

REGJERINGSADVOKATEN

Ugradert

Justis- og beredskapsdepartementet
postmottak@jd.dep.no

Deres ref
20/4753

Vår ref
2020-1028 OKR/MST

Dato
18.01.2021

HØRING - FORSLAG TIL ENDRINGER I TVISTELOVEN MV. - ANKESILING, RETTSMEKLING MV.

1 INNLEDNING

Vi viser til Justis- og beredskapsdepartementets høring med forslag til endringer i tvisteloven mv. vedrørende blant annet ankesiling og rettsmekling. Etter avtale leveres vårt høringssvar etter fristen 4. januar 2021.

Regjeringsadvokaten fører årlig rundt 900 sivile rettssaker for norske domstoler. En stor del av sakene gjelder gyldigheten av forvaltningsvedtak, men vi behandler også en rekke saker om bl.a. erstatningsrett og arbeidsrett/statsansatterett. Mange av lovforslagene gjelder derfor spørsmål som Regjeringsadvokaten arbeider med til daglig.

2 RETTSMEKLING

Departementet foreslår i høringsnotatet pkt. 3 enkelte endringer i reglene for rettsmekling for bedre å tilrettelegge for at tvister som egner seg for rettsmekling også blir løst på denne måten.

Regjeringsadvokaten opplever ikke sjelden at det under planmøtet foreslås rettsmekling eller mekling i rettsmøte i saker hvor partene mangler fri rådighet over tvistegenstanden. Dette har nok sammenheng med tvisteloven § 9-4 annet ledd bokstav a, som uten forbehold ber retten ta opp spørsmålet «om det bør gjennomføres rettsmekling eller mekling i rettsmøte». Etter vårt syn er det et spørsmål om det bør komme klarere frem i loven at mekling ikke er aktuelt i slike saker. Rett nok fremgår det av tvisteloven § 8-1 første ledd at «sakens karakter eller forholdene for øvrig» kan tale mot mekling, men dette kan forstås slik at det beror på en konkret vurdering om mekling bør gjennomføres eller ikke – også i indispositive saker. Departementet kan vurdere om det er grunn til å klargjøre loven på dette punkt – og om det bør inntas en henvisning til § 8-1 i § 9-4 om planmøte.

Mange av Regjeringsadvokatens saker er uansett ikke egnet for rettsmekling. Dette gjelder ikke bare saker om offentlig myndighetsutøving, se høringsnotatet side 19 med videre referanse til Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 10.4.4, men også saker som reiser rettsspørsmål av betydning

REGJERINGSADVOKATEN

utenfor den foreliggende sak. Ut fra at store grupper saker ikke anses egnet for rettsmekling, foretrekker Regjeringsadvokaten en lovendring som innebærer en *lavere terskel* for å beslutte rettsmekling til tross for at partene ikke ønsker dette (høringsnotatet pkt. 3.4.3) fremfor et formelt utgangspunkt om at det *skal* gjennomføres rettsmekling, men slik at det «kan» gjøres unntak dersom saken ikke er egnet for det (høringsnotatet pkt. 3.4.2).

Vårt inntrykk er at allerede dagens regler gir rom for å beslutte rettsmekling i langt flere saker (tvisteloven § 8-3). Forutsetningen for å gjøre dette er at retten setter seg godt inn i saken på et tidlig stadium, sml. tvisteloven § 9-4. Vårt inntrykk er imidlertid at dommernes forhold til aktiv saksstyring er veldig varierende, og det er ganske vanlig at retten tar opp spørsmål om rettsmekling i planmøte selv om det er helt på det rene at saken ikke er egnet for dette (§ 9-4 (2) bokstav a). Også dette tilsier at rettsmekling ikke bør være en hovedregel som retten «kan» fravike.

Når det gjelder selve forslaget til nytt siste punktum i § 8-3 (høringsnotatet pkt. 3.4.3), er vår oppfatning at bestemmelsen bør inneholde nærmere retningslinjer for skjønnsutøvelsen. Slik lovteksten er formulert i forslaget, vil det være helt opp til rettens skjønn å pålegge rettsmekling mot partenes vilje. Hvis partenes syn på egnetheten for mekling skal ha noen betydning, er det mulig at det fortsatt bør være en slags kvalifikasjon for å pålegge dette. Siste punktum kunne f.eks. lyde: «*Rettsmekling mot partenes vilje kan foretas dersom retten finner det klart at saken er egnet for det.*»

3 STRAFFESAKSDOKUMENTER SOM BEVIS I SIVILE SAKER

3.1 Innledning

I høringsnotatet pkt. 4 behandles to litt ulike spørsmål knyttet til bruk av straffesaksdokumenter i sivile saker. Disse spørsmålene behandles i pkt. 3.2 og 3.3. nedenfor.

3.2 Interne dokumenter fra straffesak

Regjeringsadvokaten deler Riksadvokatens syn på det problematiske ved at det gjennom en sivil prosess gis tilgang til interne dokumenter som straffeprosessloven selv ikke gir tilgang til.

Problemstillingen minner om situasjonen i sivile saker der en part krever fremleggelse av interne dokumenter hos forvaltningen. Dette er dokumenter en part ikke vil ha krav på å gjøre seg kjent med, jf. forvaltningsloven §§ 18a og 18b, og som det som hovedregel ikke er krav på innsyn i etter offentleglova, se §§ 14 og 15. Begrunnelsen for at det ikke gis innsyn er nærmere omtalt i Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 6.4.1 med videre referanse til St.meld. nr. 32 (1997-98) side 61:

«Regjeringen mener at reglene om unntak for organinterne dokumenter gjennomgående er godt begrunnet. Regjeringen legger særlig vekt på ønskeligheten av klare ansvarsforhold utad. Innsynsreglene bør ikke utformes slik at innsyn i organinterne dokumenter skaper tvil om hva som er forvaltningsorganets beslutning eller synspunkt. Interne vurderinger og meningsbrytninger som ledd i saksbehandlingen på veien mot et standpunkt bør som i dag kunne unntas fra offentlighet. Det vises her også til faren for at offentlighet for interne dokumenter vil føre til at forvaltningen i større grad velger muntlige kommunikasjonsformer i stedet for skriftlige. Selv om en slik utvikling motivert av ønsket om å unngå offentlighet ikke er akseptabel både ut fra hensynet til en rasjonell og betryggende saksbehandling og hensynet til i ettertid å kunne dokumentere grunnlaget for beslutningene, kan slike

REGJERINGSADVOKATEN

konsekvenser vanskelig fullt ut unngås. Offentlighet omkring interne dokumenter kan også skape forventninger om et bestemt resultat. Dette kan virke uheldig når den endelige avgjørelsen i saken skal tas; det kan føre til at beslutningsfriheten innskrenkes, og at det foreløpige resultatet legges til grunn også i det endelige vedtaket, selv om det alle forhold tatt i betraktning ikke er den beste løsningen. Og velger man i en slik situasjon den beste løsningen, vil den ikke svare til de forventningene som de interne dokumentene har skapt.»

Ved en senere behandlingen av saken i domstolene vil det likevel ikke foreligge noe bevisforbud eller bevisfritak som i seg selv blokkerer et krav om at interne dokumenter fremlegges eller kreves fremlagt for retten. Det avgjørende for om dokumentene kan føres som bevis eller kreves fremlagt er hvorvidt de interne dokumentene vil kunne kaste lys over det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Om de er *bevis*, se tvisteloven § 21-1 jf. § 21-7. I saker der domstolene har full kompetanse til å prøve spørsmålene i saken, vil utgangspunktet være at interne dokumenter som gir uttrykk for f.eks. saksbehandlers foreløpige vurderinger, *ikke* vil utgjøre bevis. Dette er bl.a. uttalt av Høyesteretts ankeutvalg i HR-2014-2516-U:

«Det kan ikke være tvilsomt at interne dokumenter som gjør rede for saksbehandlerens oppfatning av rettsanvendelsen, som utgangspunkt ikke vil være bevis for faktiske forhold, og at dokumenter ikke kan kreves fremlagt med den begrunnelse at de inneholder opplysninger om hvilket standpunkt departementets fagavdeling har inntatt.»

Som det fremgår av fortsettelsen av kjennelsen, rakk imidlertid ikke dette utgangspunktet veldig langt (dissens 2-1). Som et vern mot de interne prosessene frem mot et vedtak er således ikke dette «skjoldet» spesielt robust. Dette gjelder hva enten det er snakk om interne dokumenter fra en straffesak eller fra en forvaltningssak. Regjeringsadvokaten er derfor ikke overbevist om at interne dokumenter i straffesaker bør vurderes annerledes enn andre organinterne dokumenter i forvaltningen, slik det tas til orde for i høringsnotatet (side 33).

I enkelte saker kan det imidlertid være slik at avgjørende vurderinger er kommet til uttrykk i et internt dokument, og at eksistensen av en slik vurdering er av betydning som bevis i en etterfølgende sivil sak. Det kan f.eks. være tilfelle der det kreves erstatning som følge av påståtte feil under saksforberedelsen. Hensynet til opplysning av den sivile saken tilsier da at det ikke eksisterer et absolutt *bevisforbud*. Etter Regjeringsadvokatens syn bør det i stedet vurderes en regel om bevisforbud for interne dokumenter fra straffesaker og forvaltningssaker etter mønster av tvisteloven § 22-3. Alternativt kan anvendelsesområdet til § 22-3 utvides til også å omfatte interne dokumenter. Ved at departementet kan gi samtykke til fremleggelse, eller eventuelt at retten gis kompetanse til å beslutte dette, vil en sikre at interne dokumenter av vesentlig bevisverdi for tvistespørsmålene i saken kan føres som bevis.

3.3 Straffesakens saksdokumenter

I høringsnotatet pkt. 4.4.2 stilles det spørsmål om det er behov for en lovendring for å reversere ankeutvalgets kjennelse i HR-2017-1872-U. I kjennelsen slo ankeutvalget fast at domstolene kan pålegge politiet å utlevere straffesaksdokumenter til bruk i en sivil sak i medhold av tvisteloven § 26-5. Det følger av kjennelsen at det er retten, og ikke politiet, som skal vurdere om vilkårene i politiregisterloven, politiregisterforskriften og påtaleinstruksen er oppfylt. Hvis de aktuelle dokumentene gjelder en pågående straffesak, innebærer det at det må foreligge «særlige grunner» for at dokumentene skal fremlegges for retten, og det må videre være «ubetenkelig av hensyn til sakens videre behandling», se påtaleinstruksen § 16-5.

REGJERINGSADVOKATEN

Etter Regjeringsadvokatens syn, er det ikke noe klart behov for den lovendringen som foreslås. Vår erfaring er at dokumenter fra avsluttede og pågående straffesaker kan representere viktige bevis i mange sivile saker. Fra vårt område gjelder dette alt fra saker om tvunget psykisk helsevern der det er spørsmål om vedkommende representerer en fare for seg selv eller andre til erstatningskrav i etterkant av en stor ulykke. Dersom retten kommer til at f.eks. en anmeldelse eller et politiavhør kan kaste lys over det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, vil det normalt være ønskelig at bevisene inngår i rettens avgjørelsesgrunnlag. Dersom det heller ikke foreligger forhold som f.eks. kan skade en pågående etterforskning, bør retten kunne pålegge at bevisene fremlegges. Ved vurderingen bør det legges stor vekt på politiets syn på innsynsspørsmålet.

4 SIVILOMBUDSMANNEN SOM PARTSHJELPER

I høringsnotatet pkt. 5 foreslås det at reglene om partshjelp fra det offentlige utvides til også å omfatte partshjelp fra Sivilombudsmannen.

Dersom § 15-7 utvides til å omfatte Sivilombudsmannen, vil dette bryte med det prinsipielle utgangspunktet for partshjelp fra offentlige organer. Det fremgår av forarbeidene at man så for seg en forholdsvis snever adgang for offentlige organer til å erklære partshjelp, se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) pkt. 20.3.4 og NOU 2001:32 side 822. I sistnevnte heter det om bestemmelsen:

Det vil føre for langt å la et offentlig organ opptre som partshjelper ut fra prejudikatsinteressen i alle saker som har tilknytning til saksområder som vedkommende organ forvalter. Utvalget har begrenset denne adgangen til organer «med oppgave å fremme særskilte interesser». Med dette har utvalget hatt for øye organer som forbrukerrådet, organer for likestilling mv. – altså organer med oppgave å påse at visse særlige interesser ivaretas og ikke urimelig blir skadelidende eller settes til side ved kollisjon med andre interesser. Utvalget innser at avgrensningen nok i enkelte tilfeller kan bli vanskelig, men det understrekes altså at det er en relativt snever avgrensning det tas sikte på. Utvalget finner ikke at det bør åpnes for en mer alminnelig eller vid adgang for det offentlige til å opptre i saker mellom private rettssubjekter med det formål å ivareta offentlige interesser.

En partshjelp fra Sivilombudsmannen vil etter forslaget bare være aktuell i tilfelle der Sivilombudsmannen har anbefalt den private å gå til søksmål, og det understrekes at en slik lovendring bare vil være aktuell i et fåtall saker. Et forhold som likevel bør vurderes er forholdet mellom rollen som partshjelp på den ene side, og det tradisjonelle utgangspunktet om at Sivilombudsmannen ikke behandler avgjørelser som står for domstolene på den annen, se Sivilombudsmannsloven § 4 annet ledd bokstav c. Det er et spenn mellom at ombudsmannen ikke behandler saker der det er tatt ut stevning eller forliksklage, samtidig som det skal erklæres partshjelp til støtte for en privat part i en ankesak for lagmannsretten eller Høyesterett.

Det finnes også konstitusjonelle motforestillinger mot at Sivilombudsmannen skal ha en rolle i rettssaker mot staten. Ombudsmannen er ikke noen ordinær interesseorganisasjon, men opptrer som kontrollorgan og «Stortingets tillitsmann», jf. sivilombudsmannsloven § 3. Hvis denne type kontroll skal flyttes til domstolene, vil det bryte med grunnleggende oppgavefordeling mellom statsmaktene. Vi kan ikke se at departementet peker på fordeler ved en slik ordning som overstiger betenkelighetene.

5 ANKESILING I LAGMANNSRETTE

På bakgrunn av hensynet til proporsjonalitet og effektivitet i rettspleien foreslås det å utvide adgangen til ankenektelse i lagmannsretten (høringsnotatet pkt. 9).

Regjeringsadvokaten har tidligere gitt uttrykk for at vi mener at dagens ordning fungerer tilfredsstillende, og at det allerede innenfor reglene slik de er utformet i dag, vil være rom for å nekte flere anker eller i hvert fall enkelte krav eller ankegrunner, se tvisteloven § 29-13 (2) første og annet punktum. Det er mulig at en liten endring som å utvide fristen for varsel om å at anken vurderes nektet fra én til to måneder, ville gjøre lagmannsrettene bedre i stand til å vurdere spørsmålet i tide. Det er også mulig at bestemmelsene i tvisteloven § 29-9 (3) bokstav j og § 29-11 (2) tredje punktum kunne vært gitt en tilføyelse med «..., herunder forholdet til § 29-13». I dag er det ikke vanlig at spørsmålet om ankesiling kommenteres ved anke til lagmannsretten.

Vi bemerker at hensynet til proporsjonalitet og effektivitet kan styrkes i mange saker ved en mer aktiv saksstyring i tingretten og lagmannsretten (tilskjæring og konsentrasjon). Særlig for lagmannsretten var en grunntanke bak tvisteloven at en *«ankebehandling skal ... være noe vesentlig annet enn en fullstendig fornyet behandling»*, se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) side 188. Se i denne sammenheng også Domstolkommisjonens utredning i NOU 2020:11 kap. 22.5. Vårt inntrykk er at behandlingen i lagmannsretten ikke alltid når opp til dette idealet.

Dersom det skal foretas en lovendring er vårt syn at det bør gjøres ved at man justerer «kvalifikasjonskravet» i tvisteloven § 29-13 annet ledd (høringsnotatet pkt. 9.5.6 første alternativ). Det vil trolig også gjøre det lettere for lagmannsretten å formulere en begrunnelse enn om man snur vurderingstemaet til et spørsmål om hvorvidt det foreligger konkrete holdepunkter for at en anke vil føre frem. Videre vil et omvendt utgangspunkt trolig gjøre Høyesteretts overprøving av en ankenektelse mer krevende.

Departementet ber spesielt om høringsinstansenes syn på om anke bør kunne nektes i saker av stor velferdsmessig eller økonomisk betydning for partene. Etter vår oppfatning bør domstolene være noe mer tilbakeholdne med å nekte en anke i et slikt tilfelle. Prinsipielt bør det likevel ikke utelukkes. Dersom en anke ikke har noen utsikter til å føre frem, bør ikke sakens karakter alene begrunne en ankebehandling. Det vil heller ikke ankende part være tjent med. Fra våre saksområder kan vi nevne at vi ikke anfører at en anke i en sak som behandles etter tvisteloven kapittel 36, bør nektes fremmet. Dette har imidlertid dels sammenheng med at domstolene skal foreta en nåtidsvurdering og at faktum ofte endrer seg mellom behandlingen i tingretten og lagmannsretten, og at retten ved *pådømmelsen* er satt med en fagkyndig meddommer, se § 36-10 (4). Dersom vurderingen av om anken kan føre frem ikke først og fremst gjelder fagkyndige forhold, synes det likevel ikke utelukket at anken nektes fremmet.

6 STRØMMING AV RETTSMØTER

Regjeringsadvokaten har prosedert flere saker som er blitt strømmet, slik at allmennheten har hatt mulighet til å følge forhandlingene. Stort sett er vårt inntrykk at dette har fungert bra, og vi er positive til at det gis regler som tydeliggjør rammene for dette. Overordnet er imidlertid vårt syn at spørsmålet bør vurderes grundig før det gis en hjemmel for dette. En rekke viktige spørsmål er ikke adressert i høringsnotatet. Nedenfor vil vi peke på enkelte spørsmål som etter Regjeringsadvokatens syn bør vurderes nærmere.

Overordnet er det vårt syn at eventuelle nye regler om strømming av rettsmøter bør utformes uavhengig av det pågående utbruddet av covid-19. Dette kan tilsa at lovteksten gis en kvalifikasjon knyttet til hvilke saker som kan strømmes. En slik kvalifikasjon kan for eksempel

REGJERINGSADVOKATEN

være at den aktuelle saken har «stor offentlig interesse». Forslaget til ny § 124a i domstolloven tar motsatt utgangspunkt. Alle saker kan i prinsippet strømmes – med mindre det foreligger tvingende eller tungtveiende mothensyn. Dette åpner for en ganske betydelig utvidelse sammenlignet med det som er praksis i dag. I dag vil et initiativ til strømming som regel komme fra media, og i det ligger et uttrykk for en offentlig interesse.

Det bør også gis *supplerende regler* som sikrer at strømming av rettsmøtet ikke får et omfang eller en karakter som er egnet til å forstyrre rettsforhandlingene, jf. domstolloven § 133 første ledd og HR-2016-1769-U.

For det første vil det etter Regjeringsadvokatens syn generelt være mindre betenkelig å strømme en ankeforhandling i Høyesterett enn et rettsmøte i tingretten eller lagmannsretten. Det er ingen parts- og vitneforklaringer i Høyesterett, og det er enklere å foreta nødvendige tilpasninger av saken enn det vil være for underinstansene.

For ting- og lagmannsretten kan det være grunn til å vurdere ulike deler av et rettsmøte ulikt. Det kan hevdes at prosessfullmektigene som profesjonelle aktører må kunne forholde seg til at innleggene strømmes i sanntid. For parter og vitner er det større grunn til å frykte at en slik overføring vil kunne påvirke eller forstyrre deres forklaringer. I en sak med vitner kommer i tillegg regelen i tvisteloven § 24-6 (1) om at vitner ikke skal følge forhandlingene før de er avhørt. Dette forbudet blir vanskelig å håndheve dersom forhandlingene strømmes på domstolenes nettsider.

For det annet er det viktig at det ikke filmes når retten ikke er satt. I motsatt fall risikerer man at det overføres fra fortrolig dialog mellom advokat/ klient og mellom advokater. Erfaringen med digitale rettsmøter under utbruddet av covid-19 har vist at det av og til glipper på dette punkt. I forlengelsen av dette må det være klare regler eller retningslinjer som sikrer at kameraene ikke vil kunne fange opp innholdet i advokatenes og partenes dokumenter eller elektroniske hjelpemidler.

For det tredje bør en vurdere forholdet mellom at noe strømmes, og tredjemanns mulighet for å gjøre opptak av det som strømmes. Det er en stor forskjell mellom at noe vises i sanntid og at det ligger lagret hos et ukjent antall tredjepersoner for all fremtid, med de muligheter for bruk og misbruk som det åpner for. Det kan være at muligheten for opptak tilsier at også domstolene bør sikre og oppbevare opptak fra forhandlingene, slik at man sikrer notoritet for hva som faktisk skjedde under forhandlingene.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Ole Kristian Rigland
advokat