

”Norske dommeres plikt til å veilede om EØS-retten”¹

Av dr. juris Anne Robberstad

Artikkelen behandler enkelte av de sivilprosessuelle virkningene av Norges EØS-medlemskap. Selv om Norge ikke deltar i samarbeidet om justissektoren innen EU, følger det prosessuelle virkninger av EØS-medlemsskapet. Norske prosessregler som gjør det "umulig eller uforholdsmessig vanskelig" å håndheve EØS-rettigheter, må av dommere settes til side i den enkelte sak. Forfatteren drøfter innholdet i de norske reglene om materiell prosessledning og reiser spørsmål om det finnes en egen EØS-rettslig plikt til å veilede partene om EØS-retten. Artikkelen presenterer de sentrale EF-dommene av betydning for dette spørsmålet.

Anne Robberstad ble cand. jur. ved Universitetet i Oslo i 1976 og dr. juris samme sted i 1999 på avhandlingen "Mellom tvekamp og inkvisisjon". Hun har tidligere arbeidet som privatpraktiserende advokat og er nå postdoktorstipendiat ved Senter for europarett, Universitetet i Oslo fra 2001.

"...EØS-avtalen er mye mer omfattende enn mange har vært forberedt på..."

(Hans Petter Graver i kronikk i Aftenposten 07.09.2001)

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Den danske professor Erik Werlauff hevder i sin bok Følleseuropeisk procesret at dommeren har plikt til å veilede partene om bindende EF-regler som partene ikke har påberopt seg.² Er dette tilfellet for norsk rett?³

Et bekreftende svar vil ha store konsekvenser. Norske dommere må da lære seg all den EF-rett som er bindende for Norge på grunn av EØS-avtalen (heretter kalt EØS-rett) og som er aktuell i rettssaker her. Ellers vil de jo ikke kunne veilede partene om innholdet i denne. Et bekreftende svar vil også innebære at norske dommere har fått en plikt til å veilede parter om rettsregler, som de kanskje ikke tidligere har hatt i norsk rett. Denne plikten trådte i kraft den 1. januar 1994, da EØS-avtalen ble satt i verk.

Utgangspunktet for Werlauffs påstand er tre avgjørelser fra EF-domstolen i 1995 og 1996: Peterbroeck, Van Schijndel og Kraaijeveld. Jeg går nærmere inn på disse nedenfor i pkt 3. Foreløpig kan sies at dommene legger til grunn at en nasjonal domstol er forpliktet til ex officio å inndra fellesskapsrettslig jus selv om den interesserte part ikke har påberopt regelen, eller anførselen er prekludert ut fra nasjonal rett. Men dette gjelder ikke dersom anvendelse av den fellesskapsrettslige regelen forutsetter bruk av fakta som partene ikke har påberopt, i de tilfelle der partene har fri rådighet.

Et av kriteriene for dommerens plikt til å inndra EF-rettener at domstolen etter nasjonal prosessrett har adgang til å bruke jus som partene ikke har påberopt. Det heter om dette i

¹ Jeg takker Erling Hjelmeng, Henrik Bull og Finn Arnesen på Senter for europarett, og Hans Petter Graver på Privatretten, for nyttige kommentarer og råd.

² Werlauff 2000,53, 54, 57 og 61 pkt 8. Werlauff begrunner dette med henvisning til Van Schijndel premiss 14, gjengitt nedenfor i teksten her.

³ Jeg går ikke inn på om påstanden er holdbar for dansk retts vedkommende. Dette er, som det vil fremgå nedenfor, ikke bare et spørsmål om innholdet i EF-retten, men også om dansk nasjonal prosessrett.

Van Schijndel: ⁴

”13 Det bemærkes, at de konkurrenceregler, den nationale ret har henvist til, er bindende regler, som er umiddelbart anvendelige i den nationale retsorden. Når domstolene efter national ret af egen drift *skal* inddrage anbringender, der støttes på en bindende national regel, som parterne ikke har påberopt sig, må en sådan forpligtelse også gælde, såfremt der er tale om bindende fællesskabsregler... .

14 Det samme gælder, såfremt national ret giver domstolen *mulighed for* af egen drift at anvende den bindende retsregel. Det er således i medfør af det i traktatens artikel 5 angivne princip om samarbejde de nationale domstole, der skal sikre borgerne den retsbeskyttelse, som følger af fællesskabsrettens direkte virkning...”

(fra premiss 13 og 14 i Van Schijndel, min kursiv).

Norske dommere er i en ”skal”-situasjon hva rettsregler angår slik tvistemålsloven § 191 lyder:

§ 191. Retssætninger trenger ikke bevis. Retten skal av eget tiltak undersøke og anvende dem. Dog kan retten tillate bevisførsel om retssætninger; og naar det gjælder stedlig sedvaneret eller fremmed ret, kan den forlange, at parterne skal skaffe nærmere opplysninger.

At norske dommere plikter å anvende rettsreglene av eget tiltak, er for oss velkjent.⁵ Når store deler av EF-retten er gjort til norsk lov gjennom § 1 i EØS-loven av 1992 og andre lover og forskrifter, omfatter dommernes plikt også denne retten, selv om ingen av partene har vært i nærheten av å trekke inn EØS-rettslige betraktninger i sin argumentasjon. Allerede av dette følger en plikt for norske dommere til å holde seg oppdatert på EØS-retten.

Et eksempel fra strafferettens område gir dom av Kristiansand byrett 18.06.2001, hvor rederiet Kvitsjøen AS ble frifunnet for tiltale for overtredelse av fiskerigrenselovens forbud mot at utlendinger driver fiske innenfor fiskerigrensen. Lovens § 3 ble ansett uforenlig med EØS-avtalen. Det er ikke referert noen argumentasjon fra partene om dette. Saken er omtalt i EuroRett nr 14 2001 s 3.

Norske dommere har altså plikt til å anvende ikke-påberopte rettsregler, og dette gjelder også EØS-rettslige regler som partene ikke har nevnt. Men kan vi herfra slutte at norske dommere har plikt til å veilede partene om innholdet av EØS-retten *før* dom avsies, det vil si senest under hovedforhandlingen? Spørsmålet om forhåndsveiledning er jo noe annet enn spørsmålet om rettens adgang til *i dommen* å bygge på rettsregler som ikke har vært nevnt av partene. Det dreier seg om tidspunktet, men først og fremst dreier det seg om hvorvidt dommerens oppfatning skal legges ut til diskusjon mellom partene (kontradiksjon) allerede i underinstansen eller bare i en ankeomgang. På hvilken måte bør reglene for domsstadiet spille inn på dommerens opptreden under hovedforhandlingen?⁶

Spørsmålet om forhåndsveiledning kan konkretiseres gjennom et tenkt eksempel som ligger nært faktum i en fjerde EF-dom, fra 1999, Eco Swiss:⁷

⁴ Forente saker Van Schijndel C-430/93 og Van Veen C-431/93, dom 14.12.1995, Samling 1995 s I-4705.

⁵ Med det mener jeg at regelen i tvml § 191 er velkjent. Men hvor ofte er norske dommere kreative på partenes vegne, når det gjelder å finne på juridiske grunnlag som partene ikke har anført? Enhver kan jo tenke etter ut fra sine egne erfaringer.

⁶ Jfr Aasland 1967,177 ved note 35.

⁷ Eco Swiss mot Benetton C-126/97, dom 01.06.1999. Se nærmere omtale i pkt 3, ved note 96.

Det inngås en lisensavtale mellom to norske private parter. Avtalen er klart i strid med EØS-avtalen art 53 nr 1 (tilsvarer EF art 81) om avtaler som innskrenker konkurransen. EØS art 53 nr 2 bestemmer at "Avtaler eller beslutninger som er forbudt i henhold til denne artikkel, skal ikke ha noen rettsvirkning." Artikkel 53 nr 3 om dispensasjon er ikke aktuell.

Part A saksøker part B med krav om erstatning på grunn av mislighold av avtalen. B har en rekke innsigelser mot dette, og påstår frifinnelse. Men B påberoper ikke EØS art 53 som grunnlag, fordi han ikke er klar over at avtalen er ugyldig ut fra denne bestemmelsen. Vi forutsetter at alle fakta av betydning er presentert for domstolen ("påberopt").

Kan retten frifinne B under henvisning til art 53? Ja. Plikter den å gjøre det, ut fra "vanlig"⁸ norsk prosessrett? Ja, det fremgår også av det ovenstående.

Når dette er situasjonen, plikter da dommeren å gjøre partene oppmerksom på EØS art 53 senest under hovedforhandlingen, slik at regelens anvendelse kan bli kommentert av partene?⁹

Spørsmålet kan stilles slik: *Hvordan er de norske og de EØS-rettslige reglene om materiell prosessledning med hensyn til rettigheter som er beskyttet av EØS-retten?*

Artikkelen er ment som en påbegynnelse av diskusjonen om disse spørsmål. Det er vanskelig å gi endelige svar på det nåværende tidspunkt, når det gjelder innholdet i EØS-reglene om dette. Det viktigste nå er kanskje å stille spørsmålene, slik at flere blir klar over at EØS-retten legger føringer også på de prosessuelle sidene av en sak.

1.2 "Bindende regler"

Hva ligger i uttrykket i Van Schijndel om at en nasjonal regel eller EF-regel er "bindende" (engelsk: "binding")? For en nasjonal regel, bare at den er preceptorisk (ufravikelig), eller betyr det *mer* bindende, noe i retning av ordre public? For det siste vises til pkt 2.3 nedenfor.

Når det gjelder hvilke rettigheter som i Norge er beskyttet av EØS -retten, vises til de alminnelige fremstillinger av denne.¹⁰ "Bindende fellesskapsregler" betyr for Norge den del av EF-retten som er gjort bindende her gjennom EØS-avtalen og praksis i EF-domstolen og EFTA-domstolen som knytter seg til vedkommende EF- og EØS-regler. Stikkordvis kan nevnes alle rettigheter som kan utledes av "de fire friheter" (fritt varebytte og fri bevegelse av personer, tjenester og kapital), konkurranse- og statsstøttereglene samt reglene om offentlige anskaffelser.

Det går et viktig skille mellom EØS-rett som er gjennomført i intern norsk rett, og den som ikke er det (jfr EØS-avtalens art 7). Det som gjelder i Norge, er EØS-avtalen og alle forordninger og direktiver som er inntatt i vedlegg til avtalens hoveddel, så sant de er vellykket gjennomført i norsk rett. Hvis gjennomføringen er mislykket, går

⁸ Jeg bruker uttrykket "vanlig" norsk prosessrett om slik den norske retten ville vært også uavhengig av de prosessuelle virkningene av EØS-medlemskapet, men med de materielle bestemmelsene som følger av dette.

⁹ For å komplisere bildet, kunne en også spørre om svaret blir annerledes dersom B uteblir. Problemet består i at uteblivelsesdom forutsetter fri rådighet over sakens gjenstand, se tvml § 345.

¹⁰ Se f eks Sejersted m fl: EØS-rett (1995), Bull i LoR 1992,583–601 og Bull om EØS-loven i Karnov 1999.

norsk lov foran, jfr Finanger-dommen i Retstidende 2000 s 1811.¹¹ I forholdet stat – borger får direktivrettigheter virkning i EU-landene når gjennomføringsfristen er utløpt. I Norge vil plikten til å gjennomføre direktivet være en folkerettslig forpliktelse som påhviler staten. Etter tvistemålsloven § 36 a viker loven for folkerettslige forpliktelser. Dette må innebære at domstolene i alle saker skal oppfylle de prosessuelle forpliktelser som måtte vise seg å følge av EØS-avtalen. Men for rettsforholdet borgerne imellom går det et avgjørende skille mellom gjennomført og ikke-gjennomført EØS-rett, den siste er ikke "bindende regler" i Norge.

Mye av EF-retten er utviklet av EF-domstolen. Denne domstolsskapte EF-retten må Norge anses å ha vedtatt gjennom EØS-avtalen, i hvert fall i all hovedsak. Rettshomogenitet er en sentral målsetning i avtalen (se fortalens nest siste avsnitt og art 1 nr 1). Artikkel 6 som sier at avtalen skal fortolkes i samsvar med EF-domstolens avgjørelser, er ett av virkemidlene for å oppnå felles regler. Riktignok heter det i art 6 at plikten til å fortolke i samsvar med EF-domstolens avgjørelser bare gjelder avgjørelser fra *før* undertegningen av EØS-avtalen, som skjedde 2. mai 1992. Men ODA-avtalen art 3 nr 2 sier at det også skal tas hensyn til avgjørelser etter undertegningen. Tidspunktet for undertegning vil derfor neppe bli noe viktig skille for hvilken vekt EF-dommer bør tillegges.¹²

Det er et paradoks at den domstolsskapte EØS-retten gjelder uten videre, mens forordninger og direktiver må gjennomføres for å bli bindende i Norge. Jeg går ikke nærmere inn på dette. Problemstillingen i det følgende vil være, for EØS-rettens del, hvilke domstolsskapte prosessregler som gjelder på områder hvor de materielle EØS-reglene *er* vellykket gjennomført i intern norsk rett, som i eksemplet i 1.1 ovenfor med konkurransereglene.

1.3 EØS-rettens bånd på medlemslandenes prosessuelle selvbestemmelse

Da EF-samarbeidet ikke omfatter medlemslandenes prosessregler, er utgangspunktet nasjonal autonomi, jfr følgende fra Rewe-saken i 1976:¹³

"... i mangel af fællesskabsbestemmelser på dette område tilkommer det ... hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at ... fastsætte procesreglerne for sagsanlæg til sikring af beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsrettens direkte virkning afføder for de retsundergivne, idet disse regler dog ikke kan være mindre gunstige end de, der gælder for tilsvarende nationale søgsmål ..." (fra premiss 5 i Rewe).

Siste del av sitatet uttrykker prinsippet om ikke-diskriminering ("ekvivalensprinsippet"), søksmål basert på EF-jus må altså ikke diskrimineres. Men av hensyn til EF-rettens effektivitet har EF utviklet et mer omfattende sett av virkemidler for å sikre dens gjennomslag. Det gjelder regler om EF-rettens direkte virkning, forrang fremfor nasjonal rett og plikt til EF-konform fortolkning. Dessuten kreves at medlemsstatene innretter sine prosessregler på en måte som understøtter EF-

¹¹ Jfr Finn Arnesen om denne i Kritisk juss 2000 s 303–309.

¹² Se Bull 1992,593–595 og Rognstad 2001,446–449.

¹³ Rewe C-33/76, dom av 16.12.1976, Samling 1976 s 1989. Tilsvarende i Comet C-45/76, dom av 16.12.1976, Samling 1976 s 2043. Dette tidlige stadiet, frem til 1983, behandles i Andersson 1997,77–81.

retten.¹⁴ Den nasjonale autonomien er derfor gjennombrutt av et prinsipp om at nasjonale prosessregler som kommer i konflikt med EF-rettighetene, må vike.¹⁵

EF-domstolen har på prosessens område stilt opp en overordnet standard av annen karakter enn ikke-diskrimineringsprinsippet, som de nasjonale prosessregler også kan sensureres ut fra: De nasjonale prosessreglene må ikke i praksis gjøre det *umulig eller uforholdsmessig vanskelig* å utøve de rettigheter som følger av EF-retten.¹⁶ I vurderingen av om dette er tilfellet,

"skal hvert enkelt tilfælde, hvor der opstår spørgsmål om, hvorvidt en national processuel bestemmelse gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig at anvende fællesskabsretten, bedømmes under hensyn til, hvilken stilling bestemmelsen indtager i den samlede procedure, herunder dens forløb og dens særlige kendetegn, for de forskellige nationale retsinstanser. Under denne synsvinkel skal der i givet fald tages hensyn til de principper, der ligger til grund for den nationale retspleje, bl.a. kontradiktionsprincippet, retssikkerhedsprincippet [legal certainty] og princippet om en hensigtsmæssig sagsbehandling [proper conduct of procedure]" (fra premiss 19 i Van Schijndel).

EF-domstolens praksis tyder på at hverken regler om ankefrist eller om prosessuell preklusjon må respekteres hvis fristene må anses som urimelig korte, slik at utøvelsen av EF-rettighetene blir for vanskelig eller umulig. I *Eco Swiss* ble en nasjonal prosessregel om at voldgiftsrettens kjennelse måtte påankes innen tre måneder, av EF-domstolen lagt til grunn som gyldig, fordi den ikke var altfor kort, og ikke førte til at anvendelse av fellesskapsretten ble "alt for vanskelig eller praktisk umulig" (premiss 45). Motsatt gikk det i *Peterbroeck*, der en preklusjonsregel på 60 dager ble underkjent, se nedenfor i pkt 3. Avtalte vernetingsklausuler kan i forbrukersaker settes til side selv om vedkommende part ikke har påberopt dette.¹⁷

For EFTA-landene gjelder prinsippet om forrang bare for gjennomførte regler (EØS-loven § 2). Direktiver som ikke er ordentlig gjennomført, har ikke direkte virkning slik at de kan påberopes av en borger overfor en annen (jfr *Finanger-dommen*). Og EØS-avtalen omfatter ikke overføring av lovgivningsmyndighet. Kan man da gå ut fra at de domstolsskapte bånd på EU-landenes prosessuelle autonomi også gjelder under EØS-avtalen?

En lignende problemstilling forelå i *Sveinbjörnsdóttir-saken* som ble avgjort av EFTA-domstolen i 1998.¹⁸ Den gjaldt erstatning for feilaktig gjennomført lønnsгарантидиректив i islandsk rett. Spørsmålet var om regelen om erstatningsansvar, fastslått av EF-domstolen i *Francovich-saken* i 1991,¹⁹ også gjaldt i EFTA-statene. Dette ble besvart bekreftende, men resultatet ble forankret i EØS-avtalen selv, ikke i EF-domstolens praksis. Med henvisning til avtalens målsetning om rettshomogenitet, likebehandling og lojalitetsplikten i art 3 (se 1.4 nedenfor), fant domstolen at statene måtte være ansvarlige for tap som følge av ukorrekt gjennomføring av direktivet (p

¹⁴ Se Andersson 1997,40–74, Wiklund 1997,362–365, Nielsen 1999,145–180 og Werlauff 2000,30 flg.

¹⁵ Se Andersson 1997,81–83 og 108–147.

¹⁶ Dette fremgår av Van Schijndel premiss 17 og en rekke tidligere dommer, bl a *Rewe og Comet*.

¹⁷ *Océano*, forente saker C-240/98 og C-244/98, dom 27.06.2000, Samling 2000 s I-4941, premiss 26 og 29.

¹⁸ EFTA-domssamling 1998 s 95.

¹⁹ Forente saker C-6/90 og C-9/90 *Andrea Francovich m.fl.*, dom 19.11.1991, Samling 1991 s I-5357.

60–61). Prinsippet om statlig erstatningsansvar ble ansett å være "en integrert del av EØS-avtalen" (p 63).

Det kan derfor være grunn til å stille opp en regel om at også de prosessuelle normer som EF-domstolen har utviklet, må anses som en del av EØS-avtalen på de saklige områder som denne omfatter, og hvor de materielle reglene er gjennomført i vedkommende land. De standarder som er gjengitt ovenfor for krav til nasjonal prosesslovgivning, er langt eldre enn EØS-avtalen. Den rettspraksis som dannet grunnlag for Werlauffs påstand, er derimot fra 1995–1996. Men denne praksis innebærer ikke utvikling av nye doktriner eller radikale brudd med tidligere domspraksis, som er kriterier flere forfattere har pekt på som grunner til å være forsiktig med å tolke EØS-avtalen i samsvar med praksis fra EF-domstolen.²⁰ Den nyere domspraksis presiserer kravene til nasjonal prosessrett og anvender dem på bestemte prosessregler. Jeg vil derfor anta at også den senere rettspraksis vil bli ansett å uttrykke prinsipper som allerede ligger i EØS-avtalen, i tråd med den fiksjon man opererte med i Sveinbjörnsdóttir. Riktig nok er Norge ikke med i det stadig sterkere samarbeid om justissektoren innen EU. Men når det gjelder prosessregler som skal sikre at de grunnleggende EØS-rettigheter blir gjennomført, er dette neppe noe argument for at vår prosessrett skal unntas fra de regler EF-domstolen stiller opp.²¹

Bevisstheten om at EØS-medlemskapet innebærer sterke føringer også på vår sivilprosess, er foreløpig lite utviklet i Norge. Men vi kan ikke, som Torbjörn Andersson har uttrykt det, "neutralisera EG-rätten genom att blunda för den".²²

I Tvistemålsutvalgets nylig avgitte utredning vises til at EØS-statene har prosessuell autonomi, selv om "EØS-avtalens allmenne prinsipper [også] har ... en side mot prosesslovgivningen". Lojalitetsprinsippet (se 1.4 nedenfor) begrunner at "det ikke må være urimelige eller uforholdsmessige prosessuelle hindre – f.eks. svært korte søksmålsfrister - for at en privat part kan søke rettsbeskyttelse for sine rettigheter etter EØS-avtalen".²³ Men at EF-domstolen har stilt opp en generell standard, en test som alle nasjonale prosessregler må bestå, nevnes ikke.²⁴

I Rt 2001 s 1505 heter det: "I likhet med sakens parter legger jeg til grunn at EØS-rettslige regler ikke har direkte betydning for løsningen av spørsmålet om søksmålskompetanse for VAF [Veivesenets Arbeiderforening]. Det må avgjøres ut fra de krav som etter tvistemålsloven § 54 gjelder for å anlegge søksmål med sikte på en fastsettelsesdom" (s 1508).

Høyesterett lot altså være å ta opp spørsmålet om det finnes egne regler om søksmålskompetanse i EØS-retten. Når HR senere i kjennelsen nevner at det i enkelte tilfelle kanskje "kan fremstå som rimelig å gi en fagforening søksmålskompetanse" (s 1509), skjer også det uten å henvise til EF/EØS-rettens mulige krav til rettslig interesse.²⁵

1.4 Dommernes lojalitetsplikt

²⁰ Se Rognstad 2001,448–449 (jfr note 12 her) og Bull 2002,81.

²¹ For eksempel legger Hjelmeng 1998,434 uten videre til grunn at Van Schijndel gjelder tilsvarende under EØS-avtalen. Magnussen 2000,92 slår fast, med henvisning til Rt 1999.393, at Eco Swiss (se pkt 3 nedenfor) vil ha samme virkning i norsk rett som i EU-statenes rett.

²² Andersson 1999,409.

²³ NOU 2001:32 A Rett på sak s 151, 154 og 155.

²⁴ Selv om det på s 155 gis henvisninger til Rewe-saken og til Werlauff 2000,29–61.

²⁵ Jfr Wiersholm 2001 om kravet til søksmålskompetanse i statsstøttesaker: "direkte og individuelt berørt" (jfr EF art 230,4 og ODA art 36,2). Hun omtaler s 36 en sak om fagforenings søksmålsrett. Jfr også Andersson 1997,135–139 om "talerätt".

Lojalitetsplikten i EØS-avtalen art 3 kan tenkes å begrunne en plikt til å veilede partene om EØS-retten. Bestemmelsen er i seg selv vid og vag:

"Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale. De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale" (EØS art 3).

Men den tilsvarende bestemmelsen i EF art 10 (tidligere 5) er blitt oppfattet som et grunnlag for spesifikke forpliktelser for medlemsstatene, blant annet plikten til EF-konform fortolkning av nasjonal rett.²⁶

Avtaleparten er for vår del den norske stat. Plikten til lojalitet må omfatte alle organer for staten. Som statsorganer plikter domstolene å arbeide aktivt for å hjelpe frem EØS-rettens materielle regler, når sakene ligger til rette for det.²⁷ Der hvor regler som gir borgerne rettigheter, er gjennomført i intern norsk rett (jfr 1.2 i f),²⁸ må dommeren gjennom prosessen sørge for at disse reglene får virkning i den enkelte sak. EF-domstolen har i en rekke dommer pekt på at det er de nasjonale domstolene som skal sikre borgerne deres rettigheter etter fellesskapsretten, jfr premiss 14 i Van Schijndel som er gjengitt i 1.1 ovenfor. Lojalitetsplikten stiller altså krav om at dommere skal gi rettighetene en effektiv beskyttelse.²⁹

Før jeg presenterer de aktuelle EF-dommene i pkt 3 nedenfor, vil jeg i neste punkt se på norsk retts forhold til materiell prosessledelse, uavhengig av EØS-avtalen.

2 Norske regler om materiell prosessledelse

2.1 Har vi regler om plikt til materiell prosessledelse?

Tema for denne artikkelen er om retten har noen *plikt til å veilede partene om jus* før dommen avsies. Det reiser spørsmål både om det foreligger plikt til veiledning eller kanskje bare en adgang, og spørsmål om veiledningen skal gjelde faktum eller jus. Finner vi svar i loven på disse spørsmålene, eller kan det stilles opp ulovfestede svar, eventuelt basert på rettspraksis? Foreløpig begrenser jeg drøftelsen til saker med fri rådighet. Siste punktum i tvml § 86 pålegger dommeren en plikt til å sørge for "alle opplysninger" i saker uten fri rådighet. Slike saker behandles nedenfor i 2.3.

Uttrykket "materiell prosessledelse" har ingen fast avgrensning. Tradisjonelt betegner det dommerens veiledning i forbindelse med det krav eller rettsforhold som er rettssakens gjenstand, i motsetning til veiledning om saksbehandlingen, som kalles "formell prosessledelse".³⁰ Veiledning kan gjelde rettsregler, faktiske forhold eller bevisspørsmål. Veiledning kan gis direkte, som belæring, men også indirekte i form

²⁶ Se Nielsen 1999,165–166 og Jervell 2002,178, jfr ovenfor i 1.3. Sml Sejersted i Sejersted m fl 1995,76 og 130.

²⁷ Jfr Jervell 2002,177. Han viser til at ifølge Graver (manus under utgivelse i Norsk europeisk forvaltningsrett) er domstolene i EFTA-landene direkte adressat for EØS-avtalen.

²⁸ Lojalitetsplikten gjelder kanskje også ikke-gjennomført rett, som er folkerettslig forpliktende for Norge. Se Jervell 2002,178 og 201–203. Denne problemstillingen faller utenfor mitt tema.

²⁹ For EF-rettens del, se Andersson 1997,50, 67, 75–147 og 298.

³⁰ Civilproceskommissionens utkast til tvistemålslov fra 1908 (heretter Utkast 1908) omtaler materiell prosessledelse som dommerens virksomhet "med hensyn til selve processtoffets tilveiebringelse og udredning", i motsetning til "forhandlingernes ydre gang og processtoffets hensigtsmæssige ordning

av spørsmål som setter partene på sporet av nye argumenter. Uttrykket ”materiell prosessledelse” er ikke brukt i loven. Det brukes først og fremst i juridisk teori, men forekommer også i forarbeider³¹ og en sjelden gang i rettspraksis. Spørsmålet om materiell prosessledelse omtales i litteraturen ofte i forbindelse med tolkning av tvistemålsloven § 86 annet punktums første alternativ: ”Retten bør ... sørge for, at parternes anførsler blir saa klare og fuldstændige som mulig ...”. Noen mener at spørsmålet ikke er regulert i loven.³² Tvistemålsloven §§ 85, 86 og 331 lyder:

§ 85. Domstolene kan ikke gaa utenfor de paastande, som er fremsat, undtagen naar der handles om forhold, som parterne ikke har fri raadighet over.

§ 86. Det paahviler parterne at gjøre rede for de faktiske forhold og bevis, som er av betydning for avgjørelsen.

Retten bør dog sørge for, at parternes anførsler blir saa klare og fuldstændige som mulig, og den kan selv iverksætte bevisoptagelser og undersøkelser i den utstrækning, som § 190 hjemler. Naar parterne ikke har fri raadighet over et forhold, skal retten av eget tiltak sørge for alle de opplysninger, som er nødvendige for at sikre en riktig avgjørelse.

§ 331. Rettens formand bør ved spørsmål og andre henvendelser til parterne sørge for, at deres uttalelser blir saa klare og fuldstændige som mulig.

Finder han, at de kommer i strid med de forberedende indlæg eller med anførsler, som er indtat i retsbok, eller med noget, som er retten vitterlig, gjør han opmærksom paa det. I tilfælde kan han beslutte, at forklaringer, som tidligere er avgit, eller andre skriftstykker skal læses op.

Antar han, at der foreligger nogen omstændighet, som retten av eget tiltak maa ta hensyn til, skal han gi parterne anledning til at uttale sig.

Ogsaa de andre dommere kan rette spørsmål til parterne, naar de finder det paakrævet.

Til sammenligning gjengis den svenske rättegångsbalken 43:4 st 2, som har fått en mer entydig formulering enn vår § 86 annet ledd:

Rätten skall också se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.³³

Spørsmålet om dommeren har *plikt* til å drive materiell prosessledelse avhenger av om plikten kan forankres i en lovbestemmelse. En kan ikke pålegge dommere plikter som loven ikke gir beskjed om.³⁴ En *adgang* til slik virksomhet kan lettere forsvares uten noe formelt grunnlag.³⁵ Jeg går ikke inn på mulige ulovfestede regler om adgang, det vil si frihet for dommeren (med Michelsens uttrykk: dommerens spørrerett),³⁶ som er en annen problemstilling. Den vanlige oppfatning i dag er at dommeren har slik frihet.³⁷ I Van Schijndel-saken var det et kriterium for dommerens plikt til å inndra EF-retten at domstolen enten hadde plikt til eller mulighet for å anvende bindende regler som partene ikke hadde påberopt seg. Hvis en kan slutte parallelt når det

(den formelle *procesledelse*)" (s 82). Det er ikke lett å avgrense mellom "utredning" og "ordning" av prosessstoffet.

³¹ Se noten foran her.

³² Slik Skoghøy 2001,713, men han definerer begrepet snevrere enn tradisjonen tilsier.

³³ RB 43:4 gjelder hovedforhandling i sivile saker. Se også 42:8 st 2 og Ekelöf V 1998,45–54.

³⁴ Det vil si jeg avviser at en kan stille opp en plikt basert på reelle hensyn og rettspraksis - hva da med EF-domstolens dommer? Her kan pliktgrunnlaget være EØS-avtalen, sammenholdt med vår tvml § 86.

³⁵ Det kan tenkes at de reelle grunner for slik virksomhet, knyttet til prosessens basale funksjoner, er så tungtveiende at den bør tillates uten noe grunnlag i loven.

³⁶ Michelsen 1999,196. Uttrykket "spørsmålsrett" er brukt i sitatet fra Utkast 1908 i pkt 5 nedenfor i teksten.

³⁷ Se f eks Schei I 1998,376 og Skoghøy 2001,713 med videre henvisninger i note 32.

gjelder materiell prosessledning, skulle det være tilstrekkelig for å statuere en EØS-rettslig plikt at dommeren etter nasjonal rett har mulighet for å drive slik virksomhet, jfr punkt 4 nedenfor. I denne omgang er det plikt-spørsmålet ut fra nasjonal rett som er tema.

Twistemålsloven § 86 annet punktums første alternativ og § 331 første ledd er pliktbestemmelser, jfr uttrykket "bør", som her må leses som "skal", slik det står i den svenske loven.³⁸ Det pålegger retten en plikt til å sørge for at anførselene/uttalelsene blir "saa klare og fuldstændige" som mulig. Det interessante spørsmål blir hvor langt denne plikten går, særlig hva slags hjelp den omfatter. Har dommeren *plikt til å hjelpe partene med å finne på nye argumenter*, når disse er (eller burde være) innlysende for dommeren selv? Ordlyden i §§ 86 og 331 omfatter ikke bare avklaring, men også fullstendigjøring (supplering) av anførselene/uttalelsene. Flere forfattere tar for seg "avklaringsplikten" i § 86, men nevner ikke "suppleringsplikten".³⁹ Den vanlige oppfatning av § 86 annet punktums første alternativ tilsier at dommeren bare har plikt til å klargjøre de uttrykk parten selv har brukt, ikke finne på nye argumenter for de krav parten har fremsatt.⁴⁰ Dette begrunnes gjerne med henvisning til paragrafens første ledd om at det påhviler *partene*, ikke retten, å redegjøre for de faktiske forhold og bevisene.⁴¹ Når det gjelder hjelp til å formulere *nye krav*, er forarbeidene helt avvisende ikke bare til plikt, men også til adgang, og teorien synes å bygge på dette.⁴²

Første ledd i § 86 er forhandlingsprinsippets faneparagraf.⁴³ Loven legger opp til en arbeidsdeling mellom partene og dommeren: Forhandlingsprinsippet, som henspiller på partenes "selvvirksomhet", overlater til partene å tilrettelegge saken for domstolen. Motsatsen er dommerens virksomhet, den materielle og formelle prosessledning.⁴⁴ Disposisjonsprinsippet, som kan ses som en underavdeling av forhandlingsprinsippet, innebærer at dommeren er bundet av partenes påstander, når de har fri rådighet (§ 85). De fleste norske forfattere (og Høyesterett) mener at dommeren også er bundet av partenes anførsler om faktum, slik at dommeren bare kan bygge på fakta som er fremhevet av partene på den spesielle måten som kalles påberopelse.⁴⁵ Alle unntatt

³⁸ Den danske loven sier derimot at retten "kan" sørge for klargjøring og fullstendigjøring, se retsplejeloven § 339 stk. 1. Jfr Werlauff 2000,54 om dansk § 339.

³⁹ Uttrykk som "avklaringsplikt/avklaringsvirksomhet/klargjøring" er brukt hos Aasland 1967,176, 185 og 189 og hos Schei I 1998,376. Hov 1994,385 tar også for seg "fuldstændige", men avviser dette med henvisning til forarbeidenes forutsetning om at bestemmelsen bare gjelder det partene selv har påberopt seg (Utkast 1908 s 81–82). Hov mener imidlertid, med Aasland 1967,177, at man bør se bort fra disse uttalelsene i forarbeidene, så hvor ble det da av suppleringsplikten?

⁴⁰ Se Skeie I 1939,407, Eckhoff 1962,94, Aasland 1967,174–180 (dog åpen, jfr nedenfor i teksten), Hov 1994,385-386, Schei I 1998,376, Michelsen 1999,196–197 og Skoghøy 2001,713.

⁴¹ Jfr Aasland 1967,176 og Schei I 1998,376.

⁴² Utkast 1908 s 81. Jeg forstå Schei I 1998,376 jfr 363 på samme måte.

⁴³ Se Utkast 1908 s 79–80 og 184 om utkastets § 136 første ledd, jfr Hagerup I 1918,42.

⁴⁴ Utkast 1918 s 80 stiller "parternes selvvirksomhed" opp mot dommerens "adgang til at virke for sagens opplysning". Partenes selvvirksomhet og dommerens prosessledning handler om partenes styring kontra dommerens styring, eller med mine ord: tvekamp eller partsprosess kontra inkvisisjon (se nærmere Robberstad 1999 kap 7).

⁴⁵ Schei formulerer kravet til påberopelse slik: "I dette ligger at parten direkte eller forutsetningsvis må ha vist at han ønsker ... [de aktuelle rettsfakta] lagt til grunn for avgjørelsen" (Schei I 1998,373). Det finnes atskillig rettspraksis om hva dette innebærer, se også Skoghøy 2001,706-710 med henvisninger.

Per Augdahl er enige om at retten ikke kan bygge på fakta som ikke er ”påberopt”, når partene har fri rådighet.⁴⁶

Læren om påberopelse fører til at det oppstår en risiko for feilaktige dommer, fordi retten kan måtte bygge på et galt faktum eller la være å ta i betraktning mer egnede rettslige grunnlag fordi det faktum som skal til, "mangler". Gunnar Aasland fremhever i en artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap i 1967 at materiell prosessledelse kan redusere denne risikoen for feilaktige dommer. Aasland sikter da antagelig til materiell prosessledelse om faktiske forhold som partene med fordel kunne ha trukket inn i saken, ikke til alternative rettslige grunnlag.⁴⁷

Jo strengere en vil fastholde at bare påberopte fakta kan brukes, desto større blir behovet for materiell prosessledelse i vid forstand, hvis en vil unngå materielt uriktige dommer.⁴⁸ Til tross for de hensyn som taler mot en slik dommeraktivitet (unngå utsettelse, dommerens nøytralitet med videre), legges det i moderne litteratur til grunn at det i visse tilfelle kan foreligge plikt til å hjelpe frem nye argumenter. Men denne plikten utledes altså ikke av § 86 annet punktums første alternativ.⁴⁹

Oppfatningene i norsk teori av dommerens rett og plikt til å hjelpe partene har endret seg over tid: Skeie mente at det var forbudt for dommeren å hjelpe parten med nye argumenter (Skeie I 1939,407–408). Eckhoff fremholdt at det var adgang til det, men ikke plikt (Eckhoff 1962,94). Senere forfattere mener at det i visse tilfelle foreligger plikt til å gi slik hjelp (Aasland 1967,178–180, Schei I 1998,376–377 og Skoghøy 2001,714). Litteraturens måte å stille spørsmålet på: først om det er adgang, deretter om det er plikt, synes preget av en oppfatning om at spørsmålet om hjelp med nye argumenter egentlig ikke er regulert i § 86. Eckhoff skriver at "§ 86,2.p. kunne synes å hjemle en slik rett for dommeren til å sette partene på sporet. ... Den lar seg ... godt forene med ordlyden i § 86,2.p.". Og Aasland: "Ordlyden ... er iallfall ikke umedgjørlig" (Aasland 1967,176).

Vilkårene for denne plikten er i litteraturen formulert temmelig vagt. Aasland nevner følgende momenter: om parten ville ha gjort omstendigheten gjeldende hvis han hadde vært klar over dens betydning, hvilket stadium saken er på, om parten har prosessfullmektig samt sakens art og viktighet for vedkommende (Aasland 1967,178–180). Schei nevner i tillegg om påberopelse vil fortone seg rimelig i forhold til motparten (Schei I 1998,376). Skoghøy hevder at det kan foreligge plikt "f.eks. om saken er av stor betydning for parten, og han har unnlatt å påberope en faktisk omstendighet som er klart relevant for saken, og hvor det vil føre til rettstap for parten om han ikke blir gjort oppmerksom på omstendigheten og får anledning til å påberope den" (Skoghøy 2001,714). Som en ser, er ikke disse kriteriene egnet til å avgrense en egentlig plikt for dommeren.

⁴⁶ Jfr Hagerup I 1918,403, Skeie I 1939,408, Alten 1954,114, Augdahl 1961,114–116, Eckhoff 1962,92–93, Aasland 1967,166, 174 og 186, Hov 1994,316–317, Schei I 1998,372, Michelsen 1999,190–196 og Skoghøy 2001,706 flg ("innenfor hovedtrekkene av det partene har påberopt").

⁴⁷ Se Aasland 1967,174, hvor han bruker ordet "omstendighet", som s 166 brukes synonymt med "faktisk anførsel". Se nærmere pkt 2.2 her om denne problemstillingen.

⁴⁸ Jfr Aasland 1967,177 om denne sammenhengen.

⁴⁹ I Rt 1990.8, med Aasland som førstvoterende, heter det at en plikt til å varsle partene om en ny begrunnelse kan forankres i § 86 annet ledd, "Men plikten kan også bygges direkte på det kontradiktoriske prinsipp, som er en grunnsetning i vår rettergangsordning." Saken er analysert i Sjøfjell-Hansen 2000,18–21 og 51–52.

I praksis synes dommere å gå langt i å drive materiell prosessledning, selv om dette sjelden kan leses ut av dommen.⁵⁰ Tidligere høyesterettsdommer Hans M. Michelsen slår fast: "I praksis utøves slik spørrerett."⁵¹ Også i underrettene synes dette å være utbredt.⁵² I en dom fra Gulating i 1998 brukes "materiell prosessledning" om hjelp til å formulere helt nye krav: "I tilknytning til ovennevnte vil lagmannsrettens flertall for øvrig bemerke at Volvo Maskin, til tross for en ikke ubetydelig materiell prosessledning fra lagmannsretten, ikke har fremsatt erstatningskrav for dekning [av] tapet ved videresalg av Åkerman maskinen."⁵³

Bestemmelsen om avklaring og fullstendigjøring i § 86 må utvilsomt ses i lys av første ledd, som den språklig fremtrer som et unntak fra ("dog"). Men jeg kan ikke se at det er grunn til å fortolke regelen så snevert som det vanligvis gjøres, ut fra forhandlingsprinsippet. Forhandlingsprinsippet krever strengt tatt ikke mer enn at fakta skal frembringes av partene og ikke av dommeren. Loven inneholder en rekke unntak fra forhandlingsprinsippet.⁵⁴ Et av hovedformålene med tvml 1915 var nettopp å øke dommerens aktivitet.⁵⁵ Situasjonen i retten vil typisk være at det foreligger et stort faktisk materiale i dokumenter og forklaringer, hvorav bare en del er "påberopt". Det er et bredt spekter fra fullstendig taushet om et faktum til "påberopelse", hvor en parts antydning av et argument befinner seg et sted på skalaen. Tvivstemålsloven § 86 annet punktum kan forstås slik at de relevante faktiske forhold på en eller annen måte må ha kommet frem under saksforberedelse eller hovedforhandling. Første ledd setter nok en grense for rettens plikt til å være kreativ på partenes vegne, men det er ikke gitt at avgrensningen må være snever.⁵⁶

Etter mitt syn er det intet i veien for å forstå § 86 annet punktums første alternativ dit hen at retten har plikt til å hjelpe partene med å supplere deres anførsler, når det faktiske materialet som er presentert (men ikke "påberopt") innbyr til det. Ved i det hele tatt å tillate dommere å sette partene på nye spor, har man allerede satt seg ut over lovkonsipistenes holdning til spørsmålet.⁵⁷ Læren om påberopelse kan ikke leses ut av § 86, den stammer fra rettspraksis og teori.⁵⁸ Paragraf 86 annet punktum må tolkes i lys av det hjelpebehov denne læren skaper. Lovens alternativ "fuldstendige" i §§ 86 og 331 gir tilstrekkelig dekning for den forståelse jeg her går inn for.

Vi har altså regler om en vidtgående materiell prosessledning, også i saker med fri rådighet.⁵⁹ Men det kan være uklart hvor langt plikten rekker. På EØS-rettens område

⁵⁰ Aasland 1967,180–181 har her et betimelig metodesukk.

⁵¹ Michelsen 1999,197. Se også Skoghøy 2001,714 om at Høyesterett gikk "svært langt" i Rt 1992.504 **MERKNAD: OK, MEN DET GALDT VEL IKKJE FAKTUM?!**.

⁵² Lagmannsrettsavgjørelsene om materiell prosessledning angår typisk at anken part mener ankemotparten fikk for mye hjelp i underretten til å formulere krav, påstander og grunnlag.

⁵³ Gulating lagmannsretts dom av 21.12.1998, her gjengitt fra Lovdata (LG-1998-00542). Like vidt brukes uttrykket i Rt 1994.1656 (begjære oppheving av utleggspant).

⁵⁴ Se Utkast 1908 s 80 og Hagerup I 1918,43 om tvml §§ 214, 223,2, 236, 245, 261 i.f og 331.

⁵⁵ Utkast 1908 s 79.

⁵⁶ Det kan tenkes at plikten må gå lenger når det gjelder jusen enn når det gjelder faktum, jfr 2.2 nedenfor.

⁵⁷ Slik Aasland 1967,177.

⁵⁸ Selve prinsippet om at det må foreligge påberopelse har støtte i Utkast 1908 s 81 (jfr Aasland 1967,169), men ikke enkelthetene i læren, de er skapt av rettspraksis.

⁵⁹ Tvistemålsutvalget foreslår nokså kryptiske regler om plikt til materiell prosessledning i § 5-4 i utkastet til ny lov om tvisteløsning, se NOU 2001:32 bind A s 26 og bind B s 709.

tilsier sterke offentlige hensyn i etterlevelse av avtalen at dommerne strekker seg langt, jfr ovenfor i 1.4.

2.2 Handler materiell prosessledning om jus eller bare om faktum?

Er materiell prosessledning veiledning om rettsregler, eller bare om faktiske forhold? Ovenfor er uttrykket bestemt som veiledning rundt selve kravet i saken, i motsetning til saksbehandlingen. Men både krav og saksgang har to sider, den rettslige og den faktiske. Innebærer dommerens plikt til å sørge for at anførslene blir så klare og fullstendige som mulig at dommeren skal hjelpe til med å fylle ut den *juridiske* argumentasjonen?

Første ledd i § 86 om partenes ansvar gjelder bare "faktiske forhold og bevis", ikke rettsregler. Reglene er etter § 191 overlatt til dommeren, jfr foran i 1.1. Det er derfor nærliggende å slutte at også unntaket i annet ledds første setning (klargjøring og fullstendigjøring) bare gjelder fakta og bevis. Norsk teori har tatt for gitt at "anførsler" i § 86 annet ledd bare gjelder anførsler om faktum.⁶⁰ Fakta-anførsler stilles ikke opp som motsats til anførsler om jusen, men til anførsler om bevisene. Det spørsmål som er drøftet inngående, er om et faktum må være "påberopt" for at retten skal kunne bygge på det, herunder sontringen mellom "rettsfakta" og "bevisfakta" (som ikke trenger å være påberopt).⁶¹ Problematisering av forholdet mellom juridiske og faktiske anførsler er viet liten plass i norsk litteratur.

Som nåtidig eksempel se Schei I 1998,374, som igjen bygger på Aasland 1967,186–187, som adopterte de svenske teoretiske uttrykkene "rettsfakta" og "bevisfakta". Aasland påpeker at "det er klart at det består en intim sammenheng mellom de påberopte omstendigheter og de anvendelige rettsregler" (1967,190), men tar etter mitt syn ikke konsekvensen av dette. Hos Schei brukes ordene rettsfakta og anførsler som synonymer, se Schei I 1998,372. Schei virker å være i motsetning til sitt standpunkt om anførsler som rettsfakta når han uttaler om plikt til materiell prosessledning i saker uten fri rådighet: "parten må gjøres oppmerksom på overgrepbestemmelsen [i ekteskapsloven § 23]", altså en rettsregel (Schei I 1998,377). Det er uklart hvilket alternativ i § 86 han knytter dette til. Siste punktum om saker uten fri rådighet sier at retten skal sørge for å fremskaffe "oplysninger", hvilket vel må oppfattes som faktiske og ikke rettslige forhold.

Men ordet "anførsler" må ha en selvstendig betydning, som jeg synes mange overser når § 86 tolkes. I den tilsvarende bestemmelsen i § 331 brukes ordet "uttalelser". Jeg vil i denne sammenhengen oversette "anførsel" med "argument".⁶² For at et argument skal gi mening i juridisk sammenheng, må det alltid bestå av en kombinasjon av rettsregel og faktum, selv om det ofte bare er ett av disse elementene som nevnes uttrykkelig. En kan ikke skille disse to fra hverandre: Et visst faktum påberopes fordi og bare fordi det gir en bestemt rettsregel anvendelse, som kan lede frem til det resultat vedkommende part ønsker. Ordet "anførsler" i § 86 bør derfor forstås som å omfatte både faktiske og juridiske anførsler.

⁶⁰ Se Skeie I 1939,407: "Den nye lov har pålagt retten en viss reell (materiell) medvirkning til opplysning *om faktum* også i andre saker [enn dem uten fri rådighet]." (min kursiv). Oppfatningen føres videre i Aasland 1967,167, Hov 1994,317 og Skoghøy 2001,713.

⁶¹ Som en vil se, er hverken spørsmålet om påberopelse eller om rettsfakta kontra bevisfakta omhandlet i lovteksten i § 86.

⁶² Hva ligger egentlig i "anførsel" språklig sett? Ordbøkene gir ikke svar på dette. Som Hov 1994,79 påpeker, vil ordet kunne omfatte *alt* det en part gjør gjeldende under saken. I de danske og engelske versjonene av Van Schijndel premiss 13 (i 1.1 foran) er brukt "anbringender" og "points of law".

Standardeksemplene på faktum-anførsler i litteraturen illustrerer sammenhengen mellom jus og faktum:

Anførsel om at en *avtale er ugyldig på grunn av umyndighet*.⁶³ Men dette argumentet er nettopp en kombinasjon av faktum og jus: vedkommendes alder på avtaletidspunktet pluss vergemålslovens regler om når umyndiges avtaler er ugyldige. Det samme gjelder anførsel om at et *krav er foreldet*.⁶⁴ den tid som er gått, sammenholdt med lovens regler om når foreldelse inntreffer. Og, for å ta nok et eksempel fra Jon Skeies lærebok i sivilprosess: Anførsel om at noen har rett til *laksefiske på grunnlag av avtale*, hvor bare hevd er påberopt.⁶⁵ Her er faktum-preget mer fremtredende, men rettsregelen om virkninger av en avtale ligger under. Anførsel om at en *avtale er ugyldig* fordi den strider mot en eller annen preceptorisk lovbestemmelse, f.eks. pristiltaksloven § 2 eller EØS art 53, høres ut som et juridisk argument, men det må kombineres med det faktum som skaper motstriden, som viser hvorfor loven krenkes. – Eksemplene aktualiserer spørsmålet om hva som er samme og hva som er forskjellige krav. Grunnlaget "umyndighet" anses for eksempel å konstituere et annet krav enn grunnlaget "tilblivelsesmangler", se Hov 1994,500 og Skoghøy 2001,823. Dommen i Eco Swiss nedenfor i pkt 3 illustrerer at dommere nå kanskje har plikt til å veilede også om det som i nasjonal tradisjon anses som et annet krav, fordi grunnlaget er så forskjellig.

Første ledds uttrykk "faktiske forhold og bevis" kan derfor ikke være godt nok holdepunkt for den gjengse tolkning om at annet ledd bare gjelder faktum og ikke jus. Vi må se på helheten i § 86: Det gir dårlig sammenheng at retten skal ha vidtgående adgang til å hjelpe med supplering av bevisførselen (regulert i § 86 annet punktums annet alternativ), men ikke med jusen. At loven overlater redegjørelse for fakta og bevis til partene, har gode grunner for seg. Det er partene som kjenner sakens faktum. Normalt har dommeren intet kjennskap til dette. Det dommeren derimot kjenner, presumptivt bedre enn partene, er de rettsregler som kan være aktuelle å anvende på vedkommende faktum. Reelt sett har retten mer å bidra med når det gjelder jusen, enn faktum. Det virker derfor søkt å skulle gi dommeren en adgang, eller endog plikt, til å veilede om faktum, men ikke om jusen. Men det gir god mening å pålegge dommeren en plikt til opplysning om rettsreglene for det enkelte saksforhold. Dommeren må kunne drive opplysning om de rettsregler som kan være aktuelle, også om det bare er nødvendig overfor den ene part (som møter uten eller med en dårlig advokat), uten å bli ansett som partisk av den grunn.

Forarbeidene til tvistemålsloven er ikke til hinder for den forståelse jeg her går inn for. Utkastet fra 1908 taler om "nye retsforhold eller kjendsgjæringer" i samme åndedrett. Og om grunnlag og innsigelser, som Francis Hagerup kalte "angrebs- og forsvarsmidler".⁶⁶ Disse må bestå av en kombinasjon av jus og faktum, jfr ovenfor.

Konklusjonen blir at det ikke er grunnlag for en oppfatning om at materiell prosessledning bare skal angå faktum, og ikke jusen.⁶⁷ Dommerens plikt etter § 86 til å sørge for klargjøring og fullstendigjøring må derfor også omfatte de aktuelle rettsregler.

2.3 Indispositive forhold? Læren om reproberte krav

⁶³ Skeie I 1939,409–410, som eksempel på hva dommeren ikke kan bygge på, når bare betaling er påberopt.

⁶⁴ Skeie I 1939,409 (3).

⁶⁵ Skeie I 1939,412.

⁶⁶ Utkast 1908 s 81 og Hagerup I 1918,416. Samme sted taler Hagerup om at disse midlene er utledet av faktiske omstendigheter, mens han på s 408 omtaler dem som utledet av rettsregler. Side 388 definerer han disse midlene som alle påstander, anførsler av faktisk og rettslig innhold samt bevismidler.

⁶⁷ I samme retning Tvistemålsutvalget: "Som en del av den materielle veiledningsplikt retten har, må inngå en plikt for retten til å varsle om regler den overveier å anvende" (NOU 2001:32 A s 137).

Betraktes saken eller deler av den som indispositiv (uten fri rådighet), kommer spørsmålet om materiell prosessledelse i en noe annen stilling enn nevnt ovenfor under 2.1. Det løses da direkte i loven, for så vidt gjelder fakta og bevis ("oplysninger" i § 86 i f). Det er ingen uenighet om at veien da ligger åpen for utstrakt materiell prosessledelse, som en plikt for dommeren.⁶⁸

Siste punktum i tvml § 86 pålegger dommeren en plikt til å sørge for "alle opplysninger" i saker uten fri rådighet. Og i § 331 tredje ledd heter det at hvis det foreligger "nogen omstændighet, som retten av eget tiltak maa ta hensyn til", skal rettens formann gi partene anledning til å uttale seg. I Rt 1978 s 379, som Schei viser til som eksempel på slike omstendigheter,⁶⁹ var det tale om et såkalt reprobert forhold (mellommannsvirksomhet i strid med tippeloven av 1946 § 1), som lagmannsrettens formann mente måtte føre til frifinnelse uten videre.

Jeg har i 2.1 og 2.2 slått fast at dommeren har en viss plikt til å veilede partene om rettsregler av betydning for saken, selv om de har fri rådighet over sakens gjenstand. Kan det her tenkes at vi må skille mellom ulike rettsregler, slik at noen anses som *så sterkt bindende* at retten ikke kan la være å veilede om dem, mens andre regler kan overlates til partene selv å finne ut av? En av EF-dommene taler om "nasjonale ufravelige rettsgrunnsetninger" og ordre public-bestemmelser (Eco Swiss i 3 nedenfor). Er disse så viktige at de bør orienteres om på forhånd, før retten legger dem til grunn for en dom? Er det slik at partene ikke har fri rådighet når slike regler er involvert, selv om saken gjelder vanlige formuerettslige krav? Det er en anerkjent setning at begrensninger i avtalefriheten utenfor prosess vil medføre begrensninger i den prosessuelle rådigheten.⁷⁰ Er kanskje forholdet til alle EØS-regler unndratt fri rådighet?

Uttrykk som "reproberte krav", "ordre public-bestemmelser" og "saker uten fri rådighet" har det til felles at de betegner saker eller rettsforhold hvor det foreligger en offentlig interesse i at reglene overholdes. Jeg skal ikke her forsøke å karakterisere hva som prosessuelt sett skiller de forskjellige uttrykkene (om det er noe), men gi eksempler fra hver gruppe.⁷¹

Vi har fra gammelt av en lære⁷² om såkalt reproberte, det vil si forbudte krav. Uttrykket brukes særlig om "viljeserklæringer som fremmer formål som rettsordenen ikke godtar".⁷³ Fredrik Stang behandlet disse som en underavdeling av gruppen absolutte ugyldige viljeserklæringer, hvor ugyldigheten altså ikke kan repareres av etterfølgende godkjennelse (ratihabisjon).⁷⁴ Overfor forbudte krav må rettsregelen om forbud anvendes, selv om hverken faktum eller rettsregel er påberopt av partene. De vanlige eksemplene er hasardgjeld og betaling for å utføre en forbrytelse, krav i strid med NL 5-1-2 (mot lov eller ærbarhet), strl ikrl § 12 (spill og veddemål), prisloven av

⁶⁸ Se f eks Schei I 1998, 378 ad § 86.

⁶⁹ Schei II 1998,907.

⁷⁰ Se f eks Hov 1994,294 og Schei I 1998, 365. Jfr Aaslands formulering "indispositive momenter i et ellers dispositivt krav" (Aasland 1969,151).

⁷¹ Sml oversikten i Aasland 1969,145–149, som følger andre linjer.

⁷² Arnholm fremholder at læren bare gir et navn på resultatet (Arnholm 1964,220 og 252).

⁷³ Egil Gulbransen Juridisk Leksikon 1980,164. Kunnskapsforlagets Fremmedordbok 1986 forklarer verbet "reprobere" med "misbillige, forkaste, fordømme".

⁷⁴ Stang 1935,527 jfr 523 og 525. I følge Stang er kjennetegnet på "reprobert" at ikke bare avtalen selv, men også biavtaler som knytter seg til den, ex officio må anses ugyldige.

1953 § 18 (forbud mot urimelige priser og forretningsvilkår) og dennes avløser pristiltaksloven av 1993 § 2.⁷⁵ Også konkurranseretten må høre hjemme i denne kategorien (uavhengig av EØS), med sin regel om at avtaler i strid med loven er ugyldige mellom partene (konkurranseloven av 11.06.1993 nr 65 § 5-1 første ledd).

Ordre public-bestemmelser, som er en internasjonal-privatrettslig term, refererer til grunnsetninger for rettsordenen i vedkommende land.⁷⁶ Begrepet brukes i New York-konvensjonen art 5 nr 2 b, som innebærer at en ikke trenger anerkjenne en utenlandsk volgiftsavgjørelse som strider mot ordre public (contrary to the public policy of that country").⁷⁷ Tvistemålsloven §§ 167 og 168 bestemmer at visse utenlandske retts- og voldgiftsavgjørelser ikke kan anerkjennes hvis det "ville stride mot ærbarhet eller norske ufravikelige rettsregler". Tvistemålsloven § 467 nr 4 om at norske voldgiftsdommer er ugyldige hvis de "strider mot lov eller ærbarhet", forstås som utslag av et alminnelig ordre public-forbehold i norsk rett.⁷⁸ Ordre public-tilfellene synes dermed å ha mye til felles med kategorien reproberte krav i forrige avsnitt.⁷⁹

Ved siden av de forbudte krav har vi en rekke tilfelle der det antas at partene ikke har fri rådighet, fordi det offentliges interesse i riktig avgjørelse er så stor.⁸⁰ Dette gjelder særlig saker om ekteskap, farskap og barn. For formuerettslige krav skulle en tro at det offentlige ikke hadde så stor interesse i riktig avgjørelse.⁸¹ Men her kan hensynet til EØS-retten effektivitet komme inn, jfr foran i pkt 1.3.

Har vi i Norge særregler om saker om forvaltningsvedtak, slik at disse sakene som hovedregel er unndratt partenes frie rådighet? Tvistemålsloven kap 30 har ikke regler om dette, men i forarbeidene vises til at hvor vedkommende forvaltningsorgan selv er part i saken, har ikke dommeren plikt til å ivareta de offentlige interessene.⁸² I søksmål mellom privatpersoner er imidlertid gyldigheten av et forvaltningsvedtak et prejudisielt rettsforhold som er unndratt fri rådighet, og retten må ha full veiledningsplikt.⁸³ Men her er det uenighet i teorien.⁸⁴

EØS-avtalens hoveddel er norsk lov (EØS-loven § 1). Tas NL 5-1-2 på ordet,⁸⁵ kan det etter "vanlig" norsk rett ikke gis dom for krav basert på en kontrakt hvis innhold er i strid med reglene i EØS-avtalens hoveddel, uansett om dette er påberopt. Hvis alle

⁷⁵ Se f eks Hagerup I 1895,289 og I 1918,404, Arnholm 1964,254, 256 og 258, Schei I 1998,368 og Skoghøy 2001,457. Et ferskt eksempel på anvendelse av NL 5-1-2 har vi i Rt 1995.46 Nimbus, hvor stemmegivningsavtale ble ansett i strid med lov og ærbarhet og erklært delvis ugyldig (av flertallet; i sin helhet av (mindretallet), og hvor resultatet ble ingen restitusjon.

⁷⁶ Bergström m.fl Juridikens termer 1992,123, se også Knophs oversikt 1998,835.

⁷⁷ Her gjengitt etter Magnussen 2000,93. Se nærmere Moss 2001,545 og 559.

⁷⁸ Se Magnussen 2000,93-94.

⁷⁹ Se Moss 2001,541-542 om forholdet mellom "lov og ærbarhet" og ordre public.

⁸⁰ Se f eks Schei I 1998,377 ad § 86.

⁸¹ Indispositive sider av formuerettslige forhold er behandlet i Aasland 1969,172-182 og Hov 1994,299-304, jfr også Skoghøy 2001,457-459.

⁸² Utkast 1908 s 270, se nærmere Aasland 1969,163-171, jfr kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg 01.06.2001 (2001/481) referert i Skoghøy 2001,460. Aasland bemerker (note 36): "Annerledes synes ordningen regelmessig å være i land hvor det er særskilte forvaltningsdomstoler ...".

⁸³ Aasland 1969,170-171, se også Skoghøy 2001,463-464.

⁸⁴ Se Hov 1994,310 og Schei I 1998,368-369, som går inn for motsatt løsning av Aasland og Skoghøy.

⁸⁵ Cfr Arnholm 1964,254-257 om NL 5-1-2, som med Stang (1935,581) mener at bestemmelsen er innholdsløs.

rettsforhold (ikke bare kontrakter) som strider mot EØS-reglene må anses å være i strid med norsk rettsorden, må disse forholdene være unndratt partenes frie rådighet. Dette må i tilfelle gjelde hva enten rettsforholdet selv er tvistegenstand, eller det er et såkalt prejudisielt rettsforhold.⁸⁶ I det konstruerte eksemplet i 1.1 ovenfor er avtalens gyldighet det prejudisielle rettsforholdet.

Erling Hjelmeng har i en kommentar til Rt 1997 s 1859 lagt til grunn at partene må kunne binde domstolen ved sin enighet om at forbudet i EØS art 53 nr 1 er overtrådt, men (selvfølgelig) ikke om det motsatte.⁸⁷ Hans begrunnelse er at formålet med regelen, å ivareta konkurransen, ikke påvirkes av en avtale om at det foreligger brudd. Men han fremholder også at hovedregelen må være at domstolen må undersøke og anvende reglene i art 53 av eget tiltak, jfr Van Schijndel.⁸⁸ Hjelmengs resonnement tilsier at domstolen må se bort fra den enighet som foreligger mellom partene om forholdet til EØS-retten, dersom formålet med vedkommende EØS-regler motvirkes av en slik avtale. Retten kan altså ikke nøye seg med å konstatere enighet mellom partene, men må undersøke forholdet til reglenes formål.

En må vel også operere med et skille mellom ulike EØS-regler. Noen er så grunnleggende for det indre marked at retten i alle tilfelle må anvende dem av eget tiltak, mens andre regler er av underordnet betydning og kan overlates til partenes disposisjoner, det vil si påberopelse. I det første tilfellet er det være sterkest grunn til å stille opp en veiledningsplikt, ut fra dommerens lojalitetsplikt (jfr 1.4 ovenfor) og hensynet til kontradiksjon.

3 EF-dommer av betydning for spørsmålet om plikt til materiell prosessledelse

Fordi det er vanskelig å stille opp generelle rettssetninger, vil jeg bruke noe plass på hver av dommene. En kasuistisk fremstilling er det eneste det foreløpig er grunnlag for.

Peterbroeck-dommen⁸⁹ gjaldt et skattekrav fra den belgiske stat mot en nederlandsk deltager i kommandittselskapet Peterbroeck, der skattesatsen var omstridt (satsen var høyere for ikke-belgiske selskaper). Etter forgjeves klage til skattedirektoratet anla Peterbroeck sak for retten og argumenterte da for første gang med at skattesatsen var i strid med EF-traktatens (nåværende) art 43 om etableringsfriheten.⁹⁰ Den belgiske staten viste til at dette var en ny anførsel [plea], som var fremsatt etter den frist på 60 dager som fulgte av skatteloven. Den belgiske domstolen fant at når anførselen var fremsatt for sent, kunne den etter skatteloven heller ikke av egen drift inndra argumentet om strid med fellesskapsretten. Den utsatte saken og sendte spørsmål til

⁸⁶ Se nærmere Schei I 1998,369–370 og Skoghøy 2001,466–467. Hverken Schei eller Skoghøy nevner konsekvensene for veiledningsplikten av det de skriver om prejudisielle rettsforhold.

⁸⁷ Sml Aaslands formulering: "avgjørelsen kan gå i den ene parts favør uten at man løper noen risiko for å overtre en ufravikelig regel, mens en avgjørelse i den annen retning nødvendigvis gjør kontroll fra rettens side" (Aasland 1969,148–149).

⁸⁸ Hjelmeng 1998,434.

⁸⁹ Peterbroeck C-312/93, dom 14.12.1995, Samling 1995 s I-4599. Dommen er omtalt i Andersson 1999,197, Nielsen1999,176–177, Roseberry 1999,240-244 og Werlauff 2000 s 55–57.

⁹⁰ For å lette tilgjengeligheten, bruker jeg de nye artikkel-numrene som følger av Amsterdam-traktaten av 1997, selv om enkelte av bestemmelsene ble endret ved denne traktaten.

EF-domstolen om anvendelse av skattelovens preklusjonsregel ville være i strid med EF-retten. EF-domstolen besvarte dette bekreftende:

”Fællesskabsretten er til hinder for, at der anvendes en national processuell bestemmelse, som under omstændigheder som dem, der gør sig gældende for proceduren i hovedsagen, afskærer den nationale ret fra under en sag, der henhører under dens kompetence, af egen drift at tage stilling til, om en national retsakt er forenelig med en bestemmelse i fællesskabsretten, når denne bestemmelse ikke af borgeren er blevet påberåpt inden for en vis frist.” (Peterbroeck, slutningen)

Begrunnelsen var dels at domstolen var den første instans som kunne forelegge EF-domstolen et prejudisielt spørsmål (EF art 234), skattedirektoratet var ikke ”domstol” i traktatens forstand. EF-domstolen fant også at regelen om at de nasjonale domstoler ikke av egen drift kunne inndra anførsler basert på fellesskapsretten, ikke var ”rimelig begrundet i prinsipper som retssikkerhetsprincippet [legal certainty] og princippet om en hensigtsmessig sagsbehandling [proper conduct of procedure] ” (premiss 20).

Spørsmålet om hvorvidt det relevante faktum (på hvilket grunnlag skattesatsen stred mot etableringsfriheten) var påberopt av Peterbroeck, var ikke fremme i denne saken. Muligens var det opplagt at faktum var påberopt. Hele argumentet var jo der, det kom bare for sent.

Van Schijndel⁹¹ gjaldt et lovhjemlet krav om obligatorisk medlemskap i et nederlandsk privat pensjonsfond. To fysioterapeuter som ikke ønsket å være medlemmer, reiste sak mot fondet. Begge tapte i mellominstansen. For kassasjonsdomstolen Hoge Raad gjorde fysioterapeutene for første gang gjeldende at kravet om medlemskap var i strid med konkurransereglene i EF-traktaten. De hevdet at mellominstansen av egen drift skulle tatt stilling til om det forelå slik motstrid. Hoge Raad, som fant at fysioterapeutene nå hadde påberopt en rekke nye faktiske omstendigheter, forela saken for EF-domstolen.

EF-domstolen slo fast at når nasjonal rett på domstolene å anvende bindende rettsregler som ikke var påberopt, måtte det samme gjelde for bindende fellesskapsregler (premiss 13, gjengitt i pkt 1.1 her). Men fellesskapsretten pålegger *ikke* de nasjonale domstolene

”en forpligtelse til af egen drift at inddrage et anbringende om, at fællesskabsbestemmelser er overtrådt, når en stillingtagen til et sådant anbringende *ville tvinge dem til at se bort fra princippet om, at de ikke aktivt griber ind i procesførelsen*, ved at gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og ved at lægge andre faktiske forhold og omstændigheder til grund end dem, som den part i sagen, der har interesse i, at fællesskabsbestemmelserne anvendes, har fremført til støtte for sin påstand.” (van Schijndel premiss 22, min kursiv).

Begrunnelsen var at prinsippet om ikke å gå utenfor partenes avgrensning og faktiske anførsler var uttrykk for en rettsoppfatning som er felles for de fleste av medlemsstatene og som er godt begrunnet, særlig ut fra hensynet til kontradiksjon og det å unngå forsinkelser av saken (premiss 21).

⁹¹ Se note 4. Jfr Wiklund 1997,390–396 (overraskende konklusjon), Andersson 1997,130–134, Andersson 1999,432, Roseberry 1999,240–244 og Werlauff 2000,51–55.

Kraaijeveld⁹² gjaldt fortolkningen av et rådsdirektiv om vurdering av visse offentlige og private prosjekters innvirkning på miljøet, og de nasjonale domstolers forpliktelser til å sikre overholdelse av et direktiv som har direkte virkning, men som en borger ikke har påberopt seg.⁹³ En nederlandsk kommune hadde vedtatt en disposisjonsplan for dikeforsterkning. Bedriften Kraaijeveld påklaget planen, da den ville medføre at det vannløp som bedriften hadde adgang til, ikke lenger ville stå i forbindelse med de seilbare vannveier. Etter forgjeves klage gikk bedriften til søksmål om planens gyldighet. Men Kraaijeveld anførte ikke at man i forbindelse med planen hadde unnlatt å vurdere innvirkningen på miljøet, noe direktivet krevde.⁹⁴ EF-domstolen uttalte etter foreleggelse at den nasjonale domstolen hadde plikt til på embets vegne å vurdere om planmyndighetene hadde holdt seg innenfor grensene for det skjønne som rådsdirektivet overlot til nasjonale myndigheter (premiss 60).

Dommen går ikke inn på spørsmålet om påberopte fakta, selv om de relevante fakta nok ikke var påberopt av Kraaijeveld. Den er derfor vanskelig å forene med uttalelsen om fakta i Van Schijndel. Forklaringen er antagelig at Kraaijeveld gjaldt sak for en forvaltningsdomstol, hvor sivilrettens prinsipp om at partenes avgrensning er avgjørende, ikke gjaldt.⁹⁵

I **Eco Swiss**⁹⁶ (jfr eksemplet i punkt 1.1 foran) var selskapet Benetton av en voldgiftsrett pålagt å betale en betydelig erstatningssum til Eco Swiss. Benetton anla sak mot Eco Swiss for alminnelig domstol med påstand om opphevelse av voldgiftsrettens kjennelser. Nederlandsk rett som ifølge avtale skulle anvendes, sa at slike kjennelser kan oppheves hvis de strider mot "ufravigelige retsgrundsætninger eller mod almindelig hæderlighed". Benetton anførte at kjennelsene var i strid med ufravigelige rettsgrunnsetninger, idet erstatningskravet baserte seg på en lisensavtale som ifølge EF art 81 nr 2 var ugyldig, selv om hverken partene eller voldgiftsretten hadde vært inne på at avtalen eventuelt var i strid med denne traktatbestemmelsen (premiss 14). I dette fikk Benetton medhold, men Eco Swiss anket til Hoge Raad, som forela saken for EF-domstolen. Denne slo fast at EF art 81 (konkurranshindringer) er en grunnleggende bestemmelse som er nødvendig for utførelsen av Fellesskapets oppgaver, særlig for det indre markeds funksjon. Den må derfor likestilles med "ufravigelige rettsgrunnsetninger" i nasjonal rett og er å anse som en ordre public-bestemmelse i New York-konvensjonens forstand. En nasjonal domstol må derfor oppheve en voldgiftskjennelse når denne er i strid med art 81 (premiss 36–41).⁹⁷ Det ble også vist til at voldgiftsretten ikke var en "domstol" i henhold til EF art 234, og derfor ikke kunne innhente fortolkning av EF-bestemmelsene. På dette punkt skilte saken seg fra Van Schijndel.

Vi må gå ut fra at det relevante faktum ikke var påberopt for voldgiftsdomstolen, selv om det senere ble påberopt for den alminnelige domstolen. Faktum må ha bestått i

⁹² Kraaijeveld C-72/95, dom 24.10.1996, Samling 1996 s I-5403. Jfr Andersson 1997,134–135.

⁹³ Rådsdirektiv 85/337/EF av 27.06.1985.

⁹⁴ Kraaijeveld hevdet riktignok at dette var gjort gjeldende, se generaladvokatens uttalelse premiss 77, som blir imøtegått i dommens premiss 54.

⁹⁵ Jfr Aasland i note 82 her. Se generaladvokatens premiss 78, hvor dette fremgår. Jfr Andersson 1997,134 om tilsvarende problemstilling mellom dommene Van Schijndel og Peterbroeck .

⁹⁶ Eco Swiss C-126/97, dom 01.06.1999, Samling 1999 s I-3055. Jfr Roseberry 1999,244–248, Andersson 1999–2000 og Werlauff 2000,59–60.

⁹⁷ Magnussen 2000,85–89 mener at Eco Swiss kan få vidtrekkende uheldige konsekvenser og at EF-domstolen her gikk ut over sin kompetanse etter EF art 234.

selve avtaleteksten sammenholdt med en påvisning av de konkurransehindrende effektene av denne: Avtalen innebar en oppdeling av markedet, idet Eco Swiss ikke lenger kunne selge klokker i Italia.⁹⁸ Jeg forstår dommen slik at voldgiftsretten av eget tiltak burde ansett avtalen ugyldig.⁹⁹ Det vil i så fall innebære at voldgiftsretten skulle ha gått utenfor de påberopte fakta. Svenske Torbjörn Andersson mener derimot at EF-dommen ikke uttalte seg om forholdet til (det jeg her kaller) forhandlingsprinsippet, fordi det ikke var nødvendig for å besvare de spørsmål som var stilt.¹⁰⁰ Etter hans mening kan en bare slutte sikkert at en part alltid skal ha mulighet til å gjøre gjeldende EF art 81 for en nasjonal domstol.¹⁰¹

Eco Swiss gjaldt bare konkurransebestemmelsen i EF art 81 (jfr EØS art 53). Men en må regne med at også andre traktatbestemmelser kan bli ansett som like grunnleggende og nødvendige for det indre marked.¹⁰² Andersson uttrykker det slik:

"Man kan nog anta att det finns fler artiklar i EG-fördraget som, ännu i det tysta, gör anspråk på sådan vikt och att det ligger i framtiden, och i EG-domstolens händer, att finna vilka bestämmelser det rör sig om." (Andersson 1999-2000,454)

Dette vil kunne innebære ugyldighet for voldgiftsdommer som krenke alle de grunnleggende bestemmelser i EØS-avtalen, jfr ovenfor i pkt 2.3. Men det er opp til partene om de vil angripe voldgiftsdommen for alminnelig domstol, slik at ugyldigheten blir konstatert.

Voldgift forutsetter fri rådighet over tvistegjenstanden, se tvml § 452. Eco Swiss må innebære at parter ikke har fri rådighet i forhold til i hvert fall konkurransereglene i EØS-avtalen. Og når dette er tilfellet, må så vel voldgiftsretten som de alminnelige domstoler har plikt til å reise spørsmålet for partene, jfr tvml § 331 tredje ledd.¹⁰³

Hva kan vi trekke ut av disse fire dommene, sett i sammenheng? De reiser kanskje flere spørsmål enn de besvarer.

I forhold til den overordnede problemstillingen for denne artikkelen, dommerens veiledningsplikt, kan raskt slås fast at ingen av dommene handler om dette, i hvert fall ikke direkte. De handler om domsstadiet, ikke om dommerens adferd under

⁹⁸ Erling Hjelmeng har påpekt at vurderingen av brudd på EØS art 53 nr 1 ofte vil kreve at en tar en rekke faktiske forhold i betraktning: forhold ved markedet, om virkningen er merkbar og om avtalene kan påvirke samhandelen mellom EØS-landene (Hjelmeng 1998,431). I Eco Swiss var vurderingen muligens enklere, idet lisensavtalen innebar geografisk oppdeling av markedet (se premiss 21).

⁹⁹ I samme retning Magnussen 2000,95 ad Eco Swiss: Voldgiftsdomstoler vil ha plikt til å anvende EØS-avtalens konkurranseregler av eget tiltak. Magnussen går ikke inn på forholdet til nye fakta. Se også NOU 2001:33 Voldgift s 52.

¹⁰⁰ Andersson 1999–2000,454–455. Han bruker "disposisjonsprinsippet" om det jeg kaller forhandlingsprinsippet.

¹⁰¹ Samme sted s 457.

¹⁰² Lynn Roseberry antyder at alle områdene i EF art 3 nr 1, "all Community law", kan tenkes å bli ansett som like viktig som konkurransereglene (Roseberry 1999,247-248).

¹⁰³ Tvistemålsutvalget foreslår en bestemmelse om at "De privatrettslige virkningene av konkurranselovgivningen kan prøves i en voldgiftssak.", se NOU 2001:33 Voldgift s 11 (§ 2-1) og s 51–52. Men utvalget forutsetter at voldgiftsretten har plikt til å anvende konkurransereglene av eget tiltak, på grunn av Eco Swiss-dommen.

hovedforhandlingen eller forut for denne. Om dommene allikevel gir signaler av betydning for spørsmålet om materiell prosessledning, vises til pkt 4 nedenfor.

Det fremgår av Peterbroeck at en nasjonal bestemmelse som avskjærer retten fra av egen drift å ta stilling til forenlighet med fellesskapsretten, ikke kan anvendes (slutningen og premiss 21). Retten skal av eget tiltak prøve dette: Peterbroeck på den nasjonale domstolen å se bort fra den nasjonale preklusjonsregelen. Dette kan generaliseres dit hen at nasjonal jus ikke kan begrense domstolenes rett og plikt til å anvende EF-retten. I så fall griper Peterbroeck direkte inn i landenes rett til å bestemme om retten er bundet av den påberopte jus.¹⁰⁴ For Norges del er det siste ikke noe problem, i det vi allerede har bestemt at retten ikke er bundet av denne (tvml § 191, jfr foran i 1.1).

Sondringen mot tilfelle der prøvingen forutsetter nye fakta, kommer i van Schijndel: I utgangspunktet respekterer EF-domstolen nasjonale regler om å ikke bygge på fakta som ikke er påberopt. Van Schijndel premiss 20 og 21 henviser til ”det nasjonale rettsprinsipp” om kun å treffe avgjørelse på grunnlag av de faktiske omstendigheter som partene har påberopt. Slike nasjonale begrensninger anerkjennes av EF-domstolen fordi de er felles for de fleste av medlemsstatene og er godt begrunnet (i forholdet stat–borger, kontradiksjon og å unngå utsettelse). Det ledende synspunkt i Van Schijndel er å fastslå at EF-retten skal anvendes selv om den ikke er påberopt (premiss 15). Men nasjonale begrensninger vedrørende fakta skal altså respekteres.

Eller skal de ikke det? I Kraaijeveld sies det klart at en nasjonal domstol har plikt til på embets vegne å undersøke om EF-direktivet er overtrådt, selv om dette ikke er påberopt (premiss 60). Slik saken lå an, måtte domstolen, for å overholde dette, ha gått inn på kompliserte saksforhold (fakta) som ikke var påberopt av Kraaijeveld. Som nevnt, er forklaringen muligens at partene ikke hadde fri rådighet i sak for forvaltningsdomstol. Også i Peterbroeck var saken reist mot det offentlige, mens den i Van Schijndel og Eco Swiss ble ført mellom private rettssubjekter. Den norske regel om at dommeren ikke har plikt til å ivareta de offentlige interessene når vedkommende forvaltningsorgan selv er part (foran i 2.3), må etter dette forlates når det gjelder EØS-rettslige spørsmål.

Men også i Eco Swiss, ført mellom private parter, kan det sies å ligge implisitt en forutsetning om at voldgiftsretten skulle ha gått utenfor de påberopte fakta, jfr omtalen av saken ovenfor. Hvor ble det i så fall av respekten for de nasjonale begrensninger som Van Schijndel talte om?

Premiss 15 i Van Schijndel besvarer spørsmål om saker som gjelder ”sivilrettslige rettigheter og plikter som partene fritt disponerer over”. Når det gjelder hvilke krav som er dispositive eller ikke, blir det opp til landene å bestemme dette. Men her må en skille mellom på den ene side kravet eller rettigheten, og på den annen side de preseptoriske lovreglene.¹⁰⁵ Det kan ikke være opp til nasjonal lovgivning å frata (deler av) EF-retten den ordre public-karakter som følger av uttalelsen i Eco Swiss.

¹⁰⁴ Dette står i motsetning til uttalelsene i Van Schijndels premiss 13 og 14 (gjengitt i pkt 1.1 foran) og premiss 15. Van Schijndel ser ikke ut til å gripe inn i landenes rett til å bestemme om retten har plikt til å anvende jusen av eget tiltak.

¹⁰⁵ Se f eks Hov 1976,163–164 om saken som sådan kontra regelen eller avtaleforbudet, og henvisningen til Aasland 1969,151 i note 70 foran.

Selv om et krav, for eksempel på penger, i og for seg er dispositivt, kan kravet ikke gjennomtvinges hvis det bygger på en avtale som EF-retten ikke godtar.

4 Konklusjon om veiledningsplikten

Kan en på grunnlag av disse dommene stille opp en EØS-rettslig regel om plikt til materiell prosessledning med hensyn til rettigheter som er beskyttet av EØS-retten? Som nevnt følger en slik plikt ikke direkte av dommene. Men dommene fastslår at hvis det etter nasjonal rett er adgang til å anvende ikke påberopt jus, skal nasjonal domstol anvende EF-jusen selv om argumentene ut fra denne ikke er påberopt.¹⁰⁶ Når dette er situasjonen, taler mye for å stille opp en EØS-rettslig plikt for retten til på forhånd å ta opp med partene om EØS-retten er overtrådt. Ellers vil dette spørsmålet, som domstolen i alle fall må vurdere, ikke bli gjenstand for kontradiktorisk behandling. Verdifulle momenter vil kunne bli utelatt, slik at det ankes unødig.¹⁰⁷ Dette taler for at det bør foreligge plikt til materiell prosessledning om EØS-retten, dersom nasjonal rett muliggjør bruk av denne i den enkelte sak. Hensynet til EØS-rettens effektivitet tilsier at nasjonale "kan-regler" i prosessen forstås som "skal-regler" hvis dette fremmer EØS-rettens gjennomslagskraft og beskyttelse av den enkeltes rettigheter.¹⁰⁸ En nasjonal *adgang* til materiell prosessledning (se ovenfor i 2.1) må etter dette forvandles til en *plikt* til slik prosessledning.

Torbjörn Andersson fremholder at EF-rettens "karaktär av främmande rätt med ett diffust innehåll" og dommeres forklarlige motvilje mot å forholde seg til denne, kan trenge å bli balansert av et krav om materiell prosessledning.¹⁰⁹ Han stiller, noe nølende, opp en plikt for dommeren til å gjøre partene oppmerksom på konkurranserettslige aspekter av tvisten, og til å spørre om de vil påberope alternative grunnlag.¹¹⁰

Hva norsk prosessrett angår, må vi nok operere med en plikt til veiledning om de EØS-rettslige reglene, i hvert fall de mest grunnleggende av disse. Det samme argumentet (kontradiksjon) er relevant som i EF-sammenheng. Men statens plikt til oppfylning av avtalen (homogen rettsutvikling mm) kan hevdes å skjerpe den aktivitetsplikt for dommere som følger allerede av tvml §§ 86 annet og 331 første ledd.¹¹¹ Hvis de skal få den tilsiktede virkning, må de materielle EØS-reglene anvendes også uten påberopelse. Og når de først skal anvendes, må dommeren trekke dem inn i saken på forhånd.

Forholdet til nye fakta er mer problematisk. Men en kan godt stille opp en veiledningsplikt, uten å rokke ved regelen om at domstolen i saker som er underlagt fri rådighet, bare kan bygge på påberopte fakta. Poenget må være at dommeren gjennom sine spørsmål gir partene anledning til å påberope nye fakta, som dommeren i sin tur kan bygge på. Dessuten kan det hevdes at forholdet til EØS-reglene (jus og faktum), eller enkelte av dem, i det hele er unndratt partenes rådighet (2.3 foran). I så

¹⁰⁶ Jfr Peterbroeck premiss 20, Van Schijndel premiss 14 og Kraaijeveld premiss 60.

¹⁰⁷ Jfr Andersson 1999,406 om lignende argumenter i svensk rett. Han fremholder at partenes argumentasjon er særlig viktig fordi EF-rettens innhold er så usikkert, jfr note 109 her.

¹⁰⁸ Jfr Andersson 1999,410 om fakultative regler som skal tillempes som obligatoriske.

¹⁰⁹ Andersson 1999,409. Han bruker også uttrykk som "temmelig substansløs", "usikker" og "uklar" om (den materielle) EF-retten (1999,407 og 408).

¹¹⁰ Andersson 1999,411–413 og s 421, se også 447–448. Jfr Werlauff 2000,54 og 61.

¹¹¹ Slik også Andersson 1999,448 om svensk RB 42:8 st 2 og 43:4 st 2.

fall følger det direkte av §§ 86 annet og 331 tredje ledd at dommeren har plikt til å sørge for at de nødvendige fakta fremskaffes.

Den fremtidige rettsutviklingen på dette området er usikker. Det siterte utsagnet fra Andersson i forbindelse med Eco Swiss er egnet til å generaliseres: Fremtiden ligger her i EF-domstolens hender.

5 Kort om sanksjoner

Hvilke sanksjoner har vi mot dommere som forsømmer sin plikt til å veilede om EØS-retten? I forarbeidene til tvistemålsloven tenkte man seg ikke at dommen skulle kunne oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, når dommeren forsømte sin plikt til materiell prosessledning. I stedet pekte man på at dommeren kunne straffes:

"Naar domstolen af hensyn til sagens oplysning finder det nødvendigt at foranstalte en bevisoptagelse eller anvende sin spørgsmaalsret, er det ogsaa dens pligt at gjøre det. Denne pligt er dog ikke af processuel art, saaledes at parterne kan forlange, at domstolen anvender sin myndighed og, hvis ikke dette er skeet, kan anvende retsmidler, men alene en embedspligt paa samme maade som pligten til at paadømme en sag efter lov og ret; forsømmelse kan derfor alene medføre strafansvar (jfr. udkastets § 105)." (Utkast 1908 s 81)¹¹²

Utkastets § 105, som sitatet viser til, tilsvarer bestemmelsen i domstolloven § 200 om bøtStraff for forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang. Denne hjemler også erstatningsansvar for dommere og statlig heftelse for dette.

Senere har man derimot, som følge av rettspraksis, ansett tilsidesettelse av plikten som en saksbehandlingsfeil som kan medføre opphevelse.¹¹³ Som Aasland har påpekt, er opphevelse ikke en hensiktsmessig reaksjon på for mye hjelp til motparten.¹¹⁴ Motparten vil selvfølgelig igjen påberope de nye argumentene ved den nye behandlingen i underinstansen. Derimot kan det gi det mening å anke over at en selv har fått for lite hjelp av dommeren. Den ankende part får da, etter opphevelse av dommen, anledning til å fremføre de nye argumentene i underinstansen. Som regel vil dette bare være fordelaktig dersom argumentene på grunn av reglene om preklusjon¹¹⁵ ikke kan fremføres direkte for ankeinstansen.

Den mest praktiske sanksjon er kanskje erstatningsansvar for dommeren personlig og for staten som arbeidsgiver. Francovich-dommen¹¹⁶ kan tenkes å utgjøre en ytterligere begrunnelse for erstatning, i tillegg til det som følger av domstolloven § 200.

Vi kan vel for øvrig gå ut fra at i den grad det blir etablert at det foreligger en rettslig plikt til veiledning, vil dommere flest bestrebe seg på å oppfylle denne, uten at det trues med sanksjoner.

Litteratur:

¹¹² Som utkastet, Alten 1954,115 i sin kommentar til tvml § 86.

¹¹³ Se Schei I 1998,378 ad § 86.

¹¹⁴ Aasland 1967,177. Ved note 41 påpeker Aasland at Monteringsfeilkjennelsen, Rt 1963.996, står i motsetning til Utkast 19808 s 81 og Alten 1954,115.

¹¹⁵ Jfr Hov 1994,576, som viser til tvml §§ 335 og 375. Hovedregelen er at nye rettsfakta kan påberopes for ankeinstansen. Utvidelse av påstand og krav reguleres av § 366.

¹¹⁶ Se i og ved note 19 foran.

- Alten, Edvin: Tvistemålsloven med kommentar. 3. utgave 1954
- Andersson, Torbjörn: Rättsskyddsprincippet. 1997
- Andersson, Torbjörn: Dispositionsprincippet och EG:s konkurrensregler. 1999
- Andersson, Torbjörn: "Svensk skiljedomsrätt och EG:s konkurrensrätt" i Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet 1999–2000 s 443–466
- Arnesen, Finn: Plenumsdommen i Finangersaken 16.11.2000, Rt 2000 s 1811 i Kritisk Juss nr 4 2000 (27) s 303–309
- Arnholtz, Carl Jacob: Privatrett II Avtaler. 1964
- Augdahl, Per: Norsk civilprosess. 3. utgave 1961 (opprett 1971)
- Bull, Henrik: EØS-avtalen – litt om avtalens struktur og om prinsippene for gjennomføring i norsk rett i Lov og Rett 1992 s 583–601
- Bull, Henrik: Kommentar til EØS-loven i norsk Karnov 1999 s 2232–2264
- Bull, Henrik: Det indre marked for tjenester og kapital. 2002
- Eckhoff, Torstein: Sivilprosess. 2. utgave 1962
- Ekelöf V: Ekelöf, Edelstam og Boman: Rättegång. Femte häftet, 7. upplagan. 1998
- Hagerup, Francis: Den norske civilprosess. Første del. 3. utgave 1918
- Hjelmeng, Erling: Avtalers ugyldighet og gruppefritak under EØS-avtalen artikkel 53 i Lov og Rett 1998, 420–435
- Hov, Jo: Rettsforlik. 1976
- Hov, Jo: Rettergang i sivile saker. 2. utgave 1994
- Jervell, Stephan L.: Lovgivningen i EØS. 2002
- Magnussen, Mads: Opphevelse av voldgiftsdommer som strider mot konkurransereglene i EU og EØS i Tidsskrift for forretningsjus 2000 s 82–96
- Michelsen, Hans M.: Sivilprosess. 1999
- Moss, Giuditta Cordero: Voldgift og domstolskontroll: Svensk rett viser vei i TfR 2001 s 533–562
- Nielsen, Ruth: EU ret. 2. utgave 1999
- Robberstad, Anne: Mellom tvekamp og inkvisisjon. 1999
- Rognstad, Ole-Andreas: EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-avtalen i TfR 2001 s 435–463
- Roseberry, Lynn: National Procedural Autonomy versus Uniformity i Julebog 1999, Juridisk Institut ved Handelshøjskolen i København, s 239–251
- Schei, Tore: Tvistemålsloven I og II. 2. utgave 1998
- Sejersted m fl: EØS-rett. 1995
- Sjåfjell-Hansen, Beate: På fremmed grunn. 2000
- Skeie, Jon: Den norske civilprosess. Første bind, 2. utgave 1939
- Skoghøy, Jens Edvin A.: Tvistemål. 2. utgave 2001
- Stang, Fredrik: Innledning til formueretten. 3. utgave 1935
- Utkast 1908: Udkast til lov om rettergangsmaaden i tvistemaal med motiver, avgitt av Civilprosesskommissionen av 1891
- Werlauff, Erik: Fælleseuropæisk procesret. Europaretlige krav til dansk retspleje. 2. utgave 2000
- Wiersholm, Marie: Privates søksmålskompetanse - ugyldighetssøksmål i statsstøttesaker for EFTA-domstolen i IUSEF-serien nr 37, Senter for europarett 2001
- Wiklund, Ola: EG-domstolens tolkningsutrymme. Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten. 1997
- Aasland, Gunnar: Rettens stilling til partenes anførsler i tvistemål i TfR 1967 s 157–200
- Aasland, Gunnar: Fri rådighet over sakens gjenstand – særlig som betingelse for rettsforlik i Jussens Venner bind 3 1969 s 143–183
-