

Bilag 6

Hans M. Michelsen:

Saksforberedelse og forlik i  
formuerettslige tvister

# SAKSFORBEREDELSE OG FORLIK I FORMUERETTLIGE TVISTER

Av høyesterettsdommer HANS M. MICHELSEN, Norge

## I. *Innledning*

Det går frem av den overskrift som er gitt for det emnet jeg skal behandle at man skal holde drøftelserne innenfor grensene av det som tradisjonelt kales formuesretten.

I det jeg her har fremholdt, ligger ikke bare en begrensning, men også en presisering. Uttrykket viser at man skal beskjefte seg med saker der partene har fri rådighet over tvistegenstanden, og hvor de derfor kan inngå et forlik som i materiell forstand inneholder et kompromis - et give and take.

Jeg har ikke oppfattet oppgaven dithen at man skulle gjennomgå og vurdere de enkelte lands regler om sakforberedelsen. Man skal således ikke etter min mening drøfte om saksforberedelsen bør være muntlig eller skriftlig. Det kan heller ikke være meningen å underkaste bestemmelsene om forlik en uttømmende behandling.

Oppgaven innebærer etter min oppfatning at man skal behandle spørsmålet om domstolens medvirkning til forlik under saksforberedelsen.

Som et utgangspunkt for diskusjonen må det dog være på sin plass å redegjøre kort for de enkelte nordiske lands regler om forlik og saksforberedelse. Særlig synes det å være av betydning å trekke frem i hvilken utstrekning saksforberedelsen er muntlig. Det er hvor saksforberedelsen er muntlig, eller hvor det er adgang til å bestemme at den skal være det at domstolen på dette stadium av prosessen vil ha mulighet til å yte bidrag til at en sak forlikes eller innvirke på forlikets innhold.

## II. *Danmark*

Når man skal se på den ordning som i Danmark gjelder om forliksmegling og om saksforberedelse, er det etter min oppfatning formålstjenlig

straks å gjøre det klart hvilke regler som gjelder om instansfølgen. Danmark har på dette området en annen ordning enn den vi finner i de øvrige nordiske land.

Etter den danske retsplejelovs § 224 behandles enhver borgerlig retts-  
trete i første instans ved landsrett, medmindre den er henlagt til under-  
retten. I den følgende bestemmelse - § 225 - sies det så hvilke saker  
underretten skal behandle. Man kan si at det er de mindre betydnings-  
fulle sakene som i første instans horer under underrettene.

Retsplejelovens § 268 inneholder det påbud til den domstol som skal  
behandle saken i første instans, at den skal megle forlik. Påbudet er ikke  
absolutt, og en unnlattelse av å etterkomme det under saksforberedelsen  
medfører ikke at saken hjemvises eller tilbakesendes. Det fremgår klart  
av bestemmelsen at også høyere domstoler kan søke å megle forlik.

Et forlik som inngås for retten, skal innføres i rettsboken, lovens § 270.  
Et rettsforlik betraktes etter dansk rett som en avtale mellom partene.  
Dets gyldighet må bedømmes etter vanlige avtalerettslige regler, særlig  
da etter bestemmelsene i avtalelovens kap. 3. Rettsforliket tillegges ikke  
andre virkninger enn andre formuesrettslige avtaler. Vi man angripe  
dets gyldighet, må det skje enten ved søksmål ved første instans eller  
gjennom en innsigelse som fremsettes under en fogedforretning hvor  
forliket søkes fullbyrdet.

Som en følge av det muntlighetsprincipp som er knesatt i retspleje-  
lovens § 148, foregår det, enten saken i første instans behandles av lands-  
rett eller av underrett, en saksforberedelse.

I saker som anlegges for underretten, er saksforberedelsen muntlig,  
retsplejelovens § 429 og § 432. Der hvor saken i første instans horer  
under landsretten, kan saksforberedelsen finne sted enten for landsretten  
eller ved underrett, § 338. Man må si at saksforberedelsen, enten den  
skjer ved landsrett eller ved underrett, er skriftlig. Det utveksles proses-  
skrifter. Disse skal dog fremlegges i rettsmøte som berammes under saks-  
forberedelsen. I disse rettsmøter kan det også finne sted en bevisførsel.  
Da det således holdes muntlige rettsmøter under saksforberedelsen, kan  
man slå fast at muligheten for et forlik innen retten på dette trinn av  
saksbehandlingen er til stede.

### III. Sverige

I Sverige er tingsretten første instans.

I den nye svenske rettergangsbalken heter det i § 17 i kapitel 42 at

retten under saksforberedelsen bör söke å forlike partene dersom det finnes »lämpligt«. Direkte knytter denne bestemmelse seg til saksforberedelsen. Den antas dog å gjelde også under andre stadier av rettergangen. Som et utgangspunkt kan man feste seg ved at den svenske loven særlig har tatt sikte på at saken forlikes under saksforberedelsen. Såvidt jeg har kunnet bringe på det rene, er det da også under denne at forlik i de fleste tilfeller blir inngått.

Det bör også fremheves at det sies i bestemmelsen at retten bör söke å forlike partene. Det legges et initiativ på domstolen.

Et forlik anses etter svensk rett som en privatrettslig avtale som trer i stedet for tidligere rettsfakta når det gjelder partenes mellomværende på det området det regulerer. Skulle det oppstå tvist om en slik avtale er gyldig, må søksmål med påstand om ugyldighet anlegges ved første instans.

Når en slik avtale inngås under en igangværende prosess, taler man i Sverige om prosessforlikning. Sluttes det et slikt forlik, skal saken avskrives. Når begge parter imidlertid begjærer det, skal etter rettergangsbalkens kap. 17 § 6 i retten i stedet for å avskrive saken stadfeste forliket ved dom. Et forlik som slik er stadfestet, har tvangskraft. Såvidt jeg kan se, er det omtvistet om det også har rettskraft.

Rettergangsbalken kap. 42 handler om saksforberedelsen. Etter § 9 i dette kapitlet er hovedregelen at saksforberedelsen er muntlig, jfr. i denne forbindelse også § 11. Partene innkalles til muntlige forhandlinger for retten. Saksforberedelsen kan dog også være skriftlig. Det utveksles da prosesskrifter, jfr. § 14. Etter det jeg har kunnet bringe på det rene, finner i det alt overveiende antall tilfeller muntlig saksforberedelse sted.

Når man taler om saksforberedelse og forlik og har forholdene i Sverige i tankerne, må man være oppmerksom på loven av 4. juni 1974 om rettergangen i tvistemål som gjelder mindre verdier. Man pleier å tale småmålslagen. Etter denne loven skal det finne sted muntlige forhandlinger hvor retten etter § 6 skal söke å forlike partene.

Det bör også fremheves at det i Sverige synes å være bestrebelsler i gang mot større skriftlighet under rettergang, således også under saksforberedelsen. Jeg innskrenker meg her til å vise til den redegjørelse som finnes inntatt i professor Ekelöfs avhandling i Svensk Juristtidning for 1977 side 383 flg.

#### IV. Norge

Det er, når det tales om forlik, et trekk ved den norske tvistemålsloven som man ikke finner noe sidestykke til i de øvrige nordiske land. Norge har sine forliksråd - sine forligelseskommisjoner som det tidligere het i Danmark og Norge. I hver kommune er det et forliksråd som er sammensatt av tre legfolk.

Etter tvistemålslovens § 272 må den som vil reise søksmål, først innkalle sin motpart til megling for forliksrådet dersom ikke annet er bestemt ved lov. Det finnes altså unntak fra dette påbudet, men i formuesrettslige tvister er det den store hovedregel at det må foretas forliksmegling for rådet.

Det finnes meg bekjent ingen pålitelig statistikk som viser i hvilken utstrekning forliksrådene makter å få partene forlikte. Det er dog grunn til å tro at forliksrådene i alle fall under landsens forhold hvor forliksmennene kjenner partene og de lokale forhold, i en viss utstrekning vil kunne få brakt ut av verden ved forlik de saker som ligger an for en ordning i minnelighet.

Den ordning jeg her har omtalt, innebærer at det i en viss utstrekning blir mindre aktuelt å forlike saker på et senere stadium av prosessen. Man må dog understreke ordene »i en viss utstrekning«.

Man må i Norge sondre mellom et utenrettslig forlik og et rettslig. Det utenrettslige forlik er en avtale mellom partene som ikke har andre virkninger enn andre kontrakter. Når det under en igangværende prosess inngås et utenrettslig forlik, får retten underretning fra partene om at saken er forliket og derfor begjæres hevet. Den heves så ved en kjennelse hvor forliket ikke tas inn.

Det rettslige forlik derimot, og med dette uttrykk sikter jeg til forlik som inngås for retten, har ved siden av det søm følger av at også det er en avtale, prosessuelle virkninger. Det skal innføres i rettsboken og undertegnes av partene, og har etter tvistemålslovens § 286 første ledd virkning som en rettskraftig dom. Etter tvangsfullbyrdelseslovens § 3 nr. 2 har det også tvangskraft. Forliket er ankegjensstand, men det er etter tvistemålslovens § 286 meget begrenset hvilke ankegrunner som kan gjøres gjeldende.

Det er ingen grunn til å tro at disse prosessuelle regler om rettsforlik skulle ha noen hemmende virkning på partenes lyst og vilje til å forlike sine tvister eller på rettens bestrebelser for å oppnå forlik eller innvirkning på forlikets innhold. Bestemmelsene gir dog domstolen et med-

ansvar for **forliket**. Den skal påse at forliket blir klart og tydelig avfattet, og i tilfelle inneholder bestemmelse om tiden for oppfyllelse.

I Norge er herreds- og byrettene første instans i sivile saker.

Den norske tvistemålslov har - må man kunne si - strengt gjennomført mutlighetsprinsippet. Når det gjelder saksforbedrelsen, åpner dog loven adgang til såvel skriftlighet som muntlighet. Det heter i lovens § 302 at dommeren sorger for en forberedende behandling av saken enten gjennom personlig möte av partene for retten eller gjennom skriftveksling. I de aller fleste tilfeller vil dommeren stå fritt i sitt valg mellom de to former for saksforberedelse.

Da tvistemålsloven ble vedtatt i 1915, tenkte man seg at muntlig saksforberedelse skulle bli det alminnelige. Slik er det ikke gått i praksis. Det vanlige er nå at saksforberedelsen er skriftlig og foregår gjennom veksling av prosesskrifter. Muntlig saksforberedelse forekommer, og da dommeren har anledning til å gå over fra skriftlighet til muntlighet, kan han der hvor han ut fra det skriftlige måtte mene at saken ligger an for forlik, innkalle til rettsmöte under saksforberedelsen. Jeg tror dog ikke det er ofte dette skjer.

Det er etter dette mulighet for forlik under saksforberedelsen i Norge. Det er dog etter det inntrykk jeg sitter med, ikke ofte at sakene på dette trinn av rettergangen bringes ut av verden ved et rettsforlik. Det er, når man bortser fra de forlik som inngås for forlikrådene, under hovedforhandlingen i første instans at sakene forlikes for norske domstoler. Forlik forekommer også for lagmannsrettene, og, men meget sjeldent, for Høyesterett.

## V. Finland

Jeg må dessverre tilstå at jeg vet meget lite om finsk prosess. Jeg har forsøkt å lese rettergangsbalken i den svenske utgaven av Finlands lag, men er ikke sikker på om jeg har forstått hvordan ordningen er når det gjelder saksforberedelse og forlik. Det er dog mitt inntrykk at man i Finland, forsåvidt angår regiene om forlik, har en ordning som tilsvarende den svenske. Det er også mitt inntrykk at man har muntlig saksforberedelse for rådhusrettene som er de domstoler som i første instans behandler sivile saker.

## VI. *Island*

Også om forholdene etter islandsk rett vet jeg meget lite.

Man har et toinstanssystem. Loven om rettergangen i tvistemål, som er av 1936, foreskriver imidlertid - som den norske tvistemålsloven - at tvistemål som alminnelig regel skal forelegges et forliksråd til megling før de påstevnes til første instans. Det er dog unntaksbestemmelser fra dette påbudet, og etter det jeg har brakt på det rene, nyttes disse så godt som alltid i praksis.

I de fleste av de saker hvor slik forliksmegling ikke er foretatt, skal etter restergangsloven dommeren søke å oppnå forlik. Denne bestemmelse kan vel neppe oppfattes dithen at dommeren ikke også i andre tilfeller skulle kunne søke å få saken ut av verden i minnelighet.

Jeg er dessverre ikke kjent med hvilke regler den islandske rettergangslov måtte inneholde om rettsforlik.

Rettergangsloven i tvistemål oppstiller den regel at saksforberedelsen skal foregå muntlig på grunnlag av saksøkerens stevning. Etter det jeg har fått opplyst, er imidlertid saksforberedelsen i praksis skriftlig. Slik loven er utformet, må det dog være adgang til å holde rettsmøter under saksforberedelsen.

## VII. *Domstolenes medvirkning til forlik*

Etter den gjennomgåelse jeg nå har foretatt, kan man fastslå at det i de fleste nordiske land er åpnet en mulighet for en muntlig saksforberedelse, og således er gitt domstolene en anledning til på dette stadium av rettergangen å medvirke til forlik. Et vesentlig spørsmål blir da hvorvidt og i hvilken utstrekning retten bør ta initiativet til forlikforhandlinger mellom partene og medvirke under slike forhandlinger.

Etter min oppfatning er det i første rekke dette spørsmål man under de muntlige forhandlinger på juristmötet i **Köbenhavn** bør konsentrere seg om. Jeg skal derfor ikke nå ta de problemer som i denne forbindelse reiser seg, opp til noen inngående diskusjon. Jeg har antatt at jeg i denne skriftlige redegjørelse bør innskrenke meg til å peke på de spørsmål og synspunkter som har vært oppe til **dröftelse**.

Det er, såvidt jeg kan se, særlig i svensk teori at disse problemer har vært satt under debatt. Jeg viser i denne forbindelse til lagmannen, jur. dr. Gustav Lindstedts avhandling i Svensk Juristtidning for 1950 side 674 flg., særlig side 691 flg., til Sven Larsons doktoravhandling »För-

likning« side 73 flg., og til professor Ekelöfs »Rättergång« V, utgave IV, side 42 flg.

Rettergangslovene i de nordiske land åpner ikke bare domstolene en anledning til å medvirke til at forlik kommer i stand. Lovene sier at retten skal søke å få partene forlikte. Det påligger domstolene som en plikt å ta et initiativ til forliksforhandlinger og å medvirke til at målet nås.

Denne plikt er imidlertid på ingen måte absolutt. Man kan si at det bare er betingelsesvis at retten skal involvere seg i forliksbestrebelse. Spørsmålet blir når dette er »lämpligt« som det heter i den svenske rettergangsbalken.

Det sies i den norske tvistemålsloven at forliksrådet bör søke å oppnå forlik når det »finner å kunne gjøre seg opp en bestemt mening om hva rett eller billighet tilsier«. Direkte har denne bestemmelse, som man finner i § 282, adresse til forliksrådet, men må antas å gjelde enhver medvirkning fra en domstols side til forliksbestrebelse.

Loven forutsetter således at retten bare skal søke saken forlikt eller i det hele innlate seg på forliksforhandlinger når den har en slik oversikt over saken og de spørsmål den reiser at den kan gjøre seg opp en bestemt mening om hvilken løsning tvisten bör få.

Etter min oppfatning er dette et riktig utgangspunkt. Når retten tar et initiativ til å få en sak forlikt, utöver den en materiell prosessledelse. Forutsetningen for en slik prosessledelse bör her som ellers være at retten har ervervet seg en forståelse av saken og dens problemer.

Som et ufravikelig krav bör dog ikke denne forutsetning settes opp. Et forlik er rettet fremover i tiden. Det kan derfor være at retten kan oppnå et forlik som med fremtiden for öye etablerer en gunstig ordning mellom partene. Det bör ikke være utelukket å søke saken forlikt ved et fremtidsrettet forlik selv om retten i öyeblikket ikke har den fulle oversikt over sakens spørsmål.

I fortsettelse av det spørsmål jeg nå har dröftet, kan man spørre om det rette tidspunkt for forliksmegling er under saksforberedelsen.

I Hurwitz/Gomards »Tvistemål« side 215 heter det at forliksmegling har störst sjanse til å lykkes etter prosedyren. Såvel retten som partene har på dette tidspunkt av saken mulighet for å skjönne over hvordan saken vill falle ut dersom den skal avgjøres ved dom. I dette ligger at det er under hovedforhandlingen forliksbestrebelse har störst utsikt til å före frem. I Norge tror jeg man vil mene at det rette tidspunkt for å ta



opp spørsmålet om forlik er etter **bevisførelsen**, men for prosedyren. Partene vet da hvor landet **ligger**, og det vet også retten.

Ut fra disse betraktninger skulle man kunne si at det er for tidlig å ta opp forliksforhandlinger under saksforberedelsen.

På den annen side kan det jo med føye anføres at det er en fordel jo tidligere en sak **forlikes**. Partene sparer tid, arbeid og penger og motsetningene dem imellom har kanskje ikke ennå tårnet seg slik opp at det er gått prestisje i saken. Dette skulle tilsi at man bør søke å forlike saken under saksforberedelsen, slik den svenske loven tar sikte på. Tanken på det jeg kalte det fremtidsrettede forlik vil her spille inn.

I den norske tvistemålslovens § 282, som jeg har vist til før, står det at man skal søke å **forlike** partene i overensstemmelse med hva rett og billighet tilsier. I sin »Civilprosess«, 2. utg., bind II, side 152, hevder Jon Skeie at uttrykket billighet står subsidiært i forhold til ordet rett. Hans mening er altså at domstolene først skal søke å **få** et forlik i stand som er i overensstemmelse med den materielle retts regler. Først dersom slike bestrebelsestrander, kan man søke saken ordnet ut fra hva billighet måtte tilsie. Jeg er for min del ikke enig i en slik forståelse av loven. Etter min oppfatning er de to muligheter likestilte. Man kan straks søke saken forlikt ut fra hva som måtte fremstille seg som billig, dersom dette med fremtiden for öye synes »lämpligt«.

Domstolen skal søke å få saken forlikt, og den skal medvirke under forliksforhandlingene. Retten befinner seg da i en vanskelig stilling. Dersom forliksbestrebelsene ikke lykkes, vil saken måtte **føres frem** til doms. Det vil svært ofte være slik at den dommer som leder saken under forliksforhandlingene, også skal avsi dom i tvisten. Av denne grunn vil man i alle fall i Norge mene at retten under forliksforhandlingene må være **forsiktig** med — som det har vært uttrykt — »å vasse ut i domstemaet« og uttale sin mening om hva en eventuell dom vil komme til å gå ut på. Jeg kan tenke meg at man i Danmark ikke vil innta en fullt så streng holdning på dette punkt. Jeg har flere ganger hørt i danske **retts**saler at man i alle fall under hovedforhandlingen, nettopp med henblikk på å oppnå **forlik**, spur partene om de vil høre rettens syn på saken. På et så tidlig stadium av saken som under saksforberedelsen er det kanskje ikke aktuelt å fremkomme med et slikt spørsmål til partene. Jeg vil som min oppfatning fremheve at domstolene nettopp av hensyn til at saken kan gå til doms, bør utvise **forsiktighet** med sine uttalelser om den mulige rettslige løsning av tvister.

I det hele bör retten under forliksbestrebelsene søke å innta en objektiv holdning. Den skal opptre rolig og veiledende. Partene må ikke få inntrykk av at retten har tatt bestemt standpunkt for den ene eller den annen av dem. En slik innstilling hos partene er skadelig for rettens anseelse. Når imidlertid retten skal veilede, er det ikke lett å unngå å uttale seg om hva som bör bli forliksløsningen. Men retten har da den mulighet at den kan fremholde nettopp det jeg har kalt tanken om det fremtidsrettede forlik. Og partene må under ingen omstendighet bli gitt inntrykk av at retten ønsker saken forlikt for å slippe bryderiet med å skrive dom. En slik tanke hos partene er i alle fall skadelig for domstolens anseelse.

Det er vanskelig å si noe nærmere om hvor sterkt dommeren bör gå ut i sine bestrebelse for å oppnå forlik. Trusler bör man holde seg unna. Man bör ikke true en part med at han taper saken dersom han nå ikke inngår et forlik. På den annen side vil en mer eller mindre inntrengende eller kraftig henstilling kunne være på sin plass. Man må kunne søke å overbevise en part om at han av hensyn til det fremtidige forhold til motparten bör godta et forlikstilbud.

Man har i diskusjonen trukket inn også noen andre spørsmål. Man har således drøftet om domstolene skal søke saken forlikt der hvor begge parter opptre med prosessfullmektig. Etter min oppfatning kan saken også i slike tilfeller ligge an til forlik, og retten bör ta spørsmålet opp. Spørsmålet kan sies å stille seg tvilsommere der hvor bare den ene parten har juridisk bistand. Her vil etter min mening rettens veiledningsplikt overfor den parten som står alene, kunne tilsi at man råder vedkommende til et forlik.

Jeg kan i denne forbindelse nevne at det i Norge har forekommet at domstolen under forliksforhandlinger har anmodet partenes prosessfullmektiger om å forlate rettssalen slik at dommeren alene kunne forhandle med partene. En slik fremgangsmåte er etter min oppfatning en uting, og noe som verken parter eller advokater behøver å finne seg i.

Det forekommer også at retten tar partene for seg en ad gangen og i enrom. Jeg skal ikke utelukke at en slik fremgangsmåte kan være hensiktsmessig, men er tilbøyelig til å tro at det bare er sjelden man bör nytte den.

Det bör i det hele fremheves at domstolen under forliksforhandlinger bör opptre med **forsiktighet** og **konduite**.

Som en avslutning vil jeg fremheve: Om det er »lämpligt« å söke en sak forlikt, vil i særlig grad avhenge av sakens karakter og forholdet mellom partene. Dommeren må utöve et konkret skjönn over om saken ligger an for forlik. Om dette spørsmål kan det neppe sies noe generelt.