

UiO : **Det juridiske fakultet**

Grensen mellom materielle og prosessuelle spørsmål i sivile saker

Rettens prøving av om kravet til rettslig interesse er oppfylt

Kandidatnummer: 702

Leveringsfrist: 25.04.2013

Antall ord: 17910



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Avgrensning av temaet	2
1.3	Fremstillingen videre	2
2	FORHOLDET MELLOM PROSESSUELL OG MATERIELL RETT I SIVILE SAKER	3
2.1	Prosessuell kontra materiell.....	3
2.2	Prosessforutsetninger	3
3	KORT OM RETTSLIG INTERESSE.....	7
3.1	”Søksmålgjenstand”	7
3.2	”Partstilknytning”	8
3.3	”Søksmålssituasjon”	9
4	BETYDNINGEN AV OM KRAVET TIL RETTSLIG INTERESSE BEHANDLES SOM EN PROSESSUELL ELLER MATERIELL PROBLEMSTILLING.....	10
4.1	Innledning	10
4.2	Avgjørelsesgrunnlaget	11
4.3	Avgjørelsesgrunner.....	15
4.4	Muligheten for overprøving.....	16
4.5	Hvem som kan treffe avgjørelser og rettens sammensetning	20
4.6	Forenklet domsbehandling	21
4.7	Rettskraftsvirkninger	22
5	GRENSEN MELLOM KRAVET TIL RETTSLIG INTERESSE OG MATERIELLE SPØRSMÅL.....	25

5.1	Rettens prøving av saksøkers pretensjoner.....	25
5.2	Søksmålsform som avgjørende faktor?	26
5.3	Rettspraksis.....	28
5.3.1	”Søksmålgjenstand”.....	28
5.3.2	”Partstilknytning”.....	34
5.3.3	”Søksmålsituasjon”.....	40
5.4	Avgjørelser som avviker fra mønsteret i rettspraksis	43
5.4.1	”Søksmålgjenstand”.....	43
5.4.2	”Partstilknytning”.....	44
5.5	Drøftelse – rettens prøving av saksøkers pretensjoner	52
5.5.1	En alternativ tese	52
5.5.2	En evaluering av Robberstads teori.....	54
5.5.3	Betydningen av reglene om forenklet domsbehandling.....	55
6	GRENSEN MELLOM ANDRE PROSESSFORUTSETNINGER OG MATERIELLE SPØRSMÅL.....	58
6.1.1	Domstolen må ha stedlig kompetanse.....	58
6.1.2	Det materielle kravet må ikke være rettskraftig avgjort.....	60
6.1.3	Søksmålsfrister.....	61
6.1.4	Klageadgangen må være utnyttet.....	62
7	SAMMENFATNING OG KONKLUSJON	64
7.1	Grensen mellom det prosessuelle kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål	64
7.2	Betydningen av om kravet til rettslig interesse blir behandlet som en prosessuell eller materieell problemstilling.....	64
7.3	Rettens prøving av om kravet til rettslig interesse er oppfylt.....	64
8	LITTERATURLISTE.....	66
8.1	Lovgivning.....	66
8.2	Forarbeider.....	66

8.3	Konvensjoner.....	66
8.4	Rettsavgjørelser	67
8.4.1	Høyesterett	67
8.4.2	Høyesteretts kjæremålsutvalg	67
8.4.3	Høyesteretts ankeutvalg	68
8.5	Juridisk litteratur.....	68
8.5.1	Bøker	68
8.5.2	Juridiske artikler.....	69

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er forholdet mellom prosessuelle og materielle spørsmål i sivile saker. Rettspraksis og teori illustrerer at grensen mellom disse kan være vanskelig å trekke. Hvorvidt et spørsmål skal klassifiseres som prosessuelt eller materielt kan oppstå i flere sammenhenger. I denne avhandlingen er det grensen mellom det prosessuelle krav om rettslig interesse og materielle spørsmål som står i fokus. Samtidig vil en mindre del av avhandlingen bli dedikert til andre prosessforutsetninger hvor grensene mot materielle spørsmål kan være uklare.

Den overordnede problemstillingen i avhandlingen er i hvilken utstrekning den prosessuelle vurderingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt kan holdes adskilt fra vurderingen av om saksøkers materielle krav kan føre frem.

Når denne problemstillingen reises i praksis er innfallsvinkelen en litt annen. Problemstillingen som da oppstilles er hvilke spørsmål retten skal prøve som ledd i den prosessuelle vurderingen av om kravet rettslig interesse er oppfylt, og hvilke spørsmål retten først skal prøve ved realitetsbehandlingen av det materielle kravet. I forbindelse med denne problemstillingen har det blitt vanlig å fremheve betydningen av partenes pretensjoner. I hvilken utstrekning retten skal bygge på det saksøker pretenderer om at kravene til rettslig interesse er oppfylt, er derfor også en problemstilling i denne avhandlingen.

En underproblemstilling er hvilken betydning det har om kravet til rettslig interesse blir behandlet som et prosessuelt eller materielt spørsmål.

En annen underproblemstilling i avhandlingen er hvordan konklusjonene om rettens prøving av kravet til rettslig interesse harmonerer med noen observasjoner om rettens prøving av om andre prosessforutsetninger er oppfylt.

1.2 Avgrensning av temaet

Det foreligger rikholdig praksis om hva som ligger i det prosessuelle krav om rettslig interesse. Dette emnet er også behandlet med bred penn i teorien. Det faller utenfor denne avhandlingens tema å foreta en grundig gjennomgang av de enkelte elementer som henføres under begrepet rettslig interesse.

1.3 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil jeg redegjøre kort for innholdet av begrepsparet prosessuell og materiell, og introdusere forholdet mellom prosessforutsetninger og materielle spørsmål.

I kapittel 3 presenterer jeg hvilke elementer som henføres under begrepet rettslig interesse, og foretar en kort gjennomgang av disse.

I kapittel 4 vil jeg redegjøre for hvilken betydning det har om kravet til rettslig interesse blir behandlet som en prosessuell eller materiell problemstilling. Formålet med kapittel 4 er samtidig å si noe mer generelt om betydningen av om en problemstilling klassifiseres som prosessuell eller materiell.

I kapittel 5 behandles den overordnede problemstillingen, og de tilgrensende problemstillingene. I dette kapitlet vil det også bli redegjort for hvorfor de nevnte problemstillingene henger sammen.

I kapittel 6 vil jeg se nærmere på hvordan noen andre prosessforutsetninger grenser mot materielle spørsmål, og hvordan konklusjonene om rettens prøving av kravet til rettslig interesse harmonerer med noen observasjoner om rettens prøving av om disse prosessforutsetninger er oppfylt.

Avslutningsvis vil det i kapittel 7 gis en kort sammenfatning av de temaene som er behandlet i avhandlingen.

2 Forholdet mellom prosessuell og materiell rett i sivile saker

2.1 Prosessuell kontra materiell

På sivilprosessens område er det innenfor den kontinentaleuropeiske rettstradisjon vanlig å skille mellom *materiell* og *prosessuell* rett, og rettsordningene kan i denne forstand derfor karakteriseres som dualistiske.¹ Dette skillet finner vi også i norsk rettstradisjon. Forenklet kan en si at de materielle reglene bestemmer *hvilke* rettigheter og plikter rettssubjektene har, mens de prosessuelle reglene handler om *hvordan* rettssubjektene kan *få fastslått og håndhevet* disse rettighetene og pliktene.²

Begrepsparet *prosessuell* og *materiell* anvendes sammen med andre kjernebegreper i rettsvitenskapen, og de danner derved nye begrepspar. Eksempler på dette er materielle og prosessuelle *spørsmål*, materielle og prosessuelle *rettsforhold* eller *krav*, og materielle og prosessuelle *avgjørelser*.

2.2 Prosessforutsetninger

Begrepet *prosessforutsetninger* brukes som en samlebetegnelse for de betingelser som i alminnelighet må være oppfylt for at en sivil domstol skal kunne ta en sak under realitetsbehandling.³ Retten skal som hovedregel av eget tiltak (*ex officio*) påse at prosessforutsetningene er oppfylt.⁴ Begrepet prosessforutsetninger stammer fra det tyske ordet *Prozessvoraussetzungen*, et begrep lansert av den tyske juristen Oskar Bülow gjennom hans verk *Die Lehre von den Processinreden und die Prozessvoraussetzungen* (1868).⁵

¹ Lindblom (1974) s. 11.

² Se Hov (2010) s. 44, Robberstad (2009) s. 44, og Skoghøy (2010) s. 4.

³ For en oversikt over prosessforutsetningene i norsk sivilprosess, se Skoghøy (2010) s. 199-221.

⁴ Om sondringen *absolutte* og *relative* prosessforutsetninger, se Skoghøy (2010) s. 214-218.

⁵ Lindblom (1974) s. 11.

Hovedbegrunnelsen for at det opereres med prosessforutsetninger, er at domstolenes oppgave er å løse konkrete og aktuelle *rettstvister*. Domstolen kan som utgangspunkt derfor ikke benyttes for å avgjøre interessetvister, moralske spørsmål, eller abstrakte rettsspørsmål.⁶ Videre har prosessforutsetningene som formål å beskytte samfunnet og borgerne mot unødige søksmål, og å sikre at søksmål blir anlagt på hensiktsmessig sted og i en hensiktsmessig form.⁷ Dessuten beskytter prosessforutsetningene mot at det anlegges nye søksmål om krav som er endelig avgjort av retten.

Bülow mente at man må skille mellom vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt, og behandlingen av det rettsforholdet som er prosessens formål,⁸ det som i tvisteloven betegnes *søksmålgjenstand* eller *rettskrav*.⁹ Denne oppfatningen har hatt betydning ved utformingen av den norske sivilprosessuelle lovgivningen. Tvistemålsloven bygget på et system der virkningen av at prosessforutsetningene manglet var at saken skulle avvises, uten at saksøker fikk realitetsbehandlet sakens materielle krav. Dette er også utgangspunktet i tvisteloven, selv om denne er på noen vis mer fleksibel enn tvistemålsloven.¹⁰

Et premiss for å sondre mellom vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt og vurderingen av om det materielle kravet kan føre frem, er at det kan trekkes et klart skille mellom disse vurderingene. Slik vil det være i de fleste tilfeller. For eksempel er den prosessuelle vurderingen av om saksøker A er prosessdyktig, klart adskillbar fra den materielle vurderingen av om saksøkte B har misligholdt sin betalingsforpliktelse overfor A.¹¹ Videre

⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 137.

⁷ Skoghøy (2010) s. 200.

⁸ Lindblom (1974) s. 11.

⁹ Jf. tvl. § 1-3.

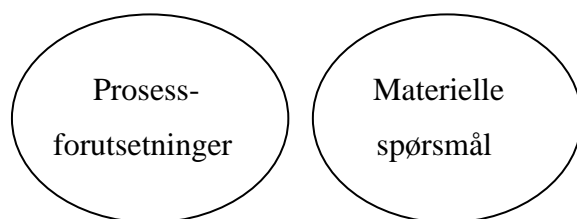
¹⁰ Se kapittel 4, og punkt 6.1.1

¹¹ Reglene om prosessdyktighet fremgår av tvl. § 2-2.

er vurderingen av om X tingrett er saksøker C's alminnelige verneting ulik vurderingen av om saksøkte D har en plikt til å hugge ned trær som sperrer for solen på C's eiendom.¹²

Skillet kan forklares med at de *rettsfakta* som er relevante ved vurderingen av om de nevnte prosessforutsetningene er oppfylt, ikke er de samme som er relevante for å avgjøre de materielle spørsmål. Dette kan illustreres med figuren under.

Figur 1



Men rettspraksis illustrerer at det ikke alltid er mulig å trekke et skarpt skille mellom vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt og vurderingen av materielle spørsmål. Hva blir for eksempel resultatet dersom retten er i tvil om saksøker A's krav kan begrunnes rettslig? Skal retten avvise søksmålet fordi det ikke hører under domstolene, eller skal saksøkte B frifinnes fordi A's krav ikke kan føre frem?¹³ Og hva blir utfallet dersom A hevder å ha et krav mot B, i tilfeller der loven virker å bygge på en forutsetning om at det konkrete søksmål må rettes mot C? Skal søksmålet avvises på grunn av B's manglende tilknytning til kravet, eller skal B frifinnes fordi det er C, ikke B, som eventuelt er materielt forpliktet?¹⁴

At grensen ikke alltid er skarp kan forklares med at de *rettsfakta* som er relevante ved vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt, i en viss utstrekning vil være de samme

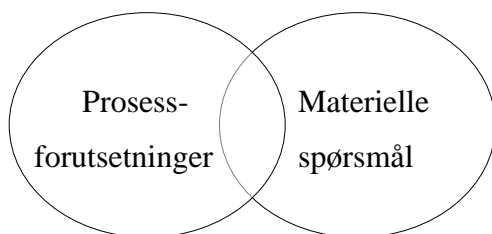
¹² Se tvl. § 4-4 for reglene om alminnelig verneting.

¹³ Se for eksempel Rt. 1998 s. 1683. Avgjørelsen er kommentert i punkt 5.3.1.

¹⁴ Se for eksempel Rt. 2011 s. 797. Avgjørelsen er kommentert i punkt 5.3.2.2.

som er relevante for å avgjøre det materielle spørsmålet. Lindblom skriver i forbindelse med dette temaet at visse ”frågor ... låter sig [inte utan vidare] fångas under någon av kategorierna formell och materiell rätt ...”¹⁵ Etter min oppfatning kan det være hensiktsmessig å bruke begrepet *sammenfall* om denne virkningen. Nærmere bestemt kan vi si at vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt i visse tilfeller *sammenfaller* med en vurdering av materiell karakter.¹⁶ Dette kan illustreres med figuren nedenfor.

Figur 2



Diskusjonen om grensen mellom prosessuelle og materielle spørsmål har først og fremst vært sentrert rundt de prosessforutsetningene som henføres under samlebetegnelsen *rettslig interesse*.¹⁷

¹⁵ Lindblom (1974) s. 13.

¹⁶ Reusch (2010) s. 199.

¹⁷ Se for eksempel Aasland (1967) s. 231, Backer (1984) s. 27-31, Hov (2010) s. 374-377, og Schei m.fl I (2007) s. 80-85.

3 Kort om rettslig interesse

Begrepet rettslig interesse fremkommer ikke i tvisteloven, men var en lovfestet prosessforutsetning for å reise fastsettelsessøksmål under tvistemålsloven, se tvml. § 54. De samme kravene til rettslig interesse ble også innfortolket i tvml. § 53, som regulerte adgangen til å anlegge søksmål med en fullbyrdelsespåstand.¹⁸ Hvilke elementer som skal henføres under begrepet har vært gjenstand for teoretisk diskusjon.¹⁹ I denne avhandlingen vil begrepet bli benyttet som en samlebetegnelse for tre elementer. Disse elementene fremgår av tvisteloven § 1-3, som har følgende ordlyd:

”§ 1-3. Søksmålsgjenstand, partstilknytning og søksmålssituasjon

(1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.

(2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.”

3.1 ”Søksmålsgjenstand”

Det første elementet i begrepet rettslig interesse er kravet til *søksmålsgjenstand*. For at et søksmål skal tillates fremmet må tvistens gjenstand være et ”rettskrav”, jf. tvl. § 1-3 (1). I forarbeidene til tvisteloven fremgår det at det må dreie seg om et krav som er underlagt rettslig regulering.²⁰ Krav som reguleres av rettsregler, vil derfor som klar hovedregel være å anse som rettskrav. Som eksempler på ikke-rettslige tvister kan nevnes interessetvister eller tvister hvor moralske vurderinger må legges til grunn.²¹

¹⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 138.

¹⁹ Se for eksempel *Aasland* (1967) s. 181 og *Backer* (1984) s. 25. Skoghøy holder elementet søksmålsgjenstand utenfor begrepet rettslig interesse, se *Skoghøy* (2010) s. 335.

²⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 364.

²¹ l. c.

3.2 "Partstilknytning"

Det andre elementet i begrepet rettslig interesse er *partstilknytning*. Både saksøker og saksøkte må ha tilstrekkelig tilknytning til søksmålsobjektet for at søksmålet skal tillates fremmet, jf. tvl. § 1-3 (2).

Hva som må til for at den som reiser et søksmål har tilstrekkelig tilknytning til søksmålsobjektet kan i visse saker være forholdsvis enkel. Slik er det for eksempel der kravet er privatrettslig. Her er den klare hovedregelen at saksøker selv må inneha det kravet han gjør gjeldende overfor saksøkte.²² Samtidig vil det i slike saker naturlig nok kreves at søksmålet rettes mot det rettssubjektet som hevdes å være forpliktet overfor saksøker.

I offentligrettslige forhold kan vurderingstemaet av flere grunner være vanskeligere. Det er klart at den et offentlig vedtak retter seg mot har tilstrekkelig tilknytning til vedtaket, og derfor kan kreve gyldigheten av vedtaket prøvet av domstolene. Vedtaket kan imidlertid også få konsekvenser for andre enn den det retter seg mot, og dette vil kunne utvide kretsen av søksmålsberettigede. Dersom noen som er indirekte berørt går til søksmål for å få prøvet gyldigheten av vedtak, vil vurderingen av saksøkers tilknytning gjerne få et skjønnsmessig preg, ved at retten må ta utgangspunkt i de konkrete konsekvensene vedtaket har for saksøker. Det samme vil være tilfellet der forskriftsendringer, i større eller mindre grad, griper inn i private rettssubjekters sfære.

Også forholdsvis perifere konsekvenser kan for visse rettssubjekter være tilstrekkelig til å konstatere at tilknytningsvilkåret er oppfylt. Slik vil det kunne være dersom vedtaket eller forskriften berører interesser som søkes ivaretatt av foreninger eller stiftelser. Tvisteloven § 1-4 (1) kodifiserer momenter som var trukket frem i rettspraksis i vurderingen av om slike organisasjoner hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålsobjektet i saker som ikke omhandlet organisasjonens egne rettigheter eller plikter.

²² Se for eksempel Rt. 2010 s. 646, avsnitt 24. Avgjørelsen er kommentert i punkt 5.3.2.1.

3.3 "Søksmålssituasjon"

Det tredje elementet i kravet om rettslig interesse er *søksmålssituasjon*. Saksøkeren må påvise at han har et aktuelt behov for å få en dom i sin favør, jf. tvl. § 1-3 (2). Dette innebærer at en avgjørelse må ha virkninger for saksøkerens rettsstilling.²³ Et grunnleggende vilkår er derfor at kravet saksøker gjør gjeldende er bestridt av motparten. Hvis partene er enige, foreligger det i alminnelighet ikke noen rettsuvisshet, og derfor heller ikke et behov for å reise søksmål.²⁴

Kravet til aktualitet innebærer videre at behovet for rettslig avklaring må foreligge *når* saksøker reiser søksmålet. At saksøker tidligere har hatt en interesse i å få avklart et rettslig spørsmål, eller at denne muligens vil kunne ha behov for avklaring i fremtiden, er i alminnelighet ikke tilstrekkelig.

Tvistemålsloven § 53, som regulerte adgangen til å kreve fullbyrdelsesdom, oppstilte i relasjon til søksmålssituasjonen en hovedregel om at kravet måtte være "forfalt". Dette utgangspunktet er videreført i tvisteloven, selv om søksmålsbetingelsene for fullbyrdelses- og fastsettelsessøksmål nå er samlet i en bestemmelse.²⁵

²³ Se Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 138.

²⁴ Se *Hov* (2010) s. 337-338, som også redegjør for unntakene fra dette.

²⁵ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 144.

4 Betydningen av om kravet til rettslig interesse behandles som en prosessuell eller materiell problemstilling

4.1 Innledning

Som antydnet i punkt 2.2 vil grensen mellom prosessuelle og materielle problemstillinger kunne være vanskelig å trekke. Før jeg ser nærmere på hvordan denne grensedragningen har blitt foretatt i rettspraksis i relasjon til rettslig interesse og noen andre prosessforutsetninger, er det naturlig å redegjøre for hvilken betydning det har om en problemstilling faller i den ene eller annen kategori.²⁶ Dette vil i det følgende bli illustrert ved en gjennomgang av relevante regler om saksbehandlingen i sivile saker, og reglene om rettskraft.

I fokus står ulikhetene mellom behandlingen av prosessforutsetningene, særlig kravet til rettslig interesse, og behandlingen av materielle spørsmål. Gjennomgangen vil samtidig ha et noe generelt preg. Dette har sammenheng med at mange av reglene som regulerer saksbehandlingen av prosessforutsetningene, også regulerer behandlingen av andre prosessuelle problemstillinger.

Virkingen av at en prosessforutsetning mangler er i utgangspunktet at søksmålet skal avvises. Derfor vil samlebetegnelsen *avvisningsspørsmål* benyttes der det er hensiktsmessig å markere et skille fra den videre kategorien *prosessuelle spørsmål*.

Overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven medførte både en reformering av en rekke prosessuelle bestemmelser, og en innføring av regler uten motstykke i tvistemålsloven. Et gjennomgående trekk er at tvisteloven åpner for større fleksibilitet i behandlingen av både prosessuelle og materielle spørsmål. Samtidig har muligheten for å få overprøvd avgjørelser blitt noe innskrenket. På grunn av endringene i reglene om behandlingen av sivile saker, vil det være naturlig med noen komparative betraktninger i de følgende redegjørelsene.

²⁶ Temaet er behandlet kort i Aasland (1967) s. 233-237, Backer (1984) s. 27-28, Robberstad (2007) s. 62, og Hov (2010) s. 45.

4.2 Avgjørelsesgrunnlaget

Et sentralt skille mellom behandlingen av prosessuelle og materielle spørsmål knytter seg til hvilket grunnlag avgjørelser om slike spørsmål skal baseres på. Noe forenklet kan en si at under tvistemålsloven ble materielle avgjørelser truffet på grunnlag av det som fremkom muntlig i rettsmøter,²⁷ mens avgjørelser om prosessuelle spørsmål ble truffet på grunnlag av det som fremkom skriftlig under saksbehandlingen. Dette skillet er videreført i tvisteloven, selv om utgangspunktene nå er modifisert for å åpne for større fleksibilitet for retten og partene.

Av tvisteloven § 11-1 første ledd fremgår det således at "[a]vgjørelser etter hovedforhandling, ankeforhandling, sluttbehandling i småkravprosess og § 9-5 fjerde ledd treffes på grunnlag av behandlingen i rettsmøtet. Skriftlige redegjørelser inngår i avgjørelsesgrunnlaget bare i den utstrekning dette er bestemt i loven." At disse rettsmøtene utgjør rammen for behandlingen av materielle spørsmål fremgår av tvl. § 9-9 (1).

Tvisteloven § 11-1 første ledd baserer seg på et utgangspunkt om at behandlingen av materielle spørsmål skal skje muntlig. Denne hovedregelen er knesatt i tvl. § 9-14 (1), og viktigheten av muntlighet trekkes også frem i tvistelovens formålsbestemmelse, jf. § 1-1 (2). Et annet sentralt trekk ved behandlingen av materielle spørsmål er at bevisføringen skal være umiddelbar, jf. tvl. § 9-14 (1) og § 21-9. Samlet kan en si at det for behandlingen av materielle spørsmål derfor gjelder en hovedregel om et hovedforhandlingsprinsipp.²⁸ Prinsippet går ut på at materielle spørsmål først skal avgjøres etter at det er avholdt muntlig hovedforhandling, og avgjørelsen skal kun bygge på de bevis som er ført umiddelbart for retten under hovedforhandlingen. Retten kan således ikke bygge på det som har fremkommet gjennom partenes prosesskriv, med mindre de samme omstendighetene er presentert i rettsmøtet.

²⁷ Jf. tvistemålsloven § 143.

²⁸ *Schei m.fl I* (2007) s. 487.

For prosessuelle spørsmål er utgangspunktet et annet. Tvisteloven § 11-1 annet ledd bestemmer at avgjørelser som ikke omfattes av første ledd ”treffes på grunnlag av sakens dokumenter og behandlingen i rettsmøter”. Fordi avgrensningen mot første ledd kun innebærer at avgjørelser som treffes etter de alminnelige prosesspor som der nevnt, har bestemmelsen et praktisk virkeområde for materielle avgjørelser.²⁹ Men kvantitativt er det nok først og fremst prosessuelle spørsmål som behandles i tråd med bestemmelsen.

Selv om tvisteloven § 11-1 annet ledd oppstiller både sakens dokumenter og behandlingen i rettsmøter som avgjørelsesgrunnlaget for avgjørelser som faller utenfor første ledd, er det neppe slik at disse grunnlagene har like stor praktisk betydning for rettens avgjørelser om prosessuelle spørsmål. I realiteten treffes nok de fleste prosessuelle avgjørelser på bakgrunn av det som fremkommer av partenes prosesskriv. Av tvisteloven § 9-6 tredje ledd første punktum fremgår det at avgjørelser om saksbehandlingen skal treffes så tidlig som mulig under saksforberedelsen. Og hovedregelen er at slike avgjørelser treffes etter skriftlig behandling inntil saksforberedelsen er avsluttet, jf. § 9-6 fjerde ledd første punktum. Muntlig forhandling kan holdes ”når hensynet til lovens formål om rettferdig og forsvarlig behandling tilsier det.”, jf. annet punktum. Behandlingen kan også begrenses til særlige spørsmål, jf. siste punktum.

Regelen i § 9-6 (4) er langt på vei gitt tilsvarende anvendelse i ankesaker for lagmannsretten og Høyesterett, se henholdsvis § 29-15 og § 30-9 (1) og (3). I ankesaker er for øvrig avgjørelsesgrunnlaget for kjennelser både i lagmannsretten og Høyesterett normalt det som foreligger ved oversending av saken til retten, se henholdsvis § 29-14 (2) og § 30-8 (2).

²⁹ Se for eksempel tvl. § 6-8 om dom i forliksrådet, § 9-7 om dom ved enighet, § 9-8 om dom etter forenklet domsbehandling, og § 9-9 (2) om dom der retten etter partenes ønske har besluttet at behandlingen skal være helt eller delvis skriftlig.

Adgangen til å avholde egne rettsmøter for å behandle prosessuelle spørsmål er forholdsvis vid.³⁰ Men det vil nok først og fremst være der muntlig behandling anses som nødvendig for å få et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag, at rettsmøter blir avholdt for å avgjøre prosessuelle spørsmål.

Spørsmål om å avvise saken står i en særstilling blant prosessuelle spørsmål, fordi avvisning vil medføre at saksøker ikke får realitetsbehandlet saken, i alle fall for tiden.³¹

Tvistemålsloven § 93, som regulerte saksbehandlingen der det var spørsmål om å avvise saken, ble lenge tolket slik at avvisningsspørsmålet ikke kunne avgjøres før det var avholdt rettsmøte som partene var innkalt til. Etter at bestemmelsen ble endret i 1986 ble det derimot klart at retten kunne avvise søksmål etter en rent skriftlig behandling.³² Dette er også utgangspunktet i tvisteloven, jf. § 9-6 fjerde ledd første punktum. Men i tillegg til det generelle unntaket i bestemmelsens annet punktum, har tvisteloven også spesialregler som særlig kan være aktuelle ved avvisningsspørsmål.

En slik spesialregel oppstilles i § 9-6 tredje ledd annet punktum. Denne bestemmer at "[d]ersom sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken, eller andre forhold tilsier det, kan saksbehandlingsspørsmålet behandles og avgjøres som ledd i hovedforhandlingen."³³ Bestemmelsens viktigste anvendelsesområde er ved avvisningsspørsmål. Noen av de vurderingene retten må foreta for å avgjøre om søksmålet skal tillates fremmet henger så nært sammen de materielle spørsmål i saken at det vil kunne være hensiktsmessig å utsette behandlingen av avvisningsspørsmålet til hovedforhandling. I forarbeidene til tvisteloven er vurderinger av om kravet er rettskraftig avgjort eller partenes manglende tilknytning til

³⁰ Schei *m.fl I* (2007) s. 488.

³¹ Om avvisningskjennelsers rettskraft, se punkt 4.7.

³² Schei *m.fl I* (2007) s. 412.

³³ Denne muligheten forelå også under tvistemålsloven, se § 93.

søksmålet brukt som eksempler på vurderinger som etter omstendighetene bør utstå til hovedforhandling.³⁴

I tvl. § 9-6 tredje ledd tredje punktum finner vi en spesialregel som er ny i tvisteloven. Av bestemmelsen fremgår det at dersom det er ”klart grunnlag for det, kan retten frifinne saksøkte uten å ta stilling til et tvilsomt spørsmål om avvisning.” Bestemmelsen vil ifølge forarbeidene særlig ha betydning ved spørsmål om avvisning etter tvl. § 1-3.³⁵ Fordi bestemmelsen kun er anvendelig når det fremstår som klart at saksøker ikke kan få medhold i realiteten, vil det være praktisk at behandlingen av de materielle spørsmål skjer ved forenklet domsbehandling etter § 9-8, da denne oppstiller et tilsvarende vilkår.³⁶ Samtidig har regelen i § 9-6 tredje ledd tredje punktum et selvstendig virkeområde ved at forenklet domsbehandling må begjæres av en av partene,³⁷ mens førstnevnte er en hjemmel retten kan benytte *ex officio*.

Selv om tvisteloven åpner for at avgjørelsesgrunnlaget for prosessuelle avgjørelser kan basere seg på behandling i rettsmøter, utgjør sakens dokumenter i all hovedsak avgjørelsesgrunnlaget når avgjørelser om prosessuelle spørsmål skal treffes. Dette gjelder også ved behandlingen av spørsmål om avvisning, selv om tvisteloven som nevnt er mer fleksibel når det gjelder behandlingen av slike spørsmål enn for andre prosessuelle problemstillinger.

Den muntlige og bevisumiddelbare behandlingen som gjelder for materielle spørsmål vil i alminnelighet gi retten et bedre avgjørelsesgrunnlag enn om spørsmålet kun er belyst ved sakens dokumenter. Og selv om tvisteloven åpner for at avvisningsspørsmål kan behandles muntlig, har partene ikke rett til en slik behandling. Av denne grunn vil det for partene

³⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 394.

³⁵ I.c.

³⁶ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 394. TvI. § 9-8 er behandlet i punkt 4.6 og 5.5.3.

³⁷ Jf. tvl. § 9-8 (1).

kunne ha avgjørende betydning om retten behandler et spørsmål om rettslig interesse som prosessuelt eller materielt.

4.3 Avgjørelsesgrunner

Hva slags form en avgjørelse skal treffes i, har betydning for om avgjørelsen må begrunnes eller ikke.

Materielle spørsmål avgjøres ved dom. For saker i første instans fremgår dette av tvisteloven § 19-1 (1) a), hvor det heter at "[v]ed dom treffes avgjørelse av det krav som er tvistegjenstanden i søksmål". Dersom en dom angripes med ordinære rettsmidler skal også avgjørelsen av anken avgjøres ved dom, jf. tvisteloven § 19-1 (1) c).

Prosessuelle spørsmål avgjøres i all hovedsak ved kjennelse eller beslutning, jf. henholdsvis tvisteloven § 19-1 (2) og (3). Avvisningsspørsmål avgjøres ved kjennelse, jf. tvl. § 19-1 (2) a).

Dommer og kjennelser skal begrunnes, og kravene til begrunnelsen er de samme, jf. tvl. § 19-6 fjerde ledd. Begrunnelsen skal omfatte en "framstilling av saken", "partenes påstander med påstandsgrunnlag", og "rettens vurdering", jf. henholdsvis bokstav a, b og c. Nærmere regler om utforming av begrunnelsen er gitt i femte ledd.³⁸ Prosessuelle spørsmål som avgjøres ved beslutning trenger i utgangspunktet ingen begrunnelse.³⁹

Dette er langt på vei en videreføring av de regler som gjaldt under tvistemålsloven. Men under tvistemålsloven var lovens formelle utgangspunkt at det ikke ble stilt like strenge

³⁸ Kravene til begrunnelse er ikke like strenge for dommer avsagt av forliksrådet, eller av tingretten der saken behandles etter reglene om småkravsprosess, se henholdsvis tvl. § 6-12 (3) og § 10-4 (4).

³⁹ Unntak gjelder ved visse beslutninger om å fremme eller nekte en anke, se tvl. § 29-13 (5).

krav til begrunnelsen for kjennelser som til begrunnelsen for dommer.⁴⁰ Tvistemålsloven § 164 fastslo at kjennelser skulle begrunnes, men § 144 om kravet til begrunnelse ved dommer var ikke gitt tilsvarende anvendelse for kjennelser. Siden visse realitetsavgjørelser ble avsagt ved kjennelse under tvistemålsloven ble kravene til begrunnelse for slike avgjørelser allikevel antatt å være like strenge som for dommer.⁴¹ Også for viktige prosessuelle avgjørelser, som avvisningskjennelser, overholdt nok retten langt på vei kravene til begrunnelse for dommer.

Selv om de formelle kravene er de samme for dommer og kjennelser, vil begrunnelsen av kjennelser ofte kunne gjøres kortere enn begrunnelsen av dommer. Kjennelsene gjelder avgrensede prosessuelle spørsmål, og begrunnelsen kan derfor i alminnelighet gjøres enklere enn for dommer.⁴² Men vanskelige prosessuelle spørsmål, for eksempel et tvilsomt spørsmål om avvisning, kan medføre at også begrunnelsene for kjennelser må være grundige.

4.4 Muligheten for overprøving

Tvistemålslovens system med anke over dommer, og kjæremål over beslutninger og kjennelser,⁴³ er ikke videreført i tvisteloven. Det ordinære rettsmildelet mot en avgjørelse kalles nå anke, uansett hvilken form avgjørelsen er truffet i. Selv om tvisteloven i den forbindelse også i større utstrekning enn tvistemålsloven stiller opp felles regler for behandlingen av anker,⁴⁴ er det fortsatt sentrale forskjeller mellom bestemmelser som regulerer anker over materielle avgjørelser (dommer), og anker over prosessuelle avgjørelser (kjennelser og beslutninger). Reglene om behandlingsform og avgjørelsesgrunnlag i ankesaker er rede-

⁴⁰ *Hov* (1999) s. 306.

⁴¹ *Schei* (1998) s. 530.

⁴² *Schei m.fl. I* (2007) s. 783.

⁴³ Se henholdsvis tvml. § 355 og § 396.

⁴⁴ Se for eksempel tvl. § 29-5 om fristen for å anke, og § 29-9 om kravene til en ankeerklæring.

gjort for i punkt 4.2 og 4.3. Her er det muligheten for å anke, og for å få behandlet ankesaken, som er i fokus.

Både dommer, kjennelser og beslutninger kan være gjenstand for overprøving, jf. tvl. § 29-2 (1). Men den reelle muligheten for å få en avgjørelse prøvet av overordnet domstol beror på hvilken form avgjørelsen er truffet i. Dette skyldes at reglene for overprøving i stor grad har sammenheng med avgjørelsens betydning, som i alminnelighet avspeiles av avgjørelsesformen. I det følgende er det eventuelle forskjeller mellom kjennelser og dommer som vil belyses.

Både dommer og kjennelser kan ankes på grunn av ”feil i bedømmelsen av faktiske forhold, rettsanvendelsen eller den saksbehandling som ligger til grunn for avgjørelsen.”, jf. § 29-3 (1). Ankegrunnene for kjennelser og dommer er altså de samme, med unntak for kjennelser som ”etter loven skal treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling”, jf. tvl. § 29-3 (2). Slike kjennelser kan kun angripes på det grunnlag at avgjørelsen er ”uforsvarlig eller klart urimelig”. Bestemmelsen får ikke anvendelse på avvisningskjennelser.⁴⁵

Med tvisteloven ble det innført silingsordninger for både anker over dommer og anker over kjennelser som ikke hadde noe motstykke i tvistemålsloven. Mest inngripende er kanskje endringene knyttet til muligheten for å få overprøvd en dom.

For det første kan nevnes at tvisteloven § 29-13 annet ledd åpner for at en anke kan nektes fremmet dersom lagmannsretten ”finner det klart at anken ikke kan føre frem”. Noen tilsvarende regel fantes ikke i tvistemålsloven. Her var det kun ankegjensstandens lave verdi som, ved siden av mangler ved ankeerklæringen eller fristoversittelse, kunne hindre en ny realitetsbehandling av kravet, se tvml. § 356.

⁴⁵ Skoghøy (2010) s. 229.

For det andre bygget tvistemålsloven på et formelt utgangspunkt om at partene hadde en rett til å få realitetsbehandlet anker i Høyesterett, men Høyesteretts kjæremålsutvalg kunne nekte anken fremmet, jf. tvml. § 377 tredje ledd. Tvisteloven bygger på et motsatt utgangspunkt. En anke over dom kan ikke fremmes uten samtykke fra Ankeutvalget, jf. tvl. § 30-4 første ledd. I hvilken grad denne endringen medfører en reell innstramming er derimot mer usikkert.⁴⁶

Av innstramminger knyttet til anke over kjennelser til Høyesterett kan nevnes tvisteloven § 30-5. Av bestemmelsen fremgår det at "[e]n anke over kjennelse eller beslutning kan nektes fremmet dersom den ikke reiser spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den i det vesentlige reiser omfattende bevisspørsmål. ..." I tvistemålsloven gjaldt en liknende regel bare ved videre anker, jf. tvml. § 404 annet ledd.⁴⁷

En særlig begrensning for anker over kjennelser, i forhold til anker over dommer, gjelder ved såkalte videre anker. Dersom en anke til lagmannsretten er avgjort ved kjennelse, kan avgjørelsen i utgangspunktet ikke ankes videre til Høyesterett, jf. tvl. § 30-6. En tilsvarende regel var å finne i tvistemålsloven, se § 404. Det prosessuelle spørsmålet har da blitt prøvd i to instanser, og lovgiver har funnet at dette er tilstrekkelig i de fleste tilfeller. Men bestemmelsen har flere unntak, og ett av disse retter seg mot avvisningskjennelser. Dersom anken gjelder en kjennelse som "avviser en sak fra tingretten fordi saken ikke hører under domstolene, eller fordi den er rettskraftig avgjort" har Høyesterett full kompetanse til å behandle anken, jf. § 30-6 bokstav a. Dette innebærer at både lagmannsrettens lovanvendelse, bevisbedømmelse og saksbehandling kan prøves. Avvisningsavgjørelser er som fremhevet tidligere av særlig inngripende karakter fordi de hindrer realitetsbehandling av kravet, i alle fall for tiden, og dette begrunner unntaket i bestemmelsens bokstav a.

⁴⁶ For en drøftelse av dette, se *Skoghøy* (2008) s. 109-111.

⁴⁷ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 480.

I forbindelse med avvisning ved manglende rettslig interesse, kan setningen om at ”saken ikke hører under domstolene” gi inntrykk av at det bare er avvisning som følge av at kravene til søksmålgjenstand ikke er oppfylt som gir Høyesterett full kompetanse til å behandle en videre anke. At en sak ikke hører under domstolene forbindes primært med at kravet ikke er av rettslig karakter. Dersom en konkret partskonstellasjon ikke oppfylder vilkårene om tilknytning til søksmålgjenstanden, utelukker jo ikke dette at andre parter vil kunne få behandlet kravet av domstolen. Og hvis søksmålet avvises som følge av at saksøker ikke har et aktuelt behov for dom i saken, vil omstendigheter som inntre senere kunne åpne for domstolsbehandling av kravet. Så snevert skal bestemmelsen derimot ikke tolkes. Høyesterett har full kompetanse til å overprøve en kjennelse om avvisning som følge av manglende rettslig interesse, uavhengig av hvilken dimensjon i kravet til rettslig interesse som medførte avvisning.⁴⁸

Reglene om avgjørelsesgrunner er behandlet under punkt 4.3, men én bestemmelse er det mer naturlig å behandle her. Av tvl. § 30-9 (2) fremgår det at ”[d]ersom Høyesteretts ankeutvalg enstemmig finner det klart at anken ikke kan føre fram, kan den avvises eller forkastes uten annen begrunnelse enn det.” Bestemmelsen gjelder for anke over beslutninger og kjennelser, og noen tilsvarende regel for å avvise eller forkaste en anke over dom finnes ikke. Bestemmelsen er en videreføring av tvml. § 403 a.

Hvorvidt retten behandler et spørsmål om rettslig interesse som et prosessuelt eller materielt spørsmål, har som de ovennevnte bestemmelsene viser betydning for overprøvingsadgangen.

⁴⁸ Se for eksempel Rt. 2010 s. 897, i avsnitt 16.

4.5 Hvem som kan treffe avgjørelser og rettens sammensetning

Også reglene om rettens sammensetning og dommernes kompetanse til å treffe avgjørelser er i en viss utstrekning utformet med tanke på om det som skal behandles er et prosessuelt eller materielt spørsmål.

I tingretten er det som regel bare én dommer som forbereder den sivile saken og treffer realitetsavgjørelse, se dl. § 21 annet ledd. Både prosessuelle og materielle spørsmål avgjøres dermed av en enkelt dommer.

Dersom tingrettens avgjørelse ankes, behandles anken av lagmannsretten, som vanligvis settes med tre dommere, jf. dl. § 12 første ledd. Men før denne tid forberedes ankesaken av én enkelt dommer. Forberedende dommer har kompetanse til å treffe avgjørelser om saksbehandlingen under saksforberedelsen, jf. tvl. § 19-2 første ledd. Den forberedende dommers avgjørelsesmyndighet knytter seg således til prosessuelle emner. Kompetansen gis en negativ avgrensning i bestemmelsens tredje ledd. De mest inngripende prosessuelle avgjørelsene, herunder avgjørelser om å avvise anken eller nekte anken fremmet, kan ikke treffes av forberedende dommer, se henholdsvis bokstav a og d. Slike spørsmål behandles, i likhet med realitetsbehandlingen av anken, av tre lagdommere.

Skillet mellom prosessuelle og materielle spørsmål i relasjon til rettens sammensetning og kompetanse er klarest i Høyesterett. Når en anke skal avgjøres av Høyesteretts ankeutvalg (tidligere Kjæremålsutvalget), settes retten som hovedregel med tre dommere jf. dl. § 5 første ledd første punktum. Én av Ankeutvalgets oppgaver er å avgjøre anker over kjennelser og beslutninger, jf. tvl. § 30-1 (2). Ankeutvalget har derimot ikke kompetanse til å treffe realitetsavgjørelser i anker over dommer. Slike avgjørelser skal treffes av minst fem Høyesterettsdommere, jf. grl. § 88 andre ledd og dl. § 5 annet ledd.⁴⁹

⁴⁹ Om tolkningen av grl. § 88, se *Bøhn* (2013) s. 43.

4.6 Forenklet domsbehandling

Fra et prosessøkonomisk perspektiv, var en svakhet ved tvistemålsloven at retten manglet muligheten til å rydde unna søksmål som åpenbart ikke kunne føre frem. Det var heller ikke særlige prosessuelle fremgangsmåter for å avgjøre krav som allerede gjennom bevisførselen under saksbehandlingen viste at det var klart at saksøker måtte gis medhold.

Tvisteloven § 9-8 om forenklet domsbehandling gir nå tingretten adgang til å avgjøre det materielle kravet når som helst under saksforberedelsen i tilfeller som de ovennevnte, dersom det begjæres av en av partene. Bestemmelsen utgjør dermed et unntak fra det rettslige utgangspunktet om at det materielle kravet først skal avgjøres etter at saksforberedelsen er avsluttet, og hovedforhandling avholdt, jf. tvl. § 9-9 (1). Regelen hadde som sagt ingen parallell i tvistemålsloven, og den utgjør et av flere lovgivningstiltak for å senke kostnadsnivået i sivile saker.⁵⁰

Ifølge tvistelovens forarbeider har reglene om forenklet domsbehandling et praktisk virkeområde i saker hvor det kan volde tvil om prosessforutsetningene er oppfylt, mens løsningen på den materielle tvisten fremstår som klar.⁵¹ At avvisningsvilkårene ikke bør presses for å unngå en dyr realitetsbehandling blir også trukket frem i denne sammenheng.⁵²

Hvordan reglene om forenklet domsbehandling vil kunne innvirke på rettens behandling av kravet til rettslig interesse omtales nærmere i punkt 5.5.3.

⁵⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 50-51.

⁵¹ Ibid. s. 50 og 138-139.

⁵² Ibid. s. 48.

4.7 Rettskraftsvirkninger

I tillegg til ulikhetene hva gjelder saksbehandlingsreglene, har også reglene om rettskraft blitt trukket frem i forbindelse med betydningen av om kravet til rettslig interesse behandles som et prosessuelt eller materielt spørsmål.⁵³

Det er den negative rettskraftsvirkning som er interessant i denne forbindelse. Tvisteloven § 19-15 tredje ledd bestemmer at ”retten skal avvise en ny sak mellom samme parter om et krav som er rettskraftig avgjort, om ikke saksøkeren på grunn av tvist om avgjørelsens bindende virkning eller andre særlige forhold likevel har søksmålsinteresse etter § 1-3.”

Reglene om rettskraft er utviklet med tanke på materielle avgjørelser.⁵⁴ Hvorvidt prosessuelle avgjørelser har rettskraft kan ikke besvares generelt. Imidlertid er det antatt at avvisningskjennelser bærer med seg rettskraftsvirkninger.⁵⁵

Ved redegjørelsen for hva dette innebærer kan det være hensiktsmessig å sondre mellom de ulike elementene i rettslig interesse.

En første mulighet er at *saksøkeren* i det første søksmålet ikke hadde tilstrekkelig *tilknytning* til søksmålsobjektet. Med mindre saksøker kan påvise at det har inntrådt nye faktiske omstendigheter (*facta supervenientes*) som tilsier at han senere har oppnådd den tilknytning som manglet, må søksmålet avvises.⁵⁶ Dette gjelder uavhengig av om den første avgjørelsen ble truffet som kjennelse eller dom. På den annen side er muligheten for å få prøvd saken på nytt også den samme. Hvis saksøkeren faktisk kan påvise at nye fakta fore-

⁵³ Se for eksempel *Aasland* (1967) s. 236-237 med videre henvisninger.

⁵⁴ *Schei m.fl.* (2007) s. 848.

⁵⁵ Se Rt. 2007 s. 234 på avsnitt 62-63.

⁵⁶ *Eckhoff* (1945) s. 345.

ligger, og andre avvisningsgrunner ikke foreligger, skal søksmålet tillates fremmet, uansett om det første søksmålet endte med avvisning eller frifinnelse av motparten.⁵⁷

En annen mulighet er at retten i det første søksmålet kom til at *saksøkte* ikke hadde tilstrekkelig *tilknytning* til søksmålgjenstanden. Den negative rettskraftsvirkningen er begrenset til å gjelde mellom partene i det første søksmålet. Saksøker kan derfor reise et nytt søksmål, og rette dette mot en annen han mener må være forpliktet. Dersom det har inntrådt omstendigheter som tilsier at den opprinnelige saksøkte senere har tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden (typisk ved transport av kravet), er rettskraftsvirkningen heller ikke til hinder for at saksøker reiser et nytt søksmål mot den opprinnelige saksøkte. Rettskraftsvirkningen er her den samme, uavhengig av om det første søksmålet ble avvist eller førte til frifinnelse av saksøkte.

En tredje mulighet er at retten kommer til at kravet som er reist, ikke er et *rettskrav*. Hvorvidt retten som følge av dette avviser søksmålet eller frifinner saksøkte, har ingen betydning for rettskraftsvirkningen. Et nytt søksmål mellom de samme parter om det samme kravet skal uansett avvises.

En fjerde mulighet er at avvisningen av søksmålet eller frifinnelsen av saksøkte skyldtes kravets manglende *aktualitet*. Senere inntrådte omstendigheter vil åpne for at kravet kan behandles på nytt, uavhengig av om den første avgjørelsen lød på avvisning eller frifinnelse.⁵⁸ Dette vil gjelde både der den manglende aktualiteten skyldtes at kravet ble ansett fortidig og der det ble ansett fremtidig, men det siste er naturligvis mest praktisk. Når et krav anses fortidig vil behovet for å få kravet realitetsbehandlet som regel ikke lenger foreligge, og nye omstendigheter vil vanskelig kunne endre på dette. Dersom et krav anses fremtidig er situasjonen motsatt; omstendighetene som gir saksøker et aktuelt behov for å få dom har da ikke inntruffet enda.

⁵⁷ *Eckhoff* (1945) s. 127

⁵⁸ *l.c.*

Hvorvidt retten behandler et spørsmål om manglende rettslig interesse som et prosessuelt eller materielt spørsmål, har så vidt jeg kan se ingen betydning for saksøkers muligheter til å få kravet behandlet på et senere tidspunkt. Rettskraftsreglene er derimot relevante fordi de vil kunne utgjøre en definitiv hindring for et nytt søksmål dersom det første søksmålet ble avvist.⁵⁹ Et spørsmål som muligens burde vært realitetsbehandlet i første omgang kan derfor være avskåret fra å bli behandlet på riktig måte senere.

⁵⁹ *Aasland* (1967) s. 237

5 Grensen mellom kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål

5.1 Rettens prøving av saksøkers pretensjoner

Sondringen mellom kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål har både i praksis og teori ledet til en drøftelse av betydningen av saksøkers *pretensjoner*.⁶⁰ Problemstillingen som reises er i hvilken utstrekning retten skal prøve saksøkers pretensjoner når den behandler et prosessuelt krav om at saksøkeren mangler rettslig interesse.⁶¹

Begrepet *pretensjon* har ingen legaldefinisjon innenfor sivilprosessen. Det blir ikke benyttet i tvisteloven, og var heller ikke å finne i tvistemålsloven. I juridisk teori brukes uttrykkene *foregi* eller *hevde* som synonymer til å *pretendere*, begrepets verbform.⁶² Innholdsmessig svarer begrepet *anførsel* også langt på vei til uttrykket *pretensjon*.⁶³

For å forklare diskusjonen om betydningen av saksøkers pretensjoner kan det være hensiktsmessig å se på to rettslige utgangspunkter.⁶⁴ Det første knytter seg til prosessforutsetningene, herunder kravet til rettslig interesse. Retten skal av eget tiltak avgjøre om disse er oppfylt, før det kan bli tale om å realitetsbehandle saken.⁶⁵ Det andre knytter seg til materielle spørsmål. Ved vurderingen av om prosessforutsetningene er oppfylt, skal retten ikke ta stilling til sakens materielle spørsmål.

⁶⁰ *Backer* (1984) s. 30 med videre henvisninger.

⁶¹ Se for eksempel *Hov* (2010) s. 374-377, og *Schei m.fl I* (2007) s. 80-85.

⁶² Se *Skoghøy* (2010) s. 223 og *Hov* (2010) s. 374.

⁶³ Se Rt. 1986 s. 733, på side 737, hvor disse begrepene benyttes vekselvis.

⁶⁴ Utgangspunktene kan oppstilles på bakgrunn av uttalelser i blant annet Rt. 1986 s. 733 og Rt. 1998 s. 607. Avgjørelsene behandles i henholdsvis punkt 5.3.3 og 5.3.1

⁶⁵ Unntakene fra dette er behandlet i punkt 4.2

Det første utgangspunktet innebærer at retten må *prøve* holdbarheten av saksøkers pretensjoner om at prosessforutsetningene er oppfylt. I tråd med det andre utgangspunktet skal retten derimot *legge til grunn* saksøkers pretensjoner om holdbarheten av det materielle kravet ved denne prøvingen. Så lenge den prosessuelle og materielle vurdering kan holdes fra hverandre, byr det ikke på noen utfordring å operere med disse utgangspunktene. Men som antydnet i punkt 2.2 kan disse vurderingene bli sammenfallende. I slike tilfeller gir de to utgangspunktene lite veiledning om hvilken fremgangsmåte retten skal følge. Denne rettslige ”flokken” er det som etter min oppfatning utgjør bakteppet for diskusjonen om betydningen av saksøkers pretensjoner.

Betydningen av saksøkers pretensjoner ved prøvingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt har vært gjenstand for mye konfusjon, og problemstillingen har vært prosessdrivende.⁶⁶ Dette illustreres av det store antall anker om dette temaet som har vært behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg, Høyesteretts ankeutvalg, og Høyesterett i avdeling.

Fremstillingen videre tar sikte på å undersøke og redegjøre for hvilke slutninger det er grunnlag for å trekke om prøvingen av saksøkers pretensjoner, basert på dagens rettskildetilstand. Redegjørelsene er først og fremst knyttet opp mot betydningen av saksøkers pretensjoner i forbindelse med kravet til rettslig interesse. Noen tanker om hvordan disse resultatene harmonerer med rettens prøving av saksøkers pretensjoner i forhold til andre prosessforutsetninger vil bli presentert i kapittel 6.

5.2 Søksmålsform som avgjørende faktor?

I artikkelen ”Pretensjon og realitet i sivile saker” presenterer Anne Robberstad en teori knyttet til problemstillingen basert på et mønster hun mener å finne i rettspraksis. Teorien går ut på at retten i fullbyrdelsessøksmål skal bygge på det saksøker pretenderer om at den

⁶⁶ *Backer* (1984) s. 30 omtaler et eksempel på konfusjon i juridisk litteratur.

rettslige interessen er oppfylt, mens retten i fastsettelsessøksmål må prøve disse pretensjonene.⁶⁷

Robberstads teori har ikke fått nevneverdig tilslutning i andre teoretiske kilder.⁶⁸ Dette innebærer ikke i seg selv at tesen er uriktig. Men det åpner for at andre teorier kan være vel så egnet til å forklare de avgjørelsene Robberstad har basert sin tese på.

I artikkelens avsluttende kommentarer forklarer Robberstad tesens konklusjoner med at det oftere reises fastsettelsessøksmål som er på siden av det domstolen skal befatte seg med, enn når påstanden går ut på fullbyrdelse av et krav. Dersom det er et forholdsvis klart mønster i rettspraksis, slik Robberstad hevder, er det mulig at utfallet i disse avgjørelsene kan begrunnes på en annen måte. Dette er en av de problemstillingene jeg vil forsøke å besvare i det følgende.

Robberstads gjennomgang av rettspraksis viser også at noen avgjørelser avviker fra det mønsteret de øvrige avgjørelsene passer inn i.⁶⁹ De avvikende avgjørelsene undergis ingen nærmere analyse for å klarlegge hva som eventuelt kunne være årsaken til dette. For å undersøke hvorvidt disse avgjørelsene svekker Robberstads konklusjoner, og om de avvikende resultatene eventuelt kan forklares under en alternativ tese, vil de bli analysert nærmere i punkt 5.4.

Robberstads artikkel redegjør i liten grad for den eventuelle betydningen av den legislative overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven. Som forfatteren selv er inne på opererer ikke tvisteloven med et formelt skille mellom fullbyrdelsessøksmål og fastsettelsessøksmål, slik

⁶⁷ *Robberstad* (2007) s. 65. Robberstads teori danner også grunnlaget for hennes behandling av temaet rettslig interesse i boken "Sivilprosess", se *Robberstad* (2009) s. 82-90.

⁶⁸ Se *Hov* (2010) s. 377 i fotnote 420, og *Reusch* (2010) s. 199.

⁶⁹ Se *Robberstad* (2007) s. 73-74.

det var under tvistemålsloven.⁷⁰ Gjennom kapittel 4 har jeg redegjort for noen av reglene som er nye i tvisteloven. Hvilken innvirkning ikrafttreddelsen av tvisteloven har fått, eller vil kunne få, på sontringen mellom kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål, vil bli vurdert nærmere i punkt 5.5.3.

For å besvare de angitte problemstillinger vil jeg i det følgende gjennomgå en rekke rettsavgjørelser. Avgjørelsene Robberstad viser til ved utformingen av sin teori er velegnede for å vurdere disse temaene nærmere. Men også nye avgjørelser vil tas inn her, samt et par eldre som ikke er behandlet av forfatteren. Av plassmessige grunner vil samtidig noen av avgjørelsene Robberstad gjennomgår utgå i denne sammenstillingen. Men i stor utstrekning baseres altså den følgende gjennomgangen av rettspraksis på det samme rettskildematerialet som Robberstad har benyttet seg av.

5.3 Rettspraksis

5.3.1 "Søksmålsgjenstand"

I avgjørelsen inntatt i Rt. 1998 s. 607 ("Professorlønn") var det materielle spørsmålet om en uorganisert lønnstaker kunne få dom for innplassering i et spesielt lønnstrinn i statens lønnsregulativ. Staten anførte at saken måtte avvises, fordi den ikke gjaldt et "retsforhold eller en rettighet", som var det aktuelle vurderingstemaet under tvml. § 54. Lagmannsretten mente i motsetning til tingretten at søksmålet skulle tillates fremmet. Kjæremålsutvalget var uenig i dette, og fant at Lagmannsretten hadde bygget på en feil forståelse av tvml. § 54 da de tillot søksmålet fremmet. Lagmannsretten hadde funnet det avgjørende at saksøkeren pretenderte å ha en rett som var å anse som "et retsforhold eller en rettighet". Om Lagmannsrettens kjennelse uttalte Høyesterett (min kursivering):

⁷⁰ *Robberstad* (2007) s. 78-79.

”Ut fra ordningen med tariffavtaler mellom staten og organisasjonene antar lagmannsretten at organisasjonene "ikke kan gå til retten og få dom for annet enn retten til å forhandle; de individuelle tillegg må bli hva forhandlerne kommer frem til ...". På denne bakgrunn reiser lagmannsretten spørsmålet om A da kan ha adgang til å få sin lønn fastsatt av domstolene. Retten uttaler videre:

"Men det avgjørende må jo være at A mener – pretenderer – å ha en slik rett. Dette blir da et av de spørsmål retten må ta stilling til på grunnlag av det materiale som fremkommer under saksbehandlingen.

Å avvise saken ville det etter lagmannsrettens mening kanskje kunne bli tale om bare dersom det var klart at de overveielser som kan lede til en plassering på lønnskalaen nødvendigvis ikke kan være av rettslig art."

Den forståelse av tvistemålsloven § 54 som det her gis uttrykk for, er jeg ikke enig i. Bestemmelsen setter krav til arten av søksmålgjenstanden. *Det er et vilkår for søksmål at det krav som gjøres gjeldende, er gjenstand for eller undergitt rettslig vurdering. Domstolen må ta et selvstendig standpunkt til om søksmålet gjelder et krav av denne art. At saksøkeren mener at det krav som fremsettes, reguleres av rettsregler, er ikke avgjørende.* Noe annet er at retten ved prøving av søksmålsvilkårene ikke kan prøve holdbarheten av det faktum eller de rettsregler som saksøkeren påberoper. Det er heller ikke et vilkår for avvisning at det er klart uholdbart at søksmålgjenstanden ikke gjelder en rettighet eller et rettsforhold.”

Høyesterett vurderte deretter om et krav om innplassering i et spesielt lønnstrinn i statens lønnsregulativ var et ”rettsforhold eller en rettighet”, noe flertallet (dissens 4-1) besvarte negativt.

Mindretallet, dommer Tjomsland, mente at saksøkers pretensjon måtte legges til grunn (min kursivering):

” ... Staten har gjort gjeldende at A ikke kan bygge en individuell rett på innplassering i et bestemt lønnstrinn på de anførsler han gjør gjeldende i saken. *Dette er*

imidlertid et spørsmål som retten må ta stilling til under realitetsbehandlingen av saken, jf for eksempel avgjørelsene i Rt. 1985 s. 807 og Rt. 1993 s. 876. Dersom staten gis medhold i argumentasjonen på dette punkt, må resultatet bli at staten på dette grunnlag frifinnes. Dette må også gjelde dersom man skulle komme til at det rettslige grunnlaget for kravet er klart uholdbart. Det avgjørende må være at saksøkeren pretenderer at det gjelder en rettsregel av et innhold som underbygger påstanden. ...”

I den nevnte sak var det materielle spørsmålet om saksøkeren, som et resultat av lokale lønnsforhandlinger, hadde krav på å innplasseres i et høyere lønnstrinn enn han befant seg på. Slik jeg leser flertallets votum anså de altså dette som et spørsmål som kan skilles fra spørsmålet om hvorvidt innplassering på et visst lønnstrinn oppfyller den prosessuelle betingelse om at saken må gjelde ”et retsforhold eller en rettighet”, jf. tvml. § 54. Mindretallet mente derimot at disse spørsmålene ikke kunne holdes klart fra hverandre. Etter Hovs oppfatning er det mindretallets votum som gir uttrykk for den riktige løsning.⁷¹ Jeg er enig i dette. Hvorvidt et krav kvalitativt er av rettslig karakter, kan vanskelig skilles fra spørsmålet om kravet kan føre frem. Vurderingen er i begge tilfeller om kravet lar seg begrunne rettslig. Med andre ord oppstår det et sammenfall mellom den prosessuelle vurderingen av om kravet til søksmålgjenstand er oppfylt, og den materielle vurderingen av om kravet kan føre frem.

Flertallets generelle uttalelser er fulgt opp i andre avgjørelser. Samtidig viser disse avgjørelsene at det er utfordrende å holde en kvalitativ vurdering av søksmålgjenstanden atskilt fra de materielle spørsmål i saken.

I Rt. 1998 s. 1683 var et av de materielle spørsmålene om Fredrikstad Energiverk AS (”Fredrikstad”) kunne kreve revisjon av en avtale med Østfold Energi AS (”Østfold”).

⁷¹ Hov (2010) s. 375.

Dommerne var samstemte om at det ikke forelå grunnlag for avtalerevisjon, men var splittet i spørsmålet om dette skulle føre til frifinnelse av Østfold eller avvisning av Fredrikstads prinsipale påstand. Flertallet (dissens 3-2) uttalte i denne sammenheng på side 1698 (min kursivering):

”Da det under rådslagningen har vist seg å være ulike oppfatninger om Fredrikstads påstand må avvises, har jeg foranledning til kort å behandle dette spørsmål. Jeg ser det slik at Fredrikstad ved de nevnte anførsler pretenderer et rettslig grunnlag for sin prinsipale påstand. Denne påstanden gjelder derved et "rettsforhold", jf tvistemålsloven § 54, og kan etter min mening ikke avvises. Riktignok er det domstolens selvstendige plikt å prøve om pretensjonen gjelder et rettskrav, eller om den egentlig gjelder en interessetvist. Og jeg er enig med førstvoterende i Rt. 1998 s. 607 når hun på side 611 på vegne av flertallet uttaler:

"At saksøkeren mener at det krav som fremsettes, reguleres av rettsregler, er ikke avgjørende. Noe annet er at retten ved prøving av søksmålsvilkårene ikke kan prøve holdbarheten av det faktum eller de rettsregler som saksøkeren påberoper." *Etter min mening vil en prøving av Fredrikstads pretensjon i denne sak uunngåelig medføre en prøving av holdbarheten i det rettslige synspunkt som bærer påstanden.* Og en slik underliggende materiellrettslig uenighet om rekkevidden av elverkskontraktens § 10 og avtaleloven § 36 kan ikke være avgjørende for bedømmelsen av om en sak gjelder et rettsforhold. Jeg nevner for øvrig at Østfold ikke har bestridt Fredrikstads adgang til å få realitetsbehandlet sin prinsipale påstand. ...”

Mindretallet hadde en annen oppfatning (fra side 1700):

”I motsetning til førstvoterende mener jeg at Fredrikstads prinsipale påstand må avvises. Det er nok så at en parts pretensjon om at han fremmer et rettskrav, ofte kan legges til grunn ved bedømmelsen av om søksmålsbetingelsene i tvistemålsloven § 54 er oppfylt. Men dette gjelder ikke ubetinget. Domstolen må selvstendig og

av eget tiltak ta stilling til om partspretensjonen knytter seg til "et rettsforhold eller en rettighet" i tvistemålslovens forstand. Anvendt på vår sak ser jeg det da slik:

Det Fredrikstad i denne saken kan pretendere å ha et rettskrav på etter elverkskontraktens § 10, er endring eller lempning av de bestemmelser i kontrakten som har vist seg "å gi urimelige eller vesentlige utslag" til skade for Fredrikstad. Partene er enige om hvilke bestemmelser i elverkskontrakten som gir seg slike utslag: Det er kvantums- og monopolbestemmelsene i kontraktens § 1 punkt 1 og 2. Så langt ville Fredrikstad – om enighet ikke hadde foreligget – ha kunnet gå til domstolene med sitt krav om revisjon av kontrakten. Men i den prinsipale påstand ligger, som førstvoterende har fremholdt, noe helt annet og mere enn dette, nemlig at Høyesterett skal erstatte den gamle kontrakten fra 1974 med en helt ny kontrakt mellom partene i samsvar med det ikke godtatte avtaleutkastet av 2 februar 1994. Et slikt domskrav kan etter mitt syn ikke tas under behandling av domstolene, uansett hva Fredrikstad i så måte "pretenderer". Det er da ikke lenger en rettsvist, men en interessetvist, Fredrikstad krever at Høyesterett skal avgjøre, og et slikt domskrav må retten vise fra seg. ...”

Etter flertallets oppfatning kunne ikke pretensjonen om at saken gjaldt et ”rettsforhold eller en rettighet” prøves uten å foregripe den materielle vurdering. Avgjørelsen måtte derfor gå ut på frifinnelse av Østfold. Mindretallet mente derimot at prøvingen av Fredrikstads pretensjoner ikke innebar en realitetsprøving av kravet. Når disse pretensjonene ikke kunne føre frem, var det etter deres oppfatning derfor riktig å avvise Fredrikstads prinsipale påstand.

I Rt. 2008 s. 826 (”Reprobert rettsforhold”) var det materielle spørsmål om saksøkeren hadde krav på tilbakebetaling av vederlag som var gitt til saksøkte for at saksøker skulle få den daglige omsorg for partenes felles barn. Saken hadde blitt avvist i tingretten og lagmannsretten med begrunnelsen at et reprobert rettsforhold ikke kunne prøves av domstolene. Høyesteretts ankeutvalget var uenige i at søksmålet kunne avvises på dette grunnlag, og uttalte i denne sammenheng:

”Både tingretten og lagmannsretten har konkludert med at saken ikke gjelder et rettsforhold, og at dette blant annet innebærer at kravet ikke springer ut av et forhold som faller innenfor det gjeldende rettsorden skal regulere og håndheve. Utvalget bemerker imidlertid at det i seg selv neppe er avgjørende at saken gjelder et reprobert rettsforhold, jf. Rt. 2007 s. 920 avsnitt 37, som ikke fant det nødvendig å ta standpunkt til om et forhold kunne være reprobert. Se også Hov: Rettergangen i sivile saker, 2. utgave side 116-117, som uttaler « - at kravet er umoralsk, er en materiell ugyldighetsgrunn », der frifinnelse ved dom vil være korrekt avgjørelsesform. I tilslutning til dette peker utvalget på at slike forhold kan reise vanskelige og kompliserte spørsmål, som bedre kan håndteres ved en realitetsprøving enn som ledd i spørsmålet om å fremme saken, jf. Schei m fl op. cit. side 80. ...”

Ut fra vurderingen av at et krav som bygger på et reprobert rettsforhold var en materiell ugyldighetsgrunn, kunne ikke retten prøve om søksmålgjenstanden var et rettskrav, uten å foregripe den materielle vurderingen. Saken skulle etter Ankeutvalgets oppfatning derfor ha vært realitetsbehandlet. Tingrettens og lagmannsrettens kjennelser ble av den grunn opphevet.

Avgjørelsene illustrerer at det ikke er skarpe grenser mellom den prosessuelle vurderingen av om søksmålgjenstanden er av rettslig karakter og vurderingen av om kravet materielt sett er holdbart. Avgjørelsene viser også at Høyesteretts tilnærming er at saksøkers pretensjoner om at søksmålgjenstanden er et rettskrav (rettsforhold/rettighet) skal prøves i de tilfellene der retten anser denne vurderingen for å være fristilt fra behandlingen av det materielle spørsmål i saken. Det rettslige utgangspunktet om at prosessforutsetningene skal prøves blir dermed avgjørende. Dersom retten ikke kan prøve saksøkers pretensjoner om at søksmålgjenstanden er et rettskrav (rettsforhold/rettighet) uten å samtidig foregripe den materielle vurdering, skal disse pretensjonene derimot legges til grunn. I slike tilfeller blir det rettslige utgangspunktet om at materielle spørsmål ikke skal vurderes preliminært avgjørende.

5.3.2 "Partstilknytning"

5.3.2.1 Saksøkers tilknytning

I Rt. 1994 s. 524 ("Mors Boret") var det materielle spørsmål en kvinnes erklæring om avkall på sin boret var ugyldig, og om boretten derfor var i behold. Det prosessuelle tvistetema var om kvinnens døtre hadde rettslig interesse i å få dom i saken, når søksmålet gjaldt en rettighet som tilkom deres mor. Saksøkerne pretenderte at de hadde rettslig interesse fordi morens erklæring fikk økonomiske konsekvenser for dem. Kjæremålsutvalget prøvde pretensjonen, og kom til at det ikke forelå tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden. Kun moren, eventuelt en verge eller hjelpeverge, hadde mulighet til å reise søksmål om gyldigheten av hennes erklæring. Den materielle vurderingen av om erklæringen var ugyldig sammenfaller ikke med vurderingen av om hvorvidt det forelå omstendigheter som tilsa at døtrene hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden.

I Rt. 2010 s. 402 ("Norsk Tillitsmann") var det materielle spørsmål om det kunne tas arrest i selskapet Norinvest Ltd.'s midler som følge av selskapets mislighold av låneforpliktelser. Norinvest Ltd. påstod arrestbegjæringen avvist fordi saksøker, Norsk Tillitsmann AS, ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden. Norsk Tillitsmann AS anførte at dets rolle som mellommann mellom låntakere og obligasjonseiere ga det tilstrekkelig tilknytning til kravet. Ankeutvalget prøvde denne pretensjonen, og fant at det var et sterkt praktisk behov for at selskapet skulle kunne ta rettslige skritt til ivaretagelse av obligasjonseierens interesser i det aktuelle lån. Søksmålet ble derfor tillatt fremmet. Vurderingen av om Norsk Tillitsmann AS hadde søksmålskompetanse sammenfaller ikke med den materielle vurderingen av om låneforpliktelsene var misligholdt. Den prosessuelle vurderingen kunne derfor foretas uten å foregripe spørsmålet om arrestbegjæringen skulle tas til følge.

I Rt. 2010 s. 646 ("Mediebedriftenes Klareringstjeneste") var det materielle spørsmål blant annet om en medievarslingsleverandør, gjennom inngrep i rettigheter beskyttet av åndsverkloven, kunne pålegges et erstatningsansvar. Kravet ble reist av en bransjeorganisasjon som representerte en rekke mediebedrifter. Medievarslingsleverandøren hevdet at bransjeorganisasjonen ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til det krav som var fremsatt, fordi kra-

vet tilhørte mediebedriftene som bransjeorganisasjonen representerte. Bransjeorganisasjonen bestred ikke at den ikke var endelig kreditor for kravet, men anførte at den likevel hadde søksmålskompetanse, blant annet på grunn av dens avtaleforhold med mediebedriftene. Ankeutvalget prøvde bransjeorganisasjonens pretensjon om tilknytningen til kravet, og fant at de anførte grunner var tilstrekkelige til at bransjeorganisasjonen kunne gå til søksmål.

Når bransjeorganisasjonen ikke hevdet å være rette kreditor for erstatningskravet, oppstod det ikke sammenfall mellom dette materielle elementet og vurderingen av om bransjeorganisasjonen hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet. Pretensjonen kunne således prøves uten å foregripe det materielle spørsmål i saken.

I en avgjørelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg 31. mars 1989 (HR-1989-159-k) var det materielle spørsmål om en aksjonær i selskapet Laly kunne kreve erstattet tap av Bergen Bank A/S som følge av bankens påståtte uberettigede disposisjoner overfor selskapet. Saksøkte påstod saken avvist fordi aksjonæren ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet, og hevdet at et eventuelt søksmål måtte reises av selskapet. Kjæremålsutvalget var enig med lagmannsretten i at søksmålet måtte fremmes, og saksøkers pretensjoner om at han hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden ble dermed lagt til grunn. Ett element i det materielle spørsmål var hvem som var rett kreditor for kravet. Retten kunne ikke prøve om saksøker hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet uten å samtidig ta stilling til dette materiellrettslige elementet, fordi vurderingene blir sammenfallende.

I Rt. 1996 s. 1575 ("Arveavkall") var det materielle spørsmål om saksøkte hadde gitt avkall på arv, og om dette avkallet var gitt til fordel for bestemte arvinger, herunder saksøker. Saksøkte påstod saken avvist fordi saksøker ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden. Saksøker pretenderte at tilknytningskravet var oppfylt fordi en dom i hennes favør ville tilføre henne verdier. Kjæremålsutvalget la saksøkers pretensjon til grunn fordi det var tale om en "pretensjon som hennes materiellrettslige krav delvis bygger på". Den prosessuelle vurderingen av om saksøker hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet

kunne altså ikke skilles fra den materielle vurderingen av om hun ville ha krav på ytterligere arv dersom arveavkallet var gyldig.

I Rt. 2005 s. 999 ("Trade Partner") var det materielle spørsmål om saksøker kunne kreve erstattet tap som følge av en mislykket reseksjonering av en seksjon i et eierseksjonssameie. Søksmålet var rettet mot sameiet, som påstod saken avvist fordi saksøker ikke var samme selskap som hadde ervervet seksjonen. Etter saksøktes oppfatning måtte retten prøve saksøkers pretensjon om at denne hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet. Kjæremålsutvalget var ikke enig i dette, og uttalte i den forbindelse:

"Dersom saksøkeren hevder at han er innehaver av det krav han gjør gjeldende, vil han ha tilstrekkelig rettslig interesse i å gå til søksmål. Spørsmålet om hvorvidt han er rette kreditor, er et materielt spørsmål som han har krav på å få realitetsbehandlet, jf. Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse 22. april 2005 HR-2005-00656-U avsnitt 21. Dette gjelder også i tilfeller hvor saksøkeren ikke er den opprinnelige kreditor for kravet, men hevder å ha ervervet det fra den opprinnelige kreditor."

Retten kunne ikke prøve om saksøker hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålsgjenstanden som følge av en overdragelse av kravet, uten samtidig å ta stilling om saksøker materielt sett var rett kreditor for kravet. Den prosessuelle og materielle vurdering blir altså sammenfallende.

I Rt. 2006 s. 220 ("A's Legat") var det materielle spørsmål om en kommune kunne holdes ansvarlig for det tap en overformynder hadde påført et legat. Kommunen anførte at søksmålet måtte avvises blant annet fordi saksøker, legatets styre, manglet tilstrekkelig tilknytning til kravet. Kjæremålsutvalget kom til at pretensjonen om at saksøker hadde rettslig interesse måtte legges til grunn, og uttalte i den anledning følgende:

”Spørsmålet om saksøkers tilknytning til det pretenderte krav er et materielt krav som skal behandles og avgjøres av retten, jf. Rt. 2005 s. 999 avsnitt 19 og Rt. 2005 s. 534 avsnitt 21.”

Hvem som var riktig kreditor for den eventuelle erstatningen fra kommunen var et element i det foreliggende materielle spørsmål. Denne vurderingen sammenfaller med vurderingen av om legatets styre hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden til å anlegge søksmål. Om denne prosessforutsetningen var oppfylt kunne derfor ikke avgjøres uten å foregripe det materielle spørsmål.

I Rt. 2012 s. 1699 dreide den materielle tvisten dreide seg om ansvar og oppgjør mellom en byggherre og entreprenør etter et byggeprosjekt i Stavanger. Et av de prosessuelle spørsmål var om saksøker hadde tilstrekkelig tilknytning til søksmålgjenstanden. Entreprenøren, som var saksøkt, påstod saken avvist fordi byggherren hadde overdratt kravet mot denne til en tredjeperson. Byggherren innrømte at selskapets generalforsamling hadde truffet vedtak om å overdra kravet mot byggherren, men mente at det ikke forelå en gyldig overdragelsesavtale enda, og at selskapet derfor fortsatt var rett kreditor. Ankeutvalget kom til at saksøkers pretensjon måtte legges uprøvd til grunn, og uttalte i den forbindelse følgende:

”Spørsmålet om hvem som er rett kreditor for det krav saken gjelder, hører til sakens realitet. Ved avgjørelsen av om saken skal fremmes, må domstolene derfor legge til grunn det som den som påstår å være innehaver av kravet, selv hevder om dette, jf. Rt. 2005 s. 999. Det er etter dette ikke grunnlag for å avvise anken.”

5.3.2.2 Saksøktes tilknytning

I Rt. 1985 s. 807 var det materielle spørsmål om saksøker kunne kreve oppgjør for reiseregning og få erstattet utlegg til folketrygdavgift av selskapet Ofoten Dampskibsselskap A/S. Bakgrunnen for saken var at saksøker hadde blitt påført en yrkesskade på et fartøy eid av Supply Service K/S A/S, hvor Ofoten Dampskibsselskap var ansvarlig kommandittist. Lagmannsretten hadde avvist søksmålet med begrunnelsen at en kommandittist etter gjel-

dende norsk rett ikke kunne dømmes til å innfri saksøker krav. Søksmålet måtte derfor rettes mot det nevnte kommandittaksjeselskapet. Kjæremålsutvalget mente derimot at pretensjonen om at kommandittisten var rett saksøkt måtte legges til grunn, og uttalte i den forbindelse følgende:

”Den kjærende part hevder å ha et krav mot kjæremålsmotparten på det grunnlag at denne var kommandittist i Supply Service K/S A/S, Oslo da det påståtte krav oppstod. Det krav den kjærende part gjør gjeldende, må etter utvalgets mening realitetsbehandles. At det i tilfelle ikke er grunnlag for kravet, kan således ikke føre til at saken avvises.”

Ett element i det materielle spørsmålet var hvem som var rett debitor for kravet. Kjæremålsutvalget kunne ikke prøve om Ofoten Damskibsselskab hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet uten å samtidig å ta stilling til dette spørsmålet. Den prosessuelle og materielle vurderingen blir altså sammenfallende.

I Rt. 1996 s. 1612 (”Adoptivfar”) var det materielle spørsmål om saksøker A hadde krav på samvær med adoptiv sønn C, som bodde med adoptivmor B. B hevdet at saken måtte avvises fordi B på tidspunktet for søksmålet ikke var rett saksøkt, siden adopsjonsbevilling enda ikke var gitt. Kjæremålsutvalget kom til at pretensjonen om at B var rett saksøkt måtte legges til grunn, og saken kunne dermed ikke avvises som følge av manglende rettslig interesse. Ett element i den materielle vurderingen var om B hadde en plikt til å tillate A samvær med C, og dette sammenfaller med den prosessuelle vurderingen av om B var rett saksøkt.

I Rt. 2006 s. 209 (”HOFBO”) var det materielle spørsmål i hvilken grad eierne i et boligsameie kunne pålegges et felles ansvar for renhold av fellesarealer. Søksmålet var rettet mot sameierne i boligsameiet, som under henvisning til eierseksjonsloven § 43 mente at søksmålet måtte avvises fordi det ikke var rettet mot styrets leder. Saksøker pretenderte derimot at sameierne var rette saksøkte, fordi sameiet var å anse som tingsrettslig, og at

eierseksjonsloven ikke regulerte forholdet. Om prøvingen av denne pretensjonen uttalte Kjæremålsutvalget:

”Ved avgjørelsen av om kravet til søksmålskompetanse er oppfylt, er utgangspunktet at domstolene skal legge saksøkerens pretensjoner om faktum og rettsregler til grunn så langt det materielle kravet som fremmes bygger på disse pretensjonene. Saksøkerens pretensjoner om andre forhold enn gjenstanden for det materielle krav, er derimot undergitt full prøvelse, jf. Schei, Tvistemålsloven side 292-293.

Kjæremålsutvalget kom til at pretensjonen om at søksmålet skulle rettes mot de enkelte sameierne måtte legges til grunn. Ett element i det materielle spørsmål var hvem som var debitor for saksøkers krav, og når saksøker pretenderte at sameiet var tingsrettslig, sammenfaller vurderingen av dette materielle elementet med den prosessuelle vurderingen av om sameierne var rette saksøkte.

En ny avgjørelse med et liknende utfall er inntatt i Rt. 2011 s. 797. Her var det materielle spørsmål om saksøker hadde krav på pasientskadeerstatning for skader han angivelig var blitt påført under en operasjon ved Kristiansund Sykehus. Søksmålet var rettet mot Helse Nordmøre og Romsdal Helseforetak, som påstod saken avvist under henvisning til at pasientskadeloven § 4 bestemmer at søksmål om pasientskadeerstatning ikke kan rettes mot helseforetak. Tingretten tillot søksmålet fremmet, men det ble avvist i lagmannsretten. Lagmannsretten så det slik at ”når det fremgår klart av loven at en saksøkt ikke kan gjøres til part i saken, så må det eneste logiske være at saken avvises” (avsnitt 18). Ankeutvalget fant at lagmannsrettens lovtolkning var feil, og opphevet kjennelsen. Etter ankeutvalgets oppfatning måtte saksøkers pretensjoner om at søksmålet kunne rettes mot helseforetakene legges uprøvd til grunn:

”Ankeutvalget vil bemerke at spørsmålet om hvem som er forpliktet etter et krav, er et materielt spørsmål, jf. Rt. 1985 s. 807, Rt. 2005 s. 534 og Rt. 2005 s. 999. Se også Skoghøy, Tvisteløsning side 394-395. Et søksmål kan følgelig ikke avvises

med den begrunnelse at det er rettet mot en som ikke er materielt ansvarlig. Saksøkte må i slike tilfeller frifinnes.”

Rettspraksis illustrerer at det ikke alltid er et logisk skille mellom den prosessuelle vurderingen av om sakens parter har tilstrekkelig tilknytning til søksmålsgjenstanden og den materielle vurdering. Videre viser de gjennomgatte avgjørelser at saksøkers pretensjoner om at partene har tilstrekkelig tilknytning til kravet som utgangspunkt skal prøves ved vurderingen av om søksmålet skal tillates fremmet. Men dersom denne prosessuelle vurderingen ikke kan foretas uten å samtidig ta stilling til et spørsmål av materiell karakter, må saksøkers pretensjoner legges til grunn.

5.3.3 ”Søksmålssituasjon”

En sentral avgjørelse om i hvilken utstrekning retten skal prøve saksøkers pretensjoner om at kravet til søksmålssituasjon er oppfylt, er inntatt i Rt. 1986 s. 733 (”Ringnot”). Det materielle spørsmål i saken var om vedtaket om sletting av et fartøy fra registeret over ringnotfartøyer var ugyldig. Den prosessuelle tvisten dreide seg om hvorvidt saksøker hadde en aktuell interesse i å få prøvd vedtakets gyldighet, når han allerede hadde anlagt søksmål med krav på erstatning. Staten ved Fiskeridepartementet påstod saken avvist, fordi saksøkers økonomiske interesser ville bli ivaretatt i erstatningssøksmålet, og at han utover dette ikke hadde et aktuelt behov for å få prøvd vedtakets gyldighet. Saksøker pretenderte at han hadde rettslig interesse fordi fartøyet var overdratt til hans datter og svigersønn, og at slettingen av fartøyet fra registeret dermed ville få konsekvenser for gjennomføringen av denne avtalen. I relasjon til dette uttalte Kjæremålsutvalget følgende (min kursivering:)

”Saksøkerens pretensjoner skal, slik utvalget ser det, bare legges til grunn så langt det krav han vil ha pådømt, bygger på dem. Så langt partsrederiet pretenderer noe faktisk eller rettslig som grunnlag for at slettingen eller resolusjonen er ugyldig, må retten legge anførselen til grunn ved vurderingen etter § 54. Dersom retten kommer til det resultat at pretensjonene er uholdbare, må den frifinne saksøkte etter en realitetsbehandling av kravet og ikke avvise saken, jfr. Rt. 1985 s. 807. Saksøke-

rens pretensjoner om andre forhold i tilknytning til søksmålet er derimot underlagt prøvelse. Han kan ikke binde retten med hensyn til faktiske eller rettslige virkninger av at han får medhold i søksmålet.

Darre Nilssen pretenderer dels at det foreligger en avtale med datter og svigersønn, Guve og Thorleif Hanssen, som gir partsrederiet rettslig interesse i å kunne overføre konsesjonen til dem og derved rettslig interesse i at vedtakene kjennes ugyldige. Dels pretenderer han under henvisning til forskriftene om ringnottillatelser at partsrederiet fortsatt kan utnytte konsesjonen på forskjellige måter ved at den « ved ugyldighetsdom gjenoppstå(r) på Darre Nilssens hånd ». *Her må retten prøve partsrederiets anførsler – faktiske og rettslige – fullt ut. Anførslene gjelder ikke realiteten i søksmålet; de er uten betydning for ugyldighetsspørsmålet. Det er faktiske og rettslige pretensjoner om selve den rettslige interessen, og dette er undergitt domstolens prøvelse. ...*”

Kjæremålsutvalget prøvde deretter om saksøkers anførte grunner ga ham en aktuell interesse i å få prøvet vedtakets ugyldighet, noe det besvarte negativt. Denne vurderingen kunne retten foreta uten å gå inn på om vedtaket var ugyldig. Det var altså ikke et sammenfall mellom elementer i vurderingen av om det materielle kravet kunne føre frem, og elementer i den prosessuelle vurderingen av om saksøker hadde en aktuell interesse i å få fremmet søksmålet.

I Rt. 1985 s. 1302 (”Lange”) var det materielle spørsmål om en mann som hadde blitt påkjørt av en personbil hadde krav på utbetaling av erstatning fra skadevolders forsikringsselskap. Forsikringsselskapet påstod saken avvist fordi kravet ikke var forfalt. Saksøker pretenderte at forfallstiden for kravet var kommet, og at han dermed hadde rettslig interesse i å få dom på betaling av kravet. Kjæremålsutvalget kom til at saksøkers pretensjon måtte legges til grunn. Aktualitetsvurderingen i dette søksmålet sammenfaller med et av de materielle vilkårene som i alminnelighet må være oppfylt for å kunne kreve betaling av pengekrav; nemlig at kravet er forfalt.

I Rt. 1996 s. 330 ("Gestoria") var det materielle spørsmål om hvorvidt en kongelig resolusjon om nedskrivning av aksjene i Christiania Bank og Kreditkasse til 0 var gyldig. Det prosessuelle tvistetemaet var om saksøkeren Gestoria AS, en aksjonær i banken, hadde en aktuell interesse i å få fremmet søksmålet. Staten v/ Finansdepartementet påstod saken avvist fordi vedtaket om å nedsette aksjene for lengst var satt ut i livet. Staten kunne derfor ikke gjenopprette den tidligere stilling i selskapet, selv om vedtaket om nedskrivning skulle bli kjent ugyldig. Gestoria AS' pretensjon om at de hadde en aktuell interesse i å få dom i saken ble prøvet av Kjæremålsutvalget. Hvorvidt Gestoria AS hadde en aktuell interesse i å få fremmet søksmålet berodde på en konkret vurdering av de virkninger en dom i deres favør ville kunne ha. Denne vurderingen kunne Kjæremålsutvalget foreta uten å måtte ta stilling til om den kongelige resolusjonen var gyldig.

I Rt. 2001 s. 1123 ("Tvangsinnleggelse") var det materielle spørsmål om et vedtak om tvangsinnleggelse av saksøker skulle oppheves og kjennes ugyldig. Da søksmålet ble reist var saksøker ikke lenger tvangsinnlagt, og den prosessuelle tvisten dreide seg om hvorvidt saksøkeren hadde en aktuell interesse i å få dom på at vedtaket skulle kjennes ugyldig. Saksøkeren pretenderte blant annet at en dom i hans favør ville styrke mulighetene for nytt arbeid. Denne pretensjonen ble prøvet av Høyesterett. Vurderingen av om dette var tilstrekkelig til å konstatere at saksøker hadde en aktuell interesse i å få tvangsinnleggelsesvedtaket opphevet kunne foretas uten å samtidig ta stilling til vedtaket var ugyldig.

Rettspraksis illustrerer at den prosessuelle vurderingen av kravets aktualitet som regel kan skilles fra den materielle vurderingen av om kravet kan føre frem. Avgjørelsene ovenfor viser også at retten skal prøve saksøkers pretensjoner om at denne har en aktuell interesse i å få dom i saken. Men dersom denne prøvingen medfører at retten vil foregripe et spørsmål av materiell karakter, skal pretensjonen legges uprøvd til grunn.

5.4 Avgjørelser som avviker fra mønsteret i rettspraksis

Visse avgjørelser bryter med det mønsteret som fremgår av gjennomgangen av i 5.3. I dette kapitlet vil jeg foreta en analyse av disse avgjørelsene for å vurdere i hvilken grad de svekker premissene for en mulig teori basert på dette mønsteret.

5.4.1 "Søksmålsgjenstand"

I Rt. 2003 s. 1630 ("Ytrismorki") var det materielle spørsmål om en skogeier gjennom en midlertidig forføyning kunne pålegges å avstå fra hogst innenfor en del av sin eiendom. Skogeieren påstod saken avvist som følge av at Naturvernforbundet, som hadde reist kravet om midlertidig forføyning, manglet rettslig interesse. Det springende punkt var om Naturvernforbundets pretensjon om at det anførte rettslige grunnlag ga dem et rettskrav, måtte legges til grunn uprøvd i avvisningsomgangen, eller skulle prøves. Om dette uttalte Høyesterett (min kursivering):

"Etter min mening befinner vi oss her i et grenseområde for spørsmål som hører under avgjørelsen av det materielle kravet, og spørsmål som hører under prøvingen av prosessuelle vilkår for å få saken fremmet. Utgangspunktet er at saksøkerens pretensjon om at det gjelder en rettsregel av et innhold som underbygger påstanden, må legges til grunn, og at vurderingen av holdbarheten hører under realitetsbehandlingen, jf. blant annet Rt. 1991 s. 843. Men forutsetningen må være at det er mulig på grunnlag av de materielle regler rent generelt å begrunne kravet. Et minstekrav for å få saken fremmet til realitetsbehandling må med andre ord være at det er mulig å få dom for kravet."

Høyesterett foretok deretter en konkret vurdering av om det kunne avsies en dom i tråd med Naturvernforbundets påstand, basert på en tolkning av den materielle rekkevidden av skogbruksloven § 16, som var anført som rettslig grunnlag. Dette besvarte Høyesterett negativt, og retten konkluderte derfor med at Naturvernforbundet manglet rettslig interesse, og at saken måtte avvises.

Etter Høyesteretts oppfatning var det en forutsetning for å tillate et søksmål fremmet at det på grunnlag av materielle regler ”rent generelt” er mulig å begrunne kravet. En slik preliminær vurdering av rekkevidden av materielle regler i avvisningsomgangen harmonerer dårlig med det rettslige utgangspunktet om at saksøkers pretensjoner om materielle spørsmål skal legges uprøvd til grunn. Den foreslåtte fremgangsmåten vil kunne medføre at retten må foreta en komplisert grensedracting mellom hvilke materielle elementer som skal vurderes i avvisningsomgangen, og hvilke elementer som først skal avgjøres ved realitetsbehandlingen av kravet.⁷² Løsningen Høyesterett oppstilte er derfor uheldig.

Avgjørelsen er også kritisert i forarbeidene til tvisteloven.⁷³ De beste grunner taler således for at den rettssetning som kan utledes av avgjørelsen ikke lenger skal anses som uttrykk for gjeldende rett. De prosessøkonomiske hensynene som talte for å strekke avvisningsinstituttet i den konkrete sak kan nå ivaretas gjennom reglene om forenklet domsbehandling.⁷⁴

5.4.2 ”Partstilknytning”

I Rt. 2003 s. 998 (”Avant”) gikk to enkeltpersoner til søksmål med krav om erstatning mot selskapet Avant Eiendomsmegling AS. Saksøkerne hevdet at Avant urettmessig hadde tilignet seg og disponert over penger som tilhørte saksøkerne. Avant gikk til motsøksmål og krevde erstatning fra saksøkerne. Erstatningskravet i motsøksmålet baserte seg på at saksøkerne hadde brutt en avtale med Avants to aksjonærer. Innehaverne av kravet i motsøksmålet var således opprinnelig de to aksjonærene i Avant, men Avant pretenderte at kravet var overdratt til selskapet.

⁷² *Schei m.fl I* (2007) s. 81-82.

⁷³ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 143.

⁷⁴ Se *Skoghøy* (2008) s. 48-50. Reglene er behandlet i punkt 4.6.

Saksøkerne påstod motsøksmålet avvist som følge av Avants manglende tilknytning til kravet. Den prosessuelle tvisten relaterte seg til om retten skulle prøve Avants pretensjon om at de var rette kreditor for kravet. Lagmannsretten hadde kommet til at erverv av kreditorposisjon fra opprinnelig rettighetshaver ved transport var en del av det materielle grunnlag for Avants krav, og at retten i spørsmålet om saken skulle fremmes til realitetsbehandling derfor måtte legge Avants pretensjoner om at kravet var gyldig overdratt til grunn.

Høyesteretts kjæremålsutvalg var uenige med lagmannsretten på dette punkt, og uttalte i den forbindelse:

”Retten har ... bygd på feil forståelse av tvistemålsloven § 54 når retten uten prøving har lagt til grunn pretensjonen om at erstatningskravet er overdratt til selskapet. Det hører under prøvingen av aktuell rettslig interesse å ta stilling til saksøkerens tilknytning til søksmålgjenstanden. Utgangspunktet er at saksøkeren må sannsynliggjøre nødvendig tilknytning. ...”

Kjæremålsutvalget opphevet av denne grunn lagmannsrettens kjennelse.

En liknende avgjørelse er inntatt i Rt. 2005 s. 250 (”Zurich”). Sakens materielle spørsmål var om eieren av en fisketråler kunne pålegges et erstatningsansvar for skader tråleren hadde påført installasjoner eiet av Statoil ASA. Saksøker var Zurich Forsikring NUF, en norsk filial av Statoils sveitsiske forsikringselskap Zurich Versicherungs-Gesellschaft. Under saksbehandlingen ble partsangivelsen på saksøkersiden endret til Zurich Versicherungs-Gesellschaft.

Saksøkte påstod saken avvist på grunn av saksøkers manglende tilknytning til erstatningskravet. Saksøker pretenderte å være kreditor for kravet som følge av overdragelse av dette fra Statoil i forbindelse med en forsikringsutbetaling. Tingretten og lagmannsretten fremmet saken. I forbindelse med spørsmålet om rettslig interesse uttalte lagmannsretten følgende:

”Om kjæremotparten, som saksøker i hovedsaken, er innehaver av det krav som gjøres gjeldende, herunder om kravet gyldig er transportert til kjæremotparten, hører til sakens realitet og må avgjøres som ledd i tingrettens avgjørelse av det materielle krav. I forbindelse med spørsmålet om rettslig interesse legges kjæremotpartens pretensjoner til grunn.”

Høyesteretts kjæremålsutvalg var uenig med lagmannsretten på dette punkt:

”Kjæremålsutvalget vil bemerke at lagmannsretten ved denne knappe begrunnelse synes å ha gitt uttrykk for en uriktig forståelse av tvistemålsloven § 53, jf. § 54. Det er nok så at saksøkers pretensjoner skal legges til grunn når det gjelder berettigelsen av det materielle krav. Men når pretensjonen – som her – ikke refererer seg til erstatningskravets grunnlag, men til saksøkers tilknytning til det overdratte kravet, en tilknytning saksøkte har innsigelser mot, så dreier tvisten seg om prosessuelle forhold som lagmannsretten skulle ha tatt stilling til i en prøving av om saksøkeren har den nødvendige tilknytning til kravet. Utvalget viser også til kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2003 s. 998, som har klare likhetstrekk med foreliggende sak. ...”

Lagmannsrettens kjennelse ble på dette grunnlag opphevet og hjemvist til ny behandling.

I både Rt. 2003 s. 998 og Rt. 2005 s. 250 kom altså Høyesteretts kjæremålsutvalg til at saksøkers pretensjoner om at denne var rett kreditor som følge av transport av kravet måtte prøves ved spørsmålet om saken skulle fremmes.

Skoghøy karakteriserer de to avgjørelsene som ”åpenbare glipp”, og jeg er enig i at disse avgjørelsene er uriktige.⁷⁵ Hvorvidt saksøker er i en kreditorposisjon er et materielt spørsmål. At det er ubestridt at saksøker ikke er opprinnelig kreditor for kravet endrer ikke dette, så lenge saksøker pretenderer å være rette kreditor når søksmålet reises.

Avgjørelsene må anses endelig fraveket ved Rt. 2005 s. 999 (”Trade Partner”), som er fulgt opp i en rekke senere avgjørelser.⁷⁶ Det er imidlertid bemerkelsesverdig at Kjæremålsutvalget i Rt. 2005 s. 999 ikke fant det nødvendig å kommentere Rt. 2003 s. 998, med tanke på at denne var anført til støtte av den saksøkte part, og at avgjørelsene er uforenlige.

De to avgjørelsene illustrerer viktigheten av at retten oppfatter at det kan oppstå sammenfall mellom vurderinger av om prosessforutsetningene er oppfylt og vurderinger av materiell karakter. I begge avgjørelsene synes Kjæremålsutvalget å bygge på et resonnement om at fordi spørsmålet om saksøkers tilknytning til kravet er en prosessuell problemstilling, utelukker dette at prøvingen av om denne søksmålsbetingelsen vil kunne medføre en foregripelse av materielle spørsmål.

En annen avgjørelse som kan være vanskelig å harmonere med den gjennomgatte praksis er Rt. 2005 s. 534 (”Victim”). Det materielle spørsmål i saken var om det ved behandlingen av skatteligningen av et aksjeselskap ble foretatt krenkelser av EMK artikkel 6, og om dette kunne medføre et erstatningsansvar for Staten. Saksøker eide alle aksjene i selskapet den aktuelle ligningen rettet seg mot, og han nedla både en påstand om at det skulle avsies dom for at det forelå en konvensjonskrenkelse, og at han hadde krav på erstatning og oppreisning for disse krenkelsene. Staten v/ Finansdepartementet nedla påstand om at saken måtte avvises fordi saksøker ikke hadde tilstrekkelig tilknytning til disse kravene.

⁷⁵ Skoghøy (2007) s. 47.

⁷⁶ Disse avgjørelsene er presentert i 5.3.2.

Fordi søksmålet gjaldt et påstått brudd på EMK, vurderte Kjæremålsutvalget om saksøkeren hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet med utgangspunkt i konvensjonens regler om dette. I henhold til EMK artikkel 34 var vurderingen dermed om saksøker var "... the victim of a violation by one of the High Contracting Parties ...". Det var på det rene at den påståtte konvensjonskrenkelsen rettet seg mot aksjeselskapet, men saksøker pretenderte at han som eeneier av selskapet måtte identifiseres med selskapet, og derfor også var å anse som "victim" etter artikkel 34.

Kjæremålsutvalget prøvde saksøkers pretensjon, og fant at det var selskapet selv, og ikke saksøker, som hadde søksmålskompetanse i det konkrete tilfellet:

"I det foreliggende tilfellet kan utvalget ikke se at det er grunnlag for å gjøre unntak fra hovedregelen om at påståtte konvensjonsbrudd overfor aksjeselskap må forfølges av selskapet selv. X Ltd. hadde full anledning til selv å forfølge de påståtte konvensjonsbruddene, og det kan ikke ses å foreligge noen annen grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen. På dette grunnlag er utvalget kommet til at påstanden om fastsettelsesdom for at det ved ligningsbehandlingen av X Ltd. i 1991 ble begått krenkelser av EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 2, må avvises."

Ett element i den materielle vurderingen var om ligningsbehandlingen utgjorde et konvensjonsstridig forhold *overfor saksøker*. Når saksøker pretenderte at dette var tilfelle kunne det være naturlig å anta at denne pretensjonen måtte legges til grunn. Kjæremålsutvalget prøvde derimot saksøkers pretensjon, og da den ikke bestod prøven, ble påstanden avvist.

En forklaring på dette er at Høyesterett i en tidligere avgjørelse, Rt. 2003 s. 301 ("Undersøkelse"), kom frem til at norske domstoler, i saker som gjelder påståtte brudd på EMK, kan benytte seg av de silingsordningene som følger av konvensjonen. I samsvar med praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen kunne norske domstoler derfor avvise søksmål etter en summarisk realitetsbehandling av kravet. Kjæremålsutvalgets prøving av

saksøkers pretensjon om at han hadde tilstrekkelig tilknytning til kravet må ses i lys av dette.

Saksøkers andre påstand var at han hadde krav på erstatning og oppreisning. Også denne påstanden ble basert på at ligningsbehandlingen av selskapet var konvensjonsstridig, men at saksøker, som eneaksjonær i selskapet, måtte identifiseres med selskapet.

De tre dommerne i Kjæremålsutvalget var enige om at også denne påstanden måtte avvises, men de skiltes i begrunnelsen for konklusjonen. Flertallets konklusjon bygde på følgende resonnement (min kursivering):

”... [S]elv om retten ved avgjørelsen av om søksmålet skal fremmes, ikke skal ta realitetsstilling til det krav som er fremsatt, må den ved avgjørelsen av om saksøkeren har tilstrekkelig tilknytning til kravet, *ta stilling til om den interesse som saksøkeren søker håndhevd gjennom søksmålet, er beskyttet av de regler som kravet er basert på*, jf. Skoghøy: Tvistemål, 2. utgave (2001), side 330. Det foreliggende krav om erstatning og oppreisning er basert på at det ved ligningsbehandlingen av X Ltd. i 1991 ble begått brudd på EMK overfor selskapet. Hvorvidt en aksjonær kan kreve erstatning for konvensjonsbrudd overfor selskapet, beror på om konvensjonen beskytter hans interesse. Dette er noe retten må ta realitetsstilling til ved avgjørelsen av om saken skal fremmes.

Som det fremgår av det utvalget har uttalt om adgangen til å gå til fastsettelsesdom for at det foreligger brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 2, beskytter EMK bare den som er offer for konvensjonsbruddet. Så lenge det – ut fra en riktig forståelse av EMK - er X Ltd. som må anses som offer for de konvensjonsbrudd som er påstått å foreligge, kan A ikke gå til søksmål med krav om erstatning for disse ved å fremsette en – rettslig uholdbar – pretensjon om at også han er offer. Den interesse han måtte ha i saken, er ikke beskyttet av EMK.

Mindretallet hadde en annen begrunnelse (min kursivering):

”Etter mindretallets oppfatning vil den som pretenderer å ha et krav på erstatning til seg selv, ordinært ha rettslig interesse i søksmålet. *Om den interesse han søker håndhevd gjennom søksmålet, er beskyttet av de regler som kravet er basert på, hører etter mindretallets oppfatning ordinært under realiteten.* I den foreliggende sak er det imidlertid krevd fastsettelsesdom for at det foreligger brudd på EMK artikkel 6 nr. 1 og 2, og dette kravet blir avvist fordi A ikke kan anses som offer («victim»). Når det på denne måten er fastslått at det ikke overfor ham er skjedd noen krenkelse av EMK, ville det være meningsløst med en ytterligere prøving av erstatningskravet. I denne spesielle situasjon må det derfor være grunnlag for avvisning.”

Flertallet kom til at retten som ledd i vurderingen av om søksmålet skulle tillates fremmet måtte ta stilling til om den interesse saksøkeren søker håndhevd gjennom søksmålet var beskyttet av reglene kravet var basert på. Mindretallet mente derimot at dette var et element av materiell karakter, og at saksøkers pretensjon i den forbindelse derfor ordinært måtte legges til grunn. Etter min oppfatning er mindretallets resonnement riktig. Hvorvidt den interesse saksøkeren søker håndhevd gjennom søksmålet ivaretas av reglene kravet baseres på, kan vanskelig besvares uten å foregripe vurderingen av om det materielle kravet kan føre frem.

At flertallet avviste saksøkers andre påstand er et naturlig resultat tatt i betraktning deres resonnement. For mindretallet derimot, som anså den nevnte vurdering for å være av materiell karakter, burde utfallet prinsipielt vært at saksøkers pretensjon ble lagt til grunn, og først prøvet ved en realitetsbehandling av kravet. Når mindretallet på tross av dette kom til at påstanden kunne avvises, skyldes det den spesielle situasjonen at Kjæremålsutvalget ved behandlingen av den første påstanden hadde avgjort at en eventuell krenkelse ikke hadde skjedd overfor saksøker.

Avgjørelsen illustrerer hvordan innføringen av materielle avvisningsgrunner i søksmål om brudd på EMK kom i konflikt med det sivilprosessrettslige utgangspunktet om at saksøkers pretensjoner om materielle spørsmål skal legges uprøvd til grunn i avvisningsomgangen.⁷⁷

Den rettskildemessige betydningen av avgjørelsen kan diskuteres. Når det gjelder Kjæremålsutvalgets behandling av saksøkers påstand om at det forelå et konvensjonsbrudd, er det i forarbeidene til tvisteloven presisert at den silingsordningen som ble innført i norsk rett gjennom Rt. 2003 s. 301 for søksmål om konvensjonsbrudd ikke er ønskelig.⁷⁸ De prosessøkonomiske hensyn som taler for en slik silingsordning kan nå ivaretas gjennom reglene om forenklet domsbehandling, se 5.5.3

Videre er det tvilsomt om det etter tvistelovens ikrafttredelse er en prosessforutsetning at den interesse saksøkeren søker håndhevd gjennom søksmålet, er beskyttet av de regler kravet er basert på, slik det var under tvistemålsloven. I tvistelovens forarbeider er det presisert at det ved avgjørelsen av om en organisasjon har søksmålskompetanse etter tvl. § 1-4 ikke skal være et vilkår at det rettslige grunnlag for kravet har til formål å fremme de samme verdier som organisasjonens formål.⁷⁹ Schei m.fl. mener at dette samtidig må innebære at det heller ikke kan gjelde en mer generell forutsetning om at det anførte rettsgrunnlag må tilgodese den interesse som søkes ivaretatt gjennom det fremsatte krav.⁸⁰

⁷⁷ Dette var også bakgrunnen for dissensen i Rt. 2003 s. 301, se avsnitt 61 flg.

⁷⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 155.

⁷⁹ Ibid. s. 366-367.

⁸⁰ Se *Schei m.fl I* (2007) s. 61-62 og 82. Annerledes *Skoghøy* s. 348-349. Dette drøftes litt nærmere i 5.5.3.

5.5 Drøftelse – rettens prøving av saksøkers pretensjoner

5.5.1 En alternativ tese

Når det gjelder domstolens prøving av partenes pretensjoner om at kravet til rettslig interesse er oppfylt, er det etter min oppfatning grunnlag for å oppstille en alternativ teori til den Robberstad har lansert..

Den alternative tesen kan formuleres slik: ved spørsmål om et søksmål skal tillates fremmet skal retten prøve saksøkers faktiske og rettslige pretensjoner om at kravet til rettslig interesse er oppfylt, såfremt disse pretensjonene ikke sammenfaller med faktiske og rettslige pretensjoner om materielle spørsmål.⁸¹

En slik innfallsvinkel harmonerer godt med resultatene i den foreliggende rettspraksis om kravet til rettslig interesse. Hvorfor visse avgjørelser bryter med mønsteret er forklart under de enkelte avgjørelsene. Men en gjennomgående årsak er nok at retten presset avvísingsvilkårene fordi det var åpenbart at søksmålet ikke kunne føre frem.

Den oppstilte tesen fungerer i realiteten som et bindeledd mellom utgangspunktene som har blitt fremhevet i rettspraksis og teori. På den ene siden har vi saksøkers pretensjoner om at kravet til rettslig interesse er oppfylt. Disse skal som utgangspunkt prøves av domstolen. På den andre siden har saksøkers pretensjoner om holdbarheten av det materielle kravet. Disse skal som utgangspunkt legges uprøvd til grunn ved vurderingen av om søksmålet skal tillates fremmet.⁸² En nyanse som står i fare for å bli oversett når man opererer med disse utgangspunktene, er at det ikke alltid er noe logisk skille mellom vurderingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt, og vurderingen av materielle spørsmål. Dersom retten blir forelagt en påstand om at saken må avvises på grunn av manglende rettslig interesse, kan begge disse utgangspunktene derfor prinsipielt være anvendelige. Dette kan være noe av

⁸¹ Se *Reusch* (2010) s. 199, som virker å ha en liknende oppfatning.

⁸² Se for eksempel *Schei m.fl. I* (2007) s. 80, og *Skoghøy* (2010) s. 223.

grunnen til at forholdet mellom kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål virker å ha ført til mye konfusjon i de lavere rettsinstanser, og i et par tilfeller også i Høyesterett. At vurderinger av prosessuell og materiell karakter i visse tilfeller sammenfaller, kunne med fordel ha kommet noe tydeligere frem i Høyesteretts rettsavklarende avgjørelser.

Reelle hensyn støtter opp om denne tesen. Tvisteloven bygger på et system der materielle spørsmål generelt er undergitt en mer betryggende behandling enn prosessuelle spørsmål. Dersom det er uklart om et spørsmål skal karakteriseres som prosessuelt eller materielt, bør den grundigste behandlingsformen velges. Dette poenget har også blitt trukket frem av Høyesterett. Se for eksempel uttalelsene i Rt. 2008 s. 826 ("Reprobert rettsforhold"), som er presentert i 5.3.1. Innfallsvinkelen forutsetter at prøvingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt regulært utstår til hovedforhandling, i den utstrekning denne vurderingen sammenfaller med prøvingen av materielle spørsmål. En slik adgang har retten nå gjennom tvisteloven § 9-6 tredje ledd annet punktum, som åpner for at et saksbehandlingsspørsmål kan behandles og avgjøres som ledd i hovedforhandlingen, dersom "sammenhengen med de krav som skal avgjøres i saken, eller andre forhold tilsier det."

Et sentralt formål i enhver rettsstat er at borgerne skal kunne få behandlet og avgjort sine rettslige tvister av en uavhengig domstol. Dette taler isolert for å tillegge saksøkers pretensjoner om at søksmålsvilkårene er oppfylt stor vekt. Samtidig vil en doktrinær tilnærming til det rettslige utgangspunktet om at saksøkers pretensjoner skal legges til grunn, på bekostning av utgangspunktet om at retten må undersøke om kravene til rettslig interesse er oppfylt, medføre at disse søksmålsbetingelsene ikke har noen reell funksjon.⁸³ Dette vil blant annet kunne medføre at domstolen blir et mindre effektivt tvisteløsningsorgan for de som har et reelt behov for rettslig avklaring. Den oppstilte tese tilbyr en mellomløsning. Dersom retten ikke kan vurdere om kravene til rettslig interesse er oppfylt uten å foregripe den materielle vurdering, bør saksøkers pretensjoner om at søksmålsbetingelsene er oppfylt

⁸³ Se *Backer* (1984) s. 30, med videre henvisninger til *Lindblom* (1974) s. 194 og 200. Se også *Hov* (2010) s. 377.

legges til grunn. Men dersom disse vurderingene ikke sammenfaller, bør saksøkers pretensjoner prøves fullt ut.

5.5.2 En evaluering av Robberstads teori

I motsetning til Robberstads teori oppstiller ikke den alternative tesen et skille mellom fastsettelsessøksmål og fullbyrdelsessøksmål. Dette har for det første sammenheng med at tvisteloven ikke i samme utstrekning som tvistemålsloven oppstiller ulike regler for fastsettelsessøksmål og fullbyrdelsessøksmål. Forskjellen mellom ”søksmålsformene” ligger først og fremst i at en fullbyrdelsesdom, i motsetning til en fastsettelsesdom, har tvangskraft.⁸⁴ Domstolsbehandlingen av kravet følger samme spor, uavhengig av om påstanden er utformet slik at dommen kan fullbyrdes eller ikke. For det andre er det etter min oppfatning ikke nødvendig med et distinkt skille mellom disse ”søksmålsformene” for å forklare det mønsteret en finner i rettspraksis. Dette gjelder uavhengig av om avgjørelsene er avsagt under tvistemålsloven eller tvisteloven.

Samtidig har nok Robberstad et poeng når hun hevder at prøvingen av saksøkers pretensjoner oftere legges uprøvd til grunn i fullbyrdelsessøksmål enn fastsettelsessøksmål. Robberstad begrunner dette med at det oftere reises fastsettelsessøksmål som er på siden av det domstolen skal befatte seg med, enn når påstanden går ut på fullbyrdelse av et krav.⁸⁵ Etter min oppfatning er en mer treffende begrunnelse at det i søksmål der påstanden går ut på fullbyrdelse av et krav, oftere vil oppstå et sammenfall mellom prosessuelle og materielle vurderinger enn der påstanden går ut på at retten skal fastsette en rettsstilling. Dette viser seg særlig i saker om pengekrav, som utgjør en vesentlig del av de søksmålene der det nedlegges påstand om fullbyrdelse.

⁸⁴ Jf. tvl. § 19-13 (1), og Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 144.

⁸⁵ *Robberstad* (2007) s. 79

Den prosessuelle vurderingen av om partene har tilstrekkelig tilknytning til kravet, vil her sammenfalle med vurderingen av hvem som er materielt forpliktet og berettiget etter dette kravet. Videre er det prosessuelle vilkåret om at saksøker har et aktuelt behov for realitetsbehandling av kravet, i alminnelighet i fullbyrdelsessøksmål at kravet er forfalt. Denne prosessuelle vurderingen sammenfaller med den materielle vurderingen av om forfallstiden for betalingsforpliktelsen har inntrådt.

Også i saker som ikke gjelder pengekrav, vil det særlig på grunn av aktualitetsvurderingen, oftere kunne oppstå sammenfall mellom prosessuelle og materielle vurderinger når påstanden går ut på fullbyrdelse av et krav. Saksøkers pretensjoner blir derfor rent faktisk i flere tilfeller avgjørende ved fullbyrdelsessøksmål, enn i fastsettelsessøksmål.

Men å sondre mellom fastsettelsessøksmål og fullbyrdelsessøksmål for å avgjøre om de enkelte elementer i kravet til rettslig interesse *skal* prøves ved spørsmålet om saken kan undergis realitetsbehandling, har etter min oppfatning ikke støtte i rettskildene. Det ville være underlig om saksøker kunne avskjære retten fra å undersøke om søksmålsbetingelsene er til stede kun ved å endre påstanden fra en fastsettelsespåstand til en fullbyrdelsespåstand.

5.5.3 Betydningen av reglene om forenklet domsbehandling

Som redegjort for i 5.3 og 5.4 har Høyesterett i noen tilfeller utvidet avvisningsinstituttet til også å tillate prøving av materielle spørsmål. Det tydeligste eksemplet på dette finner vi i saker som omhandler brudd på EMK. Her innførte Høyesterett materielle avvisningsgrunner som et tillegg til norsk sivilprosess.⁸⁶ I andre saker har utvidelsen av avvisningsinstituttet skjedd uten at dette fremgikk av avgjørelsenes premisser, men hvor retten i realiteten foregrep spørsmål av materiell karakter ved vurderingen av om søksmålet skulle tillates fremmet.⁸⁷ Reglene om forenklet domsbehandling ivaretar de prosessøkonomiske hensyn

⁸⁶ Se Rt. 2003 s. 301.

⁸⁷ Se Rt. 1998 s. 607, Rt. 2003 s. 998, Rt. 2005 s. 250, og Rt. 2003 s. 1630.

som kan ha vært årsaken til at retten i noen saker har presset avvisningsvilkårene, samtidig som de presenterer et riktigere avgjørelsesalternativ for slike tilfeller.⁸⁸

Primærfunksjonen til reglene om forenklet domsbehandling er å føre til en mer prosess-økonomisk bruk av domstolens ressurser. Men innføringen av disse reglene vil potensielt også kunne medføre at vi på sivilprosessens område får klarere retningslinjer for hvilke vurderinger som hører under det materielle spørsmål, og hvilke vurderinger som skal foretas i forbindelse med prøvingen av om prosessforutsetningene er oppfylt. Ved at retten nå har et effektivt middel mot håpløse søksmål, blir behovet for å strekke søksmålsvilkårene mindre i slike saker. Og sett hen til den foreliggende praksis kan det argumenteres for at det nettopp er i saker hvor retten allerede under saksbehandlingen har ansett det klart at søksmålet ikke kunne føre frem, at elementer av materiell karakter har blitt prøvet i avvisningsomgangen.

Schei m.fl. argumenterer for at det i et tilfelle som i Rt. 1998 s. 607 ("Professorlønn") nå ville vært riktig å avsi forenklet dom om frifinnelse, istedenfor å avvise søksmålet.⁸⁹ Tilsvarende løsning er tenkelig i relasjon til Rt. 2003 s. 1630 ("Ytrismorki"), der søksmålet ble avvist fordi det påberopte rettsgrunnlag ikke kunne gi saksøker medhold i påstanden.⁹⁰

Innføringen av reglene om forenklet domsbehandling vil etter min oppfatning også kunne redusere behovet for å operere med en søksmålsbetingelse om at den interesse som søkes ivaretatt gjennom det fremsatte krav tilgodeses av det anførte rettsgrunnlag. Et slikt søksmålsvilkår ble i visse avgjørelser innfortolket som en del av kravet til rettslig interesse under tvistemålsloven, se for eksempel Rt. 2005 s. 534 ("Victim").⁹¹ Mindretallet i denne avgjørelsen mente at en slik vurdering ville innebære en foregripelse av det materielle

⁸⁸ Schei m.fl I (2007) s. 415-416.

⁸⁹ Ibid. s. 83

⁹⁰ Skoghøy (2008) s. 48-50.

⁹¹ Schei m.fl I (2007) s. 82.

spørsmål,⁹² og jeg slutter meg til dette synet. At saker ble avvist under henvisning til et slikt søksmålsvilkår, kan nok forklares med at det ved en preliminær tolkning av det aktuelle rettsgrunnlaget virket åpenbart at søksmålet ikke kunne føre frem. Når slike søksmål nå kan avgjøres effektivt ved forenklet domsbehandling, er behovet for denne type foregripelse av den materielle vurdering i avvisningsomgangen mindre. Så vidt jeg kan se har Høyesterett ikke tatt endelig stilling til om den prosessforutsetning som blant annet ble oppstilt i Rt. 2005 s. 534 fortsatt skal gjelde.

Reglene om forenklet domsbehandling vil imidlertid ikke løse alle spørsmål om i hvilken utstrekning retten skal prøve om kravene til rettslig interesse er oppfylt. For det er bare i de tilfellene det er ”klart” at det materielle kravet ikke kan gis medhold, at § 9-8 vil være anvendelig som et alternativ til å avvise søksmålet. Behandling i tråd med § 9-8 forutsetter også at dette er begjært av en av partene. Dessuten gjelder reglene om forenklet domsbehandling kun for tingretten, eller for lagmannsretten når denne er førsteinstans.⁹³ Dersom tingretten har avvist et søksmål i et tilfelle der det ville vært riktigere å avgjøre søksmålet etter reglene om forenklet domsbehandling, vil lagmannsretten ikke ha mulighet til å anvende regelen. Lagmannsretten vil på ordinært vis måtte oppheve kjennelsen og sende avvisningsspørsmålet til fornyet behandling i tingretten, eller avsi kjennelse om at søksmålet tillates fremmet, jf. henholdsvis tvl. § 29-23 (3) og (4).

I de fleste saker vil retten fortsatt måtte foreta en prøving av om kravet til rettslig interesse er oppfylt. Intensiteten av denne prøvingen bør da som sagt bero på om prøvingen vil medføre en foregripelse av materielle spørsmål.

⁹² Se avgjørelsens avsnitt 38.

⁹³ Jf. tvl. § 9-1.

6 Grensen mellom andre prosessforutsetninger og materielle spørsmål

I kapittel 5 var formålet blant annet å vise hvordan grensen mellom kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål kan være flytende. Og som praksis viser skal prøvingen av om kravene til rettslig interesse er oppfylt normalt ikke medføre en preliminær vurdering av det materielle kravet.

De reelle hensyn som er anført til støtte for dette utgangspunktet gjør seg også gjeldende i relasjon til andre prosessforutsetninger. Det er derfor interessant å undersøke i hvilken utstrekning andre prosessforutsetninger har grenseflater mot materielle spørsmål, og hvordan retten løser disse utfordringene.

En fullstendig gjennomgang av dette er det ikke mulighet innenfor rammene av denne avhandlingen. Noen funn, og tanker om disse, skal derimot presenteres.

6.1.1 Domstolen må ha stedlig kompetanse

At søksmålet er anlagt ved rett verneting er en prosessforutsetning. Virkningen av at et søksmål anlegges ved feil domstol er imidlertid ikke lenger at søksmålet avvises, slik det var under tvistemålsloven. Retten skal i stedet henwise saken til den domstol som er stedlig kompetent, jf. tvl. § 4-7 (1).

Av dl. § 36 første ledd følger det at retten av eget tiltak skal vurdere om den er stedlig kompetent. Samtidig skal retten ved denne prøvingen legge ”saksøkerens fremstilling til grund, saalænge det ikke er godtgjort, at den er uriktig.”, jf. annet ledd første punktum. I motsetning til hva ordlyden kan tyde på, er bestemmelsen i praksis forstått slik at saksøkeren har bevisbyrden for at retten er kompetent dersom dette bestrides av saksøkte.⁹⁴

⁹⁴ Jf. Rt. 1987 s. 531.

Tvisteloven § 4-5 åpner for at saksøker i bestemte typer av saker kan anlegge søksmål annetsteds enn ved dennes alminnelige vernetting. I mange av disse sakstypene er søksmåls-gjenstandens tilknytning til rettskretsen avgjørende for om det vernettinget saksøker har anlagt sak ved er stedlig kompetent. Omstendigheter som er av betydning for om saken er anlagt ved rett vernetting, kan derfor også ha betydning ved den materielle vurderingen.⁹⁵ Backer har argumentert for at retten i slike tilfeller skal bygge på saksøkers pretensjoner, med mindre disse er åpenbart uriktige.⁹⁶ Med tanke på at retten ellers ville kunne avvise søksmålet etter en preliminær vurdering av materielle elementer, synes det etter min oppfatning å være gode grunner for et slikt synspunkt.

En foregripelse av materielle spørsmål ved vurderingen av om domstolen er stedlig kompetent, har imidlertid ikke samme inngripende konsekvenser når denne vurderingen ikke kan lede til avvisning av søksmålet, jf. tvl. § 4-7 (1). Konsekvensen vil nå først og fremst være at materielle elementer blir behandlet både som ledd i vurderingen av om søksmålet er anlagt ved rett vernetting, og i en senere realitetsbehandling av kravet.

I internasjonale tvister stiller dette seg annerledes. En sak som gjelder internasjonale forhold kan bare anlegges for norske domstoler ”når saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge”, jf. tvl. § 4-3 (1). Virkningen av at ingen norske domstoler har stedlig domsmyndighet er at saken avvises, jf. tvl. § 4-7 (3).

⁹⁵ Skoghøy (2010) s. 224.

⁹⁶ Backer (1981) s. 376-377. Artikkelen relaterer seg til tvistemålslovens bestemmelser om vernetting. Se for øvrig Bøhn (2013) s. 125-126, og Schei *m.fl.* I (2007) s. 172.

Vurderingen av om saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge beror på en helhetlig vurdering, hvor en rekke momenter vil kunne være av betydning.⁹⁷ Ved denne vurderingen kan det virke som om saksøkers pretensjoner skal legges til grunn i den grad prøvingen vil medføre en foregripelse av materielle spørsmål. Retten skal altså bygge på saksøkers pretensjoner, men samtidig ta stilling til om disse pretensjonene – forutsatt at de er riktige – tilsier at saksforholdet har tilstrekkelig tilknytning til Norge.

Til illustrasjon kan det vises til saken inntatt i Rt. 2010 s. 1197 ("Centrebet"). Her var det materielle spørsmål om det australske selskapet Centrebet var erstatningsansvarlig for tap en norsk mann var påført som følge av nettspill. Den prosessuelle tvisten relaterte seg til om saksforholdet hadde tilstrekkelig tilknytning til Norge. Pretensjonen om at saksøker hadde et krav mot Centrebet ble ikke prøvet av Høyesterett ved behandlingen av det prosessuelle spørsmål. Ved vurderingen av saksforholdets tilknytning til Norge, herunder hvilken tilknytning den påståtte debitor for kravet hadde til Norge, tok Høyesterett utgangspunkt i saksøkers påstand.

6.1.2 Det materielle kravet må ikke være rettskraftig avgjort

Når et materielt krav er rettskraftig avgjort, skal retten avvise en ny sak mellom samme parter om dette kravet, jf. tvl. § 19-15 (3). Vurderingen av om et søksmål skal avvises på dette grunnlag nødvendiggjør en preliminær prøving av hva som er det materielle kravet i saken, og om partene i saken er de samme som er materielt berettiget og forpliktet etter en tidligere avsagt dom. Retten skal derimot ikke prøve om kravet som er anført kan føre frem i denne vurderingen. Kjernespørsmålet er om det fremsatte kravet har en annen identitet

⁹⁷ Se Rt. 2010 s. 1197, avsnitt 42 og 43. I saker som omfattes av Lugano-konvensjonen er konvensjonens regler avgjørende.

enn det kravet som allerede er avgjort.⁹⁸ Både et nytt rettslig grunnlag og nye faktiske omstendigheter kan medføre at søksmålet må tillates fremmet.⁹⁹

Rettspraksis illustrerer at retten på selvstendig grunnlag skal ta stilling til om kravene i de to søksmålene er ulike i saker der saksøker baserer dette på en endring i rettsgrunnlaget.¹⁰⁰ I saker der begrunnelsen er at det har inntrådt faktiske omstendigheter etter den første dommen, virker utgangspunktet å være et annet. Her skal saksøkers pretensjoner legges til grunn, med mindre disse er åpenbart uholdbare.¹⁰¹ En mulig forklaring på at Høyesterett har oppstilt et slikt utgangspunkt, er at prøvingen av om disse omstendighetene foreligger vil kunne medføre en foregripelse av spørsmål som hører til realitetsbehandlingen av kravet. De prosessøkonomiske hensyn som talte for en preliminær prøving av om saksøkers pretensjoner er klart uholdbare, kan nå ivaretas gjennom reglene om forenklet domsbehandling.¹⁰²

6.1.3 Søksmålsfrister

I visse typer saker er det en prosessforutsetning at søksmål er anlagt innen en tidsangitt frist. Som eksempel kan det vises til arbeidsmiljøloven § 17-4. Av bestemmelsen fremgår det at søksmålsfristen er åtte uker ved tvist om blant annet oppsigelse og avskjed, jf. første ledd første punktum. Dersom det anlegges søksmål for å få avgjort om et arbeidsforhold er brakt til opphør i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelser, vil et av de materielle elementene retten må ta stilling til være om det faktisk forelå et ansettelsesforhold som reguleres av arbeidsmiljøloven. Hvis det oppstår tvist om søksmålet er anlagt innen fristen i aml. § 17-4, vil retten i denne prosessuelle vurderingen måtte avgjøre om tvisten gjelder en opp-

⁹⁸ Se for eksempel Rt. 2012 s. 1138, avsnitt 9-14.

⁹⁹ De enkelte identitetskriteriene er blant annet behandlet i *Schei m.fl.* (2007) s. 867-875.

¹⁰⁰ Se for eksempel Rt. 2012 s. 1138.

¹⁰¹ Se for eksempel Rt. 2000 s. 2138 med videre henvisninger til rettspraksis.

¹⁰² *Schei m.fl.* (2007) s. 873.

sigelse eller avskjed. Også her blir det spørsmål om det overhodet har foreligget et ansettelsesforhold. Retten vil derfor vanskelig kunne avgjøre det prosessuelle spørsmål uten å foregripe den materielle vurdering. Høyesteretts fremgangsmåte er i slike saker at saksøkers pretensjoner om at det foreligger et ansettelsesforhold og et opphør av arbeidsforholdet skal legges til grunn. Det avgjørende er om det saksøker pretenderer *etter sin karakter* kan begrunne at det foreligger et arbeidsforhold han er oppsagt fra.¹⁰³ Tilsvarende utgangspunkt virker også å være oppstilt i tilknytning til søksmålsfrister i andre særlover.¹⁰⁴

6.1.4 Klageadgangen må være utnyttet

Visse forvaltningsvedtak kan bare angripes ved søksmål dersom klageadgangen er utnyttet, og klagesaken er endelig avgjort. I tvistemålsloven fremgikk dette av § 437 (1). Tvisteloven har ingen tilsvarende bestemmelse, men regelen er videreført gjennom forvaltningsloven § 27 b.

I Rt. 2008 s. 478 ("Kobbvågglaks") var det materielle spørsmål om et vedtak om tvangsmulkt etter fiskeoppdrettslovgivningen var gyldig. Staten anførte at søksmålet måtte avvises fordi saksøker ikke hadde utnyttet klageadgangen, og fordi det heller ikke var søkt om oppreisning innen fristen for dette, jf. tvml. § 437. Saksøker anførte at søksmålet ikke kunne avvises på dette grunnlag, og pretenderte at den spesielle prosessforutsetningen om uttømt klageadgang etter tvml. § 437 var i strid med både EMK art. 6 nr. 1 om rett til domstolsbehandling, og grl. § 96, fordi tvangsmulkten var å anse som straff.

Høyesterett uttalte følgende når det gjaldt prøvingen av saksøkers pretensjoner (min kursivering):

¹⁰³ Jf. Rt. 2001 s. 272. Se også *Skoghøy* (2010) s. 223-224. Om sondringen mellom prosessuelle og materielle vurderinger i arbeidsrettslige tvister, se *Sundet* (2006) s. 125-129.

¹⁰⁴ Se for eksempel Rt. 2006 s. 1265, avsnitt 44. Se også *Skoghøy* (2010) s. 223-224.

”Det som er anført, er at vilkåret etter tvistemålsloven § 437 er i strid med EMK artikkel 6 nr. 1 om rett til domstolsbehandling, og at det ikke er forenlig med Grunnloven § 96 å sette et slikt vilkår fordi tvangsmulkten er å anse som straff etter denne bestemmelsen. *En ren pretensjon om dette kan åpenbart ikke i seg selv føre til at søksmålene må fremmes. Det ville åpnet for omgåelser og undergrave formålet med å sette forvaltningsklage som vilkår for søksmål. Domstolene må ta stilling til holdbarheten av anførslene, og bare hvis det foreligger en krenkelse som nevnt vil realiteten kunne prøves. En annen sak er at for anførselen om grunnlovsstrid ville det, dersom den skulle være holdbar, samtidig være klart at søksmålet ville føre frem i realiteten.*”

Høyesterett prøvde deretter saksøkers anførsler, og fant at avvisning av søksmålet etter tvml. § 437 verken var i strid med EMK art. 6 nr. 1 eller Grunnloven § 96.

Avgjørelsen illustrerer at Høyesterett ikke anser seg avskåret fra å vurdere om en prosessforutsetning mangler, selv om denne prøvingen vil foregripe den materielle vurdering.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Avgjørelsen er kommentert av *Pedersen og Poulsen* (2010) s. 809-818.

7 Sammenfatning og konklusjon

7.1 Grensen mellom det prosessuelle kravet til rettslig interesse og materielle spørsmål

Rettspraksis illustrerer at det ikke alltid er mulig å trekke en logisk grense mellom vurderingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt, og vurderingen av elementer som hører under materielle spørsmål. Dette skyldes utformingen av og innholdet i reglene om rettslig interesse på den ene side, og elementene i spørsmål som ofte må besvares for å avgjøre det materielle kravet på den annen side. De rettsfakta som er avgjørende for utfallet i den prosessuelle vurderingen, vil også være avgjørende for utfallet i den materielle vurderingen. Det oppstår altså et sammenfall mellom den prosessuelle vurderingen av om vilkårene om rettslig interesse er oppfylt, og vurderingen av om det materielle kravet kan føre frem. Denne problematikken er ikke forbeholdt kravet til rettslig til interesse. Også vurderingen av om andre prosessforutsetninger er oppfylt vil kunne grense mot materielle vurderinger.

7.2 Betydningen av om kravet til rettslig interesse blir behandlet som en prosessuell eller materiell problemstilling

Redegjørelsene i kapittel 4 viser hvilken betydning det har om et spørsmål om rettslig interesse blir ansett som prosessuelt eller materielt. Av størst betydning er etter min oppfatning forskjellene knyttet til grunnlaget for rettens avgjørelser. Selv om prosessuelle spørsmål kan behandles muntlig, er utgangspunktet at de skal behandles skriftlig. Materielle spørsmål behandles til sammenlikning vanligvis muntlig, med umiddelbar bevisføring. I alminnelighet vil en slik behandling gi retten et bedre avgjørelsesgrunnlag, enn en rent skriftlig behandling.

7.3 Rettens prøving av om kravet til rettslig interesse er oppfylt

Rettspraksis illustrerer at retten, uavhengig av om saksøkers påstand går ut på fullbyrdelse eller fastsettelse av et krav, i utgangspunktet ikke skal foregripe materielle vurderinger ved prøvingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt.

Samtidig ville det være uheldig om saksøker gjennom underfundige pretensjoner kunne uthule den plikt retten har til å undersøke om elementene i kravet til rettslig interesse er oppfylt. Når prosessuelle og materielle vurderinger sammenfaller, vil det være utfordrende å finne den rette balansegangen.

Det avgjørende i slike tilfeller vil etter min oppfatning være hvilke hensyn som veier tyngst. På den ene siden står særlig hensynet til at materielle spørsmål skal undergis en grundig behandling i de rammer som tvisteloven oppstiller. På den andre siden står de ulike hensynene som søkes ivaretatt gjennom reglene om rettslig interesse, herunder prosessøkonomiske hensyn, hensynet til saksøkte, og hensynet til domstolens virke. Utfallet av vektingen av disse hensynene vil kunne variere fra sak til sak. Men rettspraksis viser at Høyesterett ved prøvingen av om kravet til rettslig interesse er oppfylt legger stor vekt på at det materielle kravet skal vurderes i de betryggende rammer lovgiver har oppstilt. Dette virker også å være tilfellet når retten skal ta stilling til om andre prosessforutsetninger er oppfylt.

8 Litteraturliste

8.1 Lovgivning

- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (Tvisteloven)
av 17. juni 2005 nr. 90
- 1915 Lov om rettergang i tvistemål (Tvistemålsloven)
av 13. august 1915 nr. 6
- 1915 Lov om domstolene (Domstolloven)
av 13. august 1915 nr. 5
- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa
Eidsvold den 17de Mai 1814

8.2 Forarbeider

- Ot.prp.nr.51 (2004-2005) Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

8.3 Konvensjoner

- EMK Den europeiske menneskerettskonvensjon, Roma 1950
- Luganokonvensjonen Konvensjon om domsmyndighet og om anerkjennelse og
fullbyrdelse av dommer i sivile og kommersielle saker, Lu-
gano 2007

8.4 Rettsavgjørelser

8.4.1 Høyesterett

Rt. 1998 s. 607 ("Professorlønn")

Rt. 1998 s. 1683

Rt. 2001 s. 1123 ("Tvangsinnleggelse")

Rt. 2003 s. 301 ("Undersøkelse")

Rt. 2003 s. 1630 ("Ytrismorki")

Rt. 2006 s. 1265

Rt. 2008 s. 478 ("Kobbvåglaks")

Rt. 2010 s. 402 ("Norsk Tillitsmann")

Rt. 2010 s. 646 ("Mediebedriftenes Klareringstjeneste")

Rt. 2010 s. 1197 ("Centrebet")

8.4.2 Høyesteretts kjæremålsutvalg

Rt. 1985 s. 807

Rt. 1985 s. 1302 ("Lange")

Rt. 1986 s. 733 ("Ringnot")

Rt. 1987 s. 531

HR-1989-159-k ("Laly")

Rt. 1994 s. 524 ("Mors Borett")

Rt. 1996 s. 330 ("Gestoria")

Rt. 1996 s. 1575 ("Arveavkall")

Rt. 1996 s. 1612 ("Adoptivfar")

Rt. 2000 s. 2138

Rt. 2001 s. 272

Rt. 2003 s. 998 ("Avant")

Rt. 2005 s. 250 ("Zurich")

Rt. 2005 s. 534 ("Victim")

Rt. 2005 s. 999 ("Trade Partner")

Rt. 2006 s. 209 ("HOFBO")

Rt. 2006 s. 220 ("A's Legat")

8.4.3 Høyesteretts ankeutvalg

Rt. 2007 s. 234

Rt. 2008 s. 826 ("Reprobert rettsforhold")

Rt. 2010 s. 897

Rt. 2012 s. 1699

Rt. 2011 s. 797

Rt. 2012 s. 1138

8.5 Juridisk litteratur

8.5.1 Bøker

Backer, Inge Lorange. *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*. Oslo, 1984.

Bøhn, Anders. *Domstolloven Kommentirutgave*. 2. utgave. Oslo, 2013.

Eckhoff, Torstein. *Rettskraft*. Oslo, 1945.

Hov, Jo. *Rettergang I. Sivil og Straffeprosess*. Oslo, 1999.

Hov, Jo. *Rettergang I*. Oslo, 2010.

Lindblom, Per Henrik. *Processhinder*. Stockholm, 1974.

Robberstad, Anne. *Sivilprosess*. Oslo, 2009.

Schei, Tore. *Tvistemålsloven. Med Kommentarer. Bind I. 2. utgave*. Oslo, 1998.

Schei m.fl, Tore. *Tvisteloven Kommentarutgave Bind I og II*. Oslo, 2007.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Nytt i ny tvistelov*. Oslo, 2008.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning*. Oslo, 2010.

8.5.2 Juridiske artikler

Aasland, Gunnar. *Søksmålsbetingelsene i §§ 53 og 54*. I: Jussens Venner. 1967, s. 175-237

Backer, Inge Lorange. *Vernetiget i sivile tvister – særlig miljøvernsaker*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 1981, s. 314-395

Pedersen, Jussi Erik. Poulsen, Thomas Chr. *Kobbvåglaks-kjennelsen: I realiteten en prøving, men ikke en realitetsprøving*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2010, s. 809-818.

Reusch, Christian H. P. *Bokanmeldelse: Anne Robberstad: Sivilprosess*. I: Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2010, s. 193-200

Robberstad, Anne. *Pretensjon og realitet i sivile saker*. I: Jussens Venner. 2007, s. 61-79

Sundet, Tron. ”*Pretensjonens betydning*” i tvist om opphør av arbeidsforhold - randmerk-
nader til Høyesteretts kjennelse 12. juli 2006 (HR-2006-1272-U). I: Arbeidsrett. 2006, s.
125-129.