

Høringsnotat

Lovavdelingen
September 2016
Snr. 16/5755

Høring – endring av tvisteloven § 20-11 - sikkerhetsstillelse for sakskostnadsansvar for saksøkere fra EØS-stat

1 Innledning

Justis- og beredskapsdepartementet sender med dette på høring forslag til endring i tvisteloven § 20-11 om sikkerhetsstillelse for sakskostnadssansvar.

Bakgrunnen er en grunnlagt uttalelse fra EFTAs overvåkingsorgan (ESA) 13. juli 2016, hvor det fremholdes at dagens utforming av tvisteloven § 20-11 er i strid med EØS-avtalen artikkel 4, 28, 31, 36 og 40.

2 Bakgrunn

Etter tvisteloven § 20-11 kan en saksøker som ikke har bopel i Norge bli avkrevd sikkerhet for mulig ansvar for sakskostnader. Unntak gjelder dersom det «ville stride mot en folkerettslig forpliktelse til å likebehandle parter bosatt i utlandet og parter bosatt i Norge».

ESA mottok i september 2014 en klage fra en privatperson over at tvisteloven § 20-11 ikke er i samsvar med EØS-avtalen. Ved brev 24. juni 2015 åpnet ESA sak mot Norge. I brevet konkluderte ESA foreløpig med at tvisteloven § 20-11 er i strid mot EØS-avtalen artikkel 4 (forbud mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet), artikkel 28 (fri bevegelighet for arbeidstakere), artikkel 31 (etableringsfrihet), artikkel 36 (fri adgang til å yte tjenester) og artikkel 40 (fri adgang til overføring av kapital).

ESAs brev ble besvart av Justis- og beredskapsdepartementet 4. desember 2015. I brevet ga departementet uttrykk for at tvisteloven § 20-11 oppfyller forpliktelsene etter EØS-avtalen, men at bestemmelsen kunne vært klarere utformet.

Departementet ville derfor sende på høring alternative forslag til endringer i bestemmelsen i løpet av 2016 som ledd i evalueringen av tvisteloven. ESA ga deretter i brev 2. februar 2016 uttrykk for uenighet i departementets syn på rekkevidden av EØS-avtalens forpliktelser, men ba om å bli orientert om det videre arbeidet med lovendring. Likevel konkluderte ESA allerede 13. juli 2016 i grunnlagt uttalelse med at dagens regler er i strid med de nevnte artiklene.

Som følge av utviklingen i ESAs saksbehandling sendes med dette forslag til endring av tvisteloven § 20-11 på en egen høring.

3 Gjeldende rett

3.1 Tvisteloven § 20-11

Tvisteloven § 20-11 første ledd første punktum fastsetter at saksøker som ikke har bopel i Norge, etter begjæring fra saksøkte kan måtte stille sikkerhet for mulig ansvar for sakskostnader. For selskaper er det avgjørende hvor selskapet formelt er registrert og har sin forretningsadresse, jf. Rt. 2010 side 698 avsnitt 2. Formålet med regelen er å beskytte saksøkte mot mulige tap fordi tilkjent erstatning for sakskostnader alternativt ville måtte inndrives i utlandet, jf. tvisteloven § 20-11 første ledd første punktum som lyder:

«Saksøkte kan kreve at en saksøker som ikke har bopel i Norge, stiller sikkerhet for mulig ansvar for sakskostnader i instansen.»

I første ledd annet punktum fremgår likevel at:

«Sikkerhet kan ikke kreves hvis det ville stride mot en folkerettslig forpliktelse til å likebehandle parter bosatt i utlandet og parter bosatt i Norge, eller dersom det ville virke uforholdsmessig ut fra sakens art, partsforholdet og forholdene for øvrig.»

Tvisteloven § 20-11 viderefører rettstilstanden etter tvistemålsloven 1915 § 182. Denne bestemmelsen ble endret i 2001 som følge av en henvendelse fra ESA. Etter lovendringen fremgikk det uttrykkelig av bestemmelsen at sikkerhetsstillelse ikke kunne kreves hvis «tvistegjenstanden» falt «innenfor EØS-avtalens virkeområde». Som følge av lovendringen avsluttet ESA den gang saken mot Norge. Selv om dette unntaket er videreført i tvisteloven, er ordlyden i § 20-11 første ledd annet punktum mer generell. Dette er begrunnet i at bestemmelsen ikke bare er ment å gjøre unntak fra krav om sikkerhetsstillelse som følge av EØS-avtalen, men også som følge av andre avtaler med annet land hvor Norge har forpliktet seg til ikke å kreve sikkerhet fra saksøkere i vedkommende land, jf. NOU 2001: 32 punkt 23.2 side 938 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 451.

Det er likevel ingen tvil om at rettstilstanden på dette punkt er videreført, jf. NOU 2001: 32 punkt 23.2 side 938. Også i juridisk teori er det lagt til grunn at saksøker bosatt i EØS-stat ikke kan avkreves sikkerhet for sakskostnadsansvar etter tvisteloven § 20-11 første ledd annet punktum «dersom det forhold saken gjelder, faller innenfor virkeområdet for EØS-avtalen», jf. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, 2014, side 225. Se også Schei m.fl., *Tvisteloven*, *Kommentarutgave*, 2013, side 761-762.

Rettstilstanden ble nylig bekreftet i en kjennelse fra Høyesteretts ankeutvalg i sak HR-2016-407-U. Saksøker var en nordmann bosatt i Hellas som hadde tatt ut søksmål i Norge. Søksmålet gjald krav om erstatning for brudd på en kontrakt om kjøp av en eiendom i Norge. Saksøkeren ble i tingretten pålagt å stille sikkerhet for kr. 150.000. For ankeutvalget ble det anført at sikkerhetsstillelsen brøt mot tvisteloven § 20-11 første ledd annet punktum. Ankeutvalget viste til tidligere tvistemålsloven 1915 § 182 og juridisk teori, og la til grunn at pålegg om sikkerhetsstillelse ikke kan gis etter tvisteloven § 20-11 hvis dette vil stride mot Norges forpliktelser etter EØS-avtalen artikkel 4. Forutsetningen for brudd på artikkel 4 ville være at tvistegjenstanden falt innenfor EØS-avtalens virkeområde (kjennelsen avsnitt 15). Utvalget fant at det var tilfelle i den aktuelle saken, under henvisning til at investering i fast eiendom faller inn under retten til fri kapitalbevegelse (kjennelsen avsnitt 16).

Uten at det synes å ha hatt betydning for utfallet av saken, tilføyde ankeutvalget at EFTA-domstolen i *Dr Kottke*-dommen (se nedenfor under punkt 3.3) «synes å ha lagt til grunn at et krav om sikkerhetsstillelse for sakskostnadsansvar *i seg selv* faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, uavhengig av den underliggende transaksjonen» (kjennelsen avsnitt 16). Departementet kan ikke se at ankeutvalgets uttalelse kan forstås som at EØS-avtalen setter et generelt forbud mot sikkerhetsstillelse uansett hva saken gjelder, se nærmere nedenfor i punkt 3.3 (sml. Bull i Norsk lovkommentar til EØS-avtalen artikkel 4 note 19 punkt 2 annet avsnitt). Dersom ankeutvalget mente at et krav om sikkerhetsstillelse i seg selv faller innenfor EØS-avtalens virkeområde, ville det ikke vært nødvendig å gi en utførlig begrunnelse for hvorfor investeringer i fast eiendom regnes som kapitalbevegelse i EU-retten forstand, med henvisning til praksis fra EU-domstolen (kjennelsen avsnitt 16).

Sikkerhetsstillelse for sakskostnadsansvar har i tiden forut for 2016 blitt pålagt saksøkere fra en EØS-stat i enkelte saker. Som eksempel kan nevnes Frostating lagmannsretts kjennelse 16. mars 2010 (LF-2010-37631), hvor en nordmann bosatt i Frankrike ble pålagt sikkerhetsstillelse. Lagmannsretten synes å ha vurdert saken slik at tvistegjenstanden falt utenfor EØS-avtalens virkeområde idet saksøker og saksøkte begge var hjemmehørende i Norge da tjenesten som lå til grunn for søksmålet be ytt. Anke over avgjørelsen førte uten nærmere begrunnelse ikke frem. Borgarting lagmannsretts kjennelse 18. juni 2014 (LB-2014-60160) gjaldt pålegg om sikkerhetsstillelse i et søksmål hvor en nordmann bosatt i England krevde erstatning for påståtte ærekrenkelser. Lagmannsretten viste uten videre drøftelse til at tvistegjenstanden falt utenfor EØS-avtalen. Anke til Høyesterett ble avvist under henvisning til manglende betaling av rettsgebyr. Rt. 2008 side 1459 er et eksempel på at Høyesteretts ankeutvalg besluttet å pålegge sikkerhetsstillelse overfor et islandsk selskap i tilknytning til ankesak i Høyesterett. Avgjørelsen nevner ikke EØS-rettslige aspekter.

Det er også flere eksempler på at krav om sikkerhetsstillelse for sakskostnadsansvar har blitt avslått med henvisning til at tvistegjenstanden faller inn under EØS-avtalens virkeområde, se for eksempel Borgarting lagmannsretts kjennelse 18. februar 2013 (LB-2013-19142 (anke til Høyesterett forkastet 6. juni 2013 (HR-2013-1203-U)) og Hålogaland lagmannsretts kjennelse 7. januar 2013 (LH-2012-203395).

3.2 EU-rett og EU-domstolens praksis

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet fremgår i EU-retten av Traktaten om den europeiske unions funksjonsmåte (EUF-traktaten) artikkel 18. Etter ordlyden forbys forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet «[i]nden for traktaternes anvendelsesområde».

EU-domstolen har behandlet forbudet, herunder dette grunnvilkåret, ved en rekke anledninger.

Sak 186/87 *Cowan* [1989] Saml. 195 gjaldt franske regler om voldsoffererstatning, som bare kom til anvendelse på andre lands statsborgere dersom de henhørte til stater som hadde inngått særskilte avtaler med Frankrike. Domstolen uttalte at personer som befinner seg i en «fællesskabsretligt regulert situation» («a situation governed by Community law») skal behandles på samme måte som den aktuelle stats egne borgere (avsnitt 10). Hva gjaldt vilkåret om at saken måtte ligge

innenfor traktatens anvendelsesområde, lå den nødvendige koblingen til EU-retten etter domstolens vurdering i retten til å motta tjenester. Det ble konkludert med at det stred mot EU-retten at voldsofferdekningen på den aktuelle måten var avgrenset mot «personer, som etter fællesskabsretten frit kan indreje i den pågældende medlemsstat, navnlig som modtagere af tjenesteydelser» (avsnitt 20).

Saken C-20/92 *Hubbard* [1993] Saml. I-3777 omhandlet en engelsk advokat som opptrådte som testamentsforvalter, og som i den egenskap anla et søksmål i Tyskland. Foreleggelsen gjaldt en regel i den tyske sivilprosessloven om at utlendinger kunne pålegges å stille sikkerhet for sakskostnadsansvar. Med hensyn til vilkåret om at saken måtte høre under EU-traktatens virkeområde, innledet domstolen med en drøftelse av om saken vedrørte friheten til å yte tjenester (avsnitt 11 flg.), noe som ble konkludert positivt (avsnitt 15). Det ble fremholdt at saksøkeren var en advokat som i egenskap av advokat anla saken. Domstolen avsluttet med å peke på at den omstendighet at den underliggende saken gjaldt arverett, ikke endret på det forhold at saken vedrørte friheten til å yte tjenester (avsnitt 20).

Saken C-43/95 *Data Delecta* [1996] Saml. I-4661 gjaldt en svensk regel om at fysiske personer med bopel utenfor Sverige, eller utenlandske juridiske personer, kunne avkreves sikkerhet for sakskostnadsansvaret. Saksøker i saken var et aksjeselskap, og EU-domstolen drøftet derfor om en regel som gikk ut på at juridiske personer med hjemsted i en annen medlemsstat pliktet å stille sikkerhet, i motsetning til juridiske personer med hjemsted i medlemsstaten, falt innenfor traktatens virkeområde i henhold til forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Domstolen fremholdt at selv om den sivilprosessuelle regelen i seg selv ikke tok sikte på å regulere næringsmessige spørsmål, ville den sette utenlandske næringsdrivende i svakere stilling enn nasjonale næringsdrivende. Dette stred mot at EU-retten sikrer fri bevegelse for varer og tjenester (avsnitt 19). Konklusjonen ble at en regel som den svenske ville være et brudd på EU-retten i tilfeller hvor «sagen har sammenheng med udøvelsen af grundlæggende friheder, som er sikret ved fællesskabsretten» (avsnitt 22).

Saken C-323/95 *Hayes* [1997] Saml. I-1711, som også gjaldt sikkerhetsstillelse for sakskostnader i en tvistesak om betaling for leverte varer, følger samme linje. Det ble her uttalt at en nasjonal bestemmelse som har virkninger for utvekslingen av varer og tjenesteytelser innenfor fellesmarkedet, i henhold til forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet, hører inn under EU-traktatens anvendelsesområde «i det omfang den – selv indirekte – påvirker utvekslingen av varer og tjenesteytelser innenfor fellesskapet» (avsnitt 17).

I sak C-122/96 *Saldanha* [1997] Saml. I-5325 var det tale om sikkerhetsstillelse i en selskapsrettslig tvist. EU-domstolen fant under henvisning til dagjeldende EF-traktaten artikkel 54(3)g og 58 at «de bestemmelser, som på selskapsrettens område vedrører beskyttelsen af selskabsdeltagernes interesser, henhører under traktatens anvendelsesområde. De er således omfattet af forbuddet mod enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet» (avsnitt 23).

I 2011 avsa EU-domstolen dom i sak C-291/09 *Guarnieri* [2011] Saml. I-2685, som også gjaldt en regel om at utenlandske saksøkere pliktet å stille sikkerhet for mulig omkostningsansvar. Saken gjaldt imidlertid en borger i Monaco, og vedrørende forbudet mot forskjellsbehandling begrenset domstolen seg til å påpeke at en tredjelandsborger ikke kunne påberope seg dette (avsnitt 19-20).

Generaladvokaten hadde imidlertid en bredere drøftelse av forbudet, og oppsummerte det dit hen at regler om sikkerhetsstillelse for saksomkostningsansvar, bare vil rammes dersom to vilkår er innfridd (avsnitt 40 i generaladvokatens uttalelse):

«For det første skal saken være omfattet af EU-retten, og for det andet skal sagsøgeren være statsborger i en medlemsstat og have være utsat for forskelsbehandling.»

3.3 EØS-rett og EFTA-domstolens praksis

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet følger i EØS-retten av EØS-avtalen artikkel 4. Den fastsetter at slik forskjellsbehandling er forbudt «innenfor denne avtales virkeområde».

EFTA-domstolens sak E-5/10 *Dr Kottke* [2009-2010] EFTA Ct. Rep 320 gjaldt et tilfelle hvor en tysk advokat og testamentsforvalter reiste sak i Liechtenstein for å få ugyldiggjort disposisjoner gjort av avdøde i forbindelse med etablering av et selskap. Etter nasjonal rett kunne saksøkte kreve at saksøker med bopel utenfor Liechtenstein stilte sikkerhet for mulige saksomkostnader. Den foreleggende domstolen spurte om slik plikt til sikkerhetsstillelse stred mot EØS-avtalen artikkel 4. EFTA-domstolen viste til at lovgivning om sikkerhetsstillelse for saksomkostnadsansvar, etter «established case law», faller innenfor EØS-retten (dommen avsnitt 18). Det ble deretter drøftet om en regel om slik sikkerhetsstillelse var diskriminerende. Konklusjonen var positiv (dommen avsnitt 52).

I Norsk lovkommentar til EØS-avtalen artikkel 4 note 19 punkt 2 annet avsnitt, uttales at EFTA-domstolen i denne dommen la til grunn at krav om sikkerhetsstillelse «generelt faller inn under EØS-avtalens virkeområde». Det uttales videre i note 19 i Norsk lovkommentar:

«Domstolen har med andre ord forutsatt at en rettssak, gjennom de utgifter den genererer for partene i saken, må regnes som en økonomisk aktivitet i et EØS-rettslig perspektiv».

Et slikt resonnement fremgår ikke uttrykkelig av premissene i dommen. Dommen viser derimot til rettspraksis, herunder EU-domstolens avgjørelse i *Data Delecta*-saken, når det i dommens avsnitt 18 heter:

«It is settled case-law that legislation of an EEA State which requires plaintiffs in legal proceedings to furnish security for costs falls within the scope of EEA law».

Som vist under punkt 3.2 følger det av praksis fra EU-domstolen at et forbud om forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet når det gjelder krav om sikkerhet for saksomkostnader, forutsetter at den aktuelle saken gjelder en tvistegenstand som hører inn under EU-traktatens anvendelsesområde. I *Dr Kottke*-saken kom ikke dette på spissen da saken gjaldt en grenseoverskridende tjenesteytelse som klart faller inn under EØS-avtalens virkeområde, jf. også C-20/92 *Hubbard* [1993]. Dersom EFTA-domstolen likevel mente å fravike etablert praksis i EU-domstolene, kunne en forventet at dette hadde blitt uttrykkelig behandlet i dommens premisser.

3.4 Utvalgte andre EØS-staters regulering

Danmarks retsplejelov § 321 fastsetter at plikt til å stille sikkerhet for saksomkostningsansvaret kan pålegges en saksøker «der ikke har bopæl eller hjemsted i Det Europeiske Økonomiske Samarbejdsområde».

Islands sivilprosesslov 1991 § 133 angir at sikkerhetsstillelse kan avkreves saksøkere som blant annet er bosatt utenfor EØS-området («búsettur [utan Evrópska efnahagssvæðisins]).

I Sveriges lag om skyldighet för utländska kårande att ställa säkerhet för rättegångskostnader 1980: 307 heter det i 1 § at den som er borger i eller har bopel i et land innenfor det europeiske økonomiske samarbeidsområdet, og juridiske personer som er stiftet i tråd med et slikt lands lovgivning, likestilles med svenske borgere og svenske juridiske personer i hva gjelder reglene om sikkerhetsstillelse.

Tysklands sivilprosesslov (Zivilprozessordnung) § 110 fastsetter at sikkerhetsstillelse kan avkreves av saksøkere som ikke har sitt vanlige oppholdssted/bopel i medlemsstater i EU eller i en stat som er part i EØS-avtalen.

4 Departementets vurderinger

Departementet tar utgangspunkt i at en regel om sikkerhetsstillelse for saksomkostningsansvar tjener et legitimt formål, som det er grunn til å verne om. Ordlyden bør imidlertid klargjøres for å sikre at regelen anvendes på en konsekvent måte og i tråd med forpliktelsene etter EØS-avtalen.

Departementet mener at det rettslig sett vil være tilstrekkelig å videreføre det gjeldende unntaket for saker hvor tvistegenstanden faller innenfor EØS-avtalens virkeområde. I henhold til EU-domstolens praksis vil det ikke foreligge brudd på EU-retten med mindre det konkrete pålegget om sikkerhetsstillelse griper inn i EU-traktatens virkeområde. For å klargjøre rettstilstanden foreslås likevel tvisteloven § 20-11 første ledd annet punktut endret tilsvarende tidligere tvistemålsloven 1915 § 182, se «alternativ 1» nedenfor under punkt 6. Den generelle reservasjonen for folkerettsstrid i siste del av ledd annet punktum bør bli stående av hensyn til andre folkerettslige forpliktelser, slik som Sivilprosesskonvensjonen (se nærmere Schei m.fl., Tvisteloven, Kommentanutgave, 2013, side 761).

I og med at virkeområdet etter EØS-avtalen favner meget vidt vil det antakelig være et begrenset antall saker hvor det kan kreves sikkerhet for saksomkostningsansvar for saksøker med bopel i en EØS-stat. På bakgrunn av det internasjonale regelverket om fullbyrding av utenlandske dommer (Luganokonvensjonen og «Brussel-forordningen» (forordning 1215/2012)) vil dessuten inndrivelse av tilkjent erstatning for saksomkostnader normalt være gjennomførbart overfor saksøkere fra en EØS-stat, også i saker hvor tvistegenstanden måtte falle utenfor EØS-avtalens virkeområde. På denne bakgrunn kan det hevdes at det strengt tatt er et begrenset behov for å videreføre regelen om at det i noen saker kan kreves stilt sikkerhet for saksomkostnader fra saksøkere med bopel i en EØS-stat. Det kan derfor vurderes å gjøre et generelt unntak for krav om sikkerhetsstillelse for saksøkere med bopel i EØS-stat (se «alternativ 2» i punkt 6 nedenfor). En slik bestemmelse vil skape større forutberegnelighet for saksøkere og være enkel å praktisere for domstolene. Det

vil også være i tråd med rettstilstanden i de land som er redegjort for i punkt 3.4 ovenfor.

5 Økonomiske og administrative konsekvenser

Forslaget til regelendring skal i utgangspunktet bare sikre at lovens ordlyd er slik utformet at det ikke er risiko for at plikt til sikkerhetsstillelse pålegges i strid med EØS-avtalen. En regelendring som foreslått vil således ikke ha noen nevneverdige økonomiske eller administrative konsekvenser.

6 Forslag til lovendringer

Alternativ 1:

Tvisteloven § 20-11 første ledd endres slik:

(1) Saksøkte kan kreve at en saksøker som ikke har bopel i Norge, stiller sikkerhet for mulig ansvar for sakskostnader i instansen. Sikkerhet kan ikke kreves *i saker hvor tvistegjenstanden faller innenfor EØS-avtalens virkeområde*, hvis det ville stride mot en folkerettslig forpliktelse til å likebehandle parter bosatt i utlandet og parter bosatt i Norge, eller dersom det ville virke uforholdsmessig ut fra sakens art, partsforholdet og forholdene for øvrig.

Alternativ 2:

Tvisteloven § 20-11 første ledd endres slik:

(1) Saksøkte kan kreve at en saksøker som ikke har bopel i Norge, stiller sikkerhet for mulig ansvar for sakskostnader i instansen. Sikkerhet kan ikke kreves *hvis saksøker har bopel i en EØS-stat*, hvis det ville stride mot en folkerettslig forpliktelse til å likebehandle parter bosatt i utlandet og parter bosatt i Norge, eller dersom det ville virke uforholdsmessig ut fra sakens art, partsforholdet og forholdene for øvrig.