

Wikileakssaken A

IJ-nr 2012-17

Borgarting lagmannsrett

- INSTANS:** Borgarting lagmannsrett – Kjennelse.
- DATO:** 2012-06-27
- PUBLISERT:** LB-2012-46035
- STIKKORD:** Tvisteloven. Luganokonvensjonen. Internasjonalt vernting. Litispendens. Stansning.
- SAMMENDRAG:** Aftenposten hadde først reist sak mot en person som var bosatt i Tyskland for forlikrådet i Norge i form av et negativt fastsettelsessøksmål med påstand om at vedkommende ikke hadde krav på erstatning på grunnlag av nærmere bestemte artikler som avisen hadde publisert på internett. Forlikrådet innstilte saken, og avisen tok noen dager etter dette ut stevning for tingretten. Mens saken sto for forlikrådet, tok saksøkte ut stevning i Tyskland med krav om erstatning. Tingretten kom til at saken var litispending, jf. tvisteloven § 18-1, jf. § 18-2 og § 19-14 og stanset saken, jf. Luganokonvensjonen artikkel 27 og tvisteloven § 16-18 annet ledd. Lagmannsretten kom til samme resultat som tingretten. Tvistelovens ordlyd var klar, og reelle hensyn kunne ikke føre til en annen tolkning. Anken forkastet.
- Henvisninger:** [LOV-2005-06-17-90-§16-18](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§18-1](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§18-2](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§19-14](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-LK](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-LK-A27](#) (Tvisteloven)
- SAKSGANG:** Oslo tingrett TOSLO-2011-187541 – Borgarting lagmannsrett LB-2012-46035 (12-046035ASK-BORG/04).
- PARTER:** Aftenposten AS (advokat Vidar Strømme) mot Berry Smutny (advokat Eirik Djønne).
- FORFATTER:** Lagdommer Kristel Heyerdahl. Konstituert lagdommer Eyvin Sivertsen. Lagmann Anders Bøhn.

Henvisninger i teksten: [LOV-1915-08-13-6-§63](#) (Tvml – opphevet), [LOV-1915-08-13-6-§66](#) (Tvml – opphevet), [LOV-2005-06-17-90-§4-8](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§6-11](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§6-14](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§18-3](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§19-4](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§20-2](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§20-5](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§20-8](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-LK-A30](#) (Tvisteloven)

Saken gjelder anke over tingrettens kjennelse om å stanse saken inntil tysk domstol har avgjort om den er kompetent til å behandle søksmål mellom de samme parter.

Ved klage til Oslo forlikråd den 3. mai 2011 reiste Aftenposten AS sak mot Berry Smutny med krav om negativ fastsettelsesdom om at Smutny ikke har noe erstatningskrav mot Aftenposten AS i anledning enkelte nærmere bestemte artikler i Aftenposten i januar 2011. Forlikrådet innstilte saken i medhold av tvisteloven § 6-11 første ledd den 10.

november 2011 fordi den ikke egnet seg for videre behandling i forliksrådet. Ved stevning den 17. november 2011 brakte Aftenposten AS saken inn for Oslo tingrett.

Mens saken var til behandling i forliksrådet, reiste Berry Smutny sak mot Aftenposten for tysk domstol ved stevning av 12. juni 2011. Han la blant annet ned påstand om erstatning. Saken verserte fremdeles for tyske domstoler da Aftenposten tok ut stevning for Oslo tingrett, og under tingrettens behandling av avvisningsspørsmålet.

I tilsvar til Oslo tingrett av 13. desember 2011 påsto Smutny prinsipalt at saken måtte avvises. Det ble anført flere alternative grunnlag for avvisning; manglende rettslig interesse, vernetingsreglene og litispensens. Det ble deretter utvekslet flere prosesskriv om avvisningsspørsmålet.

Oslo tingrett kom til at saken er litispensent på grunn av det verserende søksmålet i Tyskland og avsa kjennelse 8. februar 2012 med slik slutning:

1. Sak nr. 11-187541TVI-OTIR/08, stanses inntil det er endelig avgjort om tysk domstol er kompetent til å behandle stevning av 12.06.2011 fra Berry Smutny mot Aftenposten AS.
2. Saksomkostningsspørsmålet utstår.

Aftenposten har anket kjennelsen til Borgarting lagmannsrett ved ankeerklæring datert 22. februar 2012. Berry Smutny har levert tilsvar. Saken kom inn til lagmannsretten den 14. mars 2012.

Etter det opplyste verserer saken fremdeles for tysk domstol.

Aftenposten AS har i hovedtrekk anført:

Anken gjelder tingrettens rettsanvendelse.

Tvistelovens bestemmelser om litispensens, § 18-1 og § 18-2, må fortolkes slik at man oppnår det eneste rimelige resultatet, nemlig at litispensensvirkningen av at saken er brakt inn for forliksrådet, vedvarer mens saken bringes inn for tingretten. En slik fortolkning har også støtte i Luganokonvensjonen, som er inkorporert i norsk rett gjennom tvisteloven § 4-8, og ved motstrid har forrang fremfor øvrige bestemmelser i loven.

Det sentrale temaet ved internasjonal litispensens er hvilket lands domstolsystem en sak er brakt inn for først. Tingrettens løsning, som innebærer at den internasjonale prioritet settes ut av kraft om det ikke avsies dom i forliksrådet, kan ikke ha vært lovgivers intensjon, og er egnet til å underminere store deler av Norges internasjonale privatrett.

Det er et generelt prinsipp at en sak er tvistegjenstand inntil den er rettskraftig avgjort, jf. tvisteloven § 18-1 og § 18-2, tidligere tvistemålsloven § 63. Etter tvistemålsloven fulgte denne generelle litispensensvirkningen for saker som endte uten dom i forliksrådet, av tvistemålsloven § 63 og § 66, hvor det fremgikk at litispensensvirkningene vedvarte i ett år etter henvisningsdagen.

Disse fristreglene er ikke videreført i den nye tvisteloven, men endringene og uttalelsen i forarbeidene om at en innstilling i forliksrådet skulle ha betydning for litispensensvirkningen,

baserte seg på Tvistemålsutvalgets forutsetning om at behandling i forliksrådet skulle være frivillig. Dette ble så reversert, men uten at betydningen for spørsmålet om internasjonal litispens ble drøftet. Forarbeidene inneholder ikke noe ønske om å begrense forliksrådets virkning i forhold til saksanlegg i utlandet. Det var forutsatt at en sak ble litispens når den bringes inn for forliksrådet, jf. NOU 2001:32B side 871. Den mulige følge at et etterfølgende saksanlegg i utlandet « rykker frem » i løpet av den tid det tar å bringe saken inn for tingretten, er ikke nevnt noe sted. En slik endring har ikke vært tilsiktet av lovgiver. Den mulige virkning som tingretten har lagt til grunn, fremkommer utelukkende gjennom begrepsmessige sammenkoplinger av manglende ankeadgang og rettskraft mv., og domstolene bør ikke av slike grunner anse seg tvunget til å legge til grunn et så uheldig resultat. Hvis meningen hadde vært å innføre en vesentlig forverring for norske parter i internasjonale spørsmål om verneting, burde det ha kommet klarere til uttrykk, jf. Rt-2010-1225.

Det har ikke vært mulig å enes om lovvalgsregler og verneting for injuriersaker internasjonalt, og slike søksmål kan derfor reises mange steder. Dette åpner for « forum shopping » fra de angivelig krenkede som kan virke kneblende på det frie ord. For norske medier blir det en ytterligere belastning om nasjonale prosessregler skal medføre at man heller ikke kan legge til grunn at litispensvirkningen fungerer som i andre land.

For å oppnå et rimelig resultat er det nærliggende å fortolke uttrykkene « ny » sak og sak som « allerede » verserer i tvisteloven § 18-1 slik at en sak – i relasjon til spørsmålet om internasjonal litispens – ikke blir ny ved å bringes inn for tingretten. Lovgiver oppfattet Luganokonvensjonen slik at meningen var at litispensvirkningen skulle følge av at saken var innbrakt for en stats domstolssystem, og ikke at det deretter skulle legges til grunn temporære bortfall av slike tekniske grunner som i vår sak, jf. [Ot.prp.nr.89](#) (2008-2009). Tolkningsspørsmålet må også ses i lys av Luganokonvensjonens forutsetning om at den tyske domstol som får en sak som nummer to, skal avvise denne om den allerede er anlagt i et annet land på riktig måte. Saken skulle vært avvist i Tyskland, og det beror på en tilfeldighet at domstolen ikke var kommet så langt da behandlingen i forliksrådet ble innstilt.

Selv om § 18-1 kommer til anvendelse, er det ikke gitt at den « nye » norske saken for tingretten skal avvises. Det at domstolen skal avvise nye saker om det allerede verserer en sak, er ikke ensbetydende med at sak nr. 2 skal gis « opprykk » i tidsprioritet.

Alternativt kan man se hen til uttrykket « saken » og « rettskraftig avgjort » i tvisteloven § 18-2 andre ledd. Avgjørelsen om å innstille er rettskraftig i den forstand at den ikke kan påankes, men « saken » må forstås som en henvisning til den materielle konflikten, og den er ikke rettskraftig avgjort. Dette vil også være i samsvar med den tradisjonelle og nokså selvsagte oppfatning om at litispensbegrepet skal ha « felles grense » med rettskraft, jf. proposisjonens kommentar til bestemmelsen på side 432.

Luganokonvensjonen artikkel 30 støtter Aftenpostens syn. Bestemmelsen inneholder ikke noe direkte om spørsmålet, men det legges til grunn at det er en selvfølge at det ikke skal inntre opphør av litispensvirkninger mens en sak fortsatt verserer innenfor det enkelte lands ordinære domstolssystem.

Det er tilstrekkelig å konstatere at det i alle fall ikke har vært opphør i litispensvirkningen i vår sak, hvor stevningen ble inngitt før forliksrådets kjennelse var forkynt.

Det mest nærliggende er at virkningen varer ved inntil utløpet av fristene på ett år etter tvisteloven § 6-11 femte ledd og § 18-3 andre ledd, alternativt kan man anvende fristen på tre måneder etter tvisteloven § 18-3 tredje ledd. I hvert fall må det legges til grunn en frist på én måned i analogi med ankeretten etter § 6-14.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Saken fremmes for tingretten.
2. Aftenposten AS tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten.

Berry Smutny har i hovedtrekk anført:

Tingretten har korrekt lagt til grunn at en avgjørelse som innstiller saken i forliksrådet, straks er rettskraftig. Det vist til tingrettens drøftelse med henvisninger til tvisteloven § 19-4 og Schei med flere, Tvisteloven kommentarutgave. Det er også vist til Borgarting lagmannsretts kjennelse av 3. juli 2009 LB-2009-90036.

Saken må løses på grunnlag av gjeldende rett. Aftenpostens anke preges av de lege ferenda- vurderinger og rimelighetsbetraktninger, og er enda et grep for å forhindre at en sak som hører hjemme i Tyskland, behandles der.

Aftenposten har tatt opp temaet « forum shopping ». Berry Smutny har anlagt sak i det landet hvor Aftenpostens oppslag ble lest på nett, og hvor han mistet jobben som følge av oppslagene. Aftenposten ønsker ikke å forholde seg til utenlandsk verneting og lovgivning, og trekker en privatperson som påstår seg krenket av Aftenposten i Tyskland, for retten i Norge, og det i form av et negativ fastsettelsessøksmål. Den nedkjølende effekten som Aftenposten bekymrer seg for, kan det være behov for når man ukritisk sprer opplysninger fra Wikileaks på nettet.

Dersom lagmannsretten vurderer litispensdsspørsmålet annerledes enn tingretten, vises til anførlene om manglende søksmålsinteresse og hvor saken etter sin art hører hjemme.

Anken representerer en vidløftiggjøring av saken. Det protesteres mot Aftenpostens saksomkostningsoppgave.

Det er nedlagt slik påstand:

1. Anken forkastes.
2. Berry Smutny tilkjennes saksomkostninger for lagmannsrett.

Lagmannsretten er kommet til samme resultat som tingretten.

Etter lagmannsrettens syn følger det klart av ordlyden i tvisteloven § 18-1 sammenholdt med § 18-2 andre ledd og § 19-14 første ledd at en sak ikke er litispensd etter at den er innstilt i forliksrådet, se også Schei med flere, Tvisteloven kommentarutgave, side 308-310 og side 842. Forliksrådets beslutning om å innstille saken kan ikke angripes med rettsmidler, og blir derfor rettskraftig straks, jf. § 19-14 første ledd. Virkningene av saksanlegget for forliksrådet opphører dermed, jf. § 18-2, og kravet for forliksrådet er ikke lenger

tvistegenstand til hinder for nytt saksanlegg etter § 18-1. Det har ingen betydning at forliksrådets avgjørelse ikke er forkynt. Litispendensvirkningen opphører straks beslutningen er avsagt.

Dette var annerledes etter tvistemålsloven, hvor bestemmelsen i tvistemålsloven § 63 tredje ledd, jf. også fristreglene i § 66, medførte at kravet fortsatte å være tvistegenstand i ett år etter at saken var henvist fra forliksrådet til retten. Disse bestemmelsene ble imidlertid ikke videreført i tvisteloven.

Det fremgår av forarbeidene til tvisteloven at lovgiver var innforstått med at konsekvensen av disse endringene var at saken ikke ville være litispending etter at den var innstilt i forliksrådet, se NOU 2001:32B side 741 hvor det heter at « (n)år forliksrådet har innstilt behandlingen av en sak, er den ikke lenger litispending (...) ». Det samme er uttalt i spesialmerknadene til tvisteloven § 6-11 i [Ot.prp.nr.51](#) (2004-2005) side 384 andre spalte.

Spørsmålet for lagmannsretten er om det likevel er grunnlag for å fortolke tvistelovens bestemmelser om litispending slik at litispendingvirkningen vedvarer etter innstillingen i forliksrådet. Anken er svært omfattende, men lagmannsretten oppfatter at hovedbegrunnelsen for det tolkningsresultatet som Aftenposten AS gjør gjeldende, er at tingrettens løsning anføres å gi svært urimelige konsekvenser for norske parter i spørsmål om internasjonalt vernetting. En slik forverring av norske parters stilling var ikke tilsiktet fra lovgivers side, og bør derfor ikke legges til grunn. Til støtte for sitt tolkningsalternativ anfører Aftenposten AS at tingrettens resultat bryter med det alminnelige sivilprosessuelle prinsippet om at litispendingvirkningen avløses av rettskraftvirkningen. Det anføres også at Luganokonvensjonen støtter et slikt resultat. Det avgjørende etter konvensjonen, anføres det, er hvilket lands domstolsystem en sak først er blitt reist for.

Etter lagmannsrettens syn kan ikke de anførselene som er påberopt fra Aftenpostens side, gi grunnlag for en fortolkning i strid med hva som følger av tvistelovens ordlyd og uttalelsene i forarbeidene.

Så vidt lagmannsretten kan se er det er riktig, som anført av Aftenposten AS, at endringene i tvisteloven med hensyn til rettsvirkningene etter innstilling av en sak i forliksrådet var begrunnet i forutsetningen om at forliksrådsbehandlingen skulle være en frivillig ordning. Lagmannsretten kan ikke se at betydningen for de internasjonale litispendingvirkningene er drøftet noe sted i forarbeidene, og det må antas at lovgiver ikke har tenkt på problemstillingen. Det dreier seg således om en utilsiktet virkning av regelendringene, som i gitte tilfeller kan føre til at en sak som først er reist i Norge, likevel blir behandlet for en domstol i et annet land, fordi litispendingvirkningen for den norske saken bortfaller etter at saken er innstilt i forliksrådet.

Internasjonale vernetings- og lovvalgsregler er et til dels uoversiktlig og komplekst felt, hvor det ikke er gitt hvilken regel som vil gi de rimeligste resultatene i konkrete saker. Dette vil bero på mange omstendigheter, hvor også andre regler enn reglene om litispending vil spille inn, jf. for så vidt anførselene i anketilsvaret. Lagmannsretten kan imidlertid se at det kan gi uheldige utslag at tvistelovens generelle regel innebærer at litispendingvirkningen vil bortfalle med virkning for valg av internasjonalt vernetting i mange saker med internasjonal tilknytning som først reises for forliksrådet i Norge. Behandling i forliksrådet er obligatorisk i mange saker, og mer komplekse saker vil regelmessig bli innstilt fordi de ikke anses som egnet for forliksrådsbehandling. Ordlyden i tvisteloven § 18-1, sammenholdt med § 18-2 og §

19-14, er imidlertid helt klar, og etter lagmannsrettens syn kan ikke de reelle hensynene som Aftenposten AS har anført, begrunne en fortolkning i strid med den løsningen som følger av lovens ordlyd.

Løsningen innebærer at litispændensvirkningen bortfaller før sakens materielle spørsmål er rettskraftig avgjort. Lagmannsretten kan imidlertid ikke se at dette kan føre til en annen fortolkning av tvisteloven. Det er nettopp en slik løsning lovgiver valgte når bestemmelsen i tvistemålsloven § 63 tredje ledd og § 66 om fortsatt litispændensvirkning ikke ble videreført.

Etter lagmannsrettens syn er den løsningen som følger av ordlyden i tvisteloven § 18-1, ikke i strid med Luganokonvensjonen, og etter rettens syn gir Luganokonvensjonen heller ikke noen støtte for Aftenpostens tolkningsalternativ. Slik lagmannsretten ser det, inneholder konvensjonen ingenting av betydning for spørsmålet. Som Aftenposten også skriver, viser Luganokonvensjonen til nasjonale bestemmelser om rettskraft og litispændens. Når det gjelder artikkel 27 og artikkel 30, er det ingen holdepunkter for at disse skal forstås slik at det avgjørende for spørsmålet om internasjonal litispændens er hvilket lands domstolsystem saken først er reist for. Begge bestemmelser bruker begrepet « domstol ». Aftenposten har vist til en uttalelse av Peter Stone i EU Private International Law, Elgar European Law, 2010. Denne uttalelsen gjelder situasjonen ved anke over underinstansens avgjørelse om at den er kompetent, og inneholder ikke annet enn hva som følger direkte av ordlyden i artikkel 27, jf. artikkel 30, nemlig at når et søksmål først er reist ved en domstol i en konvensjonsstat, skal alle andre domstoler utsette forhandlingene til det er avgjort om den første domstolen er kompetent. I anketilfellene vil det si til anken er endelig avgjort.

Aftenposten har pekt på at saken i henhold til Luganokonvensjonen skulle vært avvist i Tyskland, og at det er uheldig at den norske saken blir ansett som litispændent fordi den tyske domstolen ikke var kommet så langt før behandlingen i forlikrådet ble innstilt. Lagmannsretten bemerker at det er den tyske domstolen som på grunnlag av tysk nasjonal rett, herunder innbefattet de forpliktelser som følger av internasjonale konvensjoner som Tyskland er tilsluttet, må avgjøre hvilken betydning det har for dens kompetanse at søksmålet ble reist på et tidspunkt da den verserte for det norske forlikrådet.

Dersom det skal gjennomføres endringer i tvistelovens bestemmelser om internasjonal litispændens, må dette etter lagmannsrettens syn skje ved lovendring. Det kan i den forbindelse vises til Rt-2008-1345 avsnittene 17 til 23. I denne saken la Høyesterett til grunn den løsning som fulgte av tvistelovens ordlyd med hensyn til begrensninger for ankeinstansens adgang til å prøve beslutninger om materielle spørsmål som var truffet med hjemmel i andre lover enn tvisteloven, til tross for uttalelser i forarbeidene om at det ikke var hensikten å innføre slike begrensninger i prøvingsadgangen for denne type beslutninger.

På denne bakgrunn er lagmannsretten, i likhet med tingretten, kommet til at saken er reist for tysk domstol først. Det nevnes for ordens skyld at det ikke er omtvistet for lagmannsretten at søksmålene mellom partene i Tyskland og Norge har samme tvistegjenstand og hviler på samme grunnlag. Det følger da av Luganokonvensjonen artikkel 27 at norsk domstol av eget tiltak må utsette forhandlingene til den tyske domstolen har tatt stilling til sin kompetanse. Lagmannsretten er enig med tingretten i at vilkåret for å stanse forhandlingene etter § 16-18 andre ledd med dette er oppfylt.

Etter dette forkastes anken.

Berry Smutny har vunnet saken, og har krav på erstatning for sine sakskostnader for lagmannsretten, jf. tvisteloven § 20-2 første og andre ledd. Advokat Djønne har krevd kostnader dekket med 28 000 kroner for til sammen 14 timer arbeid. Lagmannsretten legger kostnadsoppgaven til grunn, jf. tvisteloven § 20-5.

Det følger av tvisteloven § 20-8 andre ledd andre punktum at ved særskilt anke over annet enn krav som er tvistegenstand, skal lagmannsretten fastsette kostnadene ved dem særskilt også for tingretten. Advokat Djønne krevde omkostninger for tingretten med 52 000 kroner med tillegg av merverdiavgift. Det er bare spørsmålet om stansing på grunn av litispensens som har vært gjenstand for anke til lagmannsretten, og lagmannsretten fastsetter kostnadene forbundet med behandlingen av dette spørsmålet for tingretten til 12 500 kroner inkludert merverdiavgift. Kostnadene ved sakens materielle spørsmål og de øvrige prosessuelle spørsmålene utstår, jf. § 20-8 tredje ledd.

Kjennelsen er enstemmig.

Slutning

- 1. Anken forkastes.*
- 2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler Aftenposten AS til Berry Smutny 28.000 – tjueåttetusen – kroner innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.*
- 3. I sakskostnader for tingretten betaler Aftenposten AS til Berry Smutny 12.500 – tolv tusenfemhundre – kroner innen to uker fra forkynnelsen av kjennelsen.*