



Parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager

– med særligt fokus på lovændring nr. 1725 af 27. december 2016

(The parties' admittance to expert evidence in civil proceedings – with a special focus on law reform no. 1725 of 27th of December 2016.)

Skrevet af:

Kirstine Kragelund 20137306

Regitze D. Emborg 20136152

Ved vejleder Maria Ullits Pallesen Fonseca
Aalborg Universitet

Abstract

The purpose of this master thesis is to investigate how the current use of expert appraisals in chapter 19 of the Danish administration act of justice corresponds to the concept of liberation of evidence. Furthermore, the new rules in law reform no. 1725 of 27th of December 2016 will be analyzed, with the purpose of finding out how these new rules will affect future legal practice.

Chapter 1 contains the introduction and a section on the legal method.

In chapter 2 the concept of liberation of evidence is described and analyzed. It can be concluded, that the liberation of evidence meant that the assessment of evidence and the submission of evidence is unbound. Therefore, there should be no legal boundaries to submit evidence or to assess the evidence.

In chapter 3 the legal state regarding unilateral expert reports is described. Before 2007 the courts did not allow submission of unilateral expert reports of any kind. In 2007 the submission of such a report that was obtained before the trial was allowed. It was this legal practice, which was the incentive behind the law reform. Chapter 3 also contains an analysis of the new rules regarding the §§ 209a and 341a. The interpretation of the purpose of the rules showed that the admittance to submit unilateral expert reports is not as wide as the wording of the rules suggests.

In chapter 4 the rules regarding the administration act of justice chapter 19 are described. The way to obtain an expert appraisal is a very impartial, transparent and controlled process. Furthermore, chapter 4 contains an analysis of the rules regarding § 198 section 1, 1st period and § 209 of the law reform. Both rules are a codification of legal practice.

Chapter 5 is an analysis of how the new rules regarding unilateral expert reports harmonizes with the purpose of the rules regarding the expert appraisal. The conclusion is made the expert appraisal in chapter 19 is deemed more exclusive than the unilateral expert reports even after the admittance of such reports have been expanded with law reform no. 1725.

Chapter 6 is a discussion on how the exclusivity of the expert appraisal in chapter 19 of the administration act of justice harmonizes with the concept of liberation of evidence. The conclusion is made that it is fair to assume that there must be some modifications to the liberation of evidence, to ensure an equal and impartial system, but it also concludes that this fact does not correspond with the purpose of liberation of evidence.

Finally, it can be concluded that the expert appraisal in chapter 19 of the Danish administration act of justice continually is perceived as an exclusive type of evidence, whereas the unilateral expert reports will serve as a procedural tool, to the expert appraisal. Furthermore, it is concluded that the exclusivity of the expert appraisal is not agreement with the concept of liberation of evidence.

Indholdsfortegnelse

ABSTRACT	2
KAPITEL 1. PRÆSENTATION AF SPECIALET – FORMÅL OG METODE	5
1.1. INDLEDNING.....	5
1.1.1. <i>Problemfelt</i>	5
1.2. AFGRÆNSNING	6
1.3. METODE	6
1.3.1. <i>Retskildemæssig værdi</i>	6
KAPITEL 2. DET FRIE BEVIS.....	8
2.1. INDLEDNING.....	8
2.2. DET FRIE BEVIS.....	9
2.2.1. <i>Grundlæggende regler for bevisførelse og bevisbedømmelse i civilesager</i>	9
2.2.2. <i>Bevistyperne</i>	11
2.2.3. <i>Den historiske baggrund for det frie bevis</i>	13
2.2.4. <i>Forarbejdernes retskildemæssige værdi</i>	16
2.2.5. <i>Afslutning</i>	17
KAPITEL 3. ENSIDIGT INDHENTEDE SAGKYNDIGE ERKLÆRINGER.....	17
3.1. INDLEDNING.....	17
3.2. BEGREBET SAGKYNDIGE ERKLÆRINGER	17
3.3. RETSTILSTANDEN FØR 1. JULI 2017	18
3.3.1. <i>Ingen mulighed for fremlæggelse</i>	18
3.3.2. <i>Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet inden sagens anlæg</i>	19
3.3.3. <i>Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg</i>	21
3.4. RETSTILSTANDEN PER 1. JULI 2017	22
3.4.1. <i>Retsplejelovens § 209a</i>	23
3.4.2. <i>Retsplejeloven § 341a</i>	28
3.4.3. <i>Afslutning</i>	32
KAPITEL 4. SYN OG SKØN.....	32
4.1. INDLEDNING.....	32
4.2. INDHENTNINGSMÅDEN VED SYN OG SKØN	33
4.3. ANALYSE AF FORARBEJDER TIL RETSPLEJELOVENS KAPITEL 19 INDTIL 1. JULI 2017.....	34
4.3.1. <i>Forarbejder til lov nr. 90 af 11. april 1916</i>	34
4.3.2. <i>Forarbejder til lov nr. 737 af 25 juni 2014</i>	36
4.4. ÆNDRINGER TIL REGLERNE OM SYN OG SKØN PER 1. JULI 2017	36
4.4.1. <i>Retsplejelovens § 198, stk. 1, 2. pkt.</i>	37
4.4.2. <i>Retsplejelovens § 209</i>	38
4.4.3. <i>Afslutning</i>	40
KAPITEL 5. SAGKYNDIG BEVISFØRELSE	40
5.1. INDLEDNING.....	40
5.2. ENSIDIGT INDHENTEDE SAGKYNDIGE ERKLÆRINGER CONTRA SKØNSERKLÆRINGER.....	41
5.2.1. <i>Udvidelse af adgangen til fremlæggelse af sagkyndige erklæringer</i>	41

5.2.2. Syn og skøn – Det eksklusive bevis?	48
KAPITEL 6. DISKUSSION	51
6.1. INDLEDNING.....	51
6.2. HARMONERER GÆLDENDE RET MED BEGREBET DET FRIE BEVIS?	52
6.2.1. Forarbejdernes betydning	52
6.3. Afslutning	54
KAPITEL 7. AFSLUTNING	55
7.1. KONKLUSION.....	55
7.1.2. Afsluttende bemærkninger.....	57
LITTERATURLISTE	58
LOVGIVNING	58
KONVENTIONER.....	58
BEKENDTGØRELSE	58
FORARBEJDER	58
DOMME.....	59
BØGER.....	59
ARTIKLER.....	61

Kapitel 1. Præsentation af specialet – formål og metode

1.1. Indledning

I dansk ret findes en kodificering af de formelle regler vedrørende retssagers førelse ved de danske domstole, som benævnes retsplejeloven. Retsplejeloven skal sikre en effektiv sagsbehandling, som er retssikkerhedsmæssig forsvarlig, og som gør det muligt for borgerne at få fastslået deres materielle retstilling.¹ Det helt klare civilprocesretlige udgangspunkt er derfor, at bevisførelsen og bevisbedømmelsen er fri. Dette betyder, at disse er fri for legale bindinger.² I daglig tale benævnes dette som ”det frie bevis”.

Domstolenes hovedopgave er at finde den materielle sandhed, som bliver opnået gennem bevisførelsen under sagen, som forstås af parterne, hvorefter dommerne foretager bevisbedømmelsen. Bevisførelse kan blandt andet ske igennem sagkyndige erklæringer, herunder særligt igennem skønserklæringen, jf. retsplejeloven kapitel 19. I det nutidige retssamfund er der en formodning for, at skønserklæringen har indtaget en dominerende stilling og særlig tyngde i dommerens bevisbedømmelse. Der kan stilles spørgsmålstejn ved, hvorvidt denne dominans har gjort indgreb i princippet om det frie bevis?

Den 1. juli 2017 trådte lov nr. 1725 af 27. december 2016 om ændring af retsplejeloven herunder mere specifikt en udvidelse af adgangen til sagkyndige bevisførelse i kraft. Efter den retspraksis skabte retstilstand, som var gældende før lovændringen per 1. juli 2017, var det som udgangspunkt ikke muligt at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg. Med lovændringen blev det med den nye bestemmelse i retsplejelovens § 341a muligt at fremlægge moderklæringer indhentet efter sagens anlæg. Ligeledes åbnede § 209a muligheden for, at parterne hver især kunne indhente ensidige sagkyndige erklæringer, som kunne træde i stedet for det traditionelle syn og skøn. Med lovændringen kom der ligeledes ændringer til §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209, som indgår i kapitel 19 om syn og skøn. Ændringerne medførte en præcisering af adgangen til at udmelde flere skønsmænd til at besvare samme spørgsmål samt at udmelde nyt syn og skøn ved andre skønsmænd.

1.1.1. Problemfelt

Formålet med dette speciale er først og fremmest at bearbejde og analysere parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager.

Udgangspunktet var allerede i 1800-tallet, at bevisførelsen og bevisbedømmelsen var fri, herunder også i henhold til sagkyndig bevisførelse. Det er derfor interessant at undersøge, hvorfor en udvidelse af parternes adgang til at føre et sagkyndigt bevis var nødvendig.

På baggrund af denne problemstilling tager dette speciale udgangspunkt i, hvilken adgang parterne i praksis har til at føre sagkyndige beviser efter, at lovændringen er trådt i kraft, contra den retspraksis skabte retstillingen, der var gældende før 1. juli 2017. Herefter sammenlignes reglerne om syn og skøn med den nu udvidede adgang til at fremlægge ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer,

¹Mortensen 2016 s. 16.

²Zahle 1976 s. 538.

for at forstå forskellen imellem disse to typer af sagkyndige erklæringer. Endvidere hvordan dette harmonerer med formålet i de oprindelige forarbejder til retsplejelovens regler om det frie bevis og spørgsmålet om, hvorvidt disse forarbejder fortsat har relevans.

1.2. Afgrænsning

Specialets fokus er som nævnt i indledningen de civile retssager og den sagkyndige oplysning af sådanne sager. Det er med de formelle rammer, som er opstillet omkring specialet, ikke muligt at bearbejde hele det bevisretlige spektrum i forbindelse hermed, hvorfor dele af bevisretten må udelades.

Derfor vil dette speciale ikke behandle reglerne i retsplejelovens kapitel 39 om småsager, reglerne om sagkyndig såvel som ikke sagkyndig vidneførsel, straffesager, indispositive sager og ankesager. Endvidere behandler specialet ikke reglerne om isoleret bevisoptagelse i retsplejelovens § 343, og retsplejelovens reglerne vedrørende procesøkonomi behandles heller ikke.

1.3. Metode

I nærværende speciale anvendes den retsdogmatiske metode for at beskrive, analysere og systematisere den gældende retstilstand i forbindelse med sagkyndig oplysning af civile sager.³ Den retsdogmatiske metode beskæftiger sig ikke med løsninger af konkrete problemstillinger - modsat den praktiske juridiske metode - men retter sig derimod på at belyse retstilstanden på et gældende område.⁴

Den retsdogmatiske metode anvendes for at belyse alle relevante og betydningsfulde retskilder. Dette gøres for at opnå en dækkende beskrivelse af emnet, som derigennem kan danne grundlag for en saglig diskussion. Endvidere for at sikre en struktureret og effektiv fremgangsmåde ved udarbejdelse af specialet.

1.3.1. Retskildemæssig værdi

Specialet tager udgangspunkt i de traditionelle retskilder, som er: loven, retspraksis, sædvane og forholdets natur i prioriteret rækkefølge.⁵ Retskilderne og deres værdi beskrives nærmere nedenfor.

1.3.1.1. Loven

Loven er den primære retskilde, hvorfor dette speciale tager udgangspunkt heri.⁶ Det findes naturligt, at loven har rangordenen forud for de øvrige retskilder, da loven er demokratisk legitimeret.⁷

I dette speciale anvendes retsplejeloven med relevante ændringslove. Loven fortolkes efter nogle fastsatte fortolkningsprincipper. Udgangspunktet for lovfortolkning er altid lovtekstens ordlyd.⁸ For at få et dækkende billede af lovreglerne er det imidlertid ikke nok kun at anvende en ordlydsfortolkning i undersøgelsen. Det er derfor nødvendigt at undersøge formålet med retsplejelovens reg-

³Munk-Hansen 2014 s. 86.

⁴Munk-Hansen 2014 s. 87.

⁵Evald 2000 s. 7.

⁶Evald 2000 s. 6.

⁷Evald 2000 s. 27.

⁸Munk-Hansen 2014 s. 274.

ler, hvilket gøres ved en formålsfortolkning. Der sondres mellem en subjektiv og objektiv formålsfortolkning. Ved objektiv formålsfortolkning forstås lovens formål ud fra lovtekstens indhold.⁹ Ved subjektiv formålsfortolkning fortolkes lovens forarbejder.¹⁰

1.3.1.1.1. Forarbejdernes betydning

Førend en lov vedtages, har indholdet af lovvedtagelsens gennemgået en forberedelsesfase. Lovforarbejder findes i lovkommissioners betænkninger, i bemærkninger til lovforslag, i folketingsudvalgs betænkninger over lovforslag og i drøftelser i Folketinget.¹¹ Til ældre love kaldtes forarbejderne for motiver.

Formålet med forarbejderne er at forklare, hvorfor loven skal gennemføres og for at forstå hensigten med lovens enkelte bestemmelser.¹² Lovforarbejder er et udtryk for et fortolkningsbidrag, og det er lovtekstens ordlyd, som er gældende ret.¹³ Hvilken retskildemæssig betydning forarbejderne skal tillægges er et andet spørgsmål, og dette er der delte meninger om. Et af argumenterne for at tillægge forarbejderne retskildemæssig betydning er, at lovgivers mening og intention med loven her fremkommer tydeligere.¹⁴ Det klare argument imod at tillægge forarbejderne retskildemæssige betydning er, at det, som lovgiver vedtager, er lovteksten, og det burde ikke være nødvendigt at læse forarbejderne for at kunne forstå lovtekstens ordlyd.¹⁵ I praksis har forarbejderne stor betydning ved lovfortolkning.¹⁶ Et særligt problem er, når der i forarbejderne opstilles en regel, som ikke findes i lovteksten. Dette kaldes lovgivning i forarbejderne.¹⁷ Lovgivning i forarbejderne er ikke et ønskeligt scenarie, da det kun er lovtekstens ordlyd, som er bindende for parterne.

Under hensyn til hvilken betydning forarbejderne konkret må tillægges, kan forskellige generelle hensyn spille en rolle.¹⁸ Et vigtigt moment er lovens alder.¹⁹ Dette findes begrundet med, at jo ældre loven er desto større sandsynlighed er der for, at samfundsmæssige forhold, herunder politiske, har ændret sig. Dette kan få den konsekvens, at det vil være mindre velbegrundet at støtte sin fortolkning på forarbejderne.²⁰ Dette speciale behandler forarbejder fra 1800-tallet, hvorfor ovenfor nævnte moment spiller en særlig rolle. Et andet moment som er vigtigt er lovreglernes udformning. Desto mere præcise lovreglers formulering er, desto mindre grund er der til at lægge vægt på de tilhørende forarbejder og omvendt.²¹ Det skal dog nævnes, at begge disse momenter alene er vejledende retningslinjer og ikke er udtryk for regler, der altid følges i den juridiske praksis.²²

⁹Evald 2000 s. 57.

¹⁰Evald 2000 s. 58.

¹¹Zahle 1999 s. 27.

¹²Blume 2016 s. 185.

¹³Blume 2016 s. 186.

¹⁴Blume 2016 s. 208.

¹⁵Blume 2016 s. 208.

¹⁶Zahle 1999 s. 28 og Blume 2016 s. 208 f.

¹⁷Hansen & Werlauff 2013 s. 130, Blume 2016 s. 209 og Zahle 1999 s. 34.

¹⁸Blume 2016 s. 209.

¹⁹Blume 2016 s. 209.

²⁰Blume 2016 s. 209.

²¹Blume 2016 s. 210.

²²Blume 2016 s. 210.

1.3.1.2. Retspraksis

Retspraksis vil være en central kilde til at belyse retstilstanden fra både før og efter lovændringen per 1. juli 2017. Det bemærkes, at en retsafgørelse kun er bindende inter partes, men at retspraksis som kilde er med til at danne mønster for fremtidige retsafgørelse. Disse kan derfor hjælpe med at klarlægge retstilstanden på et givent retsområde.²³

Præjudikatværdien for retsafgørelser afhænger endvidere af, hvor i domstolshierarkiet den er blevet afsagt, om der er andre afgørelser, som der siger det samme eller det modsatte samt, hvorvidt afgørelsen er afsagt med dissens.²⁴

1.3.1.3. Cases

Lovændringerne per 1. juli 2017 har kun i begrænset omfang medført afsagte retsafgørelser. Af denne grund har det naturligvis ikke været muligt at foretage en dækkende analyse af gældende retspraksis. Det har derfor været nødvendigt at opstille hypotetiske cases for at kunne analysere konsekvensen af den nye lovændring.

De opstillede cases tager udgangspunkt i allerede afsagte afgørelser, som er afsagt i overensstemmelse med den dagældende retstilstand. Herefter har formålet været at anvende de nye regler på de opstillede cases. De opstillede cases har ingen retskildemæssige værdi, men det har været et nødvendigt fortolkningsbidrag for at belyse gældende ret fyldestgørende.

1.3.1.4. Juridisk litteratur

Juridiske litteratur anses ikke som værende en retskilde, idet dette blot er udtryk for forfatterens opfattelse af gældende ret. Juridisk litteratur har alene det formål at tjene som supplement og inspiration til fortolkning af loven og retstilstanden. Litteraturen er derfor et vigtigt værktøj til at udforme en dækkende analyse.²⁵

Kapitel 2. Det frie bevis

2.1. Indledning

Nærværende kapitel har til formål at belyse grundlæggende principper i bevisretten. Først redegøres der for begrebet ”det frie bevis”. Dette gøres med henblik på at klarlægge bevisrettens historie for senere at kunne sammenholde med den nuværende retstilstand. Dernæst vil de forskellige typer af bevis blive beskrevet for at kunne definere under, hvilken type af bevis de sagkyndige beviser falder ind.

²³ Evald 2000 s. 37 ff.

²⁴ Evald 2000 s. 39.

²⁵ Munk-Hansen 2014, s. 346 og Hansen & Werlauff 2013 s. 122.

2.2. Det frie bevis

2.2.1. Grundlæggende regler for bevisførelse og bevisbedømmelse i civilesager

2.2.1.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 6, stk. 1

Retsplejeloven suppleres af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, herefter benævnt EMRK. EMRK blev inkorporeret i dansk ret med lov nr. 285 af 29. april 1992.

Det følger af artikel 6, stk. 1, 1. pkt. at: *”Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der er oprettet ved lov, når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse.”*

Anvendelsesområdet for EMRK artikel 6, stk. 1 er straffesager og civilesager angående borgernes forpligtelser og rettigheder. Artikel 6 sikrer, som ordlyden angiver, borgerens ret til en retfærdig, offentlig, uafhængig og upartisk rettergang, som kan gennemføres inden rimelig tid. Findes der at være forskelle på den danske retsplejelov og EMRK, så skal borgernes rettigheder fortolkes i overensstemmelse med de minimumskrav, som EMRK opstiller.²⁶ Det er derfor vigtigt, at retsplejelovens regler ses i sammenhæng med EMRK's artikel 6.

2.2.1.2. Bevisførelsen

Parternes adgang til at føre bevis i civilesager er reguleret af retsplejelovens § 341, som har følgende ordlyd:

”Bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen, kan ikke finde sted.”

Med denne bestemmelse er der således ikke sat andre begrænsninger for parternes adgang til at føre bevis end, hvad der skønnes at være uden betydning for sagen. Det er derfor parterne som fastsætter sagens bevistema, som er et udtryk for de relevante faktiske forhold, som skal oplyses gennem bevisdata og bevisfakta.²⁷

Det er retten der, i hver enkelt sag, skal foretage relevansvurdering af om et bevis skønnes at være uden betydning for sagen eller ej. Bevisførelse kan anses at være uden betydning for sagen, når den angår et faktum, som parterne er enige om. Det, som parterne er enige om, skal lægges umiddelbart til grund.²⁸ Civildomme udtrykker altså en partsrelativ sandhed.²⁹ I relevansvurderingen er det relevant, hvorvidt det kan forventes, at retten lægger vægt på det pågældende bevis. Lægger retten ikke vægt på beviset, må beviset antages at være uden betydning for rettens afgørelse.³⁰ Det afgørende for bevisvægten er endvidere hvilken måde beviset er indhentet på, som det ses ved ensidigt

²⁶Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 67f.

²⁷Von Eyben 1986 s. 18.

²⁸Werlauff 2011 s. 122f.

²⁹Werlauff 2011 s. 123.

³⁰Gomard m.fl. 2013 s. 792.

indhentede sagkyndige erklæringer.³¹ Retten kan anvende retsplejelovens § 341 ex officio, hvorfor anvendelsen af § 341 ikke afhænger af om, den bliver påberåbt af parterne i sagen.³²

Relevansvurderingen efter § 341 anvendes af retten med forsigtighed, idet bevisfremlæggelsen allerede foregår under forberedelsen af sagen, hvor retten ikke nødvendigvis har det fulde billede af sagens fakta. Hermed vil retten ikke stå i en situation, hvor beviser er blevet afskåret som værende uden betydning, for senere at opdage, at beviset ville få relevans for bevisbedømmelsen.³³

Reglen om fri bevisførelse stemmer overens med forhandlingsprincippet, hvor det er parterne, som sætter rammerne for sagen jf. retsplejeloven § 338.

2.2.1.3. Bevisbedømmelsen

Bevisførelsen koncentrerer sig om sagens oplysning, hvorimod bevisbedømmelsen beskæftiger sig med rettens eneret til at bedømme de førte beviser. Bevisbedømmelsen reguleres af retsplejelovens § 344, stk. 1, som har følgende ordlyd:

”På baggrund af det, der er passeret under hovedforhandlingerne og bevisførelsen, afgør retten, hvilke faktiske omstændigheder der skal lægges til grund for sagens pådømmelse.”

Retsplejelovens § 344 binder derfor retten til kun at afgøre sagen på baggrund af de rammer, som er opsat af sagens parter jf. forhandlingsprincippet. Hermed er retten bundet til at lægge fakta til grund, som parterne er enige om.³⁴

Spørgsmålet om bevisbyrden opstår, når retten ikke finder, at der foreligger den nødvendige sandsynliggørelse af et bestemt faktum. I disse tilfælde er det relevant at tage stilling til, hvem der bærer risikoen for usikkerheden for opfattelsen af et faktum.³⁵ Det er derfor vigtigt at holde bevisvurdering og bevisbyrde adskilt.

Lovgiver kan have fastlagt bevisbyrden, som det ses i konkurslovens regler om omstødelse og arvelovens regler om testamenter. Såfremt der ikke er lovgivet om bevisbyrden, er det helt klare udgangspunkt, at den, der påberåber sig et krav, bærer bevisbyrden herfor.³⁶

Bevisbedømmelsen forstås som fri, idet der ikke er nogle lovregler, der regulerer bevisbedømmelsen. Dette betyder dog ikke, at der ikke findes nogen retningslinjer for rettens bevisbedømmelse. Bevisbedømmelsen skal udøves på en objektiv måde, som skal kunne meddeles og forklares for omverdenen.³⁷ Det betyder, at dommeren ikke kan lægge sin egen subjektive mening til grund for

³¹Gomard & Kistrup 2013 s. 722, Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 502, Gomard m.fl. 2013 s. 792 og Jochimsen 2012 s. 33.

³²Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 502.

³³Jensen 1999 s. 104 og Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 502.

³⁴Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 508.

³⁵Bang, Juristen nr. 10 1998 s. 397 og Zahle 1976 s. 251.

³⁶Bang, Juristen nr. 10 1998 s. 398 og Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 509 og Gomard & Kistrup 2013 s. 663.

³⁷Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 509, Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 300 og Gomard & Kistrup 2013 s. 646.

en sags resultat, men må lægge vægt på objektive konstaterbare momenter. Ved at anlægge en objektiv bedømmelse, så bør alle dommere med samme faktum komme frem til samme resultat.³⁸

For at kunne afdække disse objektive momenter, findes der redskaber i retsplejeloven, såsom sagkyndige erklæringer, som kan hjælpe retten til at opnå den materielle sandhed. Det er dog vigtigt at understrege, at retten ikke er bundet af sådanne erklæringer, men kan anvende dem som en vejledning til at finde frem til den materielle sandhed.³⁹

2.2.1.3.1. Bevisværdi

Bevisværdi er et udtryk for med, hvilken sandsynlighed et faktum skal tilvejebringes, førend at dette faktum kan lægges til grund af retten. Bevisværdien hænger tæt sammen med bevisbyrdeprincipperne, idet det antages, at et bevisbyrdekrav altid indeholder et krav til bevisværdien. Bevisværdien kan ikke siges at være noget generelt. Den afhænger af de konkrete omstændigheder i den pågældende sag.⁴⁰

2.2.2. Bevistyperne

Bevis er et vidt begreb. Dette er derfor i litteraturen blevet inddelt i forskellige bevistyper.

Overordnet findes der to typer af beviser. De synbare beviser og de mundtlige beviser.⁴¹ Dette kan forudsætningsvis udledes af § 353 stk. 3, idet der nævnes ”dokumenter” og af § 365, stk. 2, da der nævnes ”Medmindre retten bestemmer andet, giver sagsøgeren herefter en kort fremstilling af sagen, hvorefter bevisførelsen finder sted...”. Dokumenter er et synbart bevis, hvorimod formuleringen i § 365 henviser til den mundtlige bevisførelse, som foregår under hovedforhandlingen, altså de mundtlige beviser.

De to typer af beviser er forskellige, idet det mundtlige bevis har karakter af at være et umiddelbart bevis, idet det fremlægges direkte for retten under hovedforhandlingen, hvorimod de synbare beviser har karakter af ikke umiddelbare beviser, idet de fremlægges i dokumentform under forberedelsen.⁴²

Uanset bevisets form så kan et bevis have forskellige funktioner i henhold til oplysning af sagen. Et bevis kan altså være dispositivt og i sig selv udgøre en del af hændelsesforløbet, det kan være berettende, og det kan være vurderende.⁴³

2.2.2.1. De mundtlige beviser

Det typiske eksempel på det mundtlige bevis er vidneforklaringen, som er reguleret i retsplejelovens kapitel 18. Derudover findes den sædvanlige partsforklaring, som reguleres af retsplejelovens § 303. Begge typer af mundtlige beviser føres som hovedregel under hovedforhandlingen jf. retsplejelovens § 174, stk. 1, 1. pkt. og § 340, stk. 1, 1. pkt.

³⁸Sandøe 1831 s. 431f og Gomard & Kistrup 2013 s. 647.

³⁹Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 508 og Gomard & Kistrup 2013 s. 646.

⁴⁰Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 303.

⁴¹Gomard & Kistrup 2013 s. 705, Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 122 og Mortensen 2016 s. 53.

⁴²Gomard & Kistrup 2013 s. 670 og Mortensen 2016 s. 53.

⁴³Gomard & Kistrup 2013 s. 705f. og Mortensen 2016 s. 53.

Et mundtligt bevis eller en forklaring kan enten være vurderende eller berettende. Det mundtlige vurderende bevis vil som oftest være en sagkyndig vidneforklaring, jf. retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn. Her bliver den sagkyndige bedt om at vurdere det pågældende sagsforhold. Det mundtligt berettende bevis er typisk en almindelige vidneforklaring, hvor vidnet skal afgive forklaring om, hvad der er sket, jf. retsplejelovens kapitel 18 om vidneforklaringer.

2.2.2.2. De synbare beviser

I modsætning til de mundtlige beviser, så foreligger disse beviser næsten altid som dokumenter. De synbare beviser bliver fremlagt allerede under forberedelsen af sagen, jf. retsplejelovens § 348, stk. 4, § 351, stk. 5 og 353, stk. 3.

Som nævnt ovenfor så findes de synbare beviser som værende dispositive, berettende eller vurderende. Et dispositivt synbart bevis er et bevis, som i sig selv udgør en del af hændelsesforløbet. Det kan eksempelvis være en huslejekontrakt, kvittering eller lignende. Et berettende bevis er et bevis, som beretter om hændelsesforløbet. Det typiske eksempel herpå er den skriftlige vidneforklaring.⁴⁴ Endeligt findes der det vurderende synbare bevis. Dette forelægger typisk som en sagkyndig erklæring. En sagkyndigerklæring kan bedst beskrives således: *"Ved en sagkyndigerklæring forstås en skriftlig vurdering eller bedømmelse fra en præsumptiv sagkyndig, der er uafhængig i forhold til sagens parter."*⁴⁵

2.2.2.3. Standardbeviset og autoritativt bevis

Udover de ovenfor nævnte bevistyper, så har forfatteren Henrik Zahle opstillet to typer af bevis, som han beskriver i sin doktorafhandling "Om det juridiske bevis". Standardbeviset og det autoritative bevis. Disse er udtryk for hans egen systematisering af bevisretten, men disse betegnelser for bevis bliver anvendt af andre forfattere i den bevisretlige litteratur.⁴⁶

2.2.2.3.1. Standardbeviset

Henrik Zahle definerer standardbeviset således: *"Ved standardbevis forstås jeg et bevisdatum, der – i lov eller judiciel praksis – betragtes som normalt tilstrækkeligt til at antage et faktum. Det pågældende bevisdatum sætter en standard – et normalkrav – for den judicielle bevisvurdering."*⁴⁷

Er et standardbevis fremlagt i en sag, og foreligger der ikke andre relevante beviser, så skal retten afgøre sagen i overensstemmelse med dette standardbevis. Standardbeviset er altså en standardisering af bevisbedømmelsen.⁴⁸

2.2.2.3.2. Autoritativt bevis

Som den anden hovedtype af bevis, nævner Zahle autoritativt bevis, som tjener som en legal begrænsning til den frie bevisbedømmelse.⁴⁹ Hovedeksemplet på sådan en legal begrænsning er den sagkyndige erklæring. Zahle mener, at det autoritative bevis er en naturlig begrænsning, der følger

⁴⁴Gomard & Kistrup 2013 s. 705 og Mortensen 2016 s. 58.

⁴⁵Hørlyck 2015 s. 27.

⁴⁶Hørlyck 2015 s. 24, Mortensen 2016 s. 47 og Von Eyben 1986 s. 39.

⁴⁷Zahle 1976 s. 508.

⁴⁸Zahle 1976 s. 509.

⁴⁹Zahle 1976 s. 533.

af den frie bevisbedømmelse, idet dommeren jo ikke med adgangen til den frie bevisbedømmelse bliver alvidende.⁵⁰

2.2.3. Den historiske baggrund for det frie bevis

Efter at have klarlagt de nugældende bestemmelser, omhandlende det frie bevis, er det vigtigt at belyse, hvad det oprindelige formål med disse bestemmelser var, for at danne et dækkende billede af grundtanken bag reglerne. For at kunne belyse dette søges der hjælp i lovens forarbejder. Hermed laves en subjektiv formålsfortolkning. Bestemmelserne om det frie bevis har sin oprindelse helt tilbage til den første retsplejelov fra 1916 lov nr. 90 af 11. april 1916 (herefter retsplejelov af 1916). Forarbejderne til retsplejeloven af 1916 findes i Proceskommissions udkast fra 1877, som var baseret på et udkast, udarbejdet af J. Nellemann i 1869. Dette udkast blev ikke vedtaget af politiske grunde, men i 1892 blev der nedsat en ny Proceskommission, som afgav et nyt udkast i 1899.⁵¹ Det er derfor i bemærkningerne til disse to lovforslag, henholdsvis 1877-udkastet og 1899-udkastet, hvor hensigten bagved begrebet det frie bevis søges belyst.

2.2.3.1. 1877-udkastet

I tiden før retsplejelovens fødsel herskede der et formelt bevissystem, der primært var styret af Danske Lov 1-13-1. Danske Lov opstillede faste regler for bevisførelse og bevisbedømmelse. En af disse regler var, at vidneførelse skulle ske ved mindst to sammenstemmende vidner, og efter Danske Lov 1-14-8 og Danske Lov 1-15-1 kunne mænds ed og tiltales erkendelse ikke mødes med modbevis. Dommernes opgaver var således blot at konstatere om de formelle regler i forhold til bevisførelse og bevisbedømmelse var overholdt.⁵²

Proceskommissionens udkast fra 1877 er baseret på J. Nellemanns udkast til lov om rettergangsmåden i borgerlige domssager med motiver (herefter Nellemann-udkastet). I og med at der er taget udgangspunkt i dette udkast, har det derfor været vigtigt at tage højde for Nellemann-udkastet ved analysen af 1877-udkastet.

Princippet om det frie bevis i 1877-udkastet var nedskrevet i følgende bestemmelser:

§ 196: *”Bevis kan føres baade directe og indirecte. Alt, hvad der efter sin Natur er i stand til at bidrage til Sagens Oplysning, kan benyttes som Bevis. Undtagelse herfra finder kun Sted, hvor Loven hjemler det.”*⁵³

§ 197: *”Om Noget er bevist eller ikke, afgjøres af Retten, uden at denne i sit Skjøn herover er bunden eller begrænset ved andre Regler end dem, som Loven hjemler.”*⁵⁴

I Nellemann-udkastet havde disse bestemmelser samme ordlyd. Bestemmelser fandtes blot i §§ 78 og 79. Nellemann skrev i motiverne til sit udkast, om bevis og bevisførelse, at: *”Overbeviist om, at den fuldstændige Frihed i Beviset er baade mest stemmende med den juriske Visheds Begreb og*

⁵⁰Zahle 1976 s. 538. Se nærmere herom i kapitel 5 og 6.

⁵¹Mortensen 2016 s. 118.

⁵²Zahle 1994 s. 29.

⁵³1877-udkastet, s. 60.

⁵⁴1877-udkastet, s. 60.

tillige i practisk Henseende hensigtsmæssigt, har jeg overhovedet ikke søgt at indføre nogen som helst hos os hidtil ukjendt og ikke savnet Indskrænkning...”.⁵⁵ Nellemann var således af den opfattelse, at den bedst mulige løsning i forhold til bevisførelse og bevisbedømmelse var, at dette blev anset for frit. Han nævner da også, at det afgørende for ham i forhold til at indføre begrebet det frie bevis var, at parterne så vidt muligt ikke skal indskrænkes i deres valg af beviser og deres bevisførelse.⁵⁶

Om rettens bevisbedømmelse anfører Nellemann i motiverne til § 79:

*”I Udkastets § 79 indeholdes dernæst den anden Hovedsætning i Beviislæren, nemlig at Retten afgjører, om Noget er beviist eller ikke, uden i sit Skjøn herover at være bunden eller begrændset ved andre Regler end dem, Loven hjemler. At dette ogsaa er Hovedprincippet i vor gjældende Ret, idetmindste saaledes som denne nu har udviklet sig ved Optagelsen af Begrebet tildeels lovfaste Vidner og ved Anerkjendelsen af den Sætning, at fuldt Beviis kan dannes ved et større Antal af disse saavel som ved deres Combination med andre Beviser, er vel uomtvistet og uomtvisteligt.”*⁵⁷

Nellemanns klare opfattelse var ligeledes, at bevisbedømmelsen skulle være fri, hvorfor det var op til de juridiske dommere at vurdere de fremlagte beviser. Vurderingen skulle ske på baggrund af forhandlingerne og bevisførelsen.

Nellemanns tanker blev gentaget i Proceskommissionens udkastet fra 1877, hvor det blev anført at:

*”Bevisets Frihed viser sig fornemlig i to Retninger. For det Første møder det Spørgsmaal, ved hvilke Bevismidler kan Bevis føres, og for det Andet møder det Spørgsmaal, om Retten i at bedømme de førte Bevisers Virkninger er bunden eller indskrænket ved Lovregler. [...] saaledes har Kommissionen ikke fundet nogen Anledning til at søge at overføre den i vor Ret. Kommissionen har tvertimod ment at maatte beholde Princip, som med meget faa og lidt betydende Undtagelser gjælder hos os, nemlig at Parterne kunne føre det dem paahvilende Bevis, ved hvilke Bevismidler de selv ville, og at det ene Bevismiddel kan træde istedetfor det andet, ligesom der ej heller er Noget ivejen for, at Parten samtidigt kan benytte forskellige Bevismidler for at godtgjøre noget (§ 196).”*⁵⁸

Ud fra disse bemærkninger kan det udledes, at Proceskommissionen ligeledes var af den opfattelse, at det frie bevis i 1877-udkastet skulle være uden bindinger. Parterne skulle således have mulighed for at benytte forskellige beviser til at godtgøre faktum, og én type bevis kunne træde i stedet for et andet. Ud fra dette kan det ligeledes udledes, at ingen beviser skulle være bedre end andre eller være mere eksklusive.

⁵⁵Nellemann-udkastet 1869 s. 117.

⁵⁶Nellemann-udkastet 1869 s. 117.

⁵⁷Nellemann-udkastet 1869 s. 117.

⁵⁸1877-motiverne s. 14-15.

2.2.3.2. 1899-udkastet

Bestemmelserne §§ 196 og 197 i 1877-udkastet blev i 1899-udkastet erstattet med §§ 104 og 214.

§ 104, stk. 1:

*”Afgørelsen træffes paa Grundlag af den mundtlige Forhandling og Bevisførelsen, jfr. dog §§ 239, 263 og 286. Hvorledes Sagens faktiske Sammenhæng skal antages at være, afgør Retten i Henhold til det samlede Indhold af Forhandlingerne og den stedfundne Bevisførelse.”*⁵⁹

Af bemærkninger til 1899-udkastet følger det, at § 104 indeholder to hovedgrundsætninger. For det første er det retten, som har kompetence til at træffe afgørelse på baggrund af den mundtlige forhandling og bevisførelsen. For det andet, at rettens bevisbedømmelsen var fri.⁶⁰ Hermed videreføres tankerne om det frie bevis fra Nellemann-udkastet og 1877-udkastet.

Ordlyden af § 104, stk. 1, fra 1899-udkastet er nøjagtig den samme, som blev vedtaget ved den første retsplejelov af 1916. Bestemmelsen fandtes der i § 292.⁶¹

Bestemmelsen om den fri bevisførelse fandtes i 1899-udkastets § 214, 1. afsnit, sidste pkt.:

*”Naar den Omstændighed, som ønskes bevist, skønnes at være uden Betydning for Sagen, eller når Modparten under Skriftvekslingen har erkendt den eller til Retsbogen erklærer ikke at ville benægte den, tilstedes Bevisførelse ikke.”*⁶²

Udkastet indeholder ingen særlige bemærkninger til § 214, men det skal her bemærkes, at ordlyden er meget lig den, der i dag ses af retsplejelovens § 341.

1899-udkastets § 214, 1. afsnit, sidste pkt. blev også direkte gengivet i retsplejelov af 1916 i § 352, stk. 1, sidste pkt.⁶³ Den nugældende reteplejelovs § 341 har altså rødder helt tilbage til 1899-udkastet.

Det ses, at de samme tanker, som opstod i Nellemann-udkastet, har forplantet sig til det første udkast til retsplejeloven i 1877 og videre over i 1899-udkastet, som senere dannede grundlag for den første retsplejelov af 1916.

Hermed er det også muligt at se udviklingen fra det legale bevissystem til det materielle bevissystem, hvor det at opnå den materielle sandhed er i højsædet. Proceskommissionen skrev i 1899-udkastets generelle bemærkninger at:

”...Almindelighed bemærkes, at den væsentligste Grund til overhovedet at gaa til en Reform af Civilprocessen maa søges deri, at den virkelige Sandhed under det nuværende System jævnlig har ondt ved at trænge igennem. Men

⁵⁹1899-udkastet s. 33.

⁶⁰1899-bemærkningerne spalte 2756.

⁶¹Lov nr. 90 af 11. april 1916.

⁶²1899-udkastet s. 76.

⁶³Lov nr. 90 af 11. april 1916.

naar dette forholder sig saa, er det dermed ogsaa givet, at man maa vogte sig for at lægge den materielle Retfærdighed Hindringer i Vejen ved ny Formaliteter. Skal Hensynet til den materielle Ret helt igennem først og fremmest have for Øje, kan Formaliteten ikke faa den Skarphed, som den hidtil har haft, men Formerne maa gøres saa fri og bøjelige at der under Rettens Ledelse kan udvikle sig en simpel og fra alle Sider loyal Behandling.”⁶⁴

Formålet med forarbejderne var et forsøg på at gøre procesformen mere bevægelig og fri, samt et forsøg på i højere grad at finde den materielle sandhed.

2.2.3.3. Retsplejelovens bestemmelser om bevisførelse og bevisbedømmelse fra 1916 til i dag

I dag findes reglerne om det frie bevis i retsplejelovens §§ 341 og 344, som nævnt ovenfor. Det findes derfor relevant at belyse udviklingen og ændringen af disse regler fra den oprindelige retsplejelov af 1916 til i dag.

I 1979, ved lov nr. 260 af 8. juni, blev § 352 i retsplejeloven af 1916 ophævet og erstattet af den nugældende § 341. Af lovforarbejderne til lov nr. 260 af 8. juni 1979 til § 341 fremgår det, at bestemmelsen svarer til den fremsatte ændring i betænkning nr. 698 i 1973.⁶⁵ I betænkningen er der til § 341 skrevet, at § 341 i det væsentligste svarer til § 352 i retsplejeloven af 1916.⁶⁶

Dog udgik den del af § 352, som omhandlede parternes adgang til at føre bevis for noget modparten allerede havde erkendt eller erklæret ikke at ville bestride, da det ikke var nødvendigt at lovgive om dette forhold.⁶⁷

Angående § 344, så fremgår det i lovforslag nr. 89 af 1978 ligeledes, at bestemmelsen fremstår, som foreslået i betænkning nr. 698 i 1973.⁶⁸ Af bemærkningerne til § 344 i betænkningen fremgår det, at § 344 svarer med redaktionelle ændringer, til den dagældende bestemmelse § 292, stk. 1, 2. pkt. i retsplejeloven af 1916.⁶⁹

Der har siden ikke været flere ændringer til de pågældende bestemmelser. Dog er der med lov nr. 1725 af 27. december 2016 sket en ændring, hvormed adgangen til at føre sagkyndige beviser er reguleret.⁷⁰

2.2.4. Forarbejdernes retskildemæssige værdi

På grund af forarbejdernes alder, så skal der udvises forsigtighed i anvendelsen af disse. Et lovforarbejde kan miste sin betydning af flere årsager. For det første mister et lovforarbejde sin betydning,

⁶⁴1899-bemærkninger spalte 2806f.

⁶⁵Lovforslag nr. 89 af 1978, Til §§ 338-347.

⁶⁶Betænkning nr. 698 af 1973, Til § 341.

⁶⁷Betænkning nr. 698 af 1973, Til § 341.

⁶⁸Lovforslag nr. 89 af 1978, Til §§ 338-347.

⁶⁹Betænkning nr. 698 af 1973, Til § 344.

⁷⁰Se nærmere herom i afsnit 3.4 og 4.4.

når der kommer nye ændringer, idet der altid skal tages udgangspunkt i gældende ret. For det andet kan det miste sin betydning, hvis samfundsudviklingen er løbet fra forarbejdets formål og hensigt.⁷¹

Som gennemgået ovenfor er det de samme tanker og grundideer, som findes i J. Nellesmanns udkast fra 1869, lovforarbejderne i 1877-udkastet, 1899-udkastet og det endelige udkast til retsplejelov af 1916. Endvidere ses det af betænkning nr. 698 fra 1973, at ideerne og grundtankerne fra de ovenfor nævnte forarbejder og love stadigvæk var gældende ved ændringen af loven i 1979, idet der blev skrevet følgende: *"Denne bestemmelse, der også retter sig mod retstilstanden før retsplejeloven, jfr. mot. 1877 s. 15-16 og mot. 1899 sp. 38, indebærer ikke andet og mere, end hvad der allerede følger af den foreslåede bestemmelse i stk. 1."*⁷² Selvom der senere er kommet ændringer til reglerne om bevisførelse og bevisbedømmelse, så blev formålet fra de tidligere udkast fra 1877 og 1899 videreført ved lov nr. 260 af 8. juni 1978.

2.2.5. Afslutning

Bestemmelserne §§ 341 og 344 udgør tilsammen det, der i den civile retspleje kaldes for det frie bevis. Ved den historiske gennemgang af reglerne om bevisførelse og bevisbedømmelse, ses det, at baggrunden for indførelsen af begrebet det frie bevis udtrykkeligt var, at bevisførelsen og bevisbedømmelsen skulle være fri og uden legale bindinger. Dette formål er blevet videreført igennem tiden og står således stadigvæk ved magt, idet grundtankerne er ført videre igennem ændringerne af retsplejeloven. En af hovedtankerne bagved det frie bevis var, at alle beviser kunne tillægges den værdi, som de naturligt besad, samt at intet bevis var mere eksklusivt end andet.

Ud fra ovenstående analyse så antages det, at tiden ikke er løbet fra forarbejderne fra 1800-tallet. Dette argument vil blive diskuteret yderligere i kapitel 6.

Kapitel 3. Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer

3.1. Indledning

Med lovændring nr. 1725 af 27. december 2016 (herefter lovændringen) blev der blandt andet indsat to nye bestemmelser §§ 209a og 341a.

I dette kapitel vil der blive redegjort for begrebet sagkyndig erklæring, herunder hvornår en sådan erklæring er ensidigt indhentet. Endvidere belyser kapitlet retstilstanden før lovændringen, i forhold til tilladelse til fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer. Ydermere vil formålet med §§ 209a og 341a blive beskrevet og analyseret.

3.2. Begrebet sagkyndige erklæringer

En sagkyndig erklæring er et synbart vurderende bevis foretaget af: *"...en præsumptiv sagkyndig, der er uafhængig i henhold til sagens parter."*⁷³

⁷¹Blume 2016 s. 209. Se endvidere afsnit 1.3.1.1.1.

⁷²Betænkning nr. 698 af 1973, Til § 344.

⁷³Hørlyck 2015 s. 27. Se afsnit 2.2.2.2.

En sagkyndig erklæring er ensidigt indhentet, når modparten ikke har samtykket, og retten ikke har godkendt indhentelsen af den sagkyndige erklæring.⁷⁴

3.3. Retstilstanden før 1. juli 2017

For at forstå behovet for en lovregulering af parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager, så findes det nødvendigt at undersøge retstilstanden inden lovændringens ikrafttræden.

Retstilstanden, med hensyn til parternes adgang til fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer inden lovændringen, kan opdeles i tre perioder.

3.3.1. Ingen mulighed for fremlæggelse

Indtil år 2007 var det, som udgangspunkt ikke muligt for parterne i civilesager at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som bevis, medmindre særlige omstændigheder forelå.

Som nævnt, er der i dansk retspleje fri bevisførelse og bevisbedømmelse, hvorfor intet bevis er bedre end et andet eller mere eksklusivt. Dog var retstilstanden før år 2007 således, at reglerne i retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn de facto formaliserede bevisførelsen. Herefter blev sagkyndig oplysning af civilesager opfyldt ved at udmelde syn og skøn. Det var af denne grund ikke muligt for parterne at fremlægge sådanne ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, uanset hvor tungtvejende hensynet var herfor.⁷⁵ Rettens rolle var herefter at føre kontrol med om skønsmændenes standpunkt var rimeligt samt, at syn og skønnet ikke var bygget på et usagligt eller partisk grundlag.⁷⁶

Dette understøttes af Oscar Bondo Svane, som i bogen ”Retsplejeloven igennem 50 år” udtaler: *”Et syn og skøn – eller en udtalelse fra retslægerådet – tillægger domstolene ofte samme vægt, som de gamle hellenere lagde på et svar fra oraklet i Delfi, således at sagens realitet dermed er afgjort, og således at der herefter stort set kun står tilbage at fastsætte sagens omkostninger.”*⁷⁷

Retstilstanden kan endvidere belyses og understøttes af retspraksis fra perioden før år 2007.

I U.1976.407V blev en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring angående mangler på en traktor, som var udarbejdet af en ingeniør på opfordring af køberen ikke tilladt fremlagt. Om erklæringen udtalte Vestre Landsret: *”Den pågældende erklæring har sagsøgeren indhentet udenretligt og uden at han på forhånd har fået sagsøgte til at godkende, at erklæringen blev rekvireret, og i øvrigt også uden at tilvarsle sagsøgte til besigtigelsesforretningen. I stedet for at fremlægge den pågældende, ensidigt fremskaffede erklæring bør sagsøgeren henvises til at iværksætte indenretligt syn og skøn i overensstemmelse med retsplejelovens regler herom.”*

Vestre Landsrets lægger til grund, at kan der føres syn og skøn, så foretrækkes dette henset til, at modparten skal have mulighed for at sikre sig bevis.

⁷⁴Hørlyck U.2014B.355 s. 356.

⁷⁵Hørlyck U.2014B.355 s. 355.

⁷⁶Fournais & Johannesen U.2012B.498 s. 498.

⁷⁷Borum m.fl. 1969 s. 93.

Det samme fremgår af dommen U.1997.1324V, som omhandlede en ensidigt indhentet erklæring udformet af en bilinspektør fra Statens Bilinspektion. Denne erklæring blev også nægtet fremlagt, idet Vestre Landsret udtalte: *”Da erklæringen af 17. december 1994 fra Statens Bilinspektion er ensidigt indhentet af indkærede efter straffesagens afslutning, findes den ikke at kunne anvendes som bevis i sagen.”* Her følger ingen anden forklaring end at, da erklæringen er ensidigt indhentet, så kunne den ikke fremlægges som bevis i sagen.

I dommen U.2003.1088V blev en speciallægeerklæring, som var ensidigt indhentet af sagsøgeren ikke tilladt fremlagt. Byretten nægtede fremlæggelsen henset til, at erklæringen var ensidigt indhentet. Vestre Landsret nåede til samme resultat, men uddybede begrundelsen med at erklæringen ikke var indgået i det grundlag for de afgørelser, som byretten skulle tage stilling til. Desuden udtalte Vestre Landsret, at erklæringen ikke var indhentet efter reglerne om syn og skøn eller reglerne om indhentelse af sagkyndige erklæringer.

Syn og skøn opnåede i tiden inden år 2007 en status som et eksklusivt bevismiddel. Erik Hørlyck skriver i sin artikel U.2014B.355: *”Begrebet ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer blev opfattet som noget odiøst og utilladeligt, et forsøg på snyderi eller falske lodder i Fru Justitias vægtskål.”*⁷⁸ Han begrundede endvidere denne tankegang med, at der fandtes en form for naivitet om, at vurderinger af teknisk, økonomisk og lignende karakter var noget entydigt, og at netop denne entydige karakter var noget, som den autoriserede syn og skønsmand ville kunne redegøre for, ved at følge de formelle regler, som kapitel 19 i retsplejeloven opstillede.⁷⁹

Det fremgår dog af retspraksis, at sådanne erklæringer tillodes fremlagt, såfremt de tjente som grundlag for en begæring om nyt syn og skøn eller, hvis erklæringen skulle indgå i et syn og skøn,⁸⁰ se: U.1981.143V, U.2001.502Ø, U.2005.1472H og U.2015.549H.

3.3.2. Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *inden* sagens anlæg

I år 2007 skete der en ændring i den retstilstand, som hidtil havde eksisteret. Med dommen U.2007.2040H åbnede Højesteret muligheden for at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som bevis i civilesager.

Dette gjorde Højesteret med følgende udtalelse: *”En part kan i almindelighed ikke afskæres fra at fremlægge udtalelser og erklæringer, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og eksperter. Højesteret tiltræder, at der i denne sag ikke er grundlag for at fravige dette udgangspunkt, og stadfæster derfor kendelsen.”*

Sagen omhandlede en whiplash-skade, hvor parterne var uenige om erhvervsevnetabets størrelse. Skadelidte havde derfor inden sagens anlæg indhentet en speciallægeerklæring, som skulle anvendes som bevis, for den reelle erhvervsevnetabsprocentsats. Byretten tillod ikke erklæringen fremlagt, idet byretten fandt, at denne var indhentet i strid med reglerne om fremlæggelse af bevis under retssager.

⁷⁸Hørlyck U.2014B.355 s. 355.

⁷⁹Hørlyck U.2014B.355 s. 355.

⁸⁰Hørlyck 2015 s. 98.

Dette erklærede Østre Landsret sig uenig i, idet de udtalte: *”Da speciallægeerklæringen er udarbejdet før sagens anlæg, og da erklæringen må anses som et naturligt led i sagsøgers bestræbelser på at underbygge sin påstand, finder retten ikke, at det på forhånd kan fastslås, at erklæringen er uden betydning for sagens afgørelse. Byrettens afgørelse ændres derfor, idet bemærkes, at landsretten ikke herved har taget stilling til erklæringens bevisvægt.”*

Ændringen i Østre Landsrets holdning i forhold til at tillade denne type af erklæringer må kunne begrundes i, at Østre Landsret i dette tilfælde ikke anså erklæringen for irrelevant uanset, at parterne var enige om, at der skulle indhentes en erklæring fra Retslægerådet. Det er dog interessant, at Østre Landsret ikke i deres bemærkninger vil tage stilling til bevisets vægt.

Som det fremgår ovenfor, så tillod Højesteret erklæringen fremlagt. Det interessante og det som medførte et paradigmeskifte i retstilstanden var, at Højesteret formulerede deres udtalelse som en generel regel, som rakte videre end den egentlige sag.⁸¹ Endvidere opstillede Højesteret ikke nogen betingelser for, hvornår en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet før sagens anlæg kunne fremlægges som bevis. Højesteret skriver her, at det i *”...almindelighed ikke kan afskæres...”*.

Ud fra Højesterets præmisser er det endvidere værd at bemærke, at de henviser til erklæringer indhentet *inden* sagens anlæg. Hermed åbnede de ikke adgangen for at kunne fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg.

U.2007.2040H fik dog ikke lov til at stå alene. Senere kom der tre domme som indskrænkede og præciserede den ændring, som U.2007.2040H medførte.

Den første dom kom i år 2008. U.2008.2193H omhandlede også en ensidigt indhentet speciallægeerklæring. Denne speciallægeerklæring blev indhentet for at fastsætte årsagssammenhængen mellem de gener, som skadelidte havde og den skade, som skadelidte blev påført under en operation.

Vestre Landsret tillod ikke fremlæggelsen af denne speciallægeerklæring som bevis i sagen, under hensyn til omstændighederne ved dens tilblivelse. Dette blev ikke tiltrådt af Højesteret, som fandt: *”...at en part som udgangspunkt ikke er afskåret fra at fremlægge udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og sagkyndige.”*

Den samme formulering blev gengivet i U.2008.2393H, hvor der var tale om, at sagsøgeren gerne ville fremlægge et mødereferat. Højesteret tilføjede dog følgende: *”Dette gælder tilsvarende også dokumenter, der beskriver det faktiske sagsforløb, herunder referater af mundtlige redegørelser fra personer, der har deltaget i sagsforløbet, når dokumenterne er udarbejdet forud for sagsanlægget til brug for forberedelsen af det.”*

Begge domme indskrænkede U.2007.2040H, idet dommene fra 2008 ikke tillod enhver ensidigt indhentet sagkyndig erklæring fremlagt. Den sagkyndige erklæring skulle leve op til nogle krav, førend de kunne tillades fremlagt som bevis. Der skulle være tale om udtalelser og erklæringer om

⁸¹Fournais & Johannesen U.2012B.498 s. 499.

forhold af teknisk karakter, og disse skulle være indhentet af rådgivere og sagkyndige, eller være dokumenter, der beskrev det faktiske sagsforløb.

Den sidste dom, som præciserede den regel, som blev opstillet i U.2007.2040H af Højesteret, var U.2011.151H. Sagen omhandlede, hvorvidt et elselskab havde overtrådt konkurrencelovens § 11, og i den forbindelse havde det sagsøgende selskab med hjælp fra en række sagkyndige udformet et ”research paper”, som de ønskede fremlagt.

Højesteret udtalte herom: *”Højesteret finder, at en part som udgangspunkt ikke er afskåret fra at fremlægge udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere eller sagkyndige.”*

Med U.2011.151H blev rammerne endeligt sat for, hvornår en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring, indhentet inden sagens anlæg, kunne fremlægges som bevis i en civilsag. Hermed var det ikke længere kun sagkyndige erklæringer af teknisk karakter, som kunne fremlægges men sagkyndige erklæringer af teknisk, økonomisk eller lignende karakter.

3.3.3. Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg

Med U.2007.2040H blev der kun åbnet op for adgangen til at fremlægge erklæringer indhentet *inden* sagens anlæg.

Der foreligger en omfattende retspraksis, som afviser fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg. At disse ikke tillodes fremlagt er blandt andet blevet kritiseret af forfatteren Erik Hørlyck, der i sin bog ”Syn og skøn – sagkyndig bevisførelse”, samt hans artikel U2014B.355 er af den opfattelse, at udgangspunktet burde være det samme uanset, hvornår en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring er indhentet, idet han mener, at der ikke er nogen relevant forskel på de to erklæringer.⁸²

Det skal nævnes, at erstatningsansvarslovens § 10 hjemler adgang til at indhente en udtalelse fra Arbejdsmarkedets Erhvervssikring, uanset at denne er indhentet *efter* sagens anlæg jf. dommen U.2004.1847H. Dette forhold uddybes ikke yderligere i dette speciale.

I år 2011, åbnede Østre Landsret muligheden for at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg. Dette gjorde de med FED.2011.26Ø. Her tillod de fremlæggelse af en sådan erklæring. Den sagkyndige erklæring var udarbejdet af en af parterne, et forsikringsselskab, eksterne rådgiver. Denne erklæring tjente, som en afløsning til en erklæring forsikringsselskabet havde indhentet før sagens anlæg. Østre Landsret udtalte her:

”En part er som udgangspunkt ikke afskåret fra at fremlægge udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og sagkyndige. Efter kærendes fremlæggelse af en sådan udtalelse fremlagde indkærede en under retssagen udarbejdet erklæring indeholdende kritik af såvel konklusionen i udtalelsen som de tekniske beregninger, der lå til grund herfor. Den i sagen omtvistede rapport (bilag E) indeholder kærendes rådgivers svar på den rejste kritik, om fremlæggelse heraf må anses som et naturligt led i frembringelsen af de to første

⁸²Hørlyck 2015 s. 96 og Hørlyck U.2014B.355 s. 358.

bilag. Herefter, og idet bilaget tillige findes egnet til at indgå blandt de bilag, der forelægges skønsmændene, tages kærendes påstand til følge.”

Den ensidigt indhentede sagkyndige erklæring indhentet efter sagens anlæg tillodes kun fremlagt under det forhold, at erklæringen tjente, som en afløsning til en tidligere indhentet erklæring udarbejdet før sagens anlæg. Endvidere at rapporten var egnet til at skulle indgå i det materiale, som skulle forelægges for skønsmændene i sagen.

Hermed åbnede Østre Landsret ikke en generel adgang til at fremlægges ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg. Det kan konkluderes, at fremlæggelse af sådanne erklæringer kræver særlige omstændigheder.

Før lovændringen per 1. juli 2017 var tendensen om sagkyndig bevisførelse, at parterne skulle gå frem efter reglerne i retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn.

Retsplejelovens eneste lovhjemmel til at afskære bevisførelse er § 341. Det må derfor antages, at retten før lovændringen anså ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg som værende uden betydning for sagen.⁸³

3.4. Retstilstanden per 1. juli 2017

Den 1. juli 2017 trådte lov nr. 1725 af 27. december 2016 i kraft. Denne lovændring til retsplejeloven havde som formål at ændre adgangen til sagkyndig bevisførelse. Som nævnt i afsnit 1.1. er det indsættelsen af §§ 198, stk. 1, 2. pkt., 209, 2. pkt., 209a og 341a, som for dette speciale er de mest interessante. Det skal nævnes, at der med lovændringen også var flere småændringer til retsplejeloven, som ikke vil blive behandlet yderligere.

Lovvedtagelsens ændringer til §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209 vil blive behandlet i kapitel 4, idet de angår reglerne om syn og skøn. I nærværende kapitel analyseres den nye bestemmelse, § 209a, som også er placeret i retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn. Denne opdeling skyldes, at ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer behandles særskilt i dette speciale. Dette gøres med det ønske at belyse retstilstanden for de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer særskilt, for senere at kunne sammenholde disse med retsstillingen for skønserklæringer.

I forhold til de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer kan der på baggrund af lovændringen opstilles to situationer, hvor der er hjemmel for parterne til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som bevis.

Den ene reguleres af den nye lovbestemmelse § 209a. Her kan parterne, som supplement til eller i stedet for syn og skøn anvende ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, *såfremt de er enige herom*.

Den anden mulighed for fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer findes i den nye bestemmelse § 341a. Såfremt en part har fremlagt en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring

⁸³Mortensen 2016 s. 159.

indhentet *før sagens anlæg*, så har modparten adgang til at fremlægge en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring som moderklæring, som er indhentet *efter sagens anlæg*.

Af de specielle bemærkninger til lovforslaget fremgår det, at Retsplejerrådet definerer en sagkyndig erklæring som: ”...*sagkyndige erklæringer, der svarer til syn og skøn, dvs. som indebærer en besigtigelse og/eller beskrivelse samt vurdering af et konkret faktisk forhold, som er genstand for bevisførelse under sagen.*”⁸⁴

Retsplejerrådet anfører i de specielle bemærkninger om juridiske responsum til både retsplejelovens § 209a og § 341a, at jævnfør ordlyden: ”*forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter*”, så er den eneste begrænsning hertil, at juridisk responsum ikke kan anvendes som en sagkyndig erklæring. Juridisk responsum kan føres under sagen som juridisk argumentation.⁸⁵ Det samme gælder for sagkyndige erklæringer af generel karakter, der foreligger på grundlag af almen viden, f.eks. responsa fra brancheorganisationer eller erklæringer fra teknisk institut.⁸⁶

Disse to bestemmelser vil særskilt blive analyseret, redegjort for og systematiseret nedenfor.

3.4.1. Retsplejelovens § 209a

3.4.1.1. Ordlydsfortolkning og objektiv formålsfortolkning

For at finde formålet i en lovbestemmelse, tages der, som nævnt ovenfor i kapitel 1, udgangspunkt i lovens ordlyd.

§ 209a har følgende ordlyd:

”Retten kan i en borgerlig sag efter fælles anmodning fra sagens parter tillade, at parterne som supplement til eller i stedet for optagelse af syn og skøn fremlægger erklæringer, som parterne hver især indhenter fra sagkyndige, om konkrete forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter. Rettens tilladelse omfatter også sagens behandling i ankeinstansen.

Stk. 2. Ved afhøring af sagkyndige, der har afgivet de i stk. 1 nævnte erklæringer, kan de sagkyndige som udgangspunkt overvære afhøringen af hinanden og eventuelle skøns mænd, og retten kan give de sagkyndige lov til at rådføre sig med hinanden, inden de svarer.

Stk. 3. Domstolsstyrelsen kan fastsætte regler om, at erklæringer som nævnt i stk. 1 skal afgives på særlige blanketter, og at erklæringen skal fremsendes til retten i et særligt format, herunder digitalt.”

Det overordnede formål med indsættelsen af § 209a er, at det nu er muligt at anvende ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som supplement til eller i stedet for optagelse af syn og skøn, som

⁸⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 Til nr. 6.

⁸⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 Til nr. 6.

⁸⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 Til nr. 4 og 6.

det fremgår af bestemmelsens stk. 1. En forudsætning for at denne mulighed kan finde anvendelse er, at parterne er enige. Dette udtrykkes ved ordene: ”...*efter fælles anmodning fra sagens parter*...”. Adgangen er begrænset til forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter. Denne ordlyd fremgår som nævnt også direkte af Højesterets præmisser i dommen U.2011.151H.⁸⁷ Mulighed for fremlæggelse af sådanne erklæringer gælder ligeledes i ankesagen jf. § 209a stk. 1, 2. pkt.

Bestemmelsens stk. 2 omhandler muligheden for afhøring af de rådgivere og/eller sagkyndige, som har afgivet de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer. Disse sagkyndige og/eller rådgivere har efter stk. 2 mulighed for at overhøre hinandens vidneudsagn samt overhøre eventuelle skønsmands udsagn. De sagkyndige kan endvidere, hvis retten tillader det, få lov til at rådføre sig med hinanden inden de besvarer parternes spørgsmål. Ordlyden i bestemmelsen stk. 2 findes at være meget lig ordlyden i retsplejelovens § 206, stk. 3. Forskellen er dog blot, at skønsmandene efter retsplejelovens § 206, stk. 3 har mulighed for at overhøre vidnernes afhøring, denne mulighed er ikke hjemlet i retsplejelovens § 209a, stk. 2.

I kapitel 18 findes reglerne om vidner. Det er i § 182 i kapitel 18 bestemt, at et vidne ikke må overhøre afhøringer af andre vidner. Med lovændringen blev det vedtaget, at sagkyndige og/eller rådgivere gerne må overhøre hinandens afhøringer. Dette er en undtagelse til hovedreglen i retsplejelovens § 182, stk. 1.

Bestemmelsens stk. 3 behandler, at Domstolsstyrelsen har mulighed for at fastsætte regler om, hvorvidt de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer skal afgives på særlige blanketter og sendes til retten i et særligt format.

En ordlydsfortolkning af retsplejelovens § 209a giver ikke et fyldestgørende indblik i bestemmelsens formål, hvorfor det er nødvendigt også at anvende en subjektiv formålsfortolkning.

3.4.1.2. Subjektiv formålsfortolkning

Den subjektive formålsfortolkning tager udgangspunkt i forarbejderne til lov nr. 1725 af 27. december 2016. Forarbejderne udgør ”Forslag til Lov om ændringer af retsplejeloven (Sagkyndig bevisførelse m.v.) nr. 20 af 10. maj 2016” (herefter lovforslaget).

Formålet med § 209a var at udvide parternes adgang til sagkyndig bevisførelse i civile retssager.⁸⁸ Det helt klare udgangspunkt er, at sagkyndig oplysning af sagen finder sted efter reglerne om syn og skøn i retsplejelovens kapitel 19.⁸⁹

Retsplejerådet ønsker at åbne muligheden for sagkyndig oplysning af sagen således, at parterne tillades fremlæggelse af erklæringer, som de hver især har indhentet under sagen. Endvidere foreslår de også muligheden for at kunne føre ensidigt udpegede ekspertvidner, som supplement til eller i stedet for syn og skøn. Fordelene og ulemperne ved en ubegrænset adgang til sagkyndig oplysning af sagen må opvejes overfor hinanden.⁹⁰

⁸⁷Tidligere nævnt i afsnit 3.3.2.

⁸⁸Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 1.

⁸⁹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹⁰Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

3.4.1.2.1. For udvidelse af ubegrænset adgang

Efter Retsplejerådets opfattelse er et argument for udvidelse af adgangen, at retssystemet ikke skal diktere, hvordan parterne nærmere tilrettelægger deres bevisførelse.⁹¹ Hermed ment at tillades parterne kun sagkyndig oplysning af sagen ved syn og skøn, så afskæres parterne fra selv at sætte rammerne, hvilket er i strid med forhandlingsprincippet i retsplejelovens § 338. Retsplejerådet bemærker dog, at forhandlingsprincippet skal sammenholdes med, at syn og skøn fungerer som sagkyndig bistand for retten, når retten vurderer sagens bevismateriale.⁹² Det må antages, at forhandlingsprincippet derfor begrænses af rettens behov for at opnå den materielle sandhed igennem oplysning af sagen ved skønserklæringen.

En anden fordel, som Retsplejerådet nævner er at oplysningsniveauet højnes, når bevistemaet belyses af flere forskellige fagfolk.⁹³ Hermed konstaterer Retsplejerådet at det for den juridiske dommer, bliver nemmere at finde frem til den materielle sandhed, når et højere oplysningsniveau opnås.

Ophøjelsen af oplysningsniveauet vil også være til fordel for en skønsmand i sagen, hvor de sagkyndige erklæringer anvendes som supplement til syn og skøn. Ved at udvide adgangen opnår skønsmanden en større baggrundsviden og dermed et bedre grundlag at afgive sin erklæring på.⁹⁴

Baggrunden for udvidelsen og formålet med indsættelsen af § 209a var primært et hensyn til, at der ikke altid er ét rigtigt svar, men at der på et fagområde kan være flere ”faglige skoler”. I disse tilfælde, vil Retsplejerådet give parterne større adgang til at kunne få belyst deres standpunkt.⁹⁵

3.4.1.2.2. Imod udvidelse af en ubegrænset adgang

Retsplejerådet har udover en række fordele ved ubegrænset udvidelse af adgangen til sagkyndig oplysning, også udtrykt deres bekymring over en sådan udvidelse, ved i lovforslaget at opliste en række ulemper.

For det første anfører Retsplejerådet, at en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet efter sagens anlæg ikke har samme og aldrig vil få samme bevisvægt som et syn og skøn. Dette begrundes med de sagkyndiges manglende uvildighed og det faktum, at spørgsmålene i sådanne erklæringer anses for subjektive, hvorfor den sagkyndige de facto vil være farvet af disse.⁹⁶

Endvidere anfører Retsplejerådet, at en udvidelse af adgangen for sagkyndig oplysning af sagen, kan lægge et pres på den modpart, som ikke har indhentet en sagkyndig erklæring. Efter Retsplejerådets opfattelse vil de ensidigt indhentede erklæringers ringe bevisvægt kunne medføre et ”ekspertkapløb”. Et sådant vil kunne skabe en ulighed mellem parterne, såfremt det kun er den ene part, som har tid og råd til at afvente og udforme disse erklæringer. Dermed vil det blive den økonomisk stærke part, som får en fordel, hvilket er uhensigtsmæssigt.⁹⁷ Yderligere vil en udvidelse

⁹¹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹²Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1.

⁹³Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1 og 2.2.2.2.

⁹⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹⁷Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

også kunne have økonomiske konsekvenser for domstolene, idet sagsbehandlingstiden forøges med fremlæggelsen af de mange erklæringer.⁹⁸

Argumentet om at oplysningsniveauet vil kunne højnes samt det argument, at det for den juridiske dommer ville være nemmere at nå den materielle sandhed ved fremlæggelse af flere sagkyndige erklæringer/ekspertvidner, forkastes af Retsplejerådet med følgende udtalelse:

*”En omfattende fremlæggelse af ensidigt indhentede eksperterklæringer vil medføre, at retten skal bedømme, de bevismæssige spørgsmål af mere teknisk art, som sagen rejser, på grundlag af, hvad der ville kunne fremstå som et virvar af modsatrettede erklæringer. Der vil være sandsynlighed for, at retten i de tilfælde, hvor de ensidigt indhentede erklæringer peger i hver sin retning, ofte vil ende med at afgøre sagen ud fra overvejelser om, hvem der har bevisbyrden for det pågældende forhold, i hvert fald hvis der ikke deltager sagkyndige meddommere. I det omfang dette sker, kan man sige, at der reelt intet positivt vil være opnået.”*⁹⁹

Her udtaler Retsplejerådet direkte, at en juridisk dommer ikke vil være i stand til at bedømme modsatrettede beviser, og argumentet om at det bliver nemmere for dommerne at finde den materielle sandhed, når der foreligger flere erklæringer forkastes. Denne udtalelse kan lægge op til forundring, idet den juridiske dommers fornemmeste opgave er at foretage en bedømmelse af de fremlagte beviser samt finde frem til bevisernes bevisvægt for at finde den materielle sandhed. At sager afgøres på baggrund af bevisbyrden sker først, når den juridiske dommer ikke finder sandsynliggørelse af et bestemt faktum. Bevisbyrde påhviler herefter den part, der bærer risikoen for, at et sådant faktum ikke er sandsynliggjort.¹⁰⁰ Retsplejerådet konstaterer altså, at modsatrettede erklæringer udelukker, at den materielle sandhed opnås.

Retsplejerådet bemærker endvidere, at ubegrænset adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer kan medføre en utilbørlig påvirkning af skønsmanden.¹⁰¹ Dette kan ligeledes undre, da Retsplejerådet selv nævnte, at en af fordelene ved ubegrænset adgang til fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringerne var, at skønsmandens oplysningsniveau i så fald ville blive højnet.

Endnu et argument imod at udvide adgangen til sagkyndig oplysning af sagen, ifølge Retsplejerådet, er at der i år 2014 blev gennemført en total revidering af retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn, hvorfor der med disse regler er givet parterne tilstrækkelig mulighed for at få oplyst deres standpunkt igennem syn og skøn.¹⁰²

⁹⁸Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

⁹⁹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁰Se afsnit 2.2.1.3.

¹⁰¹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰²Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

3.4.1.2.3. Den endelige adgang til fremlæggelse af sagkyndige erklæringer efter § 209a

Retsplejerådet kommer efter en samlet vurdering frem til, at en ubegrænset adgang til sagkyndig oplysning af sagen ikke er ønskelig grundet ovenfor nævnte argumenter.¹⁰³ Rådet foreslår i stedet følgende: ”...at den bedste løsning – den der sammen med de øvrige lovændringer, som rådet foreslår, bedst kan imødekomme parternes behov og samtidig imødegå de ovenfor nævnte ulemper – vil være at lovfæste en ordning, hvorefter parterne i enighed og med rettens tilladelse kan beslutte i stedet for eller som supplement til syn og skøn at indhente og fremlægge skriftlige erklæringer og vidneforklaringer fra hver deres eksperter.”¹⁰⁴

Denne ordning begrundes som ønskelig, idet at syn og skøn fungerer som uvildig sagkyndig bistand for retten. Hermed vinder argumentet om, at den juridiske dommer ikke er i stand til at bedømme flere modsatrettede beviser og argumentet om at oplysningsniveauet højnes ved flere erklæringer forlades. Med denne løsning vil parterne, efter Retsplejerådets opfattelse, kun fravælge syn og skøn, hvor parterne er ligestillede i henhold til tidsmæssige og økonomiske ressourcer, idet der er efter § 209a er et krav om enighed.

Retsplejerådet understreger endvidere, at denne ordning kun kan anvendes, når det af retten skønnes at være hensigtsmæssigt, selvom parterne er enige. Af lovforslaget nævner Retsplejerådet, at det kun er hensigtsmæssigt at anvende denne ordning, når der indenfor det pågældende fagområde findes flere ”faglige skoler”.¹⁰⁵ Er der flere faglige skoler, så er der dog mulighed for, at retten kan afvise ordningen, hvis retten finder, at sagen ikke kan bære det af ressourcemæssige hensyn.¹⁰⁶ Af lovtekstens ordlyd fremgår kravet om hensigtsmæssighed ikke. Ordlyden præciserer blot, at retten kan ”tillade”. Det faktum at Retsplejerådet i lovforslaget både præciserer, at tilladelse kun kan gives, når det findes hensigtsmæssigt og endvidere definerer, hvornår hensigtsmæssighed eksisterer, kunne indikere, at der sker lovgivning i forarbejderne.¹⁰⁷ Retskildemæssigt må det være lovtekstens ordlyd, som sætter rammerne for rettens anvendelse af bestemmelsen. Idet hensigtsmæssighedskravet ikke kan læses direkte af bestemmelsens ordlyd vil det derfor være interessant at se, hvorvidt dette krav kommer til at vinde indpas i fremtidig anvendelse af bestemmelsen.

Ud fra de almindelige bemærkninger til lovforslaget vil § 209a kun finde anvendelse såfremt: parterne er enige herom, der er flere faglige skoler, og hvis sagen økonomisk og ressourcemæssigt kan bære det. Ud fra disse kriterier kan det formentligt udledes, at muligheden kun foreligger i meget få og begrænsede tilfælde.

Endvidere udtaler Retsplejerådet: ”Med henblik på at undgå at komme i den situation, at man reelt må afgøre sagen på grundlag af overvejelser om bevisbyrde, vil retten kunne opfordre parterne til at supplere de indhentede eksperterklæringer med syn og skøn efter den almindelige regel herom i

¹⁰³ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁴ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁵ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁶ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁷ Se afsnit 1.3.1.1.1.

*retsplejelovens § 339, stk. 3.*¹⁰⁸ Hermed indrømmes retten en yderligere mulighed for, at afgørelsen skal falde tilbage på skønserklæringen.

Såfremt retten tillader anvendelse af retsplejelovens § 209a, vil der være mulighed for såkaldt ”expert conferencing”, efter bestemmelsens stk. 2. Her kan parternes ekspertvidner, med rettens tilladelse, få lov til at overhøre hinandens forklaringer og rådføre sig med hinanden, inden de afgiver svar.¹⁰⁹ Dette åbner muligheden for, at de sagkyndiges forskellige synspunkter bliver fremført direkte for retten under hovedforhandlingen. Retten inddrages derfor i den faglige diskussion til belysning af de forskellige faglige skoler.

Med domstolsreformen i år 2007 var det en forudsætning, at der fremover skulle beskikkes flere sagkyndige retsmedlemmer. Retsplejerådet konstaterer, at der ikke er sket en stigning i beskikkelsen. Retsplejerådet finder ikke, at der skal ske en revidering af reglerne om brugen af sagkyndige retsmedlemmer førend, man har set effekten af de nugældende regler.¹¹⁰ Hermed sagt at den retstilstand, der vedrører brugen af sagkyndige retsmedlemmer fremover vil fortsætte uændret, hvilket nok vil have den betydning, at sagkyndige retsmedlemmer ikke bliver anvendt i højere grad end hidtil.

Der kan argumenteres for, at sagkyndige retsmedlemmer vil være en god bistand til den juridiske dommer i sager, hvor § 209a skal anvendes, idet de besidder teknisk viden. Dette vil gøre det nemmere at opnå den materielle sandhed.

Slutteligt konkluderer Retsplejerådet, at anvendelsen af ordningen i § 209a skal ske med særligt fokus på sagsbehandlingens effektivitet. Hermed konstaterer Retsplejerådet, at retten skal holde effektiv snor i sagens fremdrift. Der bør håndhæves strenge præklusionsregler i forhold til afgivelse og udformning af de sagkyndige erklæringer.¹¹¹ Hensynet til hurtig og effektiv rettergang vægtes altså tungt af Retsplejerådet.

Det fremgår af lovforslaget, at Justitsministeriet er enige i Retsplejerådets almindelige såvel som specielle bemærkninger til lovændringens § 209a. Justitsministeriet tilslutter sig indsættelsen af § 209a i overensstemmelse med Retsplejerådets lovudkast.

Det kan derfor konkluderes ud fra forarbejderne til § 209a, at muligheden for at anvende ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som supplement til eller i stedet for syn og skøn i høj grad er begrænset, da der opstilles en række indskrænkninger til anvendelsen af bestemmelsen.

3.4.2. Retsplejeloven § 341a

3.4.2.1. Ordlydsfortolkning og objektiv formålsfortolkning

§ 341a har følgende ordlyd:

¹⁰⁸ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹⁰⁹ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

¹¹⁰ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.3.

¹¹¹ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

”Erklæringer om konkrete forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, som en part inden sagsanlægget har indhentet hos sagkyndige, kan fremlægges som bevis, medmindre erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold giver grundlag for at fravige udgangspunktet. Har en part fremlagt en sådan erklæring, kan modparten under i øvrigt samme betingelser fremlægge en tilsvarende erklæring, selv om denne erklæring først har kunnet indhentes efter sagens anlæg.

Stk. 2. Erklæringer om bedømmelsen af juridiske forhold efter dansk ret, som en part har indhentet fra retskyndige, kan inddrages til brug for den juridiske argumentation, men ikke under sagen i øvrigt.”

Af § 341a's ordlyd kan det udledes, at der stilles en række krav til, hvornår en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet, inden sagens anlæg kan fremlægges. Dette kan ske, når erklæringens indhold er af teknisk, økonomisk eller lignende karakter. Igen er Højesterets præmisser i U.2011.151H citeret direkte. Af bestemmelsens ordlyd fremgår det ikke mere præcist, hvad disse begreber dækker over.¹¹²

Undtagelsen til fremlæggelse er, når omstændighederne ved erklæringens tilblivelse og/eller indhold taler for at fravige udgangspunktet. Denne formulering kan anses som en sikkerhedsventil således, at retten kan afskære bevisførelsen af sådanne erklæringer.

§ 341a, stk. 1, 2. pkt. indeholder modpartens mulighed for at fremlægge en moderklæring indhentet efter sagens anlæg, når der i sagen er fremlagt en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet før sagens anlæg. Denne moderklæring er underlagt samme betingelser, som erklæringer indhentet før sagens anlæg.

Stk. 2 definerer juridiske responsa og bestemmer, at sådanne responsa kun kan anvendes som juridisk argumentation og ikke kan anvendes som bevis i sagen.¹¹³

3.4.2.2. Subjektiv formålsfortolkning

Retstilstanden før lovændringen, som var gældende indtil 1. juli 2017, er nu blevet lovbestemt og er fastsat i § 341a, stk. 1, 1. pkt. 1. led. Det kan udledes af lovforslaget, at netop dette faktum har været det primære formål med udfærdigelsen af § 341a.¹¹⁴

Efter den retspraksis skabte retstilstand, var det ikke muligt at fremlægge erklæringer indhentet efter sagens anlæg, medmindre meget særlige omstændigheder forelå, eller at erklæringen tjente som grundlag for udmeldelse af syn og skøn. § 341a har i stk. 1, 2. pkt. fastsat mulighed for, at en modpart kan fremlægge en moderklæring, selvom denne er indhentet efter sagens anlæg.

Før lovændringen blev de ensidigt indhentede sagkyndige erklæring ofte anvendt indirekte i parternes processkrifter for at understøtte deres påstande og anbringender. Retsplejerådet finder ikke hindringer for, at sådanne erklæringer i stedet bliver fremlagt direkte i sagen.¹¹⁵

¹¹²Se dog afsnit 3.4.

¹¹³Se endvidere afsnit 3.4.

¹¹⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

Retsplejerådet stiller sig endvidere positivt overfor, at ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer kan fremlægges: ”...sagkyndige erklæringer – kan fremtræde som objektive og videnskabelige, selv om de bygger på et faktisk grundlag og nogle forudsætninger, der er bestemt af den ene part alene.”¹¹⁶

Om hvilken bevisvægt der kan tillægges ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet inden sagens anlæg, udtaler Retsplejerådet følgende: ”Når en sådan erklæring fremlægges, har den derefter den bevisværdi, den kan fortjene ud fra en bedømmelse af det konkrete grundlag for erklæringen. Om erklæringen får betydning, er således et andet spørgsmål, end om den bør kunne fremlægges.”¹¹⁷

Tillades fremlæggelse af en sagkyndig erklæring i en sag, kan denne i så fald risikere at være uden betydning for bevisbedømmelsen. I disse tilfælde kan det virke overflødigt og som et spild af ressourcer at have tilvejebragt en sådan erklæring, for parterne, når erklæringen ender med ikke at være udslagsgivende i den juridiske dommers bevisbedømmelse.

Retsplejerådet skriver følgende: ”Efter rådets opfattelse undergraver fremlæggelse af disse erklæringer ikke betydningen af syn og skøn. Den ensidigt indhentede erklæring vil normalt kunne anfægtes gennem spørgsmål til skønsmanden, og hvis skønsmanden er uenig i det, der er anført i den ensidigt indhentede erklæring, vil udgangspunktet for retten ofte være, at den følger skønsmanden, bl.a. fordi retten ved sin vurdering af sagkyndige erklæringers bevisværdi vil tage omstændighederne ved indhentelsen i betragtning.”¹¹⁸

Her understreger Retsplejerådet igen, at de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringers bevisværdi ikke har samme tyngde som en skønserklæring udformet efter reglerne i retsplejelovens kapitel 19. Dette må henføres til indhentningsmåden.

Retsplejerådet anfører, at tilladelse af fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer er med til at fremme og sikre effektiv sagsbehandling. Hermed bliver sagen allerede skåret til ved sagsanlæggelse, fordi de sagkyndige erklæringer har hjulpet parten til at finde det relevante bevis-tema. På samme tid har parten lagt sporet, så modparten hurtigt kan danne sig et overblik over, hvad denne er uenig i.¹¹⁹ Retsplejerådet anfører desuden, at en skønsmand vil få et mere udbygget og veloplyst grundlag for skønsforretningen såfremt, parterne får mulighed at redegøre for deres synspunkter for det omtvistede spørgsmål.¹²⁰

Dette stemmer ikke overens med de argumenter, som Retsplejerådet anførte til § 209a. Her blev det anført, at flere erklæringer kunne medføre, at skønsmanden blev farvet på en utilbørlig måde.¹²¹ Her

¹¹⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹¹⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹¹⁷Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹¹⁸Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹¹⁹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹²⁰Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹²¹Se afsnit 3.4.1.2.2.

skriver Retsplejerådet altså, at det er ønskeligt, at skønsmanden kan oplyses på baggrund af de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer.

Ved udfærdigelsen af § 209a var et af hensynene, vedrørende det at der ikke skulle være ubegrænset adgang til fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, et procesøkonomisk hensyn. Hermed forstået at det ville være en fordyrelse for parterne, hvis der blev åbnet en for vid adgang til fremlæggelse af sådanne erklæringer. Det kan derfor undre, hvorfor Retsplejerådet henst til § 341a anser fremlæggelsen af samme typer af erklæringer for noget positivt i forhold til det procesøkonomiske aspekt, idet omkostningerne i begge tilfælde påhviler parterne. Den eneste forskel, der således synes at være, er tidspunktet for, hvornår den sagkyndige erklæring er indhentet og bliver fremlagt.

I forbindelse med sontringen om, hvorvidt en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring er indhentet før eller efter sagens anlæg, så udtaler Retsplejerådet, at der ikke findes at være nogen anledning til at skelne i mellem om en erklæring er indhentet før eller efter sagens anlæg.¹²²

Ud fra princippet om kontradiktion, så finder Retsplejerådet dog, at modparten skal have ret til at fremkomme med en moderklæring, som kan indgå i syn og skøn: *”At modparten ud fra almindelige principper om ret til kontradiktion i så fald bør have mulighed for at fremlægge en ensidig indhentet ”moderklæring”, der kan indgå i grundlaget for syn og skøn, selv om modparten først har kunnet indhente erklæringen efter sagens anlæg.”*¹²³

Skal en moderklæring kun anvendes som grundlag for et syn og skøn, så kan det undre, at en part skal bruge tid og ressourcer på at fremlægge en sådan erklæring, idet syn og skøn sagtens kan gennemføres uden, at en sådan moderklæring foreligger. Igen kan der skæves til de almindelige bemærkninger til § 209a, hvor Retsplejerådet bemærkede, at parterne havde tilstrækkelig mulig for at få oplyst deres standpunkt efter revision af retsplejelovens kapitel 19. Retsplejerådet bemærker, at bestemmelsens anvendelse i forhold til moderklæringen ikke er betinget af, at den skal anvendes som led i syn og skøn, men at dette vil være normalt.¹²⁴ En parts adgang til at fremlægge en moderklæring er dermed ikke betinget af, at den skal tjene som grundlag for syn og skøn, men at det vil være det klare udgangspunkt.

Af retsplejelovens § 341a, stk. 1, 1. pkt. fremgår det: *”...medmindre erklæringens indhold, omstændighederne ved dens tilblivelse eller andre forhold giver grundlag for at fravige udgangspunktet.”* Retsplejerådet henviser i de specielle bemærkninger til, at sådanne omstændigheder foreligger når: erklæringen er indholdsmæssig faktuel, videnskabelig eller lignende uvederhæftig. Tæt sammenhæng mellem partens modtagelse af erklæringen og sagsanlæg, er ikke en omstændighed, som kan medvirke til, at erklæringen nægtes fremlagt.¹²⁵

¹²²Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹²³Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹²⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹²⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 Til nr. 6.

Det fremgår af lovforslaget, at Justitsministeriet er enige i Retsplejerådets almindelige såvel som specielle bemærkninger til lovforslagets § 341a. Justitsministeriet tilslutter sig indsættelsen af § 341a i overensstemmelse med Retsplejerådets lovudkast.

3.4.3. Afslutning

Det kan konkluderes, at ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer indhentet *før* sagens anlæg altid vil kunne fremlægges, medmindre der er omstændigheder ved erklæringernes indhold/tilblivelse som gør, at de fremstår som falske. Muligheden for at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg kan ske, når den skal tjene som moderklæring. Moderklæringen skal som udgangspunkt danne grundlag for syn og skøn, men er ikke betinget heraf. Fremlæggelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg kan endvidere tillades fremlagt efter § 209a. Betingelse for anvendelse er dog at parterne skal være enige herom, der skal foreligge flere faglige skoler, og sagen skal økonomisk og ressourcemæssigt kunne bære det.

Det er Retsplejerådets opfattelse, at bevisvægten af de sagkyndige erklæringer, som bliver fremlagt efter §§ 209a og 341a ikke er særlig tung. Anvendelsen af bestemmelserne anses derfor ikke for at have stor betydning henset til, at erklæringerne som udgangspunkt skal tjene som grundlag for syn og skøn, der herefter formentligt vil blive det afgørende bevis for den juridiske dommer. Skønserklæringen har dermed karakter af et autoritativt bevis, som set hos Zahle.

Kapitel 4. Syn og skøn

4.1. Indledning

I nærværende kapitel vil omdrejningspunktet være retsplejelovens kapitel 19 om syn og skøn. Skønserklæringen er de facto en sagkyndig erklæring.¹²⁶ Da dette speciale ønsker at belyse parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager, er det nødvendigt at analysere, belyse og systematisere retsplejelovens regler om sagkyndig bevisførelse. I kapitel 3 blev reglerne vedrørende ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer analyseret, hvorfor det findes relevant at gøre det samme for reglerne om syn og skøn, for at få et dækkende billede af parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager.

Grundet specialets formelle begrænsninger er det ikke muligt at foretage en redegørelse over hele retsplejelovens kapitel 19. Det mest relevante for dette speciale, i forhold til syn og skøn, er at belyse, hvordan en skønserklæring tilvejebringes.

Nedenfor redegøres for de nugældende regler om indhentningsmåden ved syn og skøn. Dette gøres for at danne ramme om de senere afsnit i kapitlet. Efterfølgende vil formålet med kapitel 19 blive analyseret. Dette sker med udgangspunkt i de oprindelige forarbejder til retsplejelov af 1916 samt forarbejder til revision af reglerne om syn og skøn ved lov nr. 737 af 25. juni 2014. Slutteligt analyseres indsættelsen af retsplejelovens §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209 som følger af lovændringen.

¹²⁶Hørlyck 2015 s. 27.

Ud fra analysen i kapitel 3 kan der udledes en tendens til at tillægge skønserklæringen en eksklusivitet. For at forstå hvordan denne retstilstand er opstået, findes det relevant at analysere forarbejderne til disse bestemmelser for senere at kunne sammenholde skønserklæringen med ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer.

4.2. Indhentningsmåden ved syn og skøn

Reglerne for indhentning af syn og skøn er for sager ved domstolene lovbundne og følger dermed en fast fremgangsmåde. Reglerne findes i retsplejelovens anden bog, kapitel 19.

Indhentningen af beviset starter med, at en af parterne overfor retten fremsætter begæring om optagelse af syn og skøn. En kopi af anmodningen sendes samtidigt til modparten, jf. retsplejeloven § 196, stk. 1.

Anmodningen skal indeholde oplysninger om den genstand, som skal synes og skønnes, jf. retsplejeloven § 196, stk. 2. Det er en forudsætning for gennemførelse af skønssforretningen, at der er en genstand at syne. Det er ydermere en betingelse, at der i anmodningen er fastsat et skønstema, som forstås som de spørgsmål parterne ønskes besvaret af skønsmanden.¹²⁷

Hvis retten efterkommer anmodningen om optagelse af syn og skøn, skal den begærende part indsende sine spørgsmål til skønsmanden, retten og modparten, hvis ikke disse blev sendt med anmodningen. Modparten gives herefter mulighed for at fremkomme med sine spørgsmål, hvorefter der kan stilles supplerende spørgsmål, jf. retsplejeloven § 197. Begge parter har således mulighed for at stille de spørgsmål, der efter deres overbevisning er mest relevante for skønstemaet. På den måde sikres det, at begge parter stilles lige, og der ikke gives den ene part, en fordel. Hvis parternes spørgsmål ligger udenfor skønsmandens kompetence, kan retten afvise disse, jf. retsplejeloven § 197, stk. 2. 1. pkt., jf. § 341. Retten kan tillige afvise bevisførelse som skønnes at være uden betydning for sagen, jf. retsplejeloven § 341. Af retsplejelovens § 197, stk. 2, 2. pkt. fremgår det, at parterne ikke igennem spørgsmålene må forsøge at lede skønsmanden i en bestemt retning, eller bede skønsmanden tage stilling til den juridiske bedømmelse.

Efter retten har modtaget parternes spørgsmål, skal der udpeges en eller flere skønsmænd, jf. retsplejeloven § 198, stk. 1. Der udpeges som udgangspunkt kun én skønsmænd.¹²⁸ Parterne har mulighed for selv at komme med forslag til skønsmanden. Retten kan dog udpege en skønsmænd uafhængigt af parternes forslag, jf. retsplejeloven § 198, stk. 3. Når skønsmanden er udpeget, skal det meddeles parterne, som herefter har mulighed for at udtale sig om den udpegede skønsmænd. § 198, stk. 3 sikrer, at begge parter får indflydelse på processen, men ikke suveræniteten.

Skønsmanden udpeges ofte med hjælp fra en brancheorganisation, som er relevant for den pågældende sag.¹²⁹ Er skønsmanden såkaldt berygtet, kan han ikke fungere om skønsmænd, jf. retsplejeloven § 199.

¹²⁷ Hørlyck 2015 s. 121.

¹²⁸ Hørlyck 2015 s. 156.

¹²⁹ Hørlyck 2015 s. 153.

Når skønsforretningen har fundet sted, så udarbejder skønsmanden en skønserklæring, som fremsendes til retten, jf. retsplejeloven § 204, stk. 1, 1. pkt. Er skønserklæringen mangelfuld, kan retten pålægge skønsmanden at omgøre eller supplere erklæringen i en yderligere erklæring. Dette kan ligeledes ske med selve skønsforretningen, jf. retsplejeloven § 204, stk. 1, 2. pkt.

Skønserklæringen udarbejdes af skønsmanden på baggrund af skønsforretningen, som skønsmanden selv indkalder til. Når skønserklæringen foreligger, har parterne mulighed for at stille supplerende spørgsmål til skønsmanden, jf. retsplejeloven § 205, stk. 2. Igen skinner det igennem, at parterne gives lige adgang til at varetage deres interesser, og igen er det retten, som påser, at spørgsmålene opfylder betingelserne i retsplejelovens § 197. Retten bestemmer i øvrigt, om spørgsmålene skal besvares skriftligt eller mundtligt, idet skønsmanden kan indkaldes til en afhjemling af skønserklæringen under hovedforhandlingen. Er der udpeget flere skønsmænd i pågældende sag, så møder kun én skønsmand fra hvert fagområde til afhøring – under hovedforhandlingen. Skønsmændene er underlagt vidnepligt, jf. retsplejeloven § 206, stk. 3.

Udover at fremgangsmåden for indhentning af syn og skøn er regelfast, er der tillige blankettvang.¹³⁰ Det vil sige, at både anmodning, spørgsmål og supplerende spørgsmål stilles på en blanket administreret af domstolene.

Det at et syn og skøn har fundet sted udelukker ikke muligheden for foretagelse af nyt syn og skøn over samme genstand med de samme skønsmænd, jf. retsplejeloven § 209, 1. pkt. Det samme gælder, når der er tale om nyt syn og skøn, men med andre skønsmænd.

Gennemgangen af retsplejelovens regler om syn og skøn viser, at der med reglerne er sikret parterne en høj grad af kontradiktion, som det blandt andet ses i retsplejelovens §§ 197 og 205. Reglerne gør fremgangsmåden for indhentningen gennemsigtig og forudsigelig, idet parterne på forhånd er bekendt med næste skridt i processen, på samme måde som blankettvang sikrer, at spørgsmål eller kommunikation med skønsmanden ikke ligger uden for formkravene. Fremgangsmåden sikrer også parternes retsstilling, idet retten altid har mulighed for at gribe ind, hvis en part f.eks. stiller utilbørligt ledende spørgsmål, eller kan pålægge skønsmanden at omgøre eller supplere skønserklæringen, jf. retsplejeloven § 203, stk. 2. Det kan udledes, at der er tale om en kontrolleret proces.

4.3. Analyse af forarbejder til retsplejelovens kapitel 19 indtil 1. juli 2017

4.3.1. Forarbejder til lov nr. 90 af 11. april 1916

Den retskildemæssige værdi af forarbejderne til den første retsplejelov af 1916 er beskrevet ovenfor i afsnit 1.3.1.1.1. og 2.2.4.

Udgangspunktet ved at indføre reglerne om syn og skøn i retsplejeloven var i 1877-udkastet at forlade den dagældende retstilstand om overskøn og underskøn.¹³¹ En af grundene hertil var, at retten ikke skulle være bundet til, at overskønnet skulle være mere rigtigt end underskønnet. Endvidere ville en fastholdelse af overskønnet og underskønnet ikke stemme overens med formålet om det frie

¹³⁰ Jf. retsplejeloven § 204, stk. 3, jf. Bekendtgørelse nr. 1442 af 2015.

¹³¹ 1877-motiverne s. 113.

bevis.¹³² I stedet for overskønnet og underskønnet indsattes et skøn, som kun skulle være vejledende for retten og derfor ville kunne mødes med et modbevis. Dette fremgår af bemærkninger til 1877-udkastet til afsnittet ”Om bevis ved syn og skøn”:

*”Udkastet har derfor med beraad Hu stillet Sagen saaledes, at der ikke bliver Spørgsmaal om et Underskjøn og det besejrende Overskjøn, men alene om Skjøn, der for Retten kun har en vejledende, men ikke en bindende Betydning, og overfor hvilke alle Modbeviser og Modbemærkninger tilstedes og faae den Vægt, de ifølge deres indre Værd af Retten skjønnnes at fortjene. Imod det af de Udmeldte afgivne Skjøn kan der derfor stilles Erklæringer og Forklaringer af andre Sagkyndige, som ikke ere specielt udmeldte, Udtalelser af videnskabelige Autoriter o.desl.; og det kan ikke betragtes som givet, at disse modstaaende Data skulle være ude af Stand til at svække Skjønnen, men Overvejelsen og Bedømmelsen her er ganske lagt i Rettens Haand...”*¹³³

I bemærkningerne til 1899-udkastet om rettens bevisbedømmelse fremgår følgende:

*”Paa Grund af den Parterne indrømmede fri Adgang til at fremføre, hvilken Art Beviser de ville, og den Retten indrømmede Frihed i Bevisbedømmelsen, er der intet til hinder for, at Retten kan anse en Saadan Forklaring af et eller ”Sagkyndige Vidner” for ligesaa bevisende som et Skøn; men paa Forhaan er der altid Grund til at antage, at der vil blive tillagt en Erklæring fra det af Parten ensidigt fremstillede sagkyndige Vidne mindre Vægt end en Erklæring af en Skønsmand, der er udmeldt af Retten, efter at i Forvejen begge parter have haft Lejlighed til at udtale sig om Valget, ligesom Skønsmanden ofte paa Foranledning af denne Rettens Udmeldelse vil have anstillet særlige Iagttagelser og Undersøgelser.”*¹³⁴

Af bemærkningerne fra 1899-udkastet fremgår det, at parterne har fri adgang til at fremføre de beviser, de ønsker. Det fremgår ikke direkte af citatet, at det er muligt at føre modbevis, dog så må det antages, at når beviset er frit, tillægges der ikke syn og skønnet en eneret som bevismiddel. Det nævnes endda, at sagkyndige erklæringer kan være ligeså oplysende som et syn og skøn. Det fremgår dog, at bevisvægten af sådanne ensidigt indhentede erklæringer ikke vejer ligeså tungt i bevisbedømmelsen som et syn og skøn. Dog fremgår det klart, at de skulle tillægges bevisvægt. Det var altså ikke hensigten at afskære sagkyndig bevisførelse ved ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer ved indførelse af regler om syn og skøn. Idet forarbejderne nævner, at parterne frit kan vælge mellem beviserne, herunder også de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, kan det ikke udledes, at der skal tillægges bestemmelserne om syn og skøn en autoritativ betydning for parternes adgang til sagkyndig bevisførelse. Endvidere så kan det ikke udledes af forarbejderne til både 1877-

¹³²Se afsnit 2.2.3.

¹³³1877-motiverne s. 114.

¹³⁴1899-bemærkninger spalte 2788.

udkastet og 1899-udkastet, at der kun skulle ske en regulering af parternes adgang til sagkyndig bevisførelse gennem reglerne om syn og skøn.

1877-udkastets regler om syn og skøn i §§ 225-239 svarer i det væsentligste til 1899-udkastets regler om syn og skøn i §§ 173-188. Reglerne fra 1899-udkastet svarer endvidere i det væsentlige til hvad der blev vedtaget i retsplejelov af 1916.

4.3.2. Forarbejder til lov nr. 737 af 25 juni 2014

I det væsentligste fremstod reglerne om syn og skøn stadig, som de blev vedtaget i den første retsplejelov af 1916 indtil revision af reglerne i 2014 med lov nr. 737 af 25. juni 2014.¹³⁵ I dette afsnit vil det kort blive belyst, hvilke ændringer der fulgte med revisionen i 2014, for at forstå baggrund og hensigten bagved skønserklæringen.

Retsplejerådet anfører i lovforslaget nr. 178 af 9. april 2014 til lov nr. 737 af 25. juni 2014, at det overordnede formål med revision af retsplejelovens kapitel 19 var at sikre større sammenhæng mellem bestemmelserne, sproglig modernisering og for at sikre hurtigere og effektiv sagsbehandlingstid.¹³⁶ Hensigten var ikke at ændre formålet med bestemmelserne i kapitel 19 om syn og skøn, men blot at gøre dem mere nutidige.

Det følger af betænkning nr. 1543 fra 2013, som danner grundlag for lovforslaget nr. 178 af 9. april 2014¹³⁷, at Retsplejerådet ikke ønskede at overveje muligheden for udvidelse af andre sagkyndige beviser.¹³⁸ Dette skulle følge af en senere betænkning.¹³⁹

Retsplejerådet præciserer i lovforslaget, hvornår der skal ske brug af syn og skøn: ”*Syn og skøn anvendes, når der i forbindelse med en retssag opstår spørgsmål, hvis besvarelse kræver en særlig sagkundskab, som en dommer ikke er i besiddelse af. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt at få en fagperson til at bedømme forholdene.*”¹⁴⁰ Hermed forholder Retsplejerådet sig kun til selve anvendelsen af syn og skøn, og de kommenterer ikke yderligere på, hvilken bevisvægt en skønserklæring skal tillægges eller om den kan mødes med et modbevis. Implicit følger det dermed også, at en juridisk dommer kun kan forholde sig til og bedømme forhold af rent juridisk karakter.

Det kan konkluderes, at formålet med reglerne om syn og skøn har sin oprindelse i forarbejderne til retsplejelov af 1916. Ud fra disse forarbejder blev der ikke opstillet indskrænkninger i henhold til, at skønserklæringen kunne mødes med et modbevis. Det blev dog konstateret, at ensidigt indhente- de sagkyndige erklæringer ikke kunne tillægges samme bevisvægt som skønserklæringer.

4.4. Ændringer til reglerne om syn og skøn per 1. juli 2017

Som nævnt i afsnit 3.4 trådte lov nr. 1725 af 27. december i kraft den 1. juli 2017. Med denne lovændring blev der også vedtaget ændringer til retsplejelovens kapitel 19. Disse ændringer vil blive

¹³⁵Hørlyck 2015 s. 19.

¹³⁶Lovforslag nr. 178 af 2014 afsnit 3.2.2.1. og Til nr. 22.

¹³⁷Lovforslag nr. 178 af 2014 afsnit 3.1.

¹³⁸Betænkning nr. 1543 af 2013 kapitel 5 afsnit 1.

¹³⁹Dette blev betænkning nr. 1558 fra 2016, som dannede grundlag for Lovforslag nr. 20 af 10. maj 2016.

¹⁴⁰Lovforslag nr. 178 af 2014 afsnit 3.2.1.

analyseret først gennem en ordlyds- og objektiv formålsfortolkning, dernæst ved subjektiv formålsfortolkning.

4.4.1. Retsplejelovens § 198, stk. 1, 2. pkt.

4.4.1.1. Ordlydsfortolkning og objektiv formålsfortolkning

For at finde formålet i en lovbestemmelse, tages der, som nævnt ovenfor i kapitel 1, udgangspunkt i lovens ordlyd.

§ 198, stk. 1, 2. pkt. har følgende ordlyd:

”Finder retten det hensigtsmæssig under hensyn til sagen og skønstemaets karakter, kan den udpeges flere skønsmænd til at besvare samme spørgsmål.”

Bestemmelsens ordlyd opstiller nogle betingelser for, hvornår retten har mulighed for at udpege én eller flere skønsmænd. Denne mulighed foreligger, når retten finder det hensigtsmæssigt. Ud fra ordlyden er det nærmeste, der kan udledes om hensigtsmæssighedskravet, at det skal være under hensyn til sagens og skønstemaets karakter, hvorfor der ikke tillades en ubegrænset adgang. Slutte- ligt kan det udledes, at det er de samme spørgsmål, som skønsmændene skal besvare, såfremt krite- rier for udpegelse af flere skønsmænd er opfyldt.

4.4.1.2. Subjektiv formålsfortolkning

Om indsættelsen af 2. pkt. i § 198 bemærker Retsplejerådet følgende: *”Afhængig af sagens nærmere karakter kan der derfor let hos en part opstå en fornemmelse af, at det står og falder med skøns- mandens konklusioner, om parten vinder eller taber sagen.”*¹⁴¹ Retsplejerådet antyder her, at en skønserklæring ofte tillægges så betydelig bevisvægt, at denne afgør sagen, og dermed får karakter af et autoritativt bevis. Retsplejerådet bemærker endvidere, at dette faktum medfører en stor grun- dighed hos parterne, for at oplyse skønsmænd bedst muligt.¹⁴²

Som nævnt i afsnit 3.4. er der på nogle fagområder flere faglige skoler. Tilhører en skønsmænd så- ledes en faglig skole, så vil sagen, som udgangspunkt blive afgjort herefter. Dette medfører en for- ringet retssikkerhed for parterne.¹⁴³ Retsplejerådet har derfor fundet det relevant at udvide adgangen for i særlige tilfælde at beslutte at udpege mere end én skønsmænd til at besvare samme spørgs- mål.¹⁴⁴ Den dagældende § 198's ordlyd var ikke til hinder herfor, idet den tillod udpegning af flere skøns- mænd uden at opstille betingelser herfor. Dog er hjemlen hertil kun blevet benyttet i meget begrænsede tilfælde. Blandt andet ved forskellige fagområder, ved store komplekse sager, som kunne bære fordyrelsen samt, hvor skønsmændenes fagkundskab har kunnet supplere hinanden.¹⁴⁵

¹⁴¹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1.

¹⁴²Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1.

¹⁴³Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1.

¹⁴⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

¹⁴⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

Ud fra den dagældende ordlyd af § 198, stk. 1, forekommer tilføjelsen i 2. pkt. som værende en begrænsning af, hvornår bestemmelsen kan finde anvendelse. Retsplejerådet anfører dog, at det har været nødvendigt at præcisere, at flere skønsmænd kan udpeges til at besvare det samme spørgsmål.¹⁴⁶ Ud fra retspraksis har bestemmelsen kun været anvendt i meget få tilfælde, og Retsplejerådet anfører at med denne formulering, så bliver det mere klart, at bestemmelsen kan anvendes i flere tilfælde og er dermed en udvidelse, selvom det ikke af ordlyden fremkommer sådan.

Retsplejerådet præciserer i de almindelige bemærkninger, at anvendelsen af 2. pkt. er relevant: ”...*hvor der er forskellige relevante faglige synsvinkler eller metoder inden for det pågældende fagområde, og hvor der samtidig er rimelig grund til at antage, at dette vil kunne få betydning for skønsmandens konklusioner.*”¹⁴⁷

Hermed ligger udvidelsen i adgangen til at kunne anvende mere end én skønsmand, hvor der foreligger flere faglige skoler, som det også fremgår af forarbejderne til §§ 209a og 341a.¹⁴⁸ Dette hensyn må derfor anses for tungtvejende for Retsplejerådet. Det anføres i de specielle bemærkninger, at det faktum at to øjne ofte ser bedre end et ikke er grund nok til at udpege flere skønsmænd.¹⁴⁹

Ordningen må ikke anvendes således, at princippet om effektiv sagsbehandling tilsidesættes. Derfor må retten nøje vurdere det omkostningsmæssige aspekt, særligt i de tilfælde hvor det kun er den ene part, som ønsker at udpege flere skønsmænd.¹⁵⁰ Hermed sagt at hensynet til hurtig og omkostnings-effektiv sagsbehandling vejer tungere end hensynet til oplysning af sagen.

Retsplejerådet anfører, at skal der udpeges mere end én skønsmand, er det mest ønskeligt, at disse afgiver et fælles svar, idet enig- og uenigheder således klart vil fremgå af skønserklæringen.¹⁵¹

Det fremgår af lovforslaget, at Justitsministeriet er enige i Retsplejerådets almindelige såvel som specielle bemærkninger til lovforslagets § 198, stk. 1, 2. pkt. Justitsministeriet tilslutter sig indsættelsen af § 198, stk. 1,2. pkt. i overensstemmelse med Retsplejerådets lovudkast.

Efter lovforarbejdernes almindelige og specielle bemærkninger kan det konkluderes, at indsættelsen af 2. pkt. i § 198 er en lovfastsættelse af retspraksis, som endvidere har tilsigtet at udvide adgangen til at benytte flere skønsmænd til at besvarer samme spørgsmål. Udvidelsen kan findes i, hvor der foreligger flere faglige skoler. Som i analysen i afsnit 3.4., fremgår det ligeledes at hensynet til effektiv og hurtig sagsbehandling vægtes tungt af retsplejerådet.

4.4.2. Retsplejelovens § 209

4.4.2.1. Ordlydsfortolkning og objektiv formålsfortolkning

§ 209 har følgende ordlyd:

¹⁴⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

¹⁴⁷Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

¹⁴⁸Se afsnit 3.4.1. og 3.4.2.

¹⁴⁹Lovforslag nr. 20 af 2016 Til nr. 2.

¹⁵⁰Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

¹⁵¹Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.2.

”At syn og skøn har fundet sted, udelukker ikke fornyet syn og skøn over samme genstand ved de samme skøns mænd. Det samme gælder fornyet syn og skøn ved andre skøns mænd, når retten finder det hensigtsmæssigt under hensyn til fremførte indsigelser og andre muligheder for at få skønstemaet yderligere belyst eller til sagens og skønstemaets karakter.”

Ved lovændringen blev bestemmelsens 1. pkt. affattet anderledes end hidtil, og bestemmelsen fik et 2. pkt. Forskellen er, at muligheden for nyt syn og skøn ved andre skøns mænd bliver præciseret i 2. pkt.

Ud fra ordlyden af bestemmelsens 2. pkt. opstilles et hensigtsmæssighedskrav til, hvornår nyt syn og skøn ved andre skøns mænd kan finde sted. Indholdet af hensigtsmæssighedskravet indebærer, at der skal tages hensyn til de fremførte indsigelser. Derudover skal retten tage hensyn til om, der er mulighed for at få sagen oplyst på anden vis. Slutteligt indebærer hensigtsmæssighedskravet også, at retten skal vurdere, hvorvidt nyt syn og skøn ved andre skøns mænd kan finde sted henset til sagens og skønstemaets karakter.

4.4.2.2. Subjektiv formålsfortolkning

Retsplejerådet anfører, at baggrunden for denne bestemmelse var, at det har været vanskeligt at få udmeldt en ny skønsmand, hvis en part fandt, at den første skønserklæring var urigtig eller mangelfuld. I praksis har en part måtte nøjes med at stille supplerende spørgsmål til skønsmænd. Det var i praksis muligt at få udmeldt nyt syn og skøn ved ny skønsmand, hvor der var bestyrkede oplysninger, som skabte tvivl om den tidligere skønsmænds kvalifikationer. For at denne mulighed forelå, var det et krav, at der skulle være tale om særligt krævende forhold og ikke blot forhold af bagatelagtig karakter. Det var væsentligt, at skønserklæringen indeholdt så store faglige mangler, at den ikke kunne tjene som grundlag for eller til belystning af en retstvist.¹⁵²

I de almindelige bemærkninger anfører Retsplejerådet, at denne praksis er velbegrundet og skal videreføres. De konstaterer endvidere, at en for vid adgang til nyt syn og skøn med en ny skønsmand, vil kunne resultere i, at en part blot fordi denne er utilfreds med konklusionerne i en skønserklæring vil kunne få udmeldt nyt syn og skøn. Dette er ikke ønskeligt.¹⁵³

Som anført i analysen af § 198, stk. 2. pkt., så finder Retsplejerådet også, at hensynet vedrørende flere faglige skoler skal danne grundlag for en udvidelse af § 209. Hermed mener Retsplejerådet ikke, at parterne skal være afskåret fra at få udmeldt en ny skønsmand blot, fordi en skønserklæring allerede forligger.¹⁵⁴ Retsplejerådet begrundet dette med, at det ikke er hensigtsmæssigt at bede den første syns- og skønsmand om at udforme en ny skønserklæring ud fra en anden faglig skole, end den skønsmanden selv tilslutter sig. I forhold til hvordan parterne overfor retten kan bevise, at der forefindes flere faglige skoler, så henviser Retsplejerådet til, at parterne kan fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer som grundlag. De ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer

¹⁵²Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

¹⁵³Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

¹⁵⁴Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

vil ikke tjene som bevis i sagen i sådanne tilfælde, men blot som grundlag for at konstatere, at der er flere faglige skoler på området.¹⁵⁵

Det kan synes undrende, at den ensidigt indhentede erklæring må tjene som grundlag for at konstatere, at der skal indhentes nyt syn og skøn. Dette må formentligt medfører, at de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer ingen bevisvægt tillægges. Det kan derfor undre, at denne ordning er den bedst mulige løsning, da de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer behandler præcis det samme, som det nye syn og skøn skal behandle. Det er særligt undrende, da Retsplejerrådet vægter hensynet til hurtig og omkostningseffektiv sagsbehandling særligt tungt. Idet denne ordning jo medfører yderligere omkostninger og længere sagsbehandlingstid.

Retsplejerrådet bemærker, at det selvfølgelig er mest hensigtsmæssigt at bringe spørgsmålet om flere skønsmænd op på det forberedende møde, da flere syn og skøn jo selvsagt forhælder processen.¹⁵⁶ Det ses igen tydeligt, at hensynet til hurtig og omkostningseffektiv sagsbehandling vægtes meget højt i Retsplejerrådets optik.

Retsplejerrådet konstaterer endvidere, at såfremt der er tale om bagateller, som vil kunne belyses ved supplerende spørgsmål til skønsmanden, så bør retten ikke udmelde nyt syn og skøn.¹⁵⁷

Det fremgår af lovforslaget, at Justitsministeriet er enige i Retsplejerrådets almindelige såvel som specielle bemærkninger til lovforslagets § 209. Hvorfor Justitsministeriet tilslutter sig indsættelsen af § 209 i overensstemmelse med Retsplejerrådets lovudkast.

Ændringen af retsplejelovens § 209 er en lovfastsættelse af retspraksis og en udvidelse af adgangen til at få udmeldt nyt syn og skøn, når der foreligger flere faglige skoler.

4.4.3. Afslutning

Overordnet kan det konkluderes, at §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209 er en kodificering af en retspraksis skabt retstilstand. Retsplejerrådet anså det nødvendigt at præcisere muligheden for at udpege flere skønsmænd til at besvare samme spørgsmål og udmelde nyt syn og skøn ved andre skønsmænd, for at sikre parternes adgang til at få oplyst deres side af sagen, hvor der findes flere faglige skoler. Det fremgår, at der foreligger et hensigtsmæssighedskrav i begge bestemmelser, som anses opfyldt, når der forefindes flere faglige skoler.

Kapitel 5. Sagkyndig bevisførelse

5.1. Indledning

Nærværende kapitel har til formål at analysere, hvordan reglerne om syn og skøn harmonerer med formålet med de nye regler om ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer. Dernæst en analyse af hvad lovændringen kommer til at betyde for den fremtidige retstilstand. Dette gøres ved at opstille nogle cases for at belyse, hvordan disse regler formentligt vil blive anvendt i praksis. Ved denne analyse søges at finde parternes egentlige adgang til sagkyndig oplysning af civilesager. Herunder

¹⁵⁵Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

¹⁵⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

¹⁵⁷Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.3.

hvornår en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring anvendes fremfor at udmelde syn og skøn. Dermed har dette kapitel også tilsigte at undersøge om de nye regler fra 1. juli 2017 får den virkning, at skønserklæringen bliver et mindre autoritativt bevis.

5.2. Ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer contra skønserklæringer

Det overordnede formål med lovændringen har været at udvide parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager.¹⁵⁸ Formålet med dette afsnit er få belyst om lovændringen reelt har medført den lovede udvidelse af adgangen til sagkyndig oplysning.

I kapitel 3 og 4 er der redegjort for retstilstanden angående de to typer af sagkyndige erklæringer. For at forstå anvendelsesområdet er det nødvendigt at sammenligne de to typer af erklæringer med hinanden for at finde frem til i, hvilke situationer de hver især finder anvendelse. Endvidere er det relevant at finde frem til om den ene erklæring er at foretrække frem for den anden og hvornår.

5.2.1. Udvidelse af adgangen til fremlæggelse af sagkyndige erklæringer

5.2.1.1. Opsummerende om lovændringen

Det kan opsummerende konstateres af lov nr. 1725 af 27. december 2016, at ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer (herefter benævnt sagkyndige erklæringer) efter retsplejelovens § 209a kan fremlægges, når parterne er enige herom, der findes at være flere faglige skoler samt, at sagen ud fra ressourcemæssige og økonomiske hensyn kan bære det.¹⁵⁹ Efter § 341a kan sagkyndige erklæringer fremlægges, når de er indhentet før sagens anlæg, og modparten har i så fald mulighed for at fremlægge en moderklæring. De sagkyndige erklæringer indhentet før sagens anlæg kan altid tillades fremlagt medmindre, der er omstændigheder ved tilblivelsen, som gør at den fremstår falsk. Moderklæringen skal endvidere som udgangspunkt, men er ikke betinget heraf, danne grundlag for et efterfølgende syn og skøn.¹⁶⁰

Angående skønserklæringer kan det opsummeres, at det nu er muligt at udpege mere end én skønsmænd til at besvare samme spørgsmål, samt få udmeldt nyt syn og skøn ved andre skønsmænd, når der foreligger flere faglige skoler.¹⁶¹ Begge disse ændringer er en lovfastsættelse af en allerede retspraksis skabt retstilstand.

5.2.1.2. Analyse af lovændringens anvendelsesområde

Det første der kan udledes ved ovenstående opsummering er, at et fælles hensyn foreligger, hvor der er flere faglige skoler på samme område. Her skal det være muligt at få oplyst sagen ved flere sagkyndige. Ved dette hensyn sikres parternes retssikkerhed, idet sagen ikke falder ud til fordel for den part, som støtter sin påstand på baggrund af den faglige skole, som skønsmænd tilhører.

¹⁵⁸Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 1.

¹⁵⁹Se afsnit 3.5.1.2.3.

¹⁶⁰Se afsnit 3.5.2.2.

¹⁶¹Se afsnit 4.4.1.2 og 4.4.2.2.

Det næste der kan udledes er, at de sagkyndige erklæringer som hovedregel næsten altid skal anvendes for at danne grundlag for et efterfølgende syn og skøn. I retsplejelovens § 209a ses dette i selve ordlyden af lovteksten: ”...at parterne som supplement til...”.

Det anføres endvidere i § 209a, at de sagkyndige erklæringer kan træde i stedet for syn og skøn. Det følger af forarbejderne, at der er begrænsninger hertil. Retsplejerådet opfordrer direkte i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, at retten skal opfordre parterne til at få foretaget syn og skøn, hvis de sagkyndige erklæringer er modsigende.¹⁶² Hermed også sagt at syn og skøn vil blive det udslagsgivende i bevisbedømmelsen. Desuden nævnes det direkte i forarbejderne til retsplejelovens § 341a, at moderklæringen som udgangspunkt skal danne grundlag for et efterfølgende syn og skøn. Endvidere at adgangen til at fremlægge moderklæringen blot foreligger for, at modparten skal kunne varetage sine interesser. Det kan hermed antages, at der egentlig ikke er den store forskel på de to bestemmelser, da hensigten med begge bestemmelser er, at der udmeldes syn og skøn af retten ved modsatrettede erklæringer.

Der kan derfor stilles spørgsmål ved, hvorfor sondringen mellem ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *før* og *efter* sagens anlæg er nødvendig. Denne grund skal nok findes i historikken, her tænkes der på retstilstanden før år 2017. Efter år 2007 tillodes sagkyndige erklæringer indhentet før sagens anlæg fremlagt, idet det fandtes at være velbegrundet at en part inden et sagsanlæg, undersøgte hvorvidt der var grundlag for sagsanlæg.¹⁶³ Sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg tillodes ikke, fordi modparten under sagen, ville have mulighed for at neutralisere den sagkyndige erklæring igennem udmeldelse af syn og skøn.¹⁶⁴

Det anføres endvidere i Hørlycks artikel U.2014B.355 at: ”Den i øjeblikket gældende rigide sondring mellem ensidigt indhentede erklæringer, der er indhentet før sagsanlægget (herunder umiddelbart før sagsanlægget), og ensidigt indhentede erklæringer, der er indhentet efter sagsanlægget, bør opgives, således at det efter en konkret vurdering tillades at fremlægge ensidige erklæringer, selvom de er indhentet efter sagsanlægget.”¹⁶⁵

Hermed mener Hørlyck, at det relevante ikke er hvornår den sagkyndige erklæring er indhentet, men at det faktisk at parterne skal stilles lige i forhold til sagen er mere relevant. Derfor skal retten indrømmes en adgang til at tillade modparten at varetage sine interesser overfor den anden part. I forhold til lovændringen så må det konkluderes, at Retsplejerådet fandt sondringen relevant, for at lovfæste adgangen til at fremlægge en moderklæring. Dette problem kunne løses, hvis retten blev indrømmet en adgang til at foretage en konkret vurdering hver gang en part, ønskede at fremlægge en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring, som Hørlyck beskrev det.

Retsplejerådet udtaler da også selv, at der ikke findes at være nogen anledning til at skelne i mellem om en erklæring er indhentet før eller efter sagens anlæg.¹⁶⁶ Hvorfor det kan undre at de alligevel har lovfæstet sondringen.

At lovgiver har valgt at udforme §§ 209a og 341a således, at de sagkyndige erklæringer i begge bestemmelser skal tjene som grundlag for syn og skøn får den konsekvens, at de sagkyndige erklæ-

¹⁶²Se afsnit 3.5.1.2.3.

¹⁶³Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 548.

¹⁶⁴Bang-Pedersen m.fl. 2017 s. 547 og Hørlyck 2015 s. 94.

¹⁶⁵Hørlyck, Erik .2014B.355 s. 358.

¹⁶⁶Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

ringer i høj grad deres mister bevisvægt. Dette forstærkes endvidere ved indsættelsen af §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209, idet disse bestemmelser har til formål at sikre at i de tilfælde, hvor der findes flere faglige skoler, så kan dette belyses igennem syn og skøn. Enten ved at andre skøns mænd får muligheden for at besvarer samme spørgsmål, eller at der foretages et nyt syn og skøn ved andre skøns mænd om samme spørgsmål. Udvidelsen af parternes adgang til fremlæggelse af sagkyndige erklæringer, kunne ellers meget vel begrundes i parternes behov for at vise retten, at der i pågældende tilfælde findes mere end en faglig skole, men idet dette behov kan stilles igennem § 198, stk. 1, 2. pkt. og § 209, svækkes betydningen af de sagkyndige erklæringer yderligere.

Retsplejerådet anfører, at beviset for, at der findes flere faglige skoler, kan føres ved en sagkyndig erklæring, som kan tillades efter §§ 209a og 341a. Hermed også sagt, at hvis retten skal tillade nyt syn og skøn eller udpege flere skøns mænd, så kan parterne fremlægge en sagkyndig erklæring som bevis for dette. Den sagkyndige erklæring bliver derfor automatisk et led i anvendelsen af retsplejeloovens kapitel 19 om syn og skøn, hvorfor de to kategorier af erklæringer hænger uløseligt sammen.

I bogen ”Dansk Retspleje” af Lindenchrone og Werlauff udtaler forfatterne, at de nye regler groft kan skitseres således, at de giver en adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet inden sagens anlæg. Hvorimod at der ikke er fri adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg.¹⁶⁷ De to forfatters opfattelse af Retsplejerådets overvejelser i betænkning nr. 1548/2016 er, at hensynet til at den ressourcestærke part ikke dominerer den mindre ressourcestærke part, der vægter højt i lovforslaget: ”...et ønske om ikke blot formel, men også reel lighed mellem civilprocessens parter.”¹⁶⁸ Ifølge Lindenchrone og Werlauff er det mest banebrydende i lovændringen, bestemmelsen § 209a. Werlauff var og er en del af Retsplejerådet, da lovforslaget blev udformet, hvorfor de ovenfor anførte argumenter må antages at være udtryk for nogle af tankerne bagved lovforslaget.

Ud fra en analyse af forarbejderne vedrørende anvendelsesområdet af §§ 209a og 341a, må det kunne lægges til grund, at de sagkyndige erklæringer i praksis vil blive anvendt som et processuelt redskab, for parterne til at skære sagen til overfor skønsmanden. Endvidere for at underbygge en påstand om at der i pågældende tilfælde kan være flere faglige skoler, hvorfor udmeldelse af syn og skøn, nyt syn og skøn eller udpegning af en ny skønsmand er påkrævet. Hermed tjener den sagkyndige erklæring til, at parternes retssikkerhed opretholdes således, at parten kan få belyst deres side af sagen fyldestgørende. Endvidere så undermineres anvendelsesområdet for §§ 209a og 341a, ved indsættelsen af §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209.

5.2.1.3. Den praktiske anvendelse

I ovenstående afsnit er anvendelsesområdet af lovændringen blevet analyseret ved hjælp af forarbejderne. I dette afsnit søges den praktiske anvendelse af bestemmelserne belyst.

Lovændringen, er endnu så ny, at den ikke har medført omfattende retspraksis. Det er derfor på nuværende tidspunkt ikke muligt at kunne give et fuldt beskrivende billede af de nye bestemmelsers

¹⁶⁷ Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 349.

¹⁶⁸ Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 349f.

anvendelsesområde kun ved hjælp af retspraksis. Derfor bliver der i dette afsnit opstillet nogle cases, på baggrund af retsfaktum, fundet i tidligere domme. Disse cases vil blive suppleret af de domme som er blevet afsagt på baggrund af de nye regler. Dette gøres for at få et så dækkende billede af de nye lovreglers anvendelsesområde som muligt, for at kunne svare på hvorvidt lovændringen rent faktisk giver parterne en udvidet adgang til sagkyndig oplysning af civilesager.

I det følgende vil §§ 209a og 341a blive analyseret på baggrund af opstillede cases. Endvidere så vil §§ 341a, 198 og 209 blive behandlet ved en analyse af dommene FM.2018.55Ø, U.2018.1611V, U.2018.1118Ø og U.2017.379V. Der er endnu ikke blevet afsagt nogle trykte afgørelser, hvor § 209a har været i anvendt, hvorfor denne bestemmelse kun analyseres ved hjælp af de opstillede cases.

5.2.1.3.1. Case 1

Dommen som danner udgangspunkt for denne case er U.1976.407V.¹⁶⁹ Her anvendes kun det retsfaktum, som ligger til grund for den pågældende sag.

K købte en traktor af S. Efter overdragelse vidste det sig at traktoren var behæftet med mangler, hvorfor K påstod S dømt til at tilbagebetale købssummen mod tilbagelevering af traktoren. K havde inden sagsanlægget indhentet en ensidig indhentet sagkyndig erklæring til støtte for sin påstand.

Såfremt S og K er enige, kan retten tillade at S og K efter sagens anlæg har mulighed for som supplement til eller i stedet for syn og skøn at oplyse sagen gennem ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, jf. retsplejeloven § 209a. Det følger dog af forarbejderne, at retten kun skal tillade anvendelse af § 209a i de tilfælde, hvor det er hensigtsmæssigt og hvor sagen rent økonomisk kan bære det. Det findes hensigtsmæssigt når der foreligger flere skoler. Om der er flere skoler i dette tilfælde er uvist, men rent økonomisk er det nok ikke en sag af stor værdi, hvorfor retten, hvis de følger forarbejdernes opfordring, formentlig vil afskære bevisførelse ved hjælp af retsplejelovens § 341. Parterne vil i stedet kunne anvende retsplejelovens kapitel 19. Endvidere skal det tilføjes, at det er forarbejdernes opfordring, i henhold til retsplejelovens § 209a, at i tilfælde af modsigende erklæringer, så skal retten opfordre parterne til at få udmeldt syn og skøn, hvorfor det er syn og skøn, som bliver parternes endelige adgang til sagkyndig oplysning af sagen.

5.2.1.3.2. Case 2

I denne case tages der udgangspunkt i U.2014.291V.

Hovedentreprenør, HE, havde anlagt sag mod underentreprenør, UE, da der var mangler ved det gulv, som UE havde forestået entreprisen for. Tidligere havde bygherren anlagt voldgiftssag mod HE for mangler ved gulvene. UE var ikke en del af voldgiftssagen, men var procesvarslet under denne. HE ønskede at fremlægge et syn og skøn som var blevet foretaget i voldgiftssagen, men indhentet efter den civilesags anlæg.

Skønserklæringen vil ikke blive tilladt fremlagt efter retsplejelovens § 341a, da den er indhentet efter sagens anlæg, og den ikke tjener som en moderklæring. UE og HE ikke er enige om at anven-

¹⁶⁹Tidligere anvendt i afsnit 3.3.1.

de sagkyndige erklæringer som supplement til eller i stedet for syn og skøn efter retsplejelovens § 209a, hvorfor retten heller ikke på denne baggrund vil tillade fremlæggelse af HE's skønserklæring. Erklæringen har karakter af ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet efter sagens anlæg, hvorfor den skønnes som værende uden betydning for sagen, jf. retsplejelovens § 341. Dette kan virke undrende, da erklæringen i dette tilfælde lige netop er indhentet efter de ønskelige regler, nemlig reglerne i retsplejelovens kapitel 19. Det må antages, at retten rent faktisk ville lægge vægt på skønserklæringen, ud fra relevansvurderingen i § 341.

HE vil selvsagt argumentere med, at skønserklæringen netop er udformet, som retten ønsker det og endvidere, at det virker meningsløst at indhente en ny skønserklæring over samme forhold. UE's modargument vil naturligt være, at UE ikke har fået lov at stille sine egne spørgsmål til skønsmanden. Hvis HE havde ventet med at anlægge sag mod UE indtil, skønserklæringen forelå, så ville erklæringen formentlig blive tilladt fremlagt, jf. retsplejeloven § 341a, stk. 1. I et tilfælde som dette er det altså nødvendigt at være processtrategisk, og det kan konstateres, at lovgiver ikke har taget højde for tilfælde som disse. Men at det formentlig ikke har været lovgivers hensigt at en sådan skønserklæring "det eksklusive bevis" har skullet afskæres. I sådanne tilfælde bliver sagen også blot dyrere for parterne, da HE's mulighed for sagkyndig oplysning af sagen derfor er at gå frem efter reglerne om syn og skøn i retsplejelovens kapitel 19. Igen kan det formentlig konstateres, at parternes reelle adgang til sagkyndig oplysning af civilesager fortsat er syn og skøn, på trods af at der allerede forelå en skønserklæring om samme forhold.

5.2.1.3.3. FM.2018.55Ø

I FM.2018.55Ø var der før sagens anlæg blevet afholdt syn og skøn efter AB92. Efter afholdelse af syn og skønnet, men inden sagsanlægget, indhentende sagsøger ensidigt en sagkyndig erklæring. Sagsøger anmodede om fremlæggelse af erklæringen på baggrund af § 341a. Dette blev accepteret af byretten. Landsretten afviste modsat byretten, at erklæringen kunne fremlægges. Landsretten begrundede deres resultat i forarbejderne til § 341a, som foreskrev, at der ikke burde tillades ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer om et tema, som forinden er blevet belyst ved isoleret bevisoptagelse. I denne sag var der ganske vidst ikke sket isoleret bevisoptagelse, men foretaget et syn og skøn efter AB92. Dette blev af Landsretten sidestillet med isoleret bevisoptagelse. Landsretten valgte i dette tilfælde at afsige dommen i overensstemmelse med forarbejderne. Dette kom landsretten frem til, uanset at den ensidigt indhentede erklæring indeholdt andre vurderinger, end dem som skønsmanden var fremkommet med.

Med FM.2018.55Ø kan det konkluderes, at § 341a ikke kan finde anvendelse, hvor der før sagsanlægget er sket isoleret bevisoptagelse, eller hvad der kan sidestilles hermed, såsom et syn og skøn efter AB92. Dette er dog kun tilfældet, hvor erklæringen angår samme tema, som det afholdte syn og skøn. Her må parten holde sig til at stille supplerende spørgsmål til den oprindelige skønsmand. Parten må være processtrategisk og inden sagsanlægget vurdere, hvordan denne får belyst sin sag på bedste vis. Hermed fremgår det af retspraksis, at anvendelsesområdet for retsplejelovens § 341a er begrænset.

5.2.1.3.4. U.2018.1611V

I U2018.1611V var § 341a ligeledes blevet påberåbt denne gang af sagsøgte. Sagsøgte ønskede at fremlægge en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet efter sagens anlæg. Både byretten og landsretten afviste dog anmodningen med samme begrundelse. Der var tale om en erklæring af teknisk karakter, men fordi denne erklæring var indhentet efter sagens anlæg, fulgte det modsætningsvist af § 341a, at denne bestemmelse ikke kunne finde anvendelse.

Erklæringen blev dog tilladt fremlagt af landsretten, men dette begrundede de i, at der var tale om et partsindlæg.

Som det også fremgår af case 2, dækker § 341a ikke de situationer, hvor en part anmoder om fremlæggelse af en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring indhentet efter sagens anlæg. En sådan erklæring tillades kun, hvor den tjener som moderklæring til en allerede fremlagt ensidigt indhentet erklæring indhentet før sagens anlæg. I et tilfælde som dette er det igen nødvendigt at være processtrategisk. Parten må inden sagsanlægget vurdere, hvorvidt en sagkyndig erklæring kan hjælpe parten til at få oplyst sin sag bedst muligt, ellers må parten opfordre sin modpart til anvendelse af § 209a. Igen kan det formentlig konstateres, at parternes reelle adgang til sagkyndig oplysning af civilsager fortsat er syn og skøn, på trods af at der allerede forelå en skønserklæring om samme forhold.

5.2.1.3.5. U.2017.379V

Sagen angik en skattesag om værdiansættelse af aktier i to holdingselskaber. Skatteyderen, A, anmode om isoleret bevisoptagelse i form af syn og skøn. A anmodede om udpegning af to skønsmand. SKAT var kun indforstået med udpegning af én skønsmand. Byretten udtalte: *”Efter karakteren af de spørgsmål, som skal afklares under den isolerede bevisoptagelse sammenholdt med det i øvrigt foreliggende om sagens karakter, beslutter retten, at der under sagen skal medvirke 2 skønsmand som begæret af rekvirenten.”*

Landsretten nåede frem til modsatte resultat: *”Det fremgår af retsplejelovens § 198, stk. 1, at retten kan udpege en eller flere skønsmand. Det må afgøres efter en konkret vurdering og under hensyntagen til bl.a. karakteren af de spørgsmål, der ønskes stillet, om der er behov for mere end én skønsmand. [...] Det må formodes, at en revisor, der udpeges af FSR – Danske Revisorer, har et bredt kendskab til forskellige typer virksomheder og værdiansættelsen af disse.”*

På denne baggrund nåede Landsretten frem til, at der ikke var behov for at udpege en branchekyndige udover den allerede udpegede regnskabskyndige. Kendelsen er afsagt før lovændringen per 1. juli 2017 trådte i kraft. Den findes dog stadig interessant for dette speciale, da der er formodning for at med indførelsen af 2. pkt. i § 198, så ville Landsretten nå frem til modsatte resultat, da lovændringen sikrede at flere skønsmand kunne udpeges til at besvare samme spørgsmål. Dog var det klart, at dette som udgangspunkt kun kom på tale når der forelå mere end én faglig skole, hvilket her er uvist. Hovedformålet med lovændringen var at udvide parternes adgang til sagkyndig bevisførelse, hvorfor det ud fra denne antagelse kunne give anledning til at Landsretten ville finde det nødvendigt at udpege mere end én skønsmand.

5.2.1.3.6. U.2018.1118Ø

Sagen angik en erstatningssag, hvor A havde lagt sag an mod forsikringsselskabet, F, for rotteindtrængen i A's ejendom. Parterne havde i 2015 fået foretaget udenretligt syn og skøn, som skulle anses for omfattet af reglerne om indenretligt syn og skøn, som vurderede udbedringsprisen til ca. 700.000 kr. + moms. Forud for sagens anlæg d. 5. maj. 2017 havde A indhentet en ensidigt indhentet erklæring, som vurderede at omkostninger udgjorde en udbedringspris på 1,5 mio. kr. + moms. A anmode derfor om at få udmeldt nyt syn og skøn efter retsplejelovens § 209. Byretten, der afsagde dom d. 10. juli 2017, fandt at sagen skulle afgøres efter § 209 i den nugældende retsplejelov. Endvidere fandt byretten, at der var rimelig grund til at udpege en ny skønsmand, særligt henset til den ensidigt indhentet erklæring. Landsretten tiltrådte at lovændringen skulle finde anvendelse. A gjorde gældende, at nyt syn og skøn var nødvendigt, da der var prisforskellige mellem skønserklæringen og den ensidigt indhentede sagkyndige erklæring. På den baggrund anførte A at der forelå mindst to skoler. Landsretten fandt endvidere at: *”Parterne vil ved fornyede henvendelser til den allerede benyttede syns- og skønsmand, civilingeniør S, kunne få disse forhold belyst nærmere.”*

Ud fra denne sag ses det tydeligt, at den ensidigt indhentede sagkyndige erklæring kan være et redskab til at belyse, hvorvidt der findes flere faglige skoler, hvilket også var ønsket med lovændringen. Dog ses det også tydeligt af afgørelsen, at det er vanskeligt at belyse om der foreligger flere faglige skoler. Endvidere at muligheden for at stille supplerende spørgsmål til den allerede udpegede skønsmand først må udtømmes, førend det er muligt at få nyt syn og skøn om samme spørgsmål efter retsplejelovens § 209. Dette efterlader igen det indtryk at lovændringens medførte regler, kun i begrænset omfang vil finde anvendelse i praksis.

5.2.1.4 Udvidelse af adgangen eller ej?

Som beskrevet ovenfor, så er udvidelsen af adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer i et vidst omfang en kodificering af retspraksis.¹⁷⁰ Som beskrevet i kapitel 3, så bevægede retspraksis sig mod en mere vid adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, idet retten inden lovændringen åbnede adgangen til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg.

Retspraksis formes af de for retten forelagte sager. Hermed er det retten, som skaber retstilstanden på et område, selvfølgelig med loven taget i betragtning. I modsætning til en lovfastsat retstilstand, så kan retten, når der er tale om en retspraksis skabt retstilstand, ændre denne, hvis retstilstanden bliver forældet.

Der kan stilles spørgsmålstejn ved om, det havde været ønskeligt at bibeholde reguleringen af fremlæggelsen af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer i retspraksis således, at retten altid efter en konkret vurdering, under de rammer som tidligere praksis satte, kunne tillade eller afskære fremlæggelse. Med kodificeringen i lov så er retten bundet hertil. Det skal dog nævnes, at ingen ved, hvor retspraksis havde bevæget sig hen, uden lovændringen.

¹⁷⁰Se kapitel 3.

Efter analyse af de, for dette speciale relevante lovændringer, så kan der stilles spørgsmålstejn ved om kodificeringen egentlig er en udvidelse af adgangen til sagkyndig oplysning af sagen eller ej.

Med lovforslaget har Retsplejerådet præciseret, at de sagkyndige erklæringers bevisvægt, der som nævnt tidligere, stort set ikke tillægges større betydning end, at disse kan tjene som bevis for, at der kan udmeldes syn og skøn, optages nyt syn og skøn eller at disse kan tjene som grundlag for skønsmandens oplysning.

Hermed så kan det formentligt antages, at lovkodificeringen vil medføre en indirekte indskrænkning, idet parterne ikke har incitament til at indhente sagkyndige erklæringer, hvis disse i sidste ende ikke indgår i rettens bevisbedømmelse. Dette vil kun for parterne være en fordyrelse af sagen, samt gøre sagsbehandlingstiden længere. Dette vil medføre et større incitament for parterne til at anvende reglerne om syn og skøn og dermed ”springe et processuelt skridt over” i forhold til anvendelse af ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer.

Et af de hensyn, som var gennemgående i lovforslaget, og var det vindende hensyn i forhold til udformningen af de i dette speciale beskrevne regler, var hensynet til sagseffektivitet og det procesøkonomiske hensyn. Det kan derfor undre, at Retsplejerådet har udformet reglerne, således at de formentligt vil få den indirekte konsekvens, at hvis parterne benytter sig af disse regler, så vil det medføre en fordyrelse.

Ud fra ovenstående analyse af forarbejderne, retspraksis og de opstillede cases kan det konkluderes, at de behandlede regler vedrørende sagkyndige erklæringer blot kommer til at danne grundlag for skønserklæringen, og dermed kun får en funktion af et processuelt redskab frem for et egentligt bevismiddel. Indførelsen af lov nr. 1725 af 27. december 2016 udvider parternes adgang til at oplyse skønsmanden. Endvidere så giver lovændringen en udvidelse i parternes adgang til bevisførelse. De sagkyndige erklæringer vil nu kunne fremlægges i højere grad end før lovændringen, idet der bliver lovfastsat en mulighed for at fremlægge moderklæring samt at anvende disse, hvor parterne er enige herom. I forhold til bevisbedømmelsen, kan det ikke antages, at lovændringen medfører en udvidet adgang. Dette sker som konsekvens af, at dommeren i sin bedømmelse ikke besidder teknisk viden, i et omfang som det er nødvendigt, for at kunne bedømme indholdet af sagkyndige erklæringer, som er modsatrettede. Derfor har retten, som det er nævnt tidligere, efter Retsplejerådets opfattelse, behov for uvildig sagkyndig rådgivning, hvilket bedst sker igennem processen i retsplejelovens kapitel 19.

5.2.2. Syn og skøn – Det eksklusive bevis?

I både §§ 209a og 341a indrømmes der adgang til at udmelde syn og skøn, hvorfor de sagkyndige erklæringer blot bliver et redskab i tilskæringen af sagen. Det kan derfor antages, at skønserklæringen som bevismiddel stadigvæk besidder en eksklusivitet og dermed er et autoritativt bevis. Reglerne om syn og skøn formaliserer derfor stadigvæk bevisførelsen, som i retstilstanden før år 2007. Nedenfor skal det undersøges om en sådan eksklusivitet er berettiget, samt undersøges hvornår og hvorfor forhandlingsprincippet samt princippet om kontradiktion må vige for rettens adgang til uvildig sagkyndig rådgivning, effektivitetsprincippet samt procesøkonomiske hensyn.

De fordele, som Retsplejerådet ser ved udvidelsen af adgangen til at kunne fremlægge sagkyndige erklæringer, støttes på forhandlings- og kontradiktionsprincippet. Dog fremgår det, som det er redegjort for i kapitel 3, at hensynet til ovennævnte principper tilsidesættes til fordel for effektivitets-hensynet og hensynet til procesøkonomien. Endvidere det faktum, som er citeret ovenfor i afsnit 3.4.1.2.2., at en juridisk dommer ikke er i stand til at bedømme et virvar af modsatrettede sagkyndige erklæringer, hvorfor forhandlingsprincippet må ses indenfor rammerne af rettens adgang til uvildig sagkyndig rådgivning. Spørgsmålet er, hvorfor den uvildige sagkyndige rådgivning kun kan ske ved syn og skøn og ikke igennem sagkyndige erklæringer. Dette spørgsmål belyses i afsnittet nedenfor.

5.2.2.1. Indhentningsmåden ved syn og skøn

Som det er beskrevet ovenfor i afsnit 4.2., så er udformningen af en skønserklæring en gennemsigtig og kontrolleret proces, hvor parterne stilles lige. Dette sikres igennem muligheden for parterne til at stille spørgsmål til skønsmanden, samt muligheden for at se modpartens spørgsmål. Endvidere så er blankettvangen med til, at gennemsigtigheden ved udformningen og gennemførelsen af skønssforretningen sikres. Retten har mulighed for igennem hele processen at kontrollere denne og sørge for, at parterne har lige adgang til at få deres påstande og anbringender belyst på en fyldestgørende måde.

Det fremgår af dommene i afsnit 3.3.1., at de ensidigt indhentede sagkyndige erklæring blev afskåret netop på grund af indhentningsmåden, her specielt i U.1976.407V. Her udtalte Vestre Landsret direkte, at erklæringen burde være indhentet efter reglerne i retsplejelovens kapitel 19, hvis den skulle tillades fremlagt. Det samme argument kan udledes af lovforslag nr. 20 af 10. maj 2016, hvor Retsplejerådet udtaler: ”... fordi retten ved sin vurdering af sagkyndige erklæringers bevisværdi vil tage omstændighederne ved indhentelse i betragtning.”¹⁷¹ At indhentningsmåden er det essentielle ses også hos Hørlyck, som i sin bog ”Syn og skøn” skriver: ”Begrundelsen for afvisningen af en ensidigt indhentet sagkyndig erklæring er ikke dennes indhold, men udelukkende fremgangsmåden ved dens tilblivelse.”¹⁷²

Ud fra ovenstående, hvor samme argument skinner igennem i lovforarbejder, i retspraksis og i litteraturen, så må det kunne lægges til grund, at skønserklæringens eksklusivitet som bevismiddel, begrundes i den gennemsigtige, upartiske, kontrollerede og totalt strømlinede indhentningsmåde. Med skønserklæringen kan retten kontrollere processen og dermed undgå, at der bliver lagt ”falske lodder i fru Justitias vægtskål”. Ved sagkyndige erklæringer ligger denne kontrol ved parterne selv, hvorfor retten ikke har kontrol med tilblivelsen samt udvælgelsen af den sagkyndige, og hans motivation bagved udformningen af erklæringen. Dette understøttes endvidere af Retsplejerådet, der i lovforslaget anfører, at sagkyndige erklæringer kun kan tillægges ringe bevisvægt grundet den sagkyndiges manglende uvildighed.¹⁷³

¹⁷¹ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.1.

¹⁷² Hørlyck 2004 s. 69.

¹⁷³ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.2.2.2.

Med lovændringen per 1. juli 2017 er det netop lovfastsat, at domstolsstyrelsen har mulighed for at fastsætte regler om, at erklæringer efter retsplejelovens § 209a skal indhentes på blanket ligesom skønserklæringen. Selvom de sagkyndige erklæringer efter § 209a og skønserklæringen nu indhentes på samme måde, så er det stadig Retsplejerådets opfattelse, at bevisvægten ikke er stor. Det må derfor formentlig antages, at grunden til at skønserklæringen tillægges så stor værdi, og at det fungerer som et autoritativt bevis, må falde tilbage på, at det er retten som udpeger syn og skønsmanden, jf. retsplejeloven § 198, stk. 1.

5.2.2.2. Rettens behov for uvildig sagkyndig rådgivning

Når skønserklæringen besidder en eksklusivitet som bevismiddel, så findes det nærliggende igen at henvise til Bondo Svanes kommentar: *”Et syn og skøn – eller en udtalelse fra retslægerådet – tillægger domstolene ofte samme vægt, som de gamle hellenere lagde på et svar fra Oraklet i Delfi, således at sagens realitet dermed er afgjort, og således at der herefter stort set kun står tilbage at fastsætte sagens omkostninger.”*¹⁷⁴ Bondo Svanes udtalelse er fra 1969, men den anses efter ovenstående analyse stadigvæk for at være relevant.

Zahle, opdelte i sin doktorafhandling af 1976 ”Om det juridiske bevis” beviser i standardbeviser og autoritative beviser.¹⁷⁵ Her konstaterede han ligeledes: *”Hvor domstolen skal tage stilling til et faktum, som belyses gennem bevisdata, som domstolen ikke har tilstrækkelig viden om, indhentes en sagkyndig udtalelse, og domstolen følger i reglen dennes indhold. Dette indebærer ikke, at jeg anser den legale bevisteori for gældende. Det afgørende er, at dens ophævelse ikke indebar en total selvstændighed i den judicielle bedømmelse, men blot en fjernelse af legale bindinger. Domstolens informationsmæssige afhængighed af sagkyndig bistand bliver ved at bestå.”*¹⁷⁶

I første del af ovenstående citat tilslutter Zahle sig samme standpunkt som Bondo Svane. Retten skal lægge vægt på den sagkyndige udtalelse, som foreligger i sagen. Det er dog interessant, at han endvidere begrundet dette med, at nogen modifikationer må laves til den frie bevisbedømmelse, idet han ikke mener, at en total selvstændighed er ønskelig, og sagkyndig bistand er nødvendig for at opnå den materielle sandhed. Dette begrundet han med følgende citat: *”Men princippet om fri bevisbedømmelse giver ikke dommeren viden om alt mellem himmel og jord.”*¹⁷⁷ Hermed også sagt, at den juridiske dommer ikke kan og ikke skal besidde evne til at vide alt, men må søge sagkyndig bistand. Dette leder tilbage til følgende citat fra lovforslaget: *”...efter Retsplejerådets opfattelse inddrage det almindelige forhandlingsprincip sammenholdt med, at syn og skøn også fungerer som sagkyndig bistand for retten, når den skal vurdere sagens bevismateriale.”*¹⁷⁸ Herefter finder forhandlingsprincippet kun anvendelse i den udstrækning, dette ikke kolliderer med rettens behov for uvildig sagkyndig bistand.

Selvom det ikke er Zahle og Retsplejerådets opfattelse, at vi er på vej tilbage til det legale bevissystem, så virker dette alligevel til at være tilfældet, når disse modifikationer foreligger og når skøn-

¹⁷⁴ Borum m.fl. 1969 s. 93.

¹⁷⁵ Se nærmere afsnit 2.2.2.3.

¹⁷⁶ Zahle 1976 s. 539.

¹⁷⁷ Zahle 1976 s. 538.

¹⁷⁸ Lovforslag nr. 20 af 2016 afsnit 2.1.2.1.

erklæringen bliver tillagt en eksklusivitet som bevismiddel og dermed også er udslagsgivende i henhold til dommerens afgørelse. Rettens rolle var efter det legale bevissystem, at føre kontrol med om skønsmændenes standpunkt var rimeligt samt, at syn og skønnet ikke var bygget på et usagligt eller partisk grundlag, hvilket er påfaldende ens med den nugældende retstilstand.

Det der er forskellen fra Bondo Svanes opfattelse fra 1969 og til retstilstanden i dag, er at med lovændring nr. 1725 af 27. december 2016, indrømmes der nu adgang til at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer. Disse kommer som udgangspunkt kun til at tjene som grundlag for en skønserklæring, hvorfor civilesager stadigvæk vil blive afgjort på grundlag af den fremlagte skønserklæring.

Det fremgår af de oprindelige forarbejder til retsplejelovens kapitel 19, at modbeviser til skønserklæringen må tillægges den vægt som de naturligt besidder, og at det er retten som bedømmer bevisvægten af sådanne erklæringer.¹⁷⁹ Dermed ikke sagt, at skønserklæringen ikke kan mødes med et modbevis i form af ensidigt indhente sagkyndig erklæring. Formålet var ikke at syn og skøn var parternes eneste adgang til sagkyndig oplysning af civilesager.

5.2.2.3. Afslutning

Der ses hos lovgiver, i retspraksis og i litteraturen, at der er en tendens til, at de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer ikke skal tillægges særlig stor bevisvægt. Dette kan henføres til at indhentningsmåden ved skønserklæringen findes at være kontrolleret af retten, hvorimod indhentningsmåden ved sagkyndige erklæringer er overladt til parterne selv. Derudover må det ses i sammenhæng med rettens behov for uvildig sagkyndig oplysning af sagen. Af de oprindelige forarbejder fra 1899 til retsplejelovens kapitel 19, fremgik det at rettens opgave var at tillægge sagkyndige erklæringer den bevisvægt som de naturligt besad. Endvidere at de sagkyndige erklæringer kunne tjene som et modbevis til skønserklæringen. Ud fra retspraksis som gennemgået i nærværende kapitel kan det konkluderes, at anvendelsesområdet for lovændringens bestemmelser er begrænset. Hvorvidt skønserklæringens eksklusivitet må antages at være et problem i henhold parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager bliver diskuteret i kapitel 6.

Kapitel 6. Diskussion

6.1. Indledning

I kapitel 5 blev parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager undersøgt, herunder hvad de nye bestemmelser §§ 198, stk. 1, 2. pkt., 209, 209a og 341a kommer til at betyde for retstilstanden efter lovændringen trådte i kraft. I kapitel 5 kunne det konstateres, at syn og skøn fortsat tillægges en eksklusivitet som bevismiddel, samt at de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, som udgangspunkt skal tjene som oplysningsgrundlag for skønsmanden.

I nærværende kapitel foretages en diskussion af, hvorvidt denne adgang til sagkyndig oplysning af civilesager harmonerer med princippet om det frie bevis.¹⁸⁰ Det er derfor relevant at foretage en diskussion af, hvordan lovændring nr. 1725 af 27. december 2016 stemmer overens med princippet

¹⁷⁹Se endvidere afsnit 4.3.1.

¹⁸⁰Se kapitel 2.

om det frie bevis, samt om denne retstilstand er ønskelig set fra et retspolitisk perspektiv (de lege ferenda).

6.2. Harmonerer gældende ret med begrebet det frie bevis?

6.2.1. Forarbejdernes betydning

I kapitel 2 blev det konkluderet, at det oprindelige formål med princippet om det frie bevis var, at beviset skulle være helt frit og fri for legale bindinger, hermed også sagt at intet bevis var bedre end et andet.

Som det er beskrevet i metodeafsnittet, skal der trædes varsomt ved brug af ældre forarbejder, idet disse igennem tiden kan have mistet deres betydning. Nedenfor skal det diskuteres, hvorvidt dette er tilfældet med forarbejder til retsplejelov af 1916. Er det ikke tilfældet, så kan det antages, at der i den civile retspleje er uoverensstemmelse mellem formålet med det frie bevis og gældende ret. Ydermere skal det undersøges, hvilke hensyn der nu danner grundlag for princippet om det frie bevis.

Lovens alder er et vigtigt moment ved vurderingen af, hvilken betydning forarbejderne konkret kan tillægges.¹⁸¹ Dette begrundes med, at jo ældre loven er, desto mere sandsynligt findes det at samfundsmæssige, herunder politiske, forhold er ændret, hvorfor det kan være mindre velbegrunderet at støtte sin fortolkning på forarbejdernes bemærkninger.¹⁸² Forfatteren Mette Mortensen tager i sin ph.d.-afhandling stilling til, hvorvidt tiden er løbet fra forarbejderne til retsplejelov af 1916. Mortensen er af den opfattelse, at forarbejderne til bestemmelserne om det frie bevis §§ 344, stk. 1 og 341 ikke har mistet deres betydning eller relevans.¹⁸³ Mortensen anfører, at det afgørende for, hvorvidt forarbejderne mister deres betydning, er om væsentlige hensyn og principper er ændret i en grad, som får betydning for forarbejdernes aktualitet.¹⁸⁴ Ud fra dette kan det udledes, at Mortensen er af den overbevisning, at der ikke er væsentlige hensyn eller principper i samfundsudviklingen fra 1916 og frem til i dag, som har medført, at princippet om det frie bevis skal indskrænkes i nogen grad, idet hun udtaler: *”De ændringer, som er foretaget i retsplejeloven i relation til bevisførelse, har alle sammen til formål at effektivisere processen for bevisførelse og har således ingen betydning for parternes materielle adgang til bevisførelse.”*¹⁸⁵

Efter at have gennemgået en stor del af litteraturen på det bevisretlige område, kan det konkluderes, at Mortensen er den eneste forfatter, som tager direkte stilling til forarbejdernes betydning i forhold til princippet om det frie bevis. Dog kan det også konkluderes, at flere forfattere skriver, at der må være modifikationer til princippet om det frie bevis. Dette kan indikere, at forfatterne er af den opfattelse, at formålet med det frie bevis, som opstillet i forarbejderne fra 1800-tallet, ikke kan tillægges samme betydning i dag.

¹⁸¹ Blume 2016 s. 209.

¹⁸² Blume 2016 s. 209. Se endvidere afsnit 1.3.1.1.1. og 2.2.4.

¹⁸³ Mortensen 2016 s. 18.

¹⁸⁴ Mortensen 2016. s. 18.

¹⁸⁵ Mortensen 2016 s. 18.

Zahle skriver i sin dr. afhandling, at han er af den opfattelse, at: ”Domstolenes informationsmæssige afhængighed af sagkyndig bistand bliver ved at bestå.”¹⁸⁶ Dette begrundes af ham med, at dommeren ikke er alvidende, blot fordi bevisbedømmelsen må antages at være fri, hvorfor han ser skønsmanden som en nødvendighed for at opnå den materielle sandhed. Zahle er derfor af den opfattelse, at det er nødvendigt, at der foretages modifikationer til princippet om det frie bevis, idet retten ellers ikke er i stand til at afgøre teknisk komplicerede sager.¹⁸⁷

Lindenchrone og Werlauff udtaler følgende om den fri bevisførelse: ”Princippet om fri bevisførelse er på ingen måde til hinder for, at der kan foreligge hensyn, som taler for at foretage modifikationer til princippet.”¹⁸⁸

At der kan opstilles modifikationer til princippet om det frie bevis, kan ikke læses ud af de oprindelige forarbejder til retsplejeloven af 1916, og dette kan da heller ikke læses ud af de senere tilkomne forarbejder. Det kan derfor undre, hvad forfatterne bygger denne antagelse på. Et oplagt argument er samfundsudviklingen. Men selv hvis tiden og samfundsudviklingen i et vist omfang er løbet fra de oprindelige forarbejder til retsplejeloven af 1916, og dermed har mistet deres relevans, så savner dette argument legitimation i lov, førend dette kan være et retligt sagligt argument. Det må antages at dette argument er et udtryk for forfatternes egen opfattelse, mere end en retlig hovedregel. Dog kan forfatternes argument støttes på den retspraksis, som har været på området inden lovændringen. Her indskrænkede retspraksis adgangen til sagkyndig oplysning af civilesager uden holdepunkter herfor i forarbejderne.¹⁸⁹ Rettens begrundelse for afskæring var at dette enten var overflødigt eller at parten skulle være gået frem efter reglerne om syn og skøn i retsplejelovens kapitel 19.

Lindenchrone, Werlauff og Zahle er alle enige om, at modifikationerne er begrundet i hensyn til dommeren i sagen og ligheden mellem parterne. Lindenchrone og Werlauff skriver da også følgende i deres bog: ”Se følgende citat fra Retsplejerådet bet.nr. 1548/2016¹⁹⁰, som med pænere ord siger, at vi ikke vil have amerikanske tilstande, hvor den ressourcestærke kan dominere processen til skade for den mindre ressourcestærke gennem indhentelse af kostbare sagkyndige erklæringer (bet. s. 62 f.).”¹⁹¹ Hermed er det forfatternes opfattelse, at grundet samfundsudviklingen, er det nødvendigt at opstille modifikationer til parternes adgang til sagkyndig bevisførelse, idet en uønskelig retstilstand ellers opstår. Hermed også sagt, at samfundsudviklingen er løbet fra forarbejderne til retsplejelov af 1916.

Mortensens betragtninger vedrørende forarbejdernes betydning synes at være velbegrundede. Dette underbygges med, som også redegjort for i dette speciale, at der lå et stort og gennemreguleret arbejde bagved udformningen af den første retsplejelov af 1916. Arbejdet startede allerede ved J. Nellemanns udkast i 1869. Arbejdet forud for retsplejeloven af 1916 var altså 45 år undervejs. Det frie bevis fremgik både af Nellemann-udkastet, 1877-udkastet og 1899-udkastet.

¹⁸⁶Zahle 1976 s. 539.

¹⁸⁷Zahle 1976 s. 539.

¹⁸⁸Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 349.

¹⁸⁹Se afsnit 3.3.

¹⁹⁰Dette citat svarer i det væsentligste til det citat vi har angivet fra lovforslag nr. 20 af 10. maj 2016 i afsnit 3.5.1.2.2.

¹⁹¹Lindenchrone & Werlauff 2017 s. 348.

Overordnet har retssager stadig den samme funktion som i 1916. Parterne har samme behov for oplysning af deres påstande, anbringender og samme behov for kontradiktion. På samme måde besidder dommerne kun juridisk viden, hvilket har været tilfældet siden retsplejelovens ikrafttræden. Formålet er dermed fortsat det samme, nemlig at den materielle sandhed skal opnås, som også var tilfældet da retsplejeloven trådte i kraft, hvor formålet var at gå fra det legale bevissystem til det materielle bevissystem. Der er ikke sket noget banebrydende i måden, hvorpå retssager afholdes siden retsplejelovens fødsel, hvorfor der ikke er sket en udslagsgivende samfundsudvikling på dette område. En samfundsudvikling som der til gengæld har været fremtrædende er den tekniske udvikling, men dertil er der ligeledes uddannet fagkyndige, som kan belyse den tekniske udvikling, hvorfor dette heller ikke burde være en udslagsgivende faktor til at fratage forarbejderne deres betydning. Det ses dog tydeligt at netop dette argument og argumentet om, at der skal være lighed mellem sagens parter ifølge lovgiver og flere steder i litteraturen, vægtes højere end hensynet til det frie bevis.

Omvendt kan der også fattes forståelse med Zahle, Lindencrone og Werlauffs synspunkt om, at der må laves modifikationer til princippet om det fri bevis, hvor hensynet til effektiv rettergang, procesøkonomi, rettens behov for uvildig sagkyndig oplysning og lighed mellem parterne bruges som grundelse for disse modifikationer. Dette antages, fordi der i dansk ret er et ønske om at undgå amerikanske tilstande, hvor den økonomisk- eller ressourcestærke part har en fordel. Desuden for at undgå unødvendigt lange retssager. Endvidere må retsplejeloven ses i sammenhæng med EMRK artikel 6, idet denne artikel netop bestemmer, at alle har krav på en retfærdig og upartisk rettergang inden rimelig tid. Princippet om det frie bevis må derfor naturligt ses i lyset af EMRK artikel 6.¹⁹²

6.3. Afslutning

Ud fra ovenstående argumentation må det antages, at samfundsudviklingen ikke er løbet fra de oprindelige forarbejder til retsplejelov af 1916. Det kan konkluderes, at hensynet bag det frie bevis ikke stemmer overens med gældende ret. Dette ses blandt andet i forbindelse med sagkyndig bevisførelse, idet skønserklæringen er den ønskelige måde at oplyse sagen på, og at dette bevis tillægges en eksklusivitet. Med denne opfattelse forlades grundtanken bag det frie bevis, som var, at beviset skulle være fri for legale bindinger medmindre, det var fastsat ved lov. Der findes med lov nr. 1725 af 27. december 2016 klare modifikationer til det frie bevis, hvor hensynet til effektiv og procesøkonomisk sagsbehandling, lighed mellem parterne samt hensynet til rettens uvildige sagkyndige bistand indtager forrang overfor forhandlings- og kontradiktionsprincippet. Hermed ses også, at forhandlingsprincippet og retten til kontradiktion kun kan anvendes under hensyn til før nævnte principper. At de ovenfor anførte hensyn er vigtige hensyn, og at disse efter Retsplejerådets opfattelse gør, at der kan ske modifikationer til det frie bevis er en forståelig og ganske reel grundelse.

Problemet er blot, at Retsplejerådet ikke tager stilling til eller videre behandler dette i lovforslaget. Dette anses for at være et problem, da det er en indskrænkning til et bærende princip i dansk retspleje. Retsplejerådet kunne med fordel have taget stilling til det frie bevis og indholdet af dette i forhold til indførelsen af lov nr. 1725 af 27. december 2016 og dermed legitimeret indskrænkning.

¹⁹²Se afsnit 2.2.1.1.

gen. Det skal bemærkes, at lovgiver kan begrunde dette med, at domstolene allerede har indført modifikationer gennem retspraksis, uden at have taget stilling til vidden af det frie bevis. Dette fremgik dog ikke i lovforslaget.

Kapitel 7. Afslutning

7.1. Konklusion

Formålet med dette speciale er at bearbejde, analysere og systematisere parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager med særlig fokus på lov nr. 1725 af 27. december 2016. Resultaterne i dette speciale er opnået gennem den retsdogmatiske metode, hvor gældende ret for parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager er blevet beskrevet, analyseret og systematiseret.

Det frie bevis er adgangen til fri bevisførelse for parterne og fri bevisbedømmelse for retten. Dette er lovreguleret i retsplejelovens §§ 341 og 344. Ud fra forarbejderne kan det konkluderes, at en af grundtankerne bagved princippet om det frie bevis var, at alle beviser kunne tillægges den værdi som de naturligt besad, samt at intet bevis var mere eksklusivt end andet. Tankerne med at indføre retsplejeloven var at gå fra det legale bevissystem til det materielle bevissystem.

Parternes adgang til sagkyndige oplysning af civilesager foretages gennem sagkyndige erklæringer. En sagkyndig erklæring er et bevis foretaget af en præsumptiv sagkyndig, der er uafhængig i forhold til sagens parter. En skønserklæring er per definition også en sagkyndig erklæring. Denne er dog speciel, idet den er reguleret i retsplejelovens kapitel 19. En sagkyndig erklæring får karakter af at være ensidig indhentet, når modparten ikke har samtykket, og retten ikke har godkendt indhentelsen af den sagkyndige erklæring.

Det kan konkluderes, at ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer ikke altid har kunne fremlægges. Før år 2007 blev ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *før* sagens anlæg ikke tilladt fremlagt. Parterne kunne i stedet varetage deres interesser efter retsplejelovens kapitel 19. Ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg blev tilladt fremlagt i det omfang, de skulle indgå i et syn og skøn eller i en begæring om nyt syn og skøn. Med U.2007.2040H blev denne retstilstand ændret således, at ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer indhentet før sagens anlæg blev tilladt fremlagt. Denne dom blev senere præciseret med U.2008.2193H, U.2008.2393H og U.2011.121H. Herefter var retstilstanden den, at ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet før sagens anlæg af teknisk, økonomisk eller lignende karakter blev tilladt fremlagt.

Per 1. juli 2017 trådte lov nr. 1725 af 27. december 2016 i kraft. Med retsplejelovens § 341a indførtes en generel adgang til at fremlægge ensidigt sagkyndige erklæringer indhentet *før* sagens anlæg medmindre, der er omstændigheder ved erklæringens indhold/tilblivelse, som gør, at den fremstår som falsk. Muligheden for at fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer indhentet *efter* sagens anlæg kan ske, når den skal tjene som moderklæring. Ifølge forarbejderne skal moderklæringen som udgangspunkt danne grundlag for syn og skøn, men muligheden for fremlæggelse er ikke betinget heraf. En anden mulighed for at fremlægge ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer indhentet efter sagens anlæg findes i retsplejelovens § 209a, som ved parternes enighed kan anvendes som supplement til eller i stedet for syn og skøn. Ifølge forarbejderne er denne anvendelse dog i høj

grad begrænset, da den kun kan anvendes såfremt: parterne er enige herom, der er flere faglige skoler, og hvis sagen kan bære det. Fælles for de to bestemmelser er de ofte kommer til at tjene som grundlag for syn og skøn, hvorfor de ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer kun kan tillægges ringe bevisvægt.

Syn og skøn er reguleret i retsplejelovens kapitel 19. Ud fra de oprindelige forarbejder var formålet med reglerne om syn og skøn, at der indsattes et skøn, som skulle være vejledende for retten og derfor kunne mødes med et modbevis. Endvidere at syn og skønnet ville blive tillagt større bevisvægt end ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer, men dermed ikke sagt at sidst nævnte erklæring slet ingen bevisvægt skulle have. Revisionen af reglerne i retsplejelovens kapitel 19 havde alene til formål at sikre større sammenhæng mellem bestemmelserne, sproglig modernisering og sikre effektiv sagsbehandlingstid. Denne revision var ikke udslagsgivende for formålet bag bestemmelserne i retsplejelovens kapitel 19.

Med lovændringen per 1. juli 2017 skete en kodificering af en retspraksis skabt retstilstand med §§ 198, stk. 1, 2. pkt. og 209. Bestemmelserne fastsætter at i tilfælde af flere faglige skoler, så er det muligt udpege mere end én skønsmand. Endvidere muligheden for at få udmeldt nyt syn og skøn ved andre skønsmænd, såfremt samme kriterie er opfyldt.

Bestemmelserne §§ 209a og 341a om ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer kommer blot til at danne grundlag for skønserklæringen, og får dermed kun en funktion af et processuelt redskab frem for et egentligt bevismiddel. Indførelsen af lov nr. 1725 af 27. december 2016 udvider parternes adgang til at oplyse skønsmanden. Parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager anses for at være udvidet i forhold til bevisførelse, da parterne nu har mulighed for at fremlægge en moderklæring samt anvende ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer ved enighed. Dog anses det ikke som værende en udvidelse, henset til bevisbedømmelsen, fordi de ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer ud fra forarbejderne kun kan tillægges en meget ringe bevisvægt. Det vil derfor være skønserklæringen, der i sidste ende vil blive lagt til grund for rettens resultat. Dermed sker der præcis det samme som før lovændringen, retten kommer til at lægge vægt på skønserklæringen, forskellen er blot at skønsmanden nu er oplyst i et større omfang.

Den ringe bevisvægt, som de ensidigt indhentet sagkyndige erklæringer antages at have, må begrundes i indhentningsmåden og rettens behov for uvildig sagkyndig oplysning af sagen. Skønserklæringen indhentes ved hjælp af reglerne i retsplejelovens kapitel 19 via en gennemsigtigt, upartisk og af retten kontrolleret proces.

Forarbejderne til retsplejelov af 1916 antages fortsat at være relevante, da samfundsudviklingen ikke anses for at være løbet fra disse. Det kan konkluderes, at hensynet bag det frie bevis ikke stemmer overens med gældende ret. Der findes med lov nr. 1725 af 27. december 2016 klare modifikationer til det frie bevis. Disse modifikationer er opstillet af lovgiver, og modifikationerne tiltrædes i den bevisretlige litteratur af flere forfattere. Hensynene som antages at lægge bag modifikationerne er følgende: hensynet til effektiv rettergang, procesøkonomi, rettens behov for uvildig sagkyndig bistand og lighed mellem parterne. I lovforslaget har lovgiver ikke legitimeret disse modifikationer i forhold til det frie bevis, hvorfor det kan konkluderes, at lov nr. 1725 af 27. december

2016 ikke harmonerer med de oprindelige forarbejder til retsplejelov af 1916. Men at bestemmelserne som lovgiver har indført med lov nr. 1725 af 27. december 2016 nu er gældende ret, hvorfor det må antages, at det frie bevis kan mødes med modifikationer, hvis de ovenfor nævnte hensyn giver anledning hertil. Parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager er med lovændringen per 1. juli 2017, at parterne nu kan fremlægge ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, men at disse i sit væsentlige skal danne grundlag for syn og skøn, hvorfor skønserklæringen fortsat er det dominerende sagkyndige bevis. Anvendelsesområdet for retsplejelovens nye bestemmelser må hen-set til forarbejderne, retspraksis og cases anses som værende begrænset.

7.1.2. Afsluttende bemærkninger

Udover det i dette speciale behandlede kunne det endvidere have været interessant at undersøge sammenlignelige retssystemers adgang til sagkyndig oplysning af civilsager. Det findes naturligt at skæve til svensk ret, da vi i Danmark ofte sammenligner os med de nordiske lande. Det kunne derfor være interessant at undersøge, hvordan de i svensk ret håndtere parternes adgang til sagkyndig oplysning af civilesager. Derudover kunne det have været interessant at sammenligne retsplejelovens regler med de voldgiftsretlige regler, da voldgift fungerer som et alternativ til domstolsbehandling. Det har ikke været muligt at belyse disse områder, grundet de formelle regler som er opstillet for dette speciale.

Litteraturliste

Lovgivning

Lov nr. 90 af 11. april 1916 om rettens pleje. (Lov nr. 90 af 11. april 1916)

Lov nr. 260 af 8. juni 1979 om ændring af retsplejeloven m.v. (Behandling af borgerlige sager m.v.).

Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Lov nr. 737 af 25. juni 2014 om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love.

Lov nr. 1725 af 27. december 2016 om ændringer af retsplejeloven (Sagkyndig bevisførelse m.v.).

Lovbekendtgørelse nr. 1101 af 22. september 2017 af lov om rettens pleje. (Retsplejeloven)

Konventioner

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention af 3. september 1953. (EMRK)

Bekendtgørelser

Bekendtgørelse nr. 1442 af 4. december 2015 om anvendelse af blanketter i forbindelse med syn og skøn. (Bekendtgørelse nr. 1442 af 2015)

Forarbejder

Udkast til lov om den borgerlige retspleje, juni 1877. (1877-udkastet)

Motiver til det af den ved allerh. Reskr. af 28de Februar 1868 nedsatte Proceskommission udarbejde Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje, juni 1877. (1877-motiverne)

Udkast til lov om den borgerlige retspleje, 1899. (1899-udkastet)

Bemærkninger til den af den ved allerhøjeste Reskript af 11te Maj 1892 nedsatte Proceskommission udarbejde Udkast til Lov om den borgerlige Retspleje, 1899. (1899-bemærkningerne)

Betænkning nr. 698 i 1973: Betænkning om behandling af borgerlige sager. (Betænkning nr. 698 af 1973)

Forslag til Lov om ændring af retsplejeloven m.v. nr. 89 af 29. november 1978. (Lovforslag nr. 89 af 1978)

Betænkning nr. 1543 i 2013: Reform af den civile retspleje VIII, syn og skøn. (Betænkning nr. 1543 af 2013)

Forslag til Lov om ændring af retsplejeloven og forskellige andre love (Revision af reglerne om behandling af civile sager og syn og skøn, forhøjelse af beløbsgrænse for anke, indførelsen af deltidssordning for dommere m.v., medie annoncering af tvangsauktioner, tvangsfuldbyrdelse af digita-

le lånedokumenter, skriftlige behandling af anke i straffesager med sammenstemmende påstande m.v.) nr. 178 af 9. april 2014. (Lovforslag nr. 178 af 2014)

Betænkning nr. 1558 i 2016: Reform af den civile retspleje IX Sagkyndig bevisførelse mv.

Forslag til Lov om ændringer af retsplejeloven (Sagkyndig bevisførelse m.v.) nr. 20 af 10. maj 2016. (Lovforslag nr. 20 af 2016)

Domme

U.1976.407V

U.1981.143V

U.1997.1324V

U.2001.502Ø

U.2003.1088V

U.2004.1847H

U.2005.1472H

U.2007.2040H

U.2008.2193H

U.2008.2393H

U.2011.151H

U.2014.291V

U.2015.549H

U.2017.379V

U.2018.1118Ø

U.2018.1611V

FED.2011.26Ø

FM.2018.55Ø

Bøger

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Christensen, Lasse Højlund og Petersen, Clement Salung. 2017. Den Civile Retspleje, 4. Udgave. Universitetsforlaget Pejus. (Bang-Pedersen m.fl. 2017)

- Blume, Peter. 2016. Retssystemet og juridisk metode, 3. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Blume 2016)
- Borum, O.A., Graff, Axel og von Eyben, William Edler. 1969. Retsplejeloven gennem 50 år. København: Juristforbundets forlag. (Borum m.fl. 1969)
- Evald, Jens. 2000. Retskilderne og den juridiske metode, 2. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Evald 2000)
- Gomard, Bernhard, Kistrup, Michael. 2013. Civilprocessen, 7. Udgave. København: Karnov Group. (Gomard & Kistrup 2013)
- Gomard, Bernard, Møller, Jens og Talevski, Oliver. 2013. Kommenteret retsplejelov Bruxelles I-forordning, 9. Udgave. Jurist og Økonomiforbundets forlag. (Gomard m.fl. 2013)
- Hansen, Lone L. og Werlauff, Erik. 2013. Den juridiske metode – en introduktion, 1. udgave. København. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Hansen & Werlauff 2013)
- Hørlyck, Erik. 2015. Syn og skøn Sagkyndig bevisførelse, 5. Udgave. Jurist- og økonomforbundets forlag. (Hørlyck 2015)
- Hørlyck, Erik. 2004. Syn og skøn, 3. Udgave, 1. oplag. Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Hørlyck 2004)
- Jochimsen, Jørgen. 2012. Bevisførelse i retssager – oversigt over regler og afgørelser i borgerlige retssager, herunder i småsagsprocessen, og i straffesager, 1. Udgave. København: Karnov Group. (Jochimsen 2012)
- Jensen, Torben. 1999. Højesteret og retsplejen, 1. udgave. København: GadJura, Thomson information A/S (ITID A/S). (Jensen 1999)
- Mortensen, Mette. 2016. Parternes adgang til bevisførelse i den danske civile retspleje, PH.D. Afhandling. (Mortensen 2016)
- Munk-Hansen, Carsten. 2014. Retsvidenskabsteori, 1. udgave. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Munk-Hansen 2014)
- Nellemann, J. 1869. Foreløbigt Udkast til Lov om Rettergangsmåden i borgerlige Domssager med Motiver. (Nellemann-udkastet 1869)
- Petersen, Lars Lindencrone, Werlauff, Erik. 2017. Dansk retspleje, 7. udgave. København: Karnov Group. (Lindencrone & Werlauff 2017)
- Zahle, Henrik. 1994. Bevisret. Oversigt, 1. Udgave, 4. Oplag. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Zahle 1994)
- Zahle, Henrik. 1976. Om det Juridiske Bevis. København: Juristforbundets Forlag. (Zahle 1976)

Zahle, Henrik. 1999. Rettens kilder. København: Christian Ejlers' Forlag. (Zahle 1999)

Von Eyben, William Edler. 1986. Bevis. G.E.C Gads Forlag. (Von Eyben 1986)

Werlauff, Erik. 2011. Retssager Civilprocessens grundbegreber, 1. udgave, 1. oplag. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. (Werlauff 2011)

Ørsted, Anders Sandøe. 1932: Bemærkninger over juridisk visheds natur og væsen, Gyldendalske Boghandel Nordisk forlag. Også anført: Ørsted, Anders Sandøe. 1831. Skrifter i Udvalg – bemærkninger over juridiske visheds natur og væsen. Arkiv for retsvidenskaben 6. del. (Sandøe 1831)

Artikler

Bang, Peter. 1998. Bevisbyrde og bevisvurdering i civile retssager. Juristen nr. 10, 1998. (Bang, Juristen nr. 10 1998)

Fournais, Amstrup Anders og Johannesen, Claus Aschou. 2012. U.2012B.498, Et paradigmeskifte I retsplejens tilgang til sagkyndig medvirken. (Fournais & Johannesen U.2012B.498)

Hørlyck, Erik. 2014. U2014B.355, Fri bevisførelse og sagkyndige erklæringer. (Hørlyck U.2014B.355)

132%

Startside Layout Dokumentelementer Tabeller Diagrammer SmartArt Gennemse

Sideopsætning Margener Tekstlayout Sidebaggrund Gitter

Retning Størrelse Sideskift Margener Øverst: 3 Nederst: 3 Linjenumre Vandmærke Farve Kanter Indstillinger Gitterlinjer Fastgør objekter til andre Fastgør objekter til gitter

Venstre: 2 Højre: 2 Retning Kolonner bc Orddeling

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19

Ordoptælling

Statistik:

Sider	61
Ord	25.246
Tegn (ingen mellemrum)	143.052
Tegn (med mellemrum)	167.626
Afsnit	754
Linjer	2.170

☒ Medtag fodnoter og slutnoter

OK

Parterkyndig
oplægger

– med særligt fokus på lovændring nr. 1725 af 27. december 2016

(The parties' admittance to expert evidence in civil proceedings – with a special focus on law reform no. 1725 of 27th of December 2016.)

ADRIAN ALBORG UNIVERSITET