



BORGARTING LAGMANNSRETT

Dok 1

Justis- og beredskapsdepartementet, Lovavdelingen
Postboks 8005 Dep

0030 Oslo

Deres referanse

Vår referanse

20-143639ADM-BORG/BORG

Dato

04.01.2021

ENDRINGER I TVISTELOVEN – HØRING

Nedenfor følger Borgarting lagmannsretts høringsuttalelse til høringsnotat 7. oktober 2020 fra Justis- og beredskapsdepartementet. Nummereringen følger samme nummerering som i høringsnotatet.

2. UNNTAK FRA VITNERS PLIKT TIL Å OPPGI PERSONALIA I BARNEVERNSSAKER

2.6 Vurderinger og forslag til lovendringer

Borgarting lagmannsrett slutter seg til departementets forslag om at det i barnevernssaker kan gjøres unntak fra plikten til å oppgi personalia for åpen rett, jf. forslaget til nytt tredje ledd i tvisteloven § 24-8.

Muligheten for denne typen anonym vitneførsel vil etter lagmannsrettens syn være av avgjørende betydning for barns sikkerhet i de saker hvor det er besluttet skjult adresse. Vi anser at det reelt sett kun er tale om en «delvis anonymisert vitneførsel», all den tid vedkommendes rolle skal oppgis, for eksempel rollen som fostermor. Det inngrepet som foretas i muligheten til kontradiksjon, er på denne bakgrunn av mer begrenset karakter. Uansett mener lagmannsretten at hensynet til barnets beste må være utslagsgivende i denne avveiningen. Dagens løsning innebærer at barnevernloven § 4-19 annet ledd lett vil uthules ved en etterfølgende domstolsbehandling, jf. HR-2015-1452-U.

Borgarting lagmannsrett har ikke innvendinger mot at det av lovteksten ikke uttrykkelig fremgår at det må foreligge en reell fare for at barnet eller andre involverte vil bli utsatt for vold, bortføring, trusler mv. Som departementet påpeker er vedtaket om skjult adresse normalt sett nettopp forankret i dette. «Retten leder» bør imidlertid endres til «retten», idet det må være denne som samlet vurderer spørsmålet. Det må videre unngås å formulere vurderingstemaet slik at retten forskutterer sitt syn på de materielle spørsmålene retten skal ta stilling til i saken, som blant annet kan være om det er fare for vold. En formulering om at det

Postadresse
Postboks 2107 Vikå, 0125 Oslo

Sentralbord
21 55 80 00

Saksbehandler
Kristine Bielke Djupvik

Bankgiro

Organisasjonsnummer
974707128

Kontoradresse
Keyzers gate 13, 0165 Oslo

Telefaks

Telefon

Ekspedisjonstid
0800-1545 (1500)

Internett/E-post
<http://domstol.no/borgarting>
borgadm@domstol.no

«kan være fare», slik som i straffeprosessloven § 130a, kan således være bedre enn et krav om at det «er» eller «foreligger» en reell fare for vold, slik Kripos har tatt til orde for.

Videre har en merket seg at forslaget kun omhandler barnevernssaker hvor det er nødvendig å holde barnets adresse skjult. Borgarting lagmannsrett mener dette bør tydeliggjøres ytterligere i selve lovteksten. Lagmannsretten er enig i at tilgrensede saksområder som omhandler barn bør vurderes ved en eventuell helhetlig gjennomgang av behovet for anonym vitneførsel i sivilprosessen.

Borgarting lagmannsrett er videre enig i at vitnets personalia må oppgis til retten skriftlig, samt at disse opplysningene ikke føres inn i rettsboken og også unntas fra innsynsretten, jf. forslaget til nytt annet punktum i tvisteloven § 13-6 første ledd og nytt tredje ledd i § 14-1. Som nevnt over, er det dermed ikke egentlig tale om «anonym vitneførsel». Det er mer tale om at «retten kan beslutte begrensninger i vitnets plikt til å opplyse personalia ...». Det bør vurderes om dette bør reflekteres i lovteksten.

Lagmannsretten legger videre til grunn at departementet i den videre oppfølgingen av dette lovforslaget ser hen til og koordinerer med det pågående lovgivningsarbeidet med barnevernloven, jf. omtalen i høringsnotatet punkt 2.4.

3. RETTSMEKLING

3.1 Innledning og bakgrunn

Til grunn for forslagene i høringsnotatet ligger en forutsetning om at det i praksis er et enda større potensial for å gjennomføre rettsmekling i saker som egner seg for forliksforhandlinger og minnelig løsning enn det som er tilfellet i dag. Borgarting lagmannsrett er enig i dette utgangspunktet.

I Borgarting lagmannsrett har vi fra 2013 arbeidet kontinuerlig med å øke bruken av rettsmekling. Vi praktiserer en aktiv tilnærming til meklingsspørsmålet, der lagmannsretten selv tar initiativ til meklings i saker som anses egnet. For å øke bruken av rettsmekling har vi i mange av sakene også funnet det formålstjenlig å ta opp meklingsspørsmålet med partene hver for seg og ofte utenom planleggingsmøtet.

Selv om andelen rettsmeklede saker i Borgarting lagmannsrett har økt markert de senere år – fra om lag 40 rettsmeklinger per år i perioden 2009-2012 til 96 rettsmeklinger i 2019 – gjennomføres det, basert på vår erfaring, fremdeles ankeforhandling i saker som kunne ha egnet seg for rettsmekling.

Departementet legger til grunn for endringsforslagene at tvister bør løses ved forlik så tidlig som mulig under domstolsbehandlingen. Borgarting lagmannsrett er enig i at dette er et godt utgangspunkt. Selv med et slikt ønske om forlik tidlig i prosessen vil vi imidlertid peke på at lagmannsrettene bør spille en viktig rolle i domstolenes samlede innsats for å øke andelen saker løst ved rettsmekling. Det er vårt klare inntrykk at mange parter, av ulike grunner, ikke er «modne» for meklings før de har vært gjennom en hovedforhandling i tingretten og har lest dommen derfra, i tillegg til at forholdene kan endre seg ettersom tiden går, jf. også høringsnotatets punkt 3.2.2 siste avsnitt.

3.2 Gjeldende rett

Borgarting lagmannsrett har ingen merknader til redegjørelsen for gjeldende rett bortsett fra en kommentar til departementets uttalelse om rettsmekling i foreldretvistsaker i høringsnotatet punkt 3.2.2. Departementet skriver følgende:

Det er også mindre aktuelt å anvende rettsmekling i foreldretvistsaker, ettersom barneloven har sin egen meklingsordning som er bedre tilpasset denne sakstypen, jf. Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) side 46 og 87.

Lagmannsretten har lagt til grunn at bestemmelsene i barneloven om en særlig meklingsordning i foreldretvister ikke er til hinder for at det i ankeinstansen mekles etter de generelle reglene om rettsmekling i tvisteloven hvis dette vurderes som forsvarlig og som en bedre egnet meklingsordning. Det vises til Ot.prp. nr. 29 (2002–2003) punkt 6.3.11, hvor muligheten for dette holdes åpen. Det vises også til Inge Lorange Backer, Barnelova, Kommentarutgave, 2. utgave 2008 side 438, der det fremgår av det i foreldretvistsaker også kan foretas rettsmekling etter reglene i tvisteloven kapittel 8.

Borgarting lagmannsrett har fra 2016 og frem til 1. desember 2020 meklet 25 foreldretvistsaker etter den generelle rettsmeklingsordningen. Vi har god erfaring med bruk av den generelle rettsmeklingsordningen i barnelovsaker. Vi får gjennomgående positive tilbakemeldinger fra partene og advokatene på måten vi gjennomfører mekling på, og det oppnås forlik i over 80 % av sakene (21 av 25 saker). Fordi ankeinstansen både har sakkyndige utredninger og tingrettens dom å bygge på, har vi et godt grunnlag for å hjelpe partene til å inngå forsvarlige og robuste forliksløsninger gjennom ordinær rettsmekling. For at hensynet til barnets beste skal bli best mulig ivaretatt, bruker vi også som hovedregel en sakkyndig med barnefaglig kompetanse som medmekler. Det er vår oppfatning at det i foreldretvistsaker som ankes til lagmannsretten ofte er best for barnet at det oppnås en rask løsning på tvisten. Dette hensynet ivaretas på en god måte ved at det i ankeinstansen tilbys rettsmekling etter den generelle ordningen.

3.4 Vurderinger og forslag til lovendringer

3.4.1 Vurderinger

Borgarting lagmannsrett er i all hovedsak enig i de vurderingene departementet gir uttrykk for i avsnitt 3.4.1 i høringsnotatet. For at en økning av andelen saker som rettsmekles skal ha en samfunnsøkonomisk gevinst, er det imidlertid en forutsetning at forliksprosenten forblir høy, jf. høringsnotatet avsnitt 3.3 andre avsnitt, der det fremgår at forliksprosenten de siste årene har vært 65 % i tingrettene og 71 % i lagmannsrettene. Dersom forliksprosenten synker vesentlig som følge av at det som hovedregel skal foretas rettsmekling, vil den samfunnsøkonomiske gevinsten bli mindre, og domstolene kan til og med ende opp med å bruke flere ressurser enn etter dagens ordning. Domstolene ville i så fall vært mer tjent med at de saker som har liten utsikt til å ende med forlik, i stedet hadde blitt avgjort ved dom uten en mellomliggende rettsmeklingsbehandling.

Når det gjelder de prosessøkonomiske fordelene av en rettsmekling som ikke fører til forlik, er det videre vår oppfatning at meklingen i disse tilfellene uansett gir en merkbar verdi for den videre saksforberedelsen i form av «materieell og prosessuell klargjøring», slik det uttales i

høringsnotatet. Det er nærliggende å tenke at denne gevinsten er større i tingretten. På den annen side vil vi peke på at det ikke nødvendigvis er en prosessøkonomisk ulempe i form av lengre saksbehandlingstid at det gjennomføres rettsmekling som ikke leder til forlik – bortsett fra at ressursene i stedet kunne vært brukt til dømmende virksomhet. Dersom domstolen setter av tid til hovedforhandlingen/ankeforhandlingen uavhengig av om rettsmekling berammes, vil saksbehandlingstiden ikke bli lengre. Tiden mellom rettsmeklingsmøtet og hovedforhandlingen/ankeforhandlingen bør likevel ikke være for kort. Den samfunnsøkonomiske gevinsten av rettsmekling er åpenbart størst dersom domstolen kan få satt andre saker inn på sakskartet i stedet for de rettsmeklede sakene som ender med forlik.

Før vi kommenterer de to lovforslagene vil vi knytte noen kommentarer til det behovet departementet peker på for å få til en kulturendring med mer aktiv saksstyring, og hvor rettsmekling inngår som et virkemiddel.

Etter vår vurdering vil den enkelte domstols organisering av rettsmeklingsarbeidet, oppbygging av meklingskompetanse, kunnskapsdeling dommere og domstoler imellom, samt gode rammebetingelser i form av avsatt tid, gode meklingslokaler, nødvendig teknisk utstyr og saksbehandlerbistand m.m., være avgjørende for hvor mange saker som blir meklet og for antall inngåtte forlik. Dette er virkemidler som både kan og bør brukes i større grad uavhengig av om dagens § 8-3 i tvisteloven ligger til grunn for arbeidet eller en av lovendringene foreslått i høringsnotatet, og som er grunnleggende for den kulturendringen departementet etterlyser.

Rettsmekling er et satsingsområde i Borgarting lagmannsrett, og domstolen har i de senere år arbeidet systematisk for å øke antall saker løst ved rettsmekling. Rettsmeklingsarbeidet har vært utført av en liten gruppe lagdommere og er således «spesialisert». Gruppen består per i dag av ca. fem lagdommere med en lagdommer som leder det løpende arbeidet. Vi planlegger å bruke om lag 1,75 dommerårsverk til rettsmekling i 2021. Det er av stor betydning for forliksprosenten at meklerne har en viss «mengdetrening». Dommere med kompetanse og erfaring fra rettsmeklingsarbeid vil som hovedregel også lettere kunne «selge inn» mekling som metode overfor partene/prosessfullmektigene. Rettsmeklingsdommerne har bidratt til å øke bevisstheten hos de øvrige dommerne om rettsmekling på et tidlig stadium av saksforberedelsen. Dommerne har videre gjennom interne retningslinjer blitt oppfordret til å sende saker de anser egnet for mekling til rettsmeklingsdommerne enten før eller etter planmøtet, slik at disse, etter å ha vurdert sakens egnethet, kan ta kontakt med partene/prosessfullmektigene for å tilby rettsmekling. Når så dommerne og domstolen ser at saker blir hevet ved forlik etter rettsmekling, gir det ytterligere stimulans til den pågående holdningsendringen til mekling som en velegnet tvisteløsningsmetode i ankesakene.

3.4.2 Forslag til endring i tvisteloven § 8-3 første ledd første punktum og § 8-3 annet ledd tredje punktum

De to alternative endringsforslagene har som formål, slik det framgår av høringsnotatet, at de skal bidra til rettsmekling i flere av de sivile sakene som er egnet for dette. Vi antar at formålet også er at det blir flere forlik.

Forslaget om å «snu utgangspunktet» i § 8-3 første ledd første punktum berører først og fremst tingretten. Borgarting lagmannsrett vil derfor være varsom med å ha sterke synspunkter på hensiktsmessigheten av om rettsmekling skal være hovedregelen i alle sivile

saker med fri rådighet i tingretten. Vi ser at en slik hovedregel kan gi et sterkt signal til både partene, advokatene og dommerne om at de forventes å vurdere nøye om tvisten kan løses gjennom rettsmekling. Det er positivt.

Borgarting lagmannsrett ser imidlertid også betenkeligheter med en slik hovedregel. Det beste utgangspunktet for mekling er utvilsomt at mekling er basert på frivillighet. Selv om partene ikke ønsker mekling i utgangspunktet, vil en motivert og godt forberedt dommer, som mener at saken egner seg for rettsmekling, kunne gi prosessfullmektigene/partene tro på at det er verdt å prøve rettsmekling uavhengig av om rettsmekling blir hovedregelen eller ikke. Det er vår erfaring at en slik kontakt med prosessfullmektigene/partene ofte fører fram. Dersom det opparbeides tilstrekkelig meklingskompetanse i domstolene, mener vi at det vil kunne oppnås en økning i andelen saker som rettsmekles også uten at rettsmekling gjøres til hovedregel.

Dersom tvisteloven § 8-3 endres slik at rettsmekling «skal foretas», er det grunn til å tro at saksforberedende tingrettsdommers arbeid med å få til rettsmekling vil bli mindre omfattende enn i dag. Det vises til at forslaget om å «snu utgangspunktet» vil medføre at det er partene som må overbevise dommeren om at det ikke skal foretas rettsmekling, fremfor at dommeren – som i dag – må «selge inn» mekling overfor partene. For parter/advokater som ønsker å løse saker ved mekling, men som er redd for at en positiv holdning til mekling skal bli oppfattet som manglende tro på egen sak, vil det også være en fordel at «utgangspunktet snus». Det samme vil gjelde for advokater som ser fordelene ved en minnelig løsning på tvisten, men som «strever med» å få klientene med på mekling. Slik Borgarting lagmannsrett ser det, er det på den annen side en risiko for at en hovedregel om mekling kan føre til at det legges mindre arbeid i kontakten med, og bearbeidingen av, partene, fordi dette ikke lenger er nødvendig for å få gjennomført meklingen. Dette kan i seg selv være uheldig, da det er vår erfaring at den kontakten mekler har med partene i anledning meklingsspørsmålet bidrar til oppbygging av tillit til både meklere og meklingsprosessen. Når partene etter forutgående kontakt med mekler tar et bevisst valg om å gjennomføre mekling, vil det også kunne oppstå en atmosfære av forsoning, der partene går fra å være i «krigsmodus» til å fokusere på mulige løsninger. Dersom rettsmekling gjennomføres uten at grunnlaget for mekling er tilstrekkelig avklart og forankret hos partene, er det etter Borgarting lagmannsretts syn en fare for at det i større grad enn i dag vil bli gjennomført rettsmeklinger uten forlik. Den samfunnsmessige gevinsten av økt bruk av rettsmekling vil i så fall bli redusert.

Vi ser det videre som uheldig for rettsmeklingsordningen dersom den får mer preg av en obligatorisk øvelse/pliktøvelse enn en nøye vurdert metode for å løse tvisten. Det vil kunne skade den opparbeidede velviljen vi oppfatter at rettsmeklingsinstituttet etter hvert har fått blant mange advokater dersom det gjennomføres mange rettsmeklinger med mer eller mindre motvillige parter som ikke fører fram. Det samme gjelder dersom det som følge av forslaget om å «snu hovedregelen» vil bli foretatt mange rettsmeklinger med dommere som mangler nødvendig kompetanse som meklere. Dette vil også kunne gå ut over partenes og advokatenes vilje til å prøve rettsmekling i ankeinstansen.

Borgarting lagmannsrett er enig med departementet i at det ikke er hensiktsmessig med en lovendring som «snur utgangspunktet» for rettsmekling i lagmannsretten. Vi mener imidlertid at det også i lagmannsrettene er et stort potensial for rettsmekling som tvisteløsningsmetode og viser til at ca. 12,5 % av avgjorte saker i Borgarting lagmannsrett i 2019 i kategorien «Anke over dom», ble avgjort ved rettsmekling. Det bør ikke undervurderes at det også i

ankeinstansen er store gevinster ved å gjennomføre rettsmekling. I tillegg til at forlik ofte vil være en fordel for partene også i ankesakene, er den ressursbesparende gevinsten av rettsmekling vesentlig større i lagmannsrettene enn i førsteinstans som følge av at retten settes med tre dommere. At det har vært forsøkt rettsmekling i tingretten, er etter vårt syn heller ikke til hinder for at sakene bør mekles i ankeinstansen. Når foreldretvistene holdes utenfor, var det i 17,2 % av Borgarting lagmannsretts rettsmeklinger i 2020 (frem til 20. november 2020) foretatt rettsmekling i førsteinstans.

Borgarting lagmannsrett tillater seg derfor å foreslå at tvisteloven § 8-3 tredje ledd første punktum endres til at «Ankeinstansen bør beslutte at det skal foretas rettsmekling hvis saken er egnet for det». Jo synligere rettsmekling er som tvisteløsningsmetode, desto enklere vil det være for partene å velge dette også i lagmannsretten.

Forutsatt at departementet velger det første alternative lovforslaget (å «snu hovedregelen»), er Borgarting lagmannsrett enig i forslaget til nytt tredje ledd i § 8-3 om at lagmannsretten skal kunne beslutte rettsmekling mot partenes vilje selv om det ikke foreligger «særlige grunner», slik regelen er i dag.

Vi er enig i at det styrende hensynet for om det skal gjennomføres rettsmekling bør være om saken er egnet for mekling, det vil si at det er en realistisk mulighet for at saken kan løses ved forlik etter rettsmekling, og at dette også bør gjelde for ankeinstansen. Som nevnt ovenfor er utsiktene til en vellykket mekling klart best når begge parter ønsker mekling. Når dommeren forbereder seg godt til sin kontakt med partene, er det vår erfaring at det bare helt unntaksvis vil være saker som er egnet for mekling, men hvor partene ikke samtykker. Det kan likevel forekomme saker hvor det bør mekles mot den ene eller begge partenes ønske. Et eksempel er saker der ankemotparten ønsker rettsmekling, og der ankende parts motvilje skyldes manglende eller dårlige erfaringer med rettsmekling. Et annet eksempel er saker der partene åpenbart trenger hjelp utenfra for å løse konflikten seg imellom, og der partenes fremtidige relasjon vil bli særlig skadelidende ved at saken får sin endelige løsning ved dom. I slike tilfeller vil det trolig lede til noen flere rettsmeklinger hvis dommeren kan nøye seg med å vurdere at saken er egnet for rettsmekling uten å måtte konstatere at det foreligger «særlige grunner». Vi har likevel ikke grunn til å tro at lovendringen vil gjøre nevneverdig utslag på antall rettsmeklinger i lagmannsretten. Også etter lovforslaget skal det legges vekt på partenes holdning ved vurderingen av om saken er egnet for mekling.

Departementet ber om tilbakemelding på om det ved en presisering i loven eller i forarbeidene bør oppstilles snevrere rammer for lagmannsrettens adgang til å beslutte rettsmekling mot partenes vilje enn det lovforslagets første alternativ legger opp til. Borgarting lagmannsrett ser ikke behov for dette. Etter Borgarting lagmannsretts syn vil de hensynene som tilsier mekling mot partenes vilje i tingretten, gjelde i minst like stor grad for lagmannsretten.

Forutsatt at departementet ikke velger løsningen med å «snu hovedregelen» for tingretten, støtter Borgarting lagmannsrett det alternative forslaget til endring i § 8-3, som innebærer at terskelen for å beslutte rettsmekling mot partenes vilje blir lavere både for tingretten og for lagmannsretten. Det vises til argumentasjonen knyttet til forslaget til nytt tredje ledd i § 8-3 for ankeinstansen ovenfor. Det vil være i dommerens og domstolens egeninteresse ikke å beslutte, og å bruke tid på, rettsmekling i mange saker som ikke leder fram til et forlik. Om det skal inngås forlik er det dessuten partene som har den fulle kontrollen over. I det minste

over tid er det derfor liten grunn til å tro at partene vil bli pålagt å møte til rettsmekling uten at det er reelt grunnlag for forliksforhandlinger.

3.4.3 Forslag til endring i § 8-3 annet ledd tredje punktum

Vi har ingen bemerkninger til ordlyden i det alternative forslaget til § 8-3, utover at departementet bes vurdere om ikke «kan» i § 8-3 første ledd første setning bør endres til «bør», jf. våre bemerkninger ovenfor.

Siden hensikten bak forslagene til endringer i reglene om rettsmekling er å legge til rette for at tvister som egner seg for det, blir løst ved forlik, vil Borgarting lagmannsretts foreslå at det også gjøres en endring i § 8-4 første ledd tredje punktum.

Twisteloven § 8-4 første ledd gir retten anledning til å la rettsmekleren være bistått av en hjelper. Hjelper er særlig aktuelt i saker som krever fagkyndig innsikt, og hvor det for rettsmekleren er nødvendig å rådføre seg med en ekspert. Dette kan f.eks. være tilfellet i entreprisesaker eller i saker etter bustadoppføringslova og lov om håndverkertjenester. Slik bestemmelsen lyder i dag, kan retten bare oppnevne en hjelper dersom partene samtykker. At samtykke fra partene er en forutsetning, er begrunnet med at det er partene som må bære kostnadene ved dette, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 123. Etter rettsgebyrloven § 2 andre ledd siste setning skal godtgjøring til hjelper som er fastsatt etter twisteloven § 8-4 tredje ledd, dekkes med lik andel av partene.

Lagmannsretten tillater seg å foreslå at § 8-4 endres slik at retten kan oppnevne en hjelper for rettsmekleren dersom en eller begge parter krever det eller retten finner det ønskelig. Mange saker tilsier at partene og domstolen tilføres sakkyndighet. Dette gjelder også for rettsmekling, der rettsmekleren bl.a. skal kunne drøfte styrke og svakhet i partenes faktiske argumentasjon og peke på forslag til løsninger, jf. § 8-5 tredje ledd. Selv om partene kan la seg bistå i meklingen av hver sine sakkyndige rådgivere, vil det i noen tilfeller være hensiktsmessig at deltakerne i meklingen kan rådføre seg med en sakkyndig som ikke har bindinger til noen av partene. At rettsmekleren kan bistås av en fagkyndig hjelper/medmekler vil videre kunne bidra til å øke kvaliteten på meklingen og øke sannsynligheten for forlik. Etter lagmannsrettens syn er det uheldig at en av partene kan binde retten til ikke å oppnevne en fagkyndig hjelper, dersom retten anser dette ønskelig. Det presiseres likevel at det bare unntaksvis vil være aktuelt å oppnevne en hjelper for rettsmekleren dersom ikke begge partene samtykker. Lagmannsretten mener som ovenfor nevnt at rettsmekling fungerer best dersom denne er basert på frivillighet fra partenes side, og dette vil gjelde også for spørsmålet om oppnevning av hjelper.

5. SIVILOMBUDSMANNEN SOM PARTSHJELPER

Borgarting lagmannsrett har ingen særlige merknader til dette punktet, ut over at vi anser de motforestillingene departementet har gitt uttrykk for i høringsnotatet, som relevante.

Lagmannsretten vil legge til at det fra et menneskerettslig ståsted kan være ønskelig å gi Sivilombudsmannen mulighet til å opptre som partshjelper. Sivilombudsmannsloven § 3a utpeker Sivilombudsmannen som norsk nasjonal forebyggende mekanisme i henhold til valgfri protokoll av 18. desember 2002 til FNs konvensjon av 10. desember 1984 mot tortur og annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff. Bestemmelsen er

ikke omtalt i høringsnotatet. En mulighet til å kunne opptre som partshjelper vil kunne styrke også denne rollen, jf. torturkonvensjonen art. 2 nr. 1 om at statene plikter å ta «effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture». Det framstår imidlertid som noe uklart om den foreslåtte formuleringen vil kunne omfatte denne type saker.

6. FRISTAVBRYTELSE VED ELEKTRONISK KOMMUNIKASJON MED DOMSTOLENE

6.2 Vurdering og forslag til lovendring

Borgarting lagmannsrett er enig i forslaget om at fristavbrytelse bare skjer ved bruk av elektronisk løsning, der kommunikasjon på denne måten er obligatorisk. Forslaget er i tråd med Borgarting lagmannsretts ønske om å redusere – og til slutt eliminere – behovet for å skrive ut og/eller kopiere dokumenter som sendes til lagmannsretten.

Vi bemerker at den reelle hovedregelen vil bli at fristavbrytelse bare kan skje ved bruk av elektronisk kommunikasjon. I realiteten vil det kun være selvprosederende parter som ikke vil kommunisere på denne måten. Departementet bør derfor vurdere om lovteksten i domstolloven § 146 første og annet ledd bør justeres slik at det som er den praktiske hovedregelen også fremstår som dette i lovteksten.

7. OBLIGATORISK BRUK AV BESTEMTE ELEKTRONISKE LØSNINGER I SKRIFTLIG KOMMUNIKASJON MED DOMSTOLENE – REGISTRERINGSPLIKTEN

7.2 Vurderinger og forslag til forskriftsendringer

Borgarting lagmannsrett er enig i de vurderinger departementet gjør i dette avsnittet. Vi mener den enkleste og mest praktiske løsningen for domstolen vil være at praktiserende advokater og autoriserte fullmektiger plikter å registrere seg som bruker i portalen, slik at denne plikten inntreffer også uten en anmodning fra domstolen.

Borgarting lagmannsrett er videre enig med departementet i at det for alle profesjonelle brukere – der den tekniske løsningen åpner for det – bør være obligatorisk å registrere seg og kommunisere med domstolene gjennom nettportalen.

Særlig om jordskiftesaker

I lagmannsrettene er saker som behandles etter reglene for anke over jordskifteavgjørelser (AJA-saker) ikke tilgjengelige i aktørportalen. Selv om saker reist for jordskifteretten er en del av aktørportalen, og kommunikasjonen er elektronisk i jordskifteretten, er det ikke tilrettelagt for digital kommunikasjon i den videre behandling i lagmannsretten.

8. SAKSKOSTNADSBEGRENSNINGEN I JORDSKIFTELOVA § 7-9

Borgarting lagmannsrett støtter forslaget om å endre beløpsgrensen i jordskiftelova § 7-9 første ledd til 250 000 kroner. Det er en naturlig løsning at beløpsgrensen i tvisteloven § 10-5 og jordskiftelova § 7-9 er den samme.

9. ADGANGEN TIL Å NEKTE ANKE FREMMET ETTER TVISTELOVEN § 29-13 ANNET LEDD

9.5 Departementets vurderinger

9.5.1 Terskelen for å nekte anker fremmet

Borgarting lagmannsrett er enig i at terskelen for å nekte anker fremmet, bør senkes. Vi kan i stor grad vise til begrunnelsen gitt i vår høringsuttalelse 14. november 2018 i forbindelse med tvistelvevalueringen, se punkt 7.5 i høringsuttalelsen.

9.5.2 Overordnede vurderinger av modellen for ankesiling

Lagmannsretten noterer at departementet ikke på nåværende tidspunkt ønsker å foreslå endringer som innebærer omlegging fra en nektelsesordning til en samtykkeordning. Lagmannsretten vil imidlertid vise til at dagens ordning allerede i realiteten er en skriftlig realitetsbehandling av saken, jf. fremstillingen i høringsnotatet punkt 9.5.1. Det er således til dels misvisende at det er tale om å «nekte anken fremmet». Det gis en fullverdig begrunnelse for at det er klart at anken ikke vil føre frem. Begrunnelsen oppfyller kravene til begrunnelse av dommer og kjennelser i tvisteloven § 19-6 fjerde ledd. At avgjørelsen treffes som beslutning synes å være historisk betinget, blant annet fordi det tidligere ikke var noe krav til begrunnelse, se NOU 2001:32 A Rett på sak, side 556. Det ville således være mest i tråd med de faktiske realitetene om tvisteloven § 29-13 annet ledd ikke fastsatte at anke over dom kan «nektes fremmet», men heller at anke over dom «kan avgjøres ved dom etter forenklet ankebehandling», jf. også begrepsbruken i § 9-8 første ledd.

En endring som skissert ovenfor kan imidlertid ha andre prosessuelle konsekvenser. Vi har derfor forståelse for at departementet eventuelt avventer en slik endring. Spørsmålet bør også ses i sammenheng med forslaget fra Domstolkommisjonen i NOU 2020: 11, se blant annet punkt 25.5.4, med forslag til endringer i reglene om anke av sivile saker. Vi vil komme grundigere tilbake til disse spørsmålene i vår høringsuttalelse til kommisjonens utredning.

Borgarting lagmannsrett vil understreke at det ikke er noen grunn til å utsette endringen som nå foreslås av departementet, for å vurdere den i sammenheng med endringene foreslått av Domstolkommisjonen. Ønsket og behovet for en endring foreligger allerede.

Domstolkommisjonen foreslår også først å senke terskelen etter § 29-13 annet ledd, for å vinne erfaringer med en lavere terskel, før det vurderes øvrige endringer (utredningen side 330). Dette vil oppnås ved å gjennomføre departementets endringsforslag nå.

9.5.3 Utforming av vilkåret for å nekte anker fremmet

Som nevnt støtter Borgarting lagmannsrett forslaget om at terskelen for å nekte anker fremmet, reduseres. Terskelen bør reduseres på generell basis, ved at den lavere terskelen får anvendelse på alle saker som ankes til lagmannsretten. Videre mener vi at hensynet til

proporsjonalitet og prosessøkonomi i større grad bør inngå i vurderingen av om en anke skal nektes fremmet. Dette er i tråd med vårt forslag i høringsuttalelsen 14. november 2018. Hensynet til proporsjonalitet og prosessøkonomi er i tråd med tvistelovens mål om at saksbehandlingen og kostnadene skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning, jf. tvisteloven § 1-1 annet ledd. Vi viser også – som vi gjorde i vår forrige høringsuttalelse – til at departementet i Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) punkt 23.4.4 uttalte at disse hensynene tilsa «at en del saker ikke bør bli behandlet i mer enn én instans».

9.5.4 Nærmere om ankenektelsesvurderingen

Departementet ber om høringsinstansenes syn på om anke bør kunne nektes i saker av stor velferdsmessig eller økonomisk betydning for partene. Som et prinsipielt utgangspunkt er det lagmannsrettens oppfatning at det bør være adgang til å nekte anker fremmet også i disse tilfellene. Selv om saken for eksempel er av stor velferdsmessig betydning, vil det være i partenes interesse – og for så vidt også i samfunnets interesse – at de slipper å gå en ny runde i lagmannsretten som ikke har utsikter til å endre resultatet fra tingretten. Dette gjelder også for foreldretvistsaker, som departementet nevner spesifikt. En annen sak er at bevissituasjonen i slike saker ofte vil være slik at anken ikke kan nektes fremmet.

Borgarting lagmannsrett har ikke noen sterk oppfatning om momentene i ankenektelsesvurderingen bør komme klart til uttrykk i lovteksten. Det kan på et vis være pedagogisk, men en opplisting i loven vil uansett ikke kunne være uttømmende.

Når det gjelder krav til begrunnelse, er Borgarting lagmannsrett av den oppfatning at disse kravene etter hvert er rimelig klarlagt i praksis. Vi er enige i de vurderinger departementet gjør om disse forholdene i høringsnotatet. Vi finner grunn til å bemerke at der tingretten har gitt en fyllestgjørende begrunnelse – og det ikke har kommet til nye forhold av betydning – må det være fullt forsvarlig for lagmannsretten å slutte seg til tingrettens begrunnelse.

9.5.6 Forslag til lovendringer

Som det følger av det ovenstående, mener Borgarting lagmannsrett at bestemmelsen i § 29-13 annet ledd bør endres i tråd med det tredje alternativet. Når det gjelder «kvalifikasjonskravet» i forslagetets andre setning, bør det fremkomme at terskelen er lavere enn i første setning i bestemmelsen. Vi er noe usikre på om de to alternativene departementet har foreslått, får det klart nok frem. I vårt forslag i høringsnotatet 14. november 2018 foreslo vi begrepet «lite sannsynlig». For de tilfellene der proporsjonalitetshensyn slår inn, bør dette være et forsvarlig kvalifikasjonskrav. Dette begrepet er også mer lettfattelig enn de to alternativene som er lansert av departementet.

Vi bemerker også at det tredje alternativet kan kombineres med de to øvrige alternativene, ved at det i første setning – i stedet for begrepet «klart» - kan brukes begrepene «ikke har utsikter til å føre frem» eller «ikke er tilstrekkelige holdepunkter». Det vil få bedre frem det overordnede formålet med lovendringen, som er å senke terskelen noe for å nekte anker fremmet, også der proporsjonalitetshensynet ikke slår inn på samme måte.

Særlig om jordskiftesaker

Borgarting lagmannsrett har mottatt følgende kommentar fra jordskiftelagdommerne, som vi slutter oss til:

I redegjørelsen under gjeldende rett blir det uttalt at «Lagmannsretten kan nekte anke over dom fremmet etter tvisteloven § 29-13 annet ledd.» Det fremgår videre av redegjørelsen at:

«Beslutning om å nekte anke fremmet treffes av tre dommere, jf. § 19-2 tredje ledd bokstav d, krever enstemmighet og skal være begrunnet, jf. § 29-13 femte ledd tredje punktum.»

I høringsnotatet foreslås det å senke terskelen for å nekte anker fremmet.

Høringsnotatet klargjør ikke at jordskifteloven § 8-8 har en tilsvarende bestemmelse, som er direkte knyttet til tvisteloven § 29-13 annet ledd. Jordskiftelova § 8-8 tredje og fjerde ledd lyder slik:

Ved anke over jordskifteavgjerd kan lagmannsretten nekte å ta anken opp til behandling dersom retten finn det klart at anken ikkje vil føre fram. Tvisteloven § 29-13 andre ledd gjeld i slike høve.

Den saksførebuande dommaren kan ta avgjerd som einedommar etter tredje ledd i denne paragrafen, etter at partane har fått høve til å uttale seg.

Slik vi ser det kan dette etterlate tvil om hva som er rettstilstanden, dersom tvisteloven § 29-13 andre ledd nå endres slik det er foreslått i høringsnotatet uten at det samtidig gjøres endringer i jordskifteloven § 8-8.

I prop. 101 L (2012-13) side 481 er følgende uttalt til § 8-8:

Det går fram av *tredje ledd første punktum* at lagmannsretten kan nekte å ta anken opp til behandling dersom retten finn det klart at ein anke over jordskifteavgjerd ikkje vil føre fram. *Tredje ledd andre punktum* seier at i slike høve gjeld tvistelova § 29-13 andre ledd. Det inneber at ei nekting kan avgrensast til enkelte krav eller ankegrunnar. Det betyr òg at vurderinga av om det er klart at anken ikkje vil føre fram er den same som etter tvistelova. Det vil seie at vilkåret for å nekte skal tolkast strengt. Det må vere ein høg grad av sikkerheit for at resultatet ville blitt ståande etter ei eventuell full ankeprøving. Det er ikkje noko krav om at lagmannsretten skal vere samd i den avgjerda jordskifteretten har gjort. Det er nok at retten finn det klart at resultatet må bli ståande.

Og vidare til fjerde ledd:

Fjerde ledd seier at det er den saksførebuande dommaren som skal ta avgjerd om å nekte å ta anken opp til behandling etter tredje ledd. Regelen er ei følgje av tredje ledd. Det er òg lagt til grunn i fjerde ledd at partane på same måten som etter tvistelova, skal få høve til å uttale seg på førehand om nektinga.

Jordskifteloven har altså regler som er tett knyttet opp til tvisteloven § 29-13 annet ledd, men med avvikende behandling siden det er jordskiftelagdommeren som enedommer som avgjør om anken skal nektes fremmet.

Når høringsnotatet nå foreslår å endre terskelen for å nekte anken fremmet, vil det slik vi ser det også være behov for å vurdere endringer i jordskifteloven § 8-8 tredje og fjerde ledd.

Dersom det i jordskifteloven er meningen å beholde dagens regel, altså at terskelen for å nekte en anke fremmet fortsatt skal være høy, må regelen formuleres direkte inn i jordskifteloven uten henvisning til tvisteloven § 29-13 annet ledd. I så fall kan også fjerde ledd beholdes som den er, ved at jordskiftelagdommeren avgjør som enedommer.

Dersom terskelen for å nekte en anke fremmet skal senkes, på samme måte som for anke over dom, bør teksten i jordskifteloven § 8-8 tredje ledd få et tilsvarende innhold som tvisteloven § 29-13 annet ledd, for eksempel:

Ved anke over jordskifteavgjerd kan lagmannsretten nekte å ta anken opp til behandling dersom retten finn at anken ikkje har utsikt til å føre fram. Tvisteloven § 29-13 andre ledd gjeld i slike høve.

Endringen reiser vidare spørsmål om en slik beslutning fortsatt bør treffes av jordskiftelagdommeren som enedommer. Det kan ha vært med på å forme regelen om at jordskiftelagdommeren alene skal avgjøre om anken skal nektes fremmet, at det var strenge krav til hvilke saker som kunne nektes fremmet som neppe kunne anvendes i særlig mange saker.

Det er vår oppfatning at dersom terskelen skal senkes for at bestemmelsen skal brukes mer aktivt i flere saker, bør beslutningen treffes av tre dommere i lagmannsretten, slik det ellers gjøres ved avgjørelser etter tvistelovens § 29-13 annet ledd, jf. femte ledd. Siden det er en jordskifteavgjørelse som er anket, må en jordskiftelagdommer alltid være en av de tre dommerne som avgjør spørsmålet, jf. jordskifteloven § 8-7 tredje ledd andre punktum.

Dersom endringene i § 29-13 annet ledd i høringsnotatet innføres, vil vi foreslå at jordskiftelova § 8-8 fjerde ledd får slik ordlyd:

Lagmannsretten tek avgjerd etter tredje ledd i denne paragrafen samansett med tre dommarar, og ein av dei skal være jordskiftelagdommar. Partane skal ha fått høve til å uttale seg før spørsmålet vert avgjort.

I omtalen av forslaget bør det understrekes at det er når saken skal nektes fremmet at det er behov for tre dommere. Det hører under saksforberedelsen, og saksforberedende dommers oppgaver, å ta stilling til om vilkårene for å nekte fremme av anken kan være oppfylt slik at de skal prøves av tre dommere, eller om saksforberedelsen fortsetter uten å prøve spørsmålet.

10. STRØMMING AV RETTSMØTER PÅ DOMSTOLENES NETTSIDER

Offentlighetsprinsippet er et grunnleggende demokratisk prinsipp som sikrer allmennhetens adgang til å overvære rettsmøter. Utbruddet av covid-19 har ført til at publikum kun i begrenset grad kan følge rettssaker ved fysisk oppmøte i domstolene. Pandemien har derfor gjort spørsmålet om strømming av rettsmøter svært aktuelt. I høringsnotatet har departementet uttrykt behov for en lovendring som gir domstolene hjemmel til å strøme rettsmøter på egne nettsider, også i en normal situasjon og på permanent basis.

Lagmannsretten vil i følgende avsnitt kommentere enkelte sikkerhetsmessige aspekter ved strømming av rettsmøter og bruk av fjernmøteteknologi. Vi går ikke nærmere inn på de prinsipielle sidene av offentlighet i rettspleien. Lagmannsretten vil heller ikke kommentere de administrative og økonomiske konsekvensene av de foreslåtte endringene, utover å konstatere at nødvendige teknologiske løsninger bør være tilgjengelig i domstolene før en eventuell lovendring trer i kraft.

Domstolene har per i dag ikke tilgang til teknologi som kan tilrettelegge for strømming av rettsmøter på domstolenes egne nettsider. I de sakene der digital overføring er aktuelt, benytter derfor Borgarting lagmannsrett hovedsakelig fjernmøteteknologi, der publikum kobler seg på rettsmøtet gjennom det samme virtuelle møterommet som dommerne og sakens aktører bruker. Denne løsningen innebærer en risiko for at enkeltpersoner i publikum deler lyd og bilde fra egen enhet med aktørene i rettssaken, uten at retten kan stanse dette. Dette er utvilsomt utilfredsstillende.

Strømming, på sin side, er "enveis kommunikasjon" som innebærer at lyd og/eller bilde fra rettsmøtet sendes ut via internett (eller for så vidt på et lukket nett) til andre, normalt en større eller ubestemt gruppe. Sammenlignet med fjernmøteteknologi vil publikum som følger saken via strømming, ikke kunne påvirke saken ved å snakke, fremvise innhold eller på annen måte forstyrre rettsforhandlingene. I saker med stor offentlig interesse kan strømming av saken på domstolenes nettsider legge bedre til rette for bredere deltakelse fra allmennheten, da enhver med tilgang til internett vil kunne følge forhandlingene digitalt. Lagmannsretten har per nå ikke benyttet denne teknologien, da det foreløpig ikke finnes noen tilgjengelig teknologisk plattform for dette. Lagmannsretten er imidlertid klar over at Domstoladministrasjonen arbeider med en ny løsning for fjernmøter, som også forutsettes å inneholde en strømningsfunksjon.

Strømmeteknologien reiser imidlertid betydelige sikkerhetsutfordringer knyttet til lagring og manipulering av videostrømmen.

I utgangspunktet er strømming en teknisk løsning som ikke involverer opptak. En billed- eller lydstrøm vil likevel i praksis alltid kunne tas opp og lagres av den som mottar den. Tekniske hindringer for opptak kan til en viss grad etableres, men strømmen vil likevel alltid på et vis kunne lagres. Når en videostrøm sendes ut på åpne nettsider, vil det alltid være en risiko for at deltakere tar skjermdumper, at de filmer og fotograferer rettens aktører og parter, eller at rettsmøtet viderestrømmes til andre plattformer.

En videostrøm kan også manipuleres. I domstolene gjøres det i dag, med noen svært få unntak, ikke egne lyd- og bildeopptak under rettsmøtene. Etter at et rettsmøte er avsluttet, vil det dermed ikke finnes noen "fasit" som kan fortelle hva som faktisk skjedde og ble sagt i rettssalen. Faren for at opptak av en videostrøm fra et rettsmøte kan bli redigert eller manipulert av publikum, er reell. Formålet med slik redigering/manipulering antas å kunne variere sterkt. Filmopptak fra rettsmøter har tidligere blitt benyttet som innslag i humorprogram på tv, men det er lett å se for seg mer alvorlig misbruk. Det kan for eksempel tenkes at en part i en sak har et ønske om å forvrengte det som er sagt og gjort i rettssalen, av hensyn til egen sak eller eget ettermæle. Uten at det foreligger et fullstendig opptak som er gjort av domstolen selv, vil det etter omstendighetene kunne være vanskelig å avsløre hva som er et redigert eller manipulert opptak. Og jo lenger tid som er gått fra en sak er gjennomført, desto vanskeligere vil det være å avsløre et falsum. Et annet scenario er at fremmede statsmakter kan ha interesse av å destabilisere samfunnet ved å skape mistillit til statsmaktene. Manipulerte opptak fra norske rettssaker vil kunne brukes både innenlands og utenlands til et slikt formål.

I høringsnotatet nevnes det at man i saker med begrensninger i adgangen til offentlighet kan gi pressen eller andre med særlig behov for innsyn elektronisk tilgang via domstolenes fjernmøteløsning, samtidig som det gis referatforbud. Ettersom dagens løsning for fjernmøter i domstolene har flere svakheter, er det lagmannsrettens oppfatning at en sikrere teknisk løsning bør være på plass før en eventuell lovendring settes i kraft. Blant annet må det etableres enkle og sikre muligheter til «muting» av publikum, og det må gjøres teknisk umulig for andre enn de profesjonelle aktørene i rettssakene å dele innhold under et pågående fjernmøte.

Avslutningsvis nevnes også den åpenbare risikoen som finnes, både ved strømming generelt og ved pressens deltakelse via fjernmøteteknologi, for at konfidensielle samtaler mellom advokat og klient fanges opp på lyd i pauser mv. Dette understreker behovet for tilstrekkelig høy teknisk kompetanse i domstolene før det åpnes for strømming eller publikumsdeltakelse på fjernmøter i større skala.

Avslutningsvis vil vi bemerke at det er ønskelig at den menneskerettslige forankringen av de motstående hensynene trekkes fram på en klarere måte, jf. på den ene siden EMK art. 6 om offentlige rettsmøter og på den andre siden EMK art. 8 om retten til privatliv.

Borgarting lagmannsrett

Marianne Vollan
førstelagmann

Christian Lund
lagmann