med alvorlig depresjon/panikkangst. Fristen for tilsvar ble oversittet, og først en måned etter fraværdommen ble det sendt begjæring om oppfriskning. I den videre

⁸¹ Fra beskrivelsene av saksforholdet i lagmannsrettens tidligere kjennelse LB-2011-101871.

behandlingen av oppfriskningsspørsmålet forekom det to videre fristoversittelser, slik at den totale fristoversittelsen i saken utgjør ca. seks måneder.

LF-2015-112794 gjelder en sak om betaling for telesextjenester for rundt 245 000 kroner. Saksøkte var privatperson med mentalt handicap. Fristen for å stevne saken til tingretten var oversittet med minst syv måneder.

I begge saker er det blitt anlagt sak, uten at tilsvar er blitt inngitt av innklagde/saksøkte. Rettsmiddelfristen etter fraværdommen synes å være oversittet i begge sakene og i begge saker foreligger det forhold som får forsømmelsen til å fremstå grovere. Innklagde/saksøkte har i begge saker mentale problemer som hindrer dem fra å motsette seg kravene på en hensiktsmessig måte, og tvistesummen er forholdsvis stor. Den totale fristoversittelsen i begge saker er sammenlignbar.

Vi ser altså at Høyesteretts ankeutvalg nekter videre behandling av begjæringen om oppfriskning, mens lagmannsretten kommer til at begjæringen skal tas til følge. Hadde faktum i disse avgjørelsene vært identisk kunne vi kanskje slått oss til ro med dette og konkludert med at det klart er en høyere terskel for oppfriskning etter fraværdom i tingretten, enn etter fraværdom i forliksrådet. Siden dette ikke er tilfellet, ser jeg først på de mest fremtredende forskjellene ved saksforholdet, og hvilken betydning disse forskjellene kan ha for konklusjonen. Etter dette vil jeg se på hvilken vekt vi kan tillegge konklusjonen jeg treffer på bakgrunn av disse avgjørelsene.

Det er en rekke momenter som gjør at saken i Rt. 2012 s. 803 skiller seg fra saksforholdet i LF-2015-112794. For det første gjelder saken for Høyesterett et beløp som er adskillig høyere enn i saken for lagmannsretten, totalt ca. 14 ganger så høyt om man regner med kausjonsforpliktelsen. Dette skulle tale med tyngde i retning av oppfriskning i ankeutvalgets sak, sammenlignet med saken for lagmannsretten.

Det er videre forskjell i graden av og typen mental lidelse partene i sakene lider av. I saken for ankeutvalget foreligger det kun en viss dokumentasjon på langvarig og til dels alvorlig mental lidelse, som begrenser hans evne til å ivareta egne interesser. Denne dokumentasjonen er likevel «svært kortfattet og lite presis i angivelsen av arten og graden av helseplager det er tale om». I lagmannsrettens avgjørelse legges likevel partens mentale handicap til grunn som sannsynliggjort ved at han arbeider i vernet bedrift og at han var «psykisk ute av stand til å imøtegå kravet». På bakgrunn av dette er det vanskelig å hevde at den mentale lidelsen var bedre dokumentert for lagmannsretten, men det kan synes som den ble tillagt større vekt uten

videre dokumentasjon på konkrete følger av lidelsen. Hans mentale tilstand understrekes som det primære argumentet for at oppfriskning gis⁸², og det trekkes igjen frem under vurderingen av sakens betydning for parten. Det uttales at «*For en person i As stilling og med hans beskjedne økonomi vil et slikt krav nærmest være ensbetydende med økonomisk ruin.*»⁸³ En person i «As stilling» kan ikke forstås annerledes enn som en bemerkning knyttet til partens mentale handicap.

Motsetningsvis, i Rt. 2012 s. 803, nevnes ikke saksøktens mentale lidelser av flertallet etter de avfeier at disse gir grunnlag for gyldig fravær etter § 16-12 første ledd jf. andre ledd. Kun mindretallet trekker frem lidelsene som et moment ved vurderingen av de øvrige forsømmelsene. Dette mener jeg flertallets votum kan kritiseres for. Det må være klart at alvorlig depresjon/panikkangst kan virke svært hemmende, og at det ikke bør lastes parten noe mer enn ved et mentalt handicap. Ettersom det foreligger legeattest, må det legges til grunn at det er snakk om alvorlig depresjon i klinisk forstand, og ikke depresjon i dagligtalen. Videre må det antas at en nektelse av realitetsbehandling i saken, og de økonomiske konsekvensene av dette, vil kunne ha en negativ effekt på prognosen til noen som med slike alvorlige mentale lidelser. Jeg finner det likevel lite hensiktsmessig å her henvise til psykiatrisk faglitteratur for å bygge opp under denne påstanden.

Likevel, for spørsmålet om hvordan de forskjellige typetilfellene vurderes, må vi legge til grunn at det mentale handicapet i LF-2015-112794 er et tyngre moment enn den mentale lidelsen in Rt. 2012 s. 803. Dette taler altså i retning av en mildere vurdering av forsømmelsen i lagmannsrettens sak enn for saken i ankeutvalget. Det må likevel legges til grunn at det ble gitt en viss vekt også i sistnevnte saken, selv om jeg ikke kan se at flertallet vektlegger det i sin vurdering.

Den opprinnelige forsømmelsen i LF-2015-112794 er adskillig lengre enn den i Rt. 2012 s. 803, på hele syv måneder. I Rt. 2012 s. 803 ble den opprinnelige tilsvarsfristen oversittet med to måneder, da også på grensen til å oversitte fristen for å søke oppfriskning etter § 16-13 fjerde ledd.⁸⁴ Han oversatt deretter fristen for anke til lagmannsretten med tre måneder, og til slutt fristen for retting av ankeerklæring med nesten en måned. Totalt er det oversittelser på ca. seks måneder. Det kan ikke legges stor vekt på denne forskjellen på en måned. Tvert om, så må den gjentagende arten av forsømmelsene i Rt. 2012 s. 803 tale med tyngde mot at oppfriskning gis. Om det ikke fantes andre momenter ved forsømmelsene i

⁸² «Det som først og fremst taler for at oppfriskning gis ...», i 7. avsnitt under «Lagmannsrettens bemerkninger».

⁸³ LF-2015-112794, 8. avsnitt under «Lagmannsrettens bemerkninger».

⁸⁴ Det fremgår ikke i kjennelsen når fraværdommen ble forkynt for saksøkte.

LF-2015-112794, måtte man konkludere med at forsømmelsene i saken for ankeutvalget var grovere.

Etter min vurdering foreligger det derimot en del slike forhold av betydning. For det første kan nevnes at innklagde i LF-2015-112794 hadde sakkyndige til å hjelpe seg allerede da fraværdommen ble avsagt. Det må videre tillegges en viss vekt at avbrytende stevning først ble tatt ut hele ni måneder etter stevningsfristen. Mens det altså ble begjært oppfriskning etter syv måneder, ble ikke riktige rettslige skritt tatt før to måneder senere.⁸⁵ Mens materielle feil ved begjæringen ville utløse adgang til å rette, vil den altså ikke umiddelbart avbryte fristen. Fra motpartens anførsler fremstår det også som dette var slik retten behandlet det, og motpartens innrettelse kan antas å ha fortsatt frem til stevningen av 9. mars.

Mens oversittelsene som førte til fraværdommen dermed kan unnskyldes som uaktsomme, kan det synes som det er holdepunkter for å anse den videre oversittelsen som nærmest forsettlig. Det kan fremstå som om disse momentene ikke vektlegges i nevneverdig grad av lagmannsretten, da det ikke nevnes under lagmannsrettens bemerkninger. Det bør likevel antas at det hadde en viss betydning for vurderingen, men vi må nok legge til grunn at ankeutvalget vurderte forsømmelsen i Rt. 2012 s. 803 som grovere enn lagmannsretten gjorde i LF-2015-112794, til tross for at den totale lengden før riktig rettslig skritt er adskillig lengre i sistnevnte sak.

Et siste moment jeg vil nevne er at lagmannsretten i sine bemerkninger legger vekt på at motparten var klar over at kravet ville bli bestridt allerede fra et tidlig tidspunkt, og dermed ikke hadde samme innrettelsesinteresse. Det må selvsagt være korrekt å vektlegge dette, men det samme argumentet kunne gis en viss vekt i Rt. 2012 s. 803. Det gikk kun en måned fra den første fraværdommen til det ble begjært oppfriskning, slik at motparten må ha forstått at saksøkte kom til å motsette seg kravet. I motsatt retning måtte selvsagt motparten til en viss grad kunne innrette seg etter hver suksessiv oversittelse. Jeg kan likevel ikke se at denne innrettelsen kan fremstå mer berettiget enn der kravet kun bestrides kort tid før fraværdommen uten videre rettslige skritt før ni måneder senere.

Slik jeg forstår kjennelsene, må altså partens mentale stilling antas å ha blitt tillagt større vekt for lagmannsretten enn for Høyesterett. Dette kan ikke synes å ha sammenheng med hvor forsømmelsene har forekommet. Videre synes Høyesterett å ha lagt mindre vekt på størrelsen på tvistesummen. Dette må enten forstås som at de to domstolene tolker dette forskjellig rent generelt, eller som en vurdering av at terskelen for oppfriskning er høyere ved forsømmelser

⁸⁵ Se Skoghøy (2017) s. 1131 om virkningene av å benytte feil rettsmiddel, sett i lys av petitavsnitt på s. 722.

for de egentlige domstolene enn ved fraværdom fra forlikrådet. Til slutt opplever jeg det som klart at ankeutvalget legger adskillig større vekt på forsømmelsene enn det lagmannsretten gjør. Som det fremgår av redegjørelsen over, opplever jeg derimot ikke forsømmelsene i Rt. 2012 s. 803 som særlig mer graverende enn i LF-2015-112794. Særlig gjelder dette tidsmomentet, hvor både den totale og sammenhengende oversittelsen er adskillig lenger i saken for lagmannsretten.

Det synes altså som vi har noen holdepunkter for at forsømmelser i domstolene oppleves som mer alvorlige enn forsømmelser i forlikrådet, slik at terskelen for å oppfriske stevningsfristen blir lavere enn for å oppfriske en fraværdom fra tingretten.

3.4.3 LB-2016-133442

Som jeg nevnte over trekker lagmannsretten frem Rt. 2001 s. 947 for å vurdere hvilken betydning forlikrådets forkynning skal gis. Jeg vil her se nærmere på disse to kjennelsene, både ankeutvalgets kjennelse vedrørende «særlige omstendigheter» i domstollovens dagjeldende § 153 og lagmannsrettens tolkning av denne. Som nevnt over er tvistelovens § 16-12 i stor grad ment å videreføre domstollovens § 153 der det er aktuelt. Jeg vil først gi en svært kort presentasjon av dl. § 153 for at det skal bli lettere å ta stilling til ankeutvalgets uttalelser i kjennelsen.

Mens språkdrakten er svært annerledes, så opererte også dl. § 153 med to alternative vurderinger. For det første hadde man krav på oppfriskning der parten ikke kunne klandres for forsømmelsen. For det andre kunne man gis oppreisning dersom «særlige omstendigheter ellers taler for oppreisning». Lovteksten er formulert slik at man også kan «kreve» oppreisning etter sistnevnte alternativ, men det må være klart at dette var en svært skjønnsmessig vurdering⁸⁶, i likhet med kan-regelen i dagens tvl. § 16-12 tredje ledd.

Ankeutvalgets uttalelser knyttet til vurderingen av «særlige omstendigheter» må altså kunne vektlegges ved vurderingen av § 16-12 tredje ledd.⁸⁷ Dette må særlig være tilfelle der saksforløpet er såpass likt som det er i dette tilfellet.

Ankeutvalgets kjennelse gjelder en sak som minner om det ene typetilfellet jeg ser på i denne oppgaven, idet det var avsagt fraværdom i forlikrådet, hvoretter fristen for å stevne saken for tingretten var oversittet. Jeg går ikke nærmere inn på hvorfor de ikke søkte oppfriskning etter tvistemålsloven § 346, da det synes å ligge utenfor oppgavens kjerne. For vurderingen

⁸⁶ Bøhn (2000) s. 476.

⁸⁷ Se fremstillingen over, særlig med henvisningene i punkt 1.3 og 1.5.

her er det tilstrekkelig å slå fast at de oversatt fristen for å bringe saken inn for tingretten med nærmere en uke. Tvisten var mellom to selskaper, og det innklagde selskapet hadde ikke fått kjennskap til saken i forliksrådet som følge av en glipp i selskapets interne postrutiner.

Ankeutvalget begynner med å si seg enig med flertallet i lagmannsretten, som ved tidligere behandling slo fast at det kunne legges innklagde «til last» at de ikke hadde blitt kjent med fraværdommen, og går videre til å se på vurderingen av om det foreligger særlige omstendigheter for at oppreisning bør gis. De viser til rundskriv som ble sendt fra Justisdepartementet samme måned som postforkynningsforskriften, der departementet forutsetter at domstolene vil vektlegge at innkalling ikke er mottatt ved denne vurderingen. Denne kommentaren fra departementet var knyttet til forskriftens § 9 som gir adgang til å fastsette nytt forkynningstidspunkt dersom det godtgjøres at innklagde aldri mottok tidligere forkynning. Jeg kommer tilbake til dette.

Om dette uttaler ankeutvalget:

Det er tilstrekkeleg å vise til at rundskrivet [...] byggjer på at det er ein samanheng mellom val av ein så enkel forkynningsmåte som sending i vanleg brev, og kravet til særlege omstende i domstollova § 153 første ledd. Utvalet er einig i at § 153 her må sjåast i lys av val av forkynningsmåte. Når det gjeld forkynning etter spesialregelen for forliksrådsdokument, der ein ikkje kan vere viss på at dokumentet er kome fram til rett mottakar, er det lite rimeleg om risikoen for dette utan vidare skal liggje på adressaten. I vurderinga av om det ligg føre særlege omstende etter domstollova § 153 første ledd, må det såleis vere eit relevant omsyn med stor vekt om oversitjinga av fristen har si årsak i kunnskapsmangel om det forkynte dokumentet, som skriv seg frå bruk av forkynning i vanleg brev utan mottakskvittering. Som uttala av mindretallet i lagmannsretten er det «behov for noen sikkerhetsventiler i systemet når loven har tillatt forkynnelsen fra forliksrådet uten noe krav til sikkerhet for at det forkynte dokument virkelig blir gjort kjent for parten».

Utvalget opphevet deretter lagmannsrettens kjennelse, og sendte saken tilbake til ny behandling i lagmannsretten.

Som jeg også bemerket over i punkt 3.3.2, kom lagmannsretten til at dette bare kunne gjøres gjeldende der det forelå konkrete forhold som sannsynliggjorde at brevet faktisk ikke var kommet frem. For meg virker dette svært lite hensiktsmessig. Ankeutvalgets uttalelse er svært klar i at det fremstår urimelig at «risikoen» for at brevet kommer frem «uten videre skal ligge på adressaten». Når lagmannsretten da legger opp til at en part må sannsynliggjøre akkurat det

at brevet ikke har kommet frem, fører jo det til nettopp en slik ordning, der adressaten får risikoen for at brevet ikke er kommet frem.

En slik modell med krav til sannsynlighetsovervekt uten videre modifikasjoner fremstår for øvrig som svært lite hensiktsmessig. En part i som kan sannsynliggjøre dette vil jo uansett ha krav på å få fastsatt nytt forkynneestidspunkt etter postforkynningsforskriften § 9, og må antas å ha gyldig fravær etter § 16-12 første jf. andre ledd. En part kan tross alt ikke klandres for ikke å ha mottatt et brev som aldri kom frem. Det er altså bare i tilfeller der parten aldri mottar forkynning og deretter handler på en måte som avskjærer oppfriskning etter § 16-12 første jf. andre ledd, at uttalelsen fra departementet får betydning etter en slik forståelse.

Til forsvar for lagmannsrettens tolkning av ankeutvalgets avgjørelse kan nevnes at det gjaldt to svært forskjellige tilfeller. I lagmannsrettens avgjørelse gjaldt det en simpel påstand om at brevet aldri var mottatt. Å legge til grunn at alle slike påstander skulle tas til følge, vil tross alt få store følger, idet det ville undergrave rettskraften til flertallet av forliksrådenes fraværdommer. En slik forståelse av justisdepartementets uttalelse og ankeutvalgets senere kjennelse fremstår heller ekstrem, og kan ikke sies å stemme overens med utgangspunktet om at det mest sannsynlige påstandsgrunnlaget skal legges til grunn. Jeg finner likevel grunn til å kritisere lagmannsretten for å konkludere med at det ikke skal legges noe vekt på forkynningsformen med mindre det finnes sannsynliggjorte holdepunkter for at det har aktualisert seg i akkurat dette enkelttilfellet.

Et alternativt resultat av at partens uttalelse om ikke å ha mottatt forkynning skulle legges til grunn med mindre det foreligger forhold som sannsynliggjør noe annet, ville kunne være at forliksrådet i større grad begynte å benytte seg av adgangen de har til å forkynne med mottakskvittering. For eksempel kunne forliksrådet begynne med forkynning av samtlige fraværdommer med mottakskvittering, samtidig som innkalling og alle øvrige dokumenter ble forkynt ved vanlig brev. En ville dermed slippe all usikkerheten rundt en eventuell stevning til tingretten. Ettersom oppfriskning mot forsømmelser i forliksrådet uansett er avskåret, så ville det jo uansett aldri være aktuelt for noen enkelt part å kreve oppfriskning for forsinket tilsvare e.l.

En mildere linje som lagmannsretten kunne lagt seg på, ville være å legge til grunn en noe lavere terskel for oppfriskning i saker der det ikke er forkynt med mottakskvittering. Dette ville selvsagt føre til at en del parter som ikke burde blitt gitt oppfriskning får det, og ville gjøre lite for å avhjelpe tilfellene der det var gått såpass lang tid at en oppfriskningsbegjæring likevel ikke kunne tas til følge. Det ville imidlertid gjort **noe** for å avhjelpe de uønskede resultatene både justisdepartementet og Høyesteretts ankeutvalg viser til.

Direkte i strid med det som uttales i Rt. 2001 s. 947 og rundskrivet til postforkynningsforskriften, ser vi altså at praksisen med forkynning uten mottakskvittering kommer saksøkte til skade, ettersom de gis bevisbyrden for at brev ikke er kommet frem. Lagmannsrettens syn kan nesten synes å tas til inntekt for at parten som kan dokumentere at den aldri sjekker posten vil stilles bedre enn den som ikke kan det. Parten som ikke sjekker posten vil tross alt kunne sannsynliggjøre at den dermed stilles i en dårligere posisjon enn om dette var blitt oppdaget som følge av manglende retur av mottakskvitteringen. Den aktsomme part som sjekker posten må på sin side enten ta bilde av innholdet av postkassen hver dag, eller sette opp overvåkningskamera som viser hva som har og ikke har ankommet i posten.

Etter min mening er den mest nærliggende forståelsen av forkynningsformens betydning for vurderingen i § 16-12 tredje ledd at det ikke uten videre kan legges til grunn at brevet har kommet frem når parten hevder å aldri ha mottatt det. I tråd med saken i LE-2017-117831 mener jeg at man i slike tilfeller må legge til grunn at det er reell tvil om hvorvidt brevet er kommet frem. Det må selvsagt, her som ellers, kunne føres bevis for å sannsynliggjøre at en part faktisk var kjent med avgjørelsen på et tidligere tidspunkt. Der ingen slike holdepunkter foreligger, mener jeg likevel at det bør legges til grunn at det er reell tvil.

På denne måten vil en part som ikke mottar forkynningen der dette har skjedd uten mottakskvittering ikke stilles i en dårligere posisjon enn der det skjedde med mottakskvittering. Det vil heller ikke åpne fullt for at enhver fraværdom fra forlikrådet kan oppfrisnes, slik at rettskraften undergraves helt. Bakgrunnen for dette synet er ikke bare min forståelse av ankeutvalgets utsagn, men også de sentrale hensyn bak tvisteloven. Et helt sentralt moment, både i tvisteloven § 1-1 og også i «Right to fair trial» etter EMK art. 6, er retten til kontradiksjon. Någjeldende praksis, slik jeg forstår den, legger til grunn en terskel der en part må kunne dokumentere all post de mottar og ikke mottar for å kunne ivareta denne helt sentrale retten.

En interessant effekt av dette vil være at profesjonelle parter settes i en sterkere stilling enn privatpersoner. Ettersom det er vanligere at profesjonelle aktører har systemer for håndtering av postmottak, vil de i større grad kunne sannsynliggjøre hvilke brev de har og ikke har mottatt. Dette er definitivt ikke i tråd med hensynet til at parterets rettsstilling skal være den samme uavhengig av ressurser.⁸⁸ Mens hensynet til likebehandling typisk ivaretas ved at partene prosessuelt behandles likt, må det kunne vektlegges der prosessuelle regler undergraver svakere parterets rettsposisjon.

⁸⁸ Backer (2015) s. 92.

Det bør nevnes at lagmannsretten likevel her legger til grunn at forkynningsformen vil kunne tillegges vekt i konkrete saker. Av dette følger det at vurderingen ikke vil være identisk for de to forskjellige typetilfellene jeg har presentert. Likevel kan det diskuteres hvorvidt dette er til fordel for parter som har fått fraværdom mot seg i forliksrådet, da resultatet av at tingretten forkynte uten mottakskvittering ville være at forkynnelse ikke var skjedd etter loven.

4 Konklusjon og de lege ferenda-vurderinger

4.1 Innledning

Jeg vil her først presentere de konklusjoner jeg mener vi kan trekke fra analysen foran (4.2), og deretter gå over til en drøftelse av hvorvidt dette er en god måte å ivareta de hensyn som her får betydning (4.3).

4.2 Konklusjon

I innledningen til denne oppgaven stilte jeg spørsmålet om oppfriskningsvurderingen er den samme etter fraværdom fra forliksrådet, sammenlignet med fraværdom fra de øvrige domstolene. Særlig med vekt på uttalelsene i LB-2016-133442 med videre henvisninger mener jeg at vi trygt kan konkludere med at vurderingene ikke er identiske, og at behandlingsinstansen for fraværdommen dermed er av noe betydning for vurderingen.

Ut over denne forskjellen som kommer fra forskjeller i faktiske forhold mener jeg at vi også kan skimte en viss forskjell ved den komparative analysen av Rt. 2012 s. 803 og LF-112794. Det virker her som det bedømmes noe strengere der saken stammer fra tingretten enn der fraværdommen ble truffet i forliksrådet. Jeg mener også at vi finner noe svak støtte for dette i sammenligningen gjort i punkt 3.3.1. Det må derimot knyttes mye større usikkerhet til dette enn det vi kan trekke ut av LB-2016-133442 med tilhørende rettskilder.

Til spørsmålet om årsaken til denne forskjellige terskelen, så mener jeg det er klart at forkynningsformen kan og bør kunne vektlegges. Som følge av forliksrådets forenklete krav til forkynning, vil dette føre til at vurderingene i sin alminnelighet blir forskjellige. Praksis antyder derimot som sagt at dette kun gjøres i svært liten grad. Ut over dette er det derimot ikke klart hva som skulle være årsaken. Jeg kan ikke se at det er holdepunkter i de gjennomgatte avgjørelsene til å si noe om hvilke av hensynene jeg tok frem under punkt 3.2 som eventuelt her kommer til uttrykk, eventuelt om det skulle være andre grunner til forskjellen.

Til slutt må det trekkes frem, som jeg bemerket under punkt 3.3.3, at det også er klart at det er mange mer tungtveiende hensyn enn behandlingsinstansen for fraværdommen.

4.3 Forliksrådets forkynningsform og kontradiksjon

Som det fremgår av drøftelsen min over er det særlig ivaretagelse av hensynet til kontradiksjon som synes å føre til forskjellig behandling av de to typetilfellene. Ettersom forliksrådets forkynningsform ikke sikrer at parten faktisk har blitt gitt mulighet til å motsette seg kravet fraværdommen bygger på ved alminnelig stevning til tingretten, står de i en dårligere posisjon enn der det kan dokumenteres om fraværdommen faktisk er mottatt, som i tingretten.

Etter mitt syn, som presentert i 3.4.2, kan dette ivaretas tilstrekkelig med dagens ordning. Slik dette synes å tolkes av lagmannsretten, blir imidlertid ikke dette hensynet ivaretatt på en god måte. Som beskrevet over er det videre lite som taler for at domstolene skulle tolke dagens lovverk slik at den innklagde parts uttalelse uten videre legges til grunn.

Selv om min foreslåtte forståelse av rettskildene ville gi et visst vern, fremstår også det som en mindre hensiktsmessig løsning. Forliksrådernes foreslåtte løsning med at oppfriskning skal kunne gis i forliksrådet, synes heller ikke å gjøre stort for å avhjelpe dette. Vurderingen ville tross alt bli den samme som den vi har sett nærmere på her. Den eneste effekten ville altså bli at den økte saksmengden kom til forliksrådet og ikke tingretten.

Ideelt sett burde selvsagt alle dokumenter som skal forkynnes av domstollignende organer med domskompetanse vært forkynt på en betryggende måte, hvilket ville ivareta hensynet til kontradiksjon fullt ut. Som jeg nevnte innledningsvis er dette også foreslått i enkeltmannsutredningen med forslag til ny domstollov⁸⁹ som ble lagt ut for høring i 2016. Forliksrådene foreslo på sin side at dette heller skulle løses ved å åpne for oppfriskning i forliksrådene.

At oppfriskning er en kompleks vurdering som forliksrådsmedlemmene ikke er særlig godt egnet til, har tidligere blitt lagt til grunn for å avskjære dette i § 6-14 fjerde ledd⁹⁰, og jeg mener også at denne oppgaven til dels underbygger dette. Jeg mener også at denne oppgaven i stor grad viser at en slik løsning i svært liten grad faktisk ville avhjulpet problemstillingen, med mindre en åpnet for oppfriskning på helt andre vilkår enn for dagens oppfriskningsinstitutt. For meg fremstår dette derfor som en lite hensiktsmessig løsning.

Jeg mener heller at et minstealternativ, som jeg beskrev tidligere, ville være om forliksrådet var pålagt å forkynne alle avgjørelser etter de samme reglene som de alminnelige domstoler. Følgen av dette vil være at de som ikke mottar første brev kun fratras retten til behandling i forliksrådet. Alle vil likevel ha full adgang til å overprøve disse ved behandling i tingretten, ettersom forsømmelser i forliksrådet ikke er av betydning for adgangen til stevning etter § 6-14. Mens dette selvsagt ikke er noen ideell ordning, ville det etter mitt syn være adskillig bedre enn dagens ordning. Forliksrådene ville da også høres i sin påstand om at etterprøvable forkynning av samtlige dokumenter ville være uforholdsmessig dyrt.

⁸⁹ Utkast til ny domstollov (2014) s. 118.

⁹⁰ NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 314. Jeg slutter meg for øvrig til utvalgets øvrige uttalelser om hensiktsmessigheten av en slik adgang.

Jeg kan bemerke at en slik praksis ville stille innklagde i slike saker i samme posisjon som den lagmannsretten legger til grunn i LB-2017-31444. Uten å gå nærmere inn på detaljene i saken uttaler lagmannsretten at en fraværdom ikke uten videre blir en nullitet som følge av at parten aldri er blitt lovlig innkalt, så lenge fraværdommen senere blir forkynt. Lagmannsrettens begrunnelse må her være at parten da gis mulighet til å forsvare sine interesser ved å stevne saken for tingretten, og som et minstekrav burde dette gjelde der brev blir borte i posten.

5 Litteraturliste

5.1 Faglitteratur

- Andenæs, Johs.* (2009): **Norsk straffeprosess.** 4. utg. Oslo
- Backer, Inge Lorange* (2015): **Norsk sivilprosess.** Oslo
- Bøhn, Anders* (2000): **Domstolloven, Kommentartutgave.** 1. utg. Oslo
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind* (2014): **Forvaltningsrett.** 10. utg. Oslo
- Hov, Jo* (2017): **Rettergang i sivile saker.** 3. utg. Oslo
- Mæland, John Henry* (2013): **Kort prosess.** 3. utg. Bergen
- Robberstad, Anne* (2009): **Sivilprosess.** Oslo
- Rønningen, Siljeholm, Reusch, Røed og Taraldsrud* (2008): **Forliksrådet.** 2. utg. Bergen
- Schei, Bårdsen, Nordén, Reusch og Øie* (2013): **Tvisteloven, Kommentartutgave, bind II.** 2. utg. Oslo
- Skoghøy, Jens Edvin A.* (2009): «**Fravær og oppfriskning etter ny tvistelov**»
Lov og rett s. 579-600
- Skoghøy, Jens Edvin A.* (2017): **Tvisteløsning.** 3. utg. Oslo

5.2 Lov- og forarbeidsregister

5.2.1 Lover og forskrifter

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

Forskrift 11. oktober 1985 nr. 1810 om postforkynning (Postforkynningsforskriften)

5.2.2 Forarbeider

NOU 2001: 32 A	Rett på sak
NOU 2001: 32 B	Rett på sak
Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)	Tvisteloven

5.3 Publiserte rettsavgjørelser

5.3.1 Høyesterett

HR-2010-417

HR-2010-1873-U

HR-2016-2160-U

HR-2016-2248-U

HR-2017-260-U

Rt. 2001 s. 947
Rt. 2008 s. 812
Rt. 2008 s. 1504
Rt. 2008 s. 1723
Rt. 2008 s. 1802
Rt. 2009 s. 623
Rt. 2009 s. 641
Rt. 2009 s. 1085
Rt. 2010 s. 49
Rt. 2010 s. 497
Rt. 2010 s. 1483
Rt. 2011 s. 885
Rt. 2012 s. 294
Rt. 2012 s. 803
Rt. 2012 s. 1163
Rt. 2012 s. 1773
Rt. 2013 s. 433

5.3.2 Lagmannsretten

LB-2009-85435
LB-2009-11803-1
LG-2009-68818-2
LB-2010-128458
LB-2010-189167
LF-2010-178781 - LF-2011-145887
LB-2011-101871
LB-2011-118092
LB-2012-1260
LB-2012-34407
LF-2012-186779
LF-2013-65155
LG-2013-188847
LB-2015-132593
LF-2015-112794
LA-2016-96924
LB-2016-133442
LB-2016-185709
LB-2017-31444
LE-2017-117831
LG-2017-149658

5.4 Upubliserte rettsavgjørelser

Borgarting Lagmannsretts kjennelse av 23. august 2012. Sak nr. 12-117022ASK-BORG/04.

5.5 Øvrige kilder

Bøhn, Anders

Merknad til Rt. 2010 s. 49 i Lovdata. Skrevet 2. februar 2010.

[Lest 12.10.2017 kl. 12:17]

Lovdata

Rettskildesøk.

Emne 1: tvistelov*

Emne 2: (§ 16-12*)

Rettskilde: HRSIV

Søket er utført i fulltekst

Resultater: 60 dokumenter

[Foretatt 26. november 2017 kl. 19.39]

Lovdata

Rettskildesøk.

Emne 1: (tvistelov* § 16-12*)

Emne 2: fraværdom*

Emne 3: (forlikråd*, forlikråd*)

Rettskilde: LRSIV

Søket er begrenset til sammendrag

Resultater: 19 dokumenter

[Foretatt 26. november 2017 kl. 19.48]

Samarbeidsutvalget for forlikråd og namsmenn

Samarbeidsutvalget for forlikråd og namsmenns høringsuttalelse til enkeltmannsutredningens forslag til ny domstollov, 24.10.2016.

[<https://www.regjeringen.no/contentassets/8028a6d434ef4075aead304c2aa653be/sfn.pdf>]

[Lest 16.10.2017 kl. 19.31]

Sundet, Tron Løkken

Utkast til ny domstollov – utredning ved Tron Sundet, 31. oktober 2014

[<https://www.regjeringen.no/contentassets/17b6f23b1479462289018c3fe94cd13c/ny-domstollov---utredning-ved-tron-sundet.pdf>]

[Lest 29.11.2017 kl. 12.37]



BORGARTING LAGMANNSRETT

KJENNELSE

Avsagt: 23.08.2012

Saksnr.: 12-117022ASK-BORG/04

Dommere:

Lagmann
Lagdommer
Lagdommer

Anders Bøhn
Steingrim Bull
Einar Kaspersen

Ankende part

Øivind Løsåmoen

Advokat Bendik Falch-
Koslung

Ankematpart

Birgitte Aulie

Advokat Klaus
Døscher

Saken gjelder oppfriskning.

Birgitte Aulie anla i januar 2011 søksmål mot Øyvind Løsåmoen med krav om betaling av økonomisk kompensasjon begrenset oppover til 1 825 000 kroner etter oppløsning av et langvarig samboerforhold. Løsåmoen ga ikke tilsvar innen tilsvarsfristen 28. februar 2011. I brev 17. mars 2011 begjærte han oppfriskning for fristoversittelse og innga tilsvar i april etter at tingretten hadde satt frist for retting.

Ved kjennelse 12. juli 2011 tok Oslo tingrett ikke begjæringen om oppfriskning til følge. Samme dag avsa retten fraværdom hvor Løsåmoen ble dømt til å betale 1 825 000 kroner til Aulie i samsvar med påstanden i stevningen. I tillegg ble han ilagt saksomkostninger med 49 880 kroner. Løsåmoen anket over fraværdommen og gjorde gjeldende at Aulie hadde krav på et langt lavere kompensasjonsbeløp. Ankesaken ble oversendt lagmannsretten, der saksforberedende dommer gjorde oppmerksom på at riktig rettsmiddel var anke med påstand om oppfriskning, jf. tvisteloven § 16-11 andre ledd. Løsåmoen gjorde gjeldende at anken mot fraværdommen også måtte forstås som en anke over tingrettens avgjørelse av oppfriskningsspørsmålet. Subsidiært begjærte han oppreisning for oversittelse av fristen for å anke over avgjørelsen om oppfriskningsspørsmålet.

Ved kjennelse 22. desember 2011 avviste lagmannsretten både begjæringen om oppfriskning og anken og ila Løsåmoen 3 000 i saksomkostninger. Etter dette begjærte Løsåmoen oppfriskning av lagmannsrettens avvisningskjennelse. Borgarting lagmannsrett avsa 26. mars 2012 kjennelse med slik slutning:

1. Begjæringen om oppfriskning tas ikke til følge.
2. I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Eivind Løsåmoen til Birgitte Aulie 3 000 – tretusen kroner – innen to uker fra forkynnelse av kjennelsen.

Løsåmoen anket denne kjennelsen til Høyesterett og la ned påstand om at det skulle gis oppfriskning. Høyesteretts ankeutvalg avsa 5. juli 2012 kjennelse med slik slutning:

1. Saken fremmes for lagmannsretten til behandling som anke over tingrettens fraværdom med begjæring om oppfriskning.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Ankeutvalget viste til at lagmannsretten i sin siste avgjørelse (26. mars 2012) hadde lagt vekt på at Løsåmoens begjæring om oppfriskning og anke over tingrettens fraværdom var blitt avvist av lagmannsretten i kjennelsen 22. desember 2011, med den begrunnelsen at begjæringen om oppfriskning var satt fram for sent. Her vurderte lagmannsretten spørsmålet om den opprinnelige anken over tingrettens fraværdom skulle anses som en begjæring om oppfriskning, jf. tvisteloven § 16-11 andre ledd jf. § 16-12, men kom til at det ikke var grunnlag for dette, og at også anken derfor måtte avvises.

Ankeutvalget pekte på avgjørelsen i Rt. 2010 side 510 om at en anke over en avvinningskjennelse må behandles som en begjæring om oppfriskning såfremt det er dette som er det riktige rettsmiddelet og "den ankende part ikke uttrykkelig har sagt noe annet". Dette ble ansett for å gjelde selv om parten var representert ved prosessfullmektig.

Etter ankeutvalgets mening var det derfor en feil at lagmannsretten i kjennelsen 22. desember 2011 avviste Løsåmoens oppfriskningsbegjæring og anke. Den skulle i stedet ha behandlet rettsmiddelerklæringene som en anke med begjæring om oppfriskning. Når avvinningskjennelsen av 22. desember 2011 så ble begjært oppfrisket av Løsåmoen, skulle lagmannsretten ved den nye behandlingen rettet opp denne feilen og tatt stilling til om Løsåmoen skal få oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfristen til tingretten. Saken måtte dermed fremmes for lagmannsretten til behandling som anke over tingrettens fraværdom med begjæring om oppfriskning.

Partene har gjort grundig rede for sitt syn på om oppfriskning bør gis i tidligere prosesskriv for flere instanser, og lagmannsretten ser ikke grunn til å innhente nye uttalelser fra dem etter Høyesteretts kjennelse.

Øyvind Løsåmoen har i tidligere prosesskriv, blant annet til Høyesterett, anført at flere forhold med tyngde taler for at det gis oppfriskning. Saken er av vesentlig økonomisk betydning for ham som privatperson, og også indirekte av stor betydning for partenes datter, som bor hos faren. Dersom tingrettens dom blir stående, er det en risiko for at Løsåmoen ikke vil være i stand til å beholde sin og datterens nåværende bolig. Det skal også tas hensyn til motparten, men i dette tilfellet forelå det tilsvar før tingretten avsa fraværdom, og det gjør seg da ikke gjeldende sterke innrettelseshensyn på motpartens side. En avveining av disse hensynene må derfor slå ut i Løsåmoens favør. Det faktum at saken aldri er blitt realitetsbehandlet, taler også for at det gis oppfriskning, jf. Rt. 2012 side 294 (avsnitt 32):

"Slik utvalget ser det, kan det lettere fortone seg urimelig å avskjære videre domstolsbehandling før en egentlig realitetsprøving har funnet sted, enn når det er avsagt en rettskraftig dom etter vanlig behandling i tingretten. Hensynet til motparten veier også tyngre i sistnevnte tilfelle, jf. NOU 2001:32 B side 923."

Dersom tingrettens dom blir stående, vil dette støte an mot det grunnleggende hensynet om materielt riktige avgjørelser. Det må anses lagt fram klare bevis fra Løsåmoens side som viser at motpartens framstilling av de faktiske forholdene ikke er riktig, blant annet hennes anførsel om at hun har nedbetalt mer enn 60 prosent av gjelden knyttet til eiendommen.

Birgitte Aulie har anført at Løsåmoens framstilling er uriktig. Den røde tråden i saken er i dag at Løsåmoen, etter at det var gått nesten fire og et halvt år siden Aulie flyttet ut av fellesboligen, så godt som aldri har besvart noen henvendelser fra Aulie, eventuelt gitt

nokså intetsigende svar. Han har tilbudt Aulie et bagatellmessig beløp for å tvinge fram en løsning og har per i dag ikke betalt noe. Løsåmoens atferd overfor sin samboer gjennom nesten 20 år har vært og er krenkende. I anketilsvaret til Høyesterett har Aulie gitt en lengre framstilling av at Løsåmoens anførsler om at det har vært vanskelig å kommunisere med Aulie fordi hun i perioder har fungert dårlig, ikke er riktig.

Aulie anfører videre at det ikke kan herske noen tvil om at hun har tilført Løsåmoen en meget betydelig økonomisk fordel gjennom de nesten 20 årene samboerskapet varte. At rimelighetshensyn også tilsier at Aulie får en økonomisk kompensasjon som lagt til grunn av tingretten, er åpenbart. Beløpet er ikke spesielt høyt, man får knapt en ett-roms leilighet på dagens marked i Oslo. Etter Aulies mening er det ikke en eneste grunn som taler for at hensynet til Løsåmoen skal medføre at det gis oppfriskning.

Lagmannsretten ser slik på saken:

Tingretten har nektet oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfristen og har avsagt fraværdom. Som nevnt behandler lagmannsretten nå saken som en anke over disse avgjørelsene med anførsel om at oppfriskning skulle vært gitt.

Lagmannsretten viser til at spørsmålet om oppfriskning skal vurderes etter tvisteloven § 16-12 tredje ledd. Det er på det rene at vilkårene etter paragrafens første og andre ledd ikke er oppfylt.

Etter tredje ledd kan oppfriskning gis om det ville virke urimelig å nekte parten videre behandling av saken på grunn av forsømmelsen. Ved avgjørelsen skal det særlig legges vekt på forsømmelsens karakter, partens interesse i å foreta prosesshandlingen og hensynet til motparten.

Twistemålslovens system var at en part som oversatt tilsvarsfristen, ubetinget hadde krav på oppfriskning dersom oppfriskningsbegjæringen ble satt fram innen en bestemt frist. Fristoversittelsen ble likevel ikke uten sanksjoner, ettersom saksøkte måtte dekke saksøkerens saksomkostninger fram til dette tidspunktet. Ved tvisteloven ble dette altså endret, slik at det ved en oversittelse av tilsvarsfristen for tingretten er overlatt til rettens skjønnsmessige avgjørelse etter § 16-12 tredje ledd om det bør gis oppfriskning, til tross for at man i slike tilfeller får en fraværdom uten realitetsbehandling dersom oppfriskning nektes.

Det forholdet at Løsåmoen ved nektet oppfriskning må betale over 1,8 millioner kroner uten at kravet har vært realitetsbehandlet på vanlig måte, taler etter lagmannsrettens syn sterkt for at oppfriskning bør gis. Fristoversittelsen var på vel to uker, og Løsåmoen hadde på denne tiden ikke juridisk bistand.

På den andre siden skal det legges vekt på hensynet til motparten. Vanligvis er det forholdet at motparten har innrettet seg på at saken er rettskraftig avgjort, et argument av en viss tyngde mot oppfriskning, alt etter forholdene. Men i dette tilfellet hadde saksøkte gitt tilsvar på et tidspunkt hvor tingretten ikke hadde avsagt noen fraværdom, og dette gjør hensynet til saksøkeren mindre tungtveiende. Riktignok har Aulie i to avgjørelser fra lagmannsretten fått medhold i at oppfriskning ikke skulle gis, men ingen av disse avgjørelsene har vært rettskraftige. Hvor stort krav Aulie har mot Løsåmoen, er det etter lagmannsrettens mening vanskelig å ha noen mening om.

En samlet vurdering tilsier at Løsåmoen gis oppfriskning for oversittelse av fristen for å gi tilsvar til tingretten, slik at saken på vanlig måte kan undergis domstolsbehandling med sikte på et materielt riktig resultat.

Ankeutvalget tilkjente ikke noen av partene saksomkostninger for Høyesterett. Utvalgets kjennelse må forstås slik at saksomkostningsavgjørelsen i lagmannsrettens siste kjennelse 26. mars 2012 er opphevet, og at spørsmålet nå skal behandles på nytt. Denne kjennelsen var en fortsettelse av saken som førte til avvisningskjennelsen 22. desember i fjor. Det går fram av Høyesteretts avgjørelse at denne avvisningen var uriktig, og omkostningsspørsmålet for denne delen av saken må også vurderes på nytt. Lagmannsretten avgjør derfor nå saksomkostningsspørsmålet for den samlede behandlingen i lagmannsretten.

Det har ikke påløpt tilleggsomkostninger for partene i forbindelse med kjennelsen her.

Løsåmoen har vunnet saken om oppfriskning, men tungtveiende grunner taler for at han ikke bør tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Som Høyesterett mener lagmannsretten at Løsåmoen kan bebreides for at saken er kommet inn i et uriktig prosessuelt spor, og at dette bør være avgjørende også for omkostningene for lagmannsretten i sin helhet. Det er ikke grunnlag for å tilkjenne Aulie saksomkostninger for lagmannsretten.

Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING

1. Øivind Løsåmoen gis oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfristen for tingretten.
2. Saksomkostninger tilkjennes ikke for noen del av behandlingen av saken i lagmannsretten.

Anders Bøhn

Steingrim Bull

Einar Kaspersen

Bekreftes
for førstelagmannen: