

Det juridiske fakultet

Plikten til å gi bevisilgang i sivile saker – særlig til ”elektronisk lagret materiale”

—
Av Kristian Fredheim

Veileder: Jens Edvin A. Skoghøy

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, våren 2014

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	1
1.1 Presentasjon av tema og formålene med avhandlingen	1
1.2 Begrunnelsen for valg av tema, avhandlingens aktualitet og avgrensning	1
1.2.1 Begrunnelsen for valg av tema.....	1
1.2.2 Avhandlingens aktualitet.....	2
1.2.3 Avgrensning	2
1.3 Historikk – Overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven.....	3
1.4 Det rettslige innholdet i ”elektronisk lagret materiale”	5
1.4.1 Generelt	5
1.4.2 ”elektronisk lagret materiale”	5
1.5 Juridisk metode og rettskilder	7
1.5.1 Juridisk metode	7
1.5.2 Rettskilder	7
1.6 Den videre fremstilling.....	9
2. Kort om bevisføring i sivile saker	9
2.1 Generelt om bevisføring i sivile saker.....	9
2.2 Hensynet til at det blir truffet materielt riktige avgjørelser.....	10
2.3 Partenes sannhets- og opplysningsplikt.....	10
2.4 Formålet med plikten til å gi bevis tilgang.....	11
3. Vilkår for pålegg om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale	12
3.1 Felles vilkår for plikt til å gi bevis tilgang	12
3.2 Bevis tilgang må være begjært, jf. tvl. § 26-6 første ledd.....	13
3.2.1 Generelt om begjæringen	13
3.2.2 Begjæring fra en av partene	13
3.2.3 Pålegg om å gi bevis tilgang fra retten	14
3.3 Gjenstanden må være bærer av informasjon om ”det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken”, jf. tvl. § 21-1, jf. § 26-1.....	15
3.3.1 Generelt om vilkåret.....	15
3.3.2 Tvist om at beviset gjelder ”det faktiske avgjørelsesgrunnlag i saken”.....	16

3.3.3	Hvem skal sile ut faktiske opplysninger fra andre opplysninger i det materialet det er begjært bevis tilgang til?	17
3.4	Den som pålegget om bevis tilgang retter seg mot, må ha <i>"hånd om"</i> eller må kunne <i>"skaffe til veie"</i> bevisgjenstanden, jf. tvl. § 26-5 første ledd.....	20
3.4.1	Generelt om vilkårene	20
3.4.2	Bevisgjenstander som noen <i>"har hånd om"</i>	21
3.4.3	Bevisgjenstander som noen <i>"kan skaffe til veie"</i>	22
3.4.4	Bevis som den begjærende part <i>"har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv"</i> , jf. tvl. § 26-5 tredje ledd	24
3.5	Begjæring om bevis tilgang <i>"skal spesifiseres"</i> , jf. tvl. § 26-6	25
3.5.1	Generelt om spesifikasjonskravet.....	25
3.5.2	Gjennomføringen av spesifikasjonskravet for elektronisk lagret materiale.....	27
3.5.3	Lemping av spesifikasjonskravet, jf. tvl. § 26-6 annet ledd.....	29
3.6	Materialet som det begjæres bevis tilgang til, må ikke være omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak, jf. tvl. § 21-5, jf. tvl. kapittel 22	31
3.6.1	Generelt om bevisforbud og bevisfritak.....	31
3.6.2	Relevante bevisforbud og bevisfritak ved begjæring om tilgang til elektronisk lagret materiale.....	32
3.6.3	Hvem skal sile ut forbudt og fritatt materiale – partene eller retten?.....	34
3.7	Krav om forholdsmessighet, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd, jf. tvl. § 21-8	37
3.7.1	Generelt om forholdsmessighetskravet	37
3.7.2	Forholdsmessighetsvurderingen.....	37
4.	Gjennomføring av pålegg om bevis tilgang i elektronisk lagret materiale	40
4.1	Generelt om hvordan bevis tilgang skal gjennomføres	40
4.2	<i>"stille til rådighet som bevis"</i>	40
4.3	Pålegg om <i>"å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger"</i>	44
5.	Virkninger av manglende oppfyllelse av pålegg om å gi bevis tilgang	46
5.1	Generelt om virkningene	46
5.2	Sanksjoner ved manglende oppfyllelse av rettslig pålegg om å gi bevis tilgang	46
5.2.1	Rettens frie bevisbedømmelse.....	46
5.2.2	Straff- og erstatningsansvar, jf. domstoloven § 209	48

5.2.3	Tvangsfullbyrdelse, jf. tvl. § 26-8	49
5.2.4	Fravær i saken, jf. tvl. §§ 16-7, 16-9 og 16-10.....	50
6.	Kilder	56
6.1	Juridisk litteratur	56
6.2	Lovgivning	57
6.3	Forarbeider	58
6.4	Rettspraksis	58
6.5	Elektroniske kilder	59

1. Innledning

1.1 Presentasjon av tema og formålene med avhandlingen

Denne avhandlingen omhandler reglene i lov 17 juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (heretter tvisteloven eller forkortet tvl.) som pålegger en plikt til å gi bevis tilgang og da særlig til ”elektronisk lagret materiale”, jf. tvl. § 26-1, jf. tvl. § 26-5 første ledd. Det er flere formål med denne avhandlingen.

For det første er det et formål med avhandlingen å klargjøre hva som omfattes av termen ”elektronisk lagret materiale” i tvl. § 26-1.

For det andre er det et formål å redegjøre for bevis tilgangspliktens innhold og omfang. Herunder skal det redegjøres for vilkårene som må være oppfylt for at noen skal ha en plikt til å gi bevis tilgang og hvordan bevis tilgang skal gjennomføres i elektronisk lagret materiale.

For det tredje er det et formål å beskrive hvilke virkninger det vil få dersom en part eller en tredjeperson ikke etterkommer et rettslig pålegg om gi tilgang til bevis.

1.2 Begrunnelsen for valg av tema, avhandlingens aktualitet og avgrensning

1.2.1 Begrunnelsen for valg av tema

Begrunnelsen for avhandlingens tema er først og fremst stor interesse for faget. Det var ønskelig å skrive om noe sentralt innenfor sivilprosessen. Reglene om rett og plikt til bevisføring utgjør en stor del av bestemmelsene i tvisteloven og er således en viktig del av fagdisiplinen. For det andre var det ønskelig å skrive om noe praktisk relevant. Bevisføringen og reglene om dette er av helt avgjørende betydning for behandlingen av en tvist og hvilket utfall den vil få. Til tross for bevisreglenes sentrale plass i tvisteloven og reglenes store betydning i praksis lærer vi lite om bevisføring på jusstudiet. For det tredje var det ønskelig å

fordype meg i et sett av regler som det er viktig å ha innsyn i og forståelse for som jurist, og da spesielt som advokat eller dommer.

1.2.2 Avhandlingens aktualitet

Plikten til å gi bevis tilgang er ofte et stridstema mellom partene i en tvist. I den senere tid har pliktens innhold og omfang voldt tvil i praksis. Spesielt gjelder dette i komplekse og kommersielt pregede saker, hvor tendensen er at det blir fremsatt flere og flere provokasjoner og begjæringer om å gi tilgang til bevis. Typisk mener en part at motparten eller tredjeperson sitter på sentrale bevis. Motparten på sin side vil ofte vegre seg for å fremlegge bevis som er til ugunst for egen sak. Noen ganger vil motparten eller tredjeperson benekte at han eller hun har tilgang til beviset. Andre ganger vil vedkommende hevde at det finnes en gyldig grunn for å nekte å gi bevis tilgang, for eksempel dersom bevismaterialet er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak. På bakgrunn av at krav om bevis tilgang ofte blir bestridt, og at det er en økende tendens at parter fremsetter begjæringer om bevis tilgang, mener jeg at avhandlingens tema har aktualitet.

Verken tvisteloven, forarbeidene eller rettspraksis gir noen definisjon av hva som omfattes av termen ”*elektronisk lagret materiale*” i tvl. § 26-1. Videre gis det ikke noen veiledning om hvordan vilkårene for pålegg om bevis tilgang skal anvendes konkret for elektronisk lagret materiale eller hvordan bevis tilgang skal gjennomføres i slikt materiale. Dette tilsier at avhandlingens tema reiser spørsmål som det er av praktisk interesse å få avklart. Spesielt gjelder dette i en tid hvor viktig informasjon i økende grad blir lagret på ulike elektroniske lagringsmedium.

1.2.3 Avgrensning

Utgangspunktet for avhandlingen vil bli tatt i tvistelovens bestemmelser om allmennprosess.¹ Av hensyn til ordbegrensningen i avhandlingen vil det avgrenses mot å redegjøre for hvordan

¹ Se tvisteloven kapittel 9.

avhandlingens tema behandles i småkravsprosessen.² Tilsvarende gjelder for saker som behandles i forlikrådet³, og saker som behandles etter regler om spesialprosess.⁴

Tvisteloven skiller mellom realbevis⁵, partsforklaringer⁶, vitnebevis⁷ og sakkyndigbevis.⁸ Med realbevis menes både personer og gjenstander. Bevisgjenstander omfatter blant annet ”elektronisk lagret materiale”, jf. tvl. § 26-1. Det avgrenses mot å behandle de ulike formene for bevismidler. Det avgrenses også mot å behandle spørsmålet om bevis tilgang til andre former for realbevis, herunder personer, fast eiendom, dokumenter, løsøre, mv.

I fremstillingen av plikten til å gi bevis tilgang skilles det mellom partenes plikt til uoppfordret å gi tilgang til realbevis, og den plikt partene og tredjepersoner har til å gi tilgang til bevis etter rettslig pålegg om dette.⁹ Det er uproblematisk dersom det gis tilgang til et bevis frivillig. Fokuset i denne avhandlingen vil derfor være på tilfeller hvor en part eller tredjeperson må pålegges å gi bevis tilgang av retten.

1.3 Historikk – Overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven

Lov 13. august nr. 6 1915 om rettergangsmåten for tvistemål (heretter tvistemålsloven eller forkortet tvml.) ble opphevet samtidig med ikrafttredelsen til tvisteloven i 2008. I likhet med tvisteloven hadde tvistemålsloven regler som påla parter og tredjepersoner en plikt til å fremlegge bevis.

Tvistemålsloven skilte mellom materiell og prosessuell fremleggelses- eller utleveringsplikt, jf. tvml. §§ 250 og 251. Bestemmelsene ble omtalt som ”edisjonsplikt”.¹⁰ Med ”materiell

² Se tvisteloven kapittel 10.

³ Se tvisteloven kapittel 6.

⁴ Se tvl. § 10-1 tredje ledd bokstav b.

⁵ Se tvisteloven kapittel 26.

⁶ Se tvisteloven kapittel 23.

⁷ Se tvisteloven kapittel 24.

⁸ Se tvisteloven kapittel 25.

⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2014, side 805 (heretter forkortet Skoghøy 2014).

¹⁰ Skoghøy (2014) side 808.

edisjonsplikt” mentes utleveringsplikt utenfor rettssak.¹¹ Med ”prosessuell edisjonsplikt” mentes regler om utleveringsplikt i tilfeller hvor det verserte en rettssak hvor dokumentet kunne tjene som bevis.¹² På grunnlag av den prosessuelle edisjonsplikt kunne parter og tredjepersoner som hadde et dokumentbevis i sin ”besiddelse”, etter begjæring pålegges å fremlegge dette.

Twisteloven viderefører ikke skillet mellom materiell og prosessuell fremleggelsesplikt. Twisteloven har kun regler som tilsvarer den prosessuelle edisjonsplikt i tvistemålsloven. Begrunnelsen for at regler om materiell fremleggelsesplikt er sløyfet i tvisteloven, er at disse reglene ble ansett for å ha liten selvstendig praktisk betydning.¹³ Et utleveringskrav utenfor rettssak kan håndheves ved at en part fremsetter et slikt krav i medhold av reglene om objektiv kumulasjon i tvl. § 15-1, og ber om at kravet blir behandlet og pådømt særskilt i medhold av tvl. § 16-1.¹⁴

Vedtakelsen av tvisteloven har medført noen endringer i den prosessuelle fremleggelsesplikten som gjaldt etter tvistemålsloven. Objektet for bevis tilgangen er gjenstander som noen har ”hånd om” eller ”kan skaffe til veie”, jf. tvl. § 26-5 første ledd. Begrunnelsen for endringen er at disse formuleringene gir et mer dekkende uttrykk for hva som bør kreves enn begrepet ”besiddelse”.¹⁵ Alternativet ”kan skaffe til veie” tar sikte på en viss oppmykning av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang som fulgte av besittelseskravet.¹⁶ Videre åpner tvisteloven for å lempe på vilkåret om spesifisering av en begjæring om bevis tilgang, jf. tvl. § 26-6 annet ledd. Tilsvarende vilkår i tvml. § 253 ble tolket svært strengt. I løpet av 1990-tallet ble imidlertid spesifikasjonskravet lempet i rettspraksis.¹⁷ Begrunnelsen for dette var at spesifikasjonskravet ikke burde praktiseres så strengt at det i urimelig grad var til hinder for en korrekt opplysning av saken.¹⁸

¹¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Twistemål*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001, side 618 (heretter forkortet Skoghøy 2001).

¹² Skoghøy (2001) side 623.

¹³ NOU 2001: 32, Bind B, side 977.

¹⁴ Skoghøy (2014) side 808.

¹⁵ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

¹⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

¹⁷ Det vises særlig til avgjørelsene i Rt. 1992 s. 962, Rt. 1994 s. 932, Rt. 1996 s. 1768, Rt. 1997 s. 736 og Rt. 1998 s. 58 som alle bidro til gradvis modifisering av individualiseringskravet i tvistemålsloven.

¹⁸ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

1.4 Det rettslige innholdet i ”elektronisk lagret materiale”

1.4.1 Generelt

Med de begrensninger som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak i tvistelovens kapittel 22, regelen om bevisbegrensninger i tvl. § 21-7 og forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd, jf. tvl. § 21-8, gjelder bevis tilgangsplikten blant annet ”elektronisk lagret materiale”, jf. tvl. § 26-5 første ledd, jf. tvl. § 26-1. Denne kategorien av bevisgjenstander er svært vid. I det følgende vil jeg gå nærmere inn på det rettslige innholdet i denne termen.

1.4.2 ”elektronisk lagret materiale”

Verken tvisteloven, forarbeidene eller rettspraksis gir en definisjon av hva som omfattes av ”elektronisk lagret materiale” i tvl. § 26-1. Ordlyden tilsier at alt av materiale som er lagret elektronisk, og som kan belyse det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken, omfattes.

Den teknologiske utvikling i nyere tid, har medført at det i dag finnes mange forskjellige elektroniske lagringsmedium. Her kan blant annet nevnes datamaskiner, mobiltelefoner, mp3-spillere, eksterne harddisker, USB-penn, backup-disker, og speildisker. Slike elektroniske lagringsmedium kan defineres som et medium der data lagres og leses ved hjelp av elektromagnetiske teknikker.¹⁹

Av praktiske årsaker blir en stadig større grad av informasjon lagret på elektroniske lagringsmedium. Dette er en følge av at datamaskiner blir brukt i alle slags sammenhenger, både i privatlivet og i arbeidslivet. Det som tidligere ble lagret i fysiske dokumentarkiv, blir nå i økende grad lagret elektronisk. I tillegg har utviklingen av internett medført en overgang fra lokal lagring til lagring via internett i såkalte ”nettskyer”. Eksempler er lagring av informasjon gjennom e-post, Dropbox, iCloud, mv.²⁰ I tilknytning til elektronisk lagring er det også blitt helt vanlig å benytte ulike former for ekstern lagring i sikkerhetsøyemed. Eksempler her er bruk av backup-disk, ekstern lagring hos tjenestetilbyder, mv.

¹⁹ Definisjon i Store norske leksikon: http://snl.no/elektronisk_lagringsmedium, sist besøkt 28. april 2014.

²⁰ Jon Wessel-Aas, *Jus og sosiale medier*, Kommuneforlaget, Oslo 2013, side 12.

Det er av stor interesse å få avklart hvilken informasjon som kan lagres på et elektronisk lagringsmedium, og hvordan slik informasjon kan gjenfinnes og gjøres tilgjengelig ved pålegg om bevistilgang. I det følgende begrenser jeg meg til å redegjøre for hvilken informasjon som blir lagret ved bruk av datamaskin, og hvordan slik informasjon kan gjenfinnes og gjenopprettes. Gjennomgangen er kun ment som en illustrasjon og er på ingen måte ment å være uttømmende.

Som utgangspunkt kan det sies at all aktivitet på en datamaskin blir lagret.

Vanskelighetsgraden med å gjenfinne informasjonen kan imidlertid variere mye. Elektronisk lagring kan skje både gjennom en bevisst og en ubevisst handling fra brukerens side.²¹ Når brukeren for eksempel benytter seg av ulike programfiler som Microsoft Word, Outlook, Excel, mv. for å opprette datafiler, vil brukeren som regel lagre disse lokalt på datamaskinens harddisk. Slike data kan betegnes som ”aktive data” fordi det er tale om data som blir lagret på datamaskinens brukergrensesnitt og således er lett tilgjengelig.²²

En datamaskin lagrer imidlertid også forskjellig informasjon om de ulike aktive data. Slik data kan betegnes som ”metadata”. Dette er datafiler som blir lagret automatisk på datamaskinens harddisk. Metadata gir blant annet informasjon om hvem som opprettet datafilen, når den ble lagret, hvem som har endret datafilen, og når det ble tatt utskrift av den. Metadata kan også gi informasjon om når en datamaskin ble slått av og på, informasjon om sletting av datafiler, mv. Slike data kan således ha stor bevismessig betydning i en rettssak, for eksempel ved autentisering av fremlagte dokumenter.²³

Som utgangspunkt kan både aktive data og metadata på en relativt enkel måte gjenfinnes og gjenopprettes i lesbar form. De ulike dataene kan imidlertid slettes ved bruk av slettefunksjonen på datamaskinen. Dette medfører ikke at datafilen blir permanent slettet. Sletting innebærer kun at datafilen blir borte fra brukergrensesnittet, og at den plass datafilen opptok på datamaskinen, blir frigjort for overskriving. Datafilen kan fortsatt gjenfinnes og gjenopprettes. Imidlertid medfører slettingen og den senere overskriving at datafilen blir vanskeligere tilgjengelig. Dette som følge av at det etter slettingen ikke finnes noen direkte

²¹ Erik Monsen, ”Bevistilgang til elektronisk lagret material”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007, side 199 (heretter forkortet Monsen 2007).

²² Monsen (2007) side 199.

²³ Monsen (2007) side 199-200.

link til datafilens lokalisering på datamaskinen. Jo lengre tid som har gått, og jo flere ganger den slettede datafilen har blitt overskrevet, desto vanskeligere tilgjengelig vil den bli. Dessuten kan det kreve spesielle verktøy og spesielle fremgangsmåter for å produsere slettet data i lesbar form.²⁴ Dette kan resultere i høye kostnader som kan få betydning ved rettens behandling av en begjæring om bevis tilgang. Til slutt vil en slettet datafil være overskrevet så mange ganger at det i praksis ikke lar seg gjøre å gjenfinne den.²⁵

Som gjennomgangen viser, er det svært mye som kan lagres på et elektronisk lagringsmedium. Verken loven eller forarbeidene gir noen begrensning i hva som omfattes. På denne bakgrunn er konklusjonen at alt av informasjon som er lagret på et elektronisk lagringsmedium, og som kan belyse det faktiske avgjørelsesgrunnlag i en sak, som utgangspunkt er omfattet av termen ”*elektronisk lagret materiale*” i tvl. § 26-1.

1.5 Juridisk metode og rettskilder

1.5.1 Juridisk metode

Formålet med avhandlingen er å gi en fremstilling av gjeldende rett om plikten til å gi bevis tilgang og da særlig til elektronisk lagret materiale. ”Gjeldende rett” er ikke et entydig og avgrenset begrep med et allment akseptert meningsinnhold. Metodebegrepet innenfor rettsvitenskapen er omdiskutert. I denne avhandlingen forstås med ”gjeldende rett” rettsreglene slik de blir forstått og praktisert i samfunnet.²⁶ For å komme frem til hva som er gjeldende rett, må allment akseptert juridisk metode benyttes, hvor rettskildene og rettskildeprinsippene som kan utledes av den alminnelige rettskildelæren, er styrende.²⁷

1.5.2 Rettskilder

Rettskildene kan deles inn i to kategorier: Primære og sekundære rettskilder. Med primære rettskilder menes kilder som er av umiddelbar relevans ved rettsanvendelsen. Med sekundære

²⁴ Monsen (2007) side 201.

²⁵ Monsen (2007) side 200.

²⁶ Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Fagbokforlaget, Bergen 1998, side 18-19.

²⁷ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2001, side 15 flg. om juridisk metode.

rettskilder menes rettskilder som er avledet av og bygger på de primære rettskildene.²⁸ Skillet har betydning for hvilken vekt en rettskilde kan tillegges.

De primære rettskildene på sivilprosessens område er tvisteloven, dens forarbeider og rettspraksis fra Høyesterett. Tvisteloven er av nyere dato og gir fyldige regler om hvordan sivile saker skal behandles ved domstolene. Loven suppleres av de alminnelige reglene i lov 13 august 1915 nr.5 om domstolene (heretter omtalt domstolloven eller forkortet dl.). Lovforarbeidene er NOU 2001: 32, Rett på sak, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) og Innst. O nr. 110 (2004-2005). Loven og forarbeidene utgjør et stort og utfyllende materiale. De er imidlertid kortfattet hva angår bevis tilgang til gjenstander, og tilnærmet taus om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale. I tillegg finnes det lite rettspraksis fra Høyesterett.

Av sekundære rettskilder finnes juridisk teori, avgjørelser fra underordnede domstoler og reelle hensyn. Bevisreglene i tvisteloven er behandlet i de fleste sentrale verk innenfor sivilprosessen. Imidlertid er disse fremstillingene generell i den forstand at det ikke er viet stor plass til hvordan vilkårene for bevis tilgang skal anvendes på elektronisk lagret materiale eller hvordan bevis tilgang i elektronisk lagret materiale skal skje. Erik Monsen har skrevet om temaet i Tidsskrift for Forretningsjuss fra 2007. Artikkelen er imidlertid relativt kortfattet, og går ikke i dybden på alle problemstillingene som reiser seg. Noen av de problemstillinger som blir tatt opp i denne avhandlingen, er heller ikke berørt i artikkelen.

Jeg kan ikke se at det er publisert noen doktorgradsavhandling eller masteroppgave om avhandlingens tema. Maria Astrup Hjort, stipendiat ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo, jobber imidlertid med et doktorgradsprosjekt om bevis tilgang til digitalt lagrede bevis i sivile saker.²⁹ Det er uklart når denne avhandlingen vil bli ferdigstilt. Dette skjer uansett etter innleveringen av min avhandling.³⁰

Oppsummert kan det sies at til tross for at rettskildebildet er omfattende på sivilprosessens område, er det likevel begrenset med kilder om avhandlingens tema.

²⁸ Jens Edvin A. Skoghøy, ”Rett, politikk og moral”, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1994, side 839.

²⁹ Forskerprofil på hjemmesidene til Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo: <http://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/mariash/>, sist besøkt 28. april 2014.

³⁰ Korrespondanse på e-post med Maria Astrup Hjort 17. januar 2014.

1.6 Den videre fremstilling

I det følgende skal det i punkt 2 redegjøres kort og generelt om bevisføring i sivile saker, herunder de rettspolitiske hensyn bak bevisreglene og formålet med plikten til å gi bevistilgang. I punkt 3 vil jeg behandle vilkårene som må være oppfylt for at noen skal kunne pålegges å gi bevistilgang og hvordan disse vilkårene skal anvendes konkret for elektronisk lagret materiale. I punkt 4 vil det redegjøres for hvordan bevistilgangen rent praktisk skal gjennomføres i elektronisk lagret materiale. Til slutt vil jeg i punkt 5 beskrive hvilke virkninger det vil få dersom et rettslig pålegg om å gi bevistilgang ikke oppfylles.

2. Kort om bevisføring i sivile saker

2.1 Generelt om bevisføring i sivile saker

I tvistelovens kapittel 21-28 finnes det alminnelige regler om bevis og bevisføring i sivile saker. Begrepet ”bevis” defineres ikke i loven. Bevis kan defineres som en felles betegnelse på de fenomener som er bærer av informasjon om det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i en sak, jf. tvl. § 21-1. Bevis er av sentral betydning i en retts sak ettersom bevisene, eller mangelen på bevis, er avgjørende for hvilket utfall saken vil få. Dersom saksøker ikke har ført tilstrekkelige bevis for sitt krav, vil søksmålet ende med at saksøkte frifinnes.

Et grunnleggende prinsipp i sivilprosessen er bevisfrihetsprinsippet.³¹ Dette prinsippet består av to underprinsipper: Prinsippet om fri bevisføring og prinsippet om fri bevisbedømmelse. Sistnevnte slår fast hovedregelen om at retten ikke er bundet av lovregler ved bevisbedømmelsen. Dette innebærer at retten skal legge det mest sannsynlige faktum til grunn for avgjørelsen.³² Prinsippet om fri bevisføring slår fast hovedregelen om at partene har rett til å føre de bevis de måtte ønske, med mindre det finnes unntak fra dette, jf. tvl. §§ 21-3 første ledd og 21-7 første ledd. Loven gir ikke bare partene en rett til fri bevisførsel, men pålegger også partene en plikt til å fremlegge bevis. En av disse er plikten til å gi bevistilgang til realbevis, jf. tvl. § 26-5.

³¹ Skoghøy (2014) side 556.

³² NOU 2001: 32, Bind A, side 456-457.

2.2 Hensynet til at det blir truffet materielt riktige avgjørelser

Det viktigste hensynet bak bevisreglene er å sikre at rettsavgjørelser blir truffet på korrekt faktisk grunnlag. Viktigheten av prinsippet om materiell sannhet blir understreket i forarbeidene til tvisteloven. Her fremgår det at:

*”[V]ed utformingen av rettsreglene om bevis, må man ha for øye at bevisreglene generelt må fremme materielt riktige avgjørelser. Det skal tungtveiende grunner til for å gi regler om bevis som skaper en risiko for at avgjørelsen i saken kan bli bygget på et uriktig faktisk grunnlag”.*³³

Målsetningen om at det skal treffes materielt riktige avgjørelser, kan imidlertid ikke gjennomføres for enhver pris. Av og til må prinsippet vike for andre tungtveiende hensyn som også er viktige å ivareta i prosessen. Et eksempel på dette er unntaksreglene om bevisforbud og bevisfritak i tvistelovens kapittel 22.³⁴

2.3 Partenes sannhets- og opplysningsplikt

Tvistelovens bestemmelser gir sammenlignet med tvistemålsloven økt oppmerksomhet på å sikre at avgjørelser blir truffet på korrekt faktisk grunnlag. For å oppnå dette formålet har partene etter tvisteloven hovedansvaret for sakens opplysning. Blant annet pålegges partene en sannhets- og opplysningsplikt i medhold av tvl. § 21-4. Her bestemmes det at partene har en gjensidig plikt til å *”sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst”*. Videre skal partene *”gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten”*, jf. tvl. § 21-4 første ledd.

Sannhets- og opplysningsplikten gjelder uten hensyn til om det aktuelle bevis er til gunst eller til ugunst for partene. En part har således plikt til å opplyse om og gi tilgang til bevis som støtter motpartens sak. Det stilles derfor store krav til partenes redelighet og prosesskikk i forbindelse med bevisførselen.³⁵

³³ NOU 2001: 32, Bind A, side 454.

³⁴ NOU 2001: 32, Bind A, side 454.

³⁵ Ot.prp. nr.51 (2004-2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister side 454 (heretter forkortet Prp.).

Utformingen av bestemmelsen i tvl. § 21-4 kan minne om ”discovery and disclosure” i engelsk/amerikansk prosesslovgivning. Regelen går langt for å gi tilgang til bevis og dermed sikre avklaring av de faktiske forhold i saken.³⁶ Tvistemålsutvalget konkluderte imidlertid med at det ikke ”kunne komme på tale” å innføre ”discovery and disclosure” i norske bevisregler³⁷, da det ville ”bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også kostnadseffektiv – prosess”.³⁸ Det var imidlertid Tvistemålsutvalgets ”klare oppfatning at kravene til redelighet og god skikk i prosessen [burde] innskjerpes”.³⁹ Det fremheves av både Tvistemålsutvalget⁴⁰ og departementet⁴¹ at bestemmelsen må anvendes ut fra de konkrete omstendighetene, og at omfanget av plikten er et spørsmål om forholdsmessighet.

2.4 Formålet med plikten til å gi bevis tilgang

Det at partene skal opplyse om og gi tilgang til bevis som både er til gunst og til ugunst for egen sak, kan være vanskelig å realisere i praksis. Partene ønsker selvsagt kun å legge frem bevis som er til støtte for sitt eget krav.⁴² Man kan derfor vanskelig stole på at partene oppfyller plikten fullt ut. Som nevnt skal det tungtveiende grunner til for å gi regler som skaper en risiko for at en avgjørelse kan bli truffet på uriktig faktisk grunnlag.⁴³ Det er således behov for regler som gir adgang til å pålegge parter og tredjepersoner en plikt til å gi tilgang til bevis, jf. tvl. § 21-5, jf. tvl. § 26-5. Formålet med disse reglene er å bidra til at avgjørelsen i saken kan treffes på riktig grunnlag.

Det er derfor en nær sammenheng mellom bevisfrihetsprinsippet, hensynet til å oppnå materielt riktige avgjørelser, partenes sannhets- og opplysningsplikt og plikten til å gi bevis tilgang.

³⁶ Se NOU 2001: 32, Bind A, side 460 flg. for debatten om discovery/disclosure i norske bevisregler.

³⁷ NOU 2001: 32, Bind A, side 464.

³⁸ NOU 2001: 32, Bind A, side 98.

³⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 947.

⁴⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 946.

⁴¹ Prp. side 454.

⁴² Henry J. Mæland, *Kort prosess – en innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave, Justinian Forlag, Bergen 2013, side 167 (heretter forkortet Mæland 2013).

⁴³ NOU 2001: 32, Bind A, side 454.

3. Vilkår for pålegg om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale

3.1 Felles vilkår for plikt til å gi bevis tilgang

Hovedregelen er at ”*enhver*” har plikt til å gi bevis tilgang til realbevis, herunder til ”*elektronisk lagret materiale*”, jf. tvl. §§ 26-1 og 26-5.

Det fremgår både av ordlyden og forarbeidene at plikten ikke bare påhviler parter, men også vitner og andre tredjepersoner som har hånd om eller kan skaffe til veie et bevis som kan belyse de faktiske forhold, jf. ”*enhver*”.⁴⁴ Plikten gjelder ikke bare for privatpersoner, men også for offentlige myndigheter.⁴⁵

Dersom en part mener at motparten eller en tredjeperson sitter på et bevis av betydning for saken, er det vanlig å oppfordre vedkommende til å fremlegge beviset. En slik oppfordring omtales som en ”provokasjon” og er normalt tilstrekkelig for at det gis tilgang til beviset.⁴⁶ Dersom en provokasjon ikke etterkommes, kan parten sende en begjæring til retten, som deretter kan gi rettslig pålegg om å gi bevis tilgang.⁴⁷

Det kan oppstilles seks kumulative vilkår for at noen skal ha en plikt til å gi bevis tilgang.⁴⁸ Vilkårene er felles for alle realbevis. Som en følge av at vilkårene er felles, reiser det seg særskilte problemstillinger ved anvendelsen av vilkårene på elektronisk lagret materiale. Det samme gjelder for den praktiske gjennomføringen av bevis tilgangen.

I det følgende behandles vilkårene hver for seg. I den grad det reiser seg særskilte problemstillinger for elektronisk lagret materiale, vil disse bli behandlet under de enkelte vilkår.

⁴⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 947-948.

⁴⁵ Jo Hov, *Innføring i prosess*, Papinian Forlag, Oslo 2009, side 756 (heretter forkortet Hov 2009).

⁴⁶ Mæland (2013) side 187.

⁴⁷ Mæland (2013) side 187.

⁴⁸ Skoghøy (2014) side 807 flg.

3.2 Bevistilgang må være begjært, jf. tvl. § 26-6 første ledd

3.2.1 Generelt om begjæringen

Det første vilkår som må være oppfylt for at noen skal kunne bli pålagt å gi bevis tilgang, er at dette må være begjært, jf. tvl. § 26-6 første ledd. Bestemmelsen sier ikke direkte at en begjæring er et vilkår. Dette fremgår imidlertid forutsetningsvis ved at det kreves at begjæringen ”skal spesifiseres” slik at det er ”klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder”.

En plikt til å gi bevis tilgang kan komme i stand etter initiativ fra en av partene eller fra retten. I det følgende skiller det mellom når begjæringen kommer fra en av partene, og tilfeller hvor retten sørger for supplerende bevisførsel i form av å gi pålegg om å gi bevis tilgang.

3.2.2 Begjæring fra en av partene

En plikt til å gi bevis tilgang kommer oftest i stand etter begjæring fra en av partene.⁴⁹ En slik begjæring må sendes til retten. Retten vurderer deretter om den skal gi pålegg om bevis tilgang til et nærmere bestemt bevis. En slik avgjørelse treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 19-1 annet ledd bokstav d. En begjæring bør fremsettes så tidlig som mulig og som utgangspunkt senest innen avslutningen av saksforberedelsen, jf. tvl. § 9-10 første ledd. Som hovedregel kan ikke noen av partene tilby nye bevis etter avsluttet saksforberedelse, jf. tvl. § 9-16 første ledd.

Loven oppstiller ikke andre formkrav enn at begjæringen skal være så nøyaktig som mulig. Dette for at retten og motparten skal ha mulighet til å forstå hvilket bevis som det ønskes tilgang til.⁵⁰ Dette kommer jeg tilbake til i punkt 3.5.

⁴⁹ Skoghøy (2014) side 810.

⁵⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

3.2.3 Pålegg om å gi bevis tilgang fra retten

Utgangspunktet i sivile saker er disposisjons- og forhandlingsprinsippet, jf. tvl. § 11-2 første og annet ledd. Disposisjonsprinsippet innebærer at det er partene som har rådighet over sakens gjenstand.⁵¹ Forhandlingsprinsippet er en videreføring av disposisjonsprinsippet og innebærer blant annet at det er partene som har hovedansvaret for å skaffe til veie bevis i saken.⁵² Begge prinsippene legger begrensninger på rettens muligheter til å supplere bevisførselen, herunder pålegge noen å gi bevis tilgang på eget initiativ.

Retten kan i to tilfeller pålegge en part om å gi bevis tilgang uten at det er fremsatt en begjæring fra en av partene.⁵³

For det første kan retten gi pålegg om bevis tilgang i indispositive saker, jf. tvl. § 11-4. Dette er saker hvor det er gjort unntak fra disposisjons- og forhandlingsprinsippet.⁵⁴ I tvl. § 21-3 annet ledd bestemmes det at retten har en *”plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag”*. Det følger av denne bestemmelsen at retten i indispositive saker ikke kan nøye seg med de bevis som partene tilbyr, men har en plikt til å undersøke om også andre bevis kan være av betydning. Dette innebærer at retten vil ha en plikt til å pålegge en part om å gi bevis tilgang dersom retten er kjent med at det er eller kan være elektronisk lagret materiale som kan belyse det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.⁵⁵

Dersom plikten ikke overholdes, kan dette brukes som ankegrunn, jf. tvl. § 29-3 første ledd. Avgjørelsen vil bli opphevet dersom det er *”nærliggende at feilen kan ha hatt betydning”* for avgjørelsen, jf. tvl. § 29-21 første ledd.

For det andre kan retten på nærmere angitte vilkår supplere bevisførselen i dispositive saker. I slike saker *”kan retten sørge for bevisføring med mindre partene motsetter seg dette”*, jf. tvl. § 11-2 annet ledd og tvl. § 21-3 annet ledd siste punktum. Ordlyden tilsier at det ikke er tilstrekkelig at kun en av partene motsetter seg at retten supplerer bevisførselen, jf. *”partene*

⁵¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 703 og Skoghøy (2014) side 547-548.

⁵² Prp. side 404 og Skoghøy (2014) side 548 flg.

⁵³ Skoghøy (2014) side 810.

⁵⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 707.

⁵⁵ NOU 2001: 32, Bind B, side 946 og Prp. side 454.

motsetter seg". Det fremgår klart av forarbeidene at "[b]egge parter må uttrykkelig erklære at de er imot slik bevisføring fra rettens side".⁵⁶ Det er først da at rettens adgang til dette blokkeres.⁵⁷ Begrunnelsen for at regelen er en annen i dispositive saker, er ifølge forarbeidene at det "ikke foreligger en særlig plikt ut fra samfunnsmessige hensyn for retten til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag".⁵⁸

Dersom retten er av den oppfatning at det kan finnes relevant informasjon som er lagret på et elektronisk lagringsmedium, vil det være vanlig at retten først oppfordrer partene om at slik bevisførsel finner sted, jf. tvl. § 11-5 femte ledd. Retten kan etter omstendighetene ha en plikt til å supplere bevisførselen også i dispositive saker i kraft av rettens materielle veiledningsplikt etter tvl. § 11-5 annet til syvende ledd.⁵⁹ I avgjørelsen i Rt. 2009 s. 630 opphevet Høyesteretts kjæremålsutvalg en kjennelse fra lagmannsretten. Ankeutvalget slo fast at det var en saksbehandlingsfeil at lagmannsretten ikke hadde anmodet den ene parten om å fremlegge et bevis i en dispositiv sak, og at det var nærliggende at denne feilen kunne ha hatt betydning for lagmannsrettens avgjørelse, jf. avsnitt 20 i kjennelsen.

3.3 Gjenstanden må være bærer av informasjon om "det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken", jf. tvl. § 21-1, jf. § 26-1

3.3.1 Generelt om vilkåret

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at noen skal ha plikt til å gi bevis tilgang, er at det bevis det ønskes tilgang til, må gjelde "det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken", jf. tvl. §§ 21-1 og 26-1.

Bestemmelsen avgrenser mot andre typer opplysninger enn de som angår faktum. I forarbeidene fremgår det at bevisreglene "ikke [får] anvendelse på materiale som belyser

⁵⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 946.

⁵⁷ Prp. side 454.

⁵⁸ NOU 2001: 32, Bind B, side 946.

⁵⁹ Tore Schei mfl., *Tvisteloven – kommentarutgave, bind II*, 2.utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2013, side 786 (heretter forkortet Schei mfl. 2013).

innholdet av rettsregler".⁶⁰ Bevisføring om sakens rettslige side reguleres uttømmende av tvl. § 11-3, jf. Høyesteretts kjennelse i Rt. 2011 s. 435. Slike opplysninger må således tas ut av bevismaterialet. Det samme gjelder opplysninger om faktiske forhold som er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak, eller som av andre grunner blir avskjært som bevis.⁶¹

Ofte vil et bevismateriale som det begjæres bevis tilgang til, inneholde forskjellige former for opplysninger. For eksempel inneholder materialet en sammenblanding av faktiske opplysninger, private opplysninger, juridiske vurderinger eller andre faglige vurderinger. En slik sammenblanding reiser to praktisk viktige problemstillinger.

For det første kan det tenkes at den som begjæringen retter seg mot, påstår at materialet ikke inneholder opplysninger om de faktiske forhold i saken. Spørsmålet er hvordan tvist om relevansen av et bevismateriale skal løses.

For det andre reiser det seg et spørsmål om hvem som skal foreta utslitingen av opplysninger som ikke angår de faktiske forhold. Skal dette gjøres av den part som har begjært bevis tilgang, den begjæringen retter seg mot eller av retten?

Disse problemstillingene vil i det følgende bli behandlet hver for seg.

3.3.2 Tvist om at beviset gjelder "*det faktiske avgjørelsesgrunnlag i saken*"

Hvordan tvist om beviset inneholder relevante faktiske opplysninger skal avgjøres, reguleres av tvl. § 26-7. Det bestemmes i første ledd at retten ved tvist om bevis tilgang kan kreve at bevisgjenstanden blir fremlagt "*til avgjørelse av om den utgjør bevis*".

Ordlyden tilsier at det er retten som skal avgjøre hvorvidt bevismaterialet kan belyse de faktiske forhold i saken. I forarbeidene fremgår det at formålet bak bestemmelsen er at retten får vurdere om gjenstanden har bevisverdi for de faktiske forhold eller om gjenstanden skal avskjæres som følge av manglende bevisverdi.⁶²

⁶⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 943.

⁶¹ Schei mfl. (2013) bind II, side 773-774.

⁶² NOU 2001: 32, Bind B, side 981.

Vurderingstemaet for retten vil være om det er sannsynlig at materialet kan utgjøre bevis i saken, jf. tvl. § 21-5, jf. Rt. 2011 s. 753 avsnitt 14 og 15. Hva som kan utgjøre et bevis, må som utgangspunkt avgjøres ut fra partenes pretensjoner om dette. Retten skal ikke foreta en realitetsvurdering av anførslene til partene, jf. Rt. 2013 s. 1719 avsnitt 38 og 39.⁶³

I store og kompliserte saker kan denne regelen medføre at retten blir forelagt et stort bevismateriale til vurdering. Forarbeidene slår imidlertid fast at dette ikke fritar retten for en slik gjennomgang.⁶⁴ At retten kan bli forelagt et stort bevismateriale til vurdering, er avgjørelsen i Rt. 2010 s. 1409 et eksempel på. I lagmannsretten var det begjært bevis tilgang til en PDF-fil hvor 800 e-brev var inntatt. Saksøker fikk medhold i begjæringen. Imidlertid gjennomgikk ikke lagmannsretten bevismateriale på egen hånd, men overlot dette til motparten. Høyesteretts ankeutvalg kom til at det var begått en rettsanvendelsesfeil og opphevet lagmannsrettens kjennelse. Begrunnelsen for dette var at lagmannsretten på egen hånd skulle ha gjennomgått bevismateriale når det var tvist om relevansen av beviset, jf. avsnitt 17 i kjennelsen.

Konklusjonen er at det er retten som skal avgjøre om bevismateriale inneholder relevante faktiske opplysninger dersom det er tvist om dette.

3.3.3 Hvem skal sile ut faktiske opplysninger fra andre opplysninger i det materialet det er begjært bevis tilgang til?

Bevisreglene i tvisteloven får kun anvendelse på materiale som belyser de faktiske forhold i saken, jf. tvl. § 21-1. De øvrige opplysninger kan ikke pålegges fremlagt, og må således tas ut av bevismateriale. Dette gjelder for eksempel opplysninger som angår bevisførsel om rettssetninger, jf. tvl. § 11-3, og faktiske opplysninger som av forskjellige grunner blir avskjært av retten, jf. tvl. § 21-7 annet ledd og tvisteloven kapittel 22.

Problemstillingen er hvem som skal stå for denne utsilingen. Er det den part som begjærer bevis tilgang, den som begjæringen retter seg mot eller retten?

⁶³ Se også Schei mfl. (2013) bind II, side 796.

⁶⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 981.

Det bestemmes i tvl. § 26-7 tredje ledd at retten treffer ”i nødvendig utstrekning” nærmere bestemmelser ”om måten beviset skal gjøres tilgjengelig på, hvordan det skal oppbevares og andre forhold av betydning for føringen av beviset”, jf. første ledd første punktum.

Både ordlyd og forarbeider tilsier at det er retten som skal foreta utsilingen av opplysninger, dersom det er tvist om dette. Denne avgjørelsen skal treffes ved kjennelse av forberedende dommer, jf. tvl. § 19-1 annet ledd bokstav d, jf. tvl. § 19-2 annet ledd første punktum.⁶⁵ Dette gjennomføres ved at bevismaterialet sendes inn til retten for gjennomgang og utsiling.⁶⁶ Dersom partene er enige om hvordan utsilingen skal skje, er det ikke behov for rettens mellomkomst, jf. ”nødvendig utstrekning”. I slike tilfeller vil utgangspunktet være at bevismaterialet overlates til den part som har begjært bevis tilgang, slik at vedkommende kan legge frem de bevis han eller hun ønsker.⁶⁷

Konklusjonen er at det er retten som skal foreta utsilingen av opplysninger dersom det er tvist om hvordan dette skal skje.

De lege ferenda kan det reises et spørsmål om den mest hensiktsmessige løsningen er at retten skal stå for utsilingen av informasjon, eller om dette bør gjøres av en av partene.

Det som tilsier at utsilingen bør gjøres av retten, er for det første at retten får mulighet til å sette seg godt inn i saken, og få vurdert bevisene på objektivt grunnlag. På denne måten vil retten ha mulighet til å foreta de nødvendige avklaringer før hovedforhandlingen begynner. Dersom det var en av partene som skulle stå for utsilingen, ville dette medført en fare for selektiv utsiling av informasjon. I tillegg ville den som begjærte bevis tilgang, få innsyn i opplysninger som ikke angår de faktiske forhold i saken, for eksempel private opplysninger. En slik regel ville oppfordret en part til å ”fiske” etter bevis. For å belyse denne problematikken kan begjæring om bevis tilgang til e-post benyttes som eksempel. E-post brukes både til privat og jobbrelatert kommunikasjon, og blir som utgangspunkt lagret

⁶⁵ NOU 2001: 32, Bind B, side 981-982.

⁶⁶ Schei mfl. (2013) bind II, side 963.

⁶⁷ NOU 2001: 32, Bind B, side 982. Se også Schei mfl. (2013) bind II, side 963.

kronologisk side om side.⁶⁸ Til sammenligning med et fysisk arkiv, hvor man kan finne et dokument uten å åpne alle skuffer og hver saksmappe, kan man ikke hente ut e-postkorrespondanse uten samtidig å få innsyn i korrespondanse som ikke angår de faktiske forhold i saken. Dette reiser både personvernsspørsmål og prosessuelle spørsmål.⁶⁹ Dette tilsier at det er retten som har de beste forutsetninger for å sørge for at det blir foretatt en korrekt avgrensning mellom opplysninger som angår faktum, og opplysninger som ikke gjør det.

En utfordring med elektronisk lagret materiale er den økte muligheten for manipulasjon. Forholdet mellom parter i en tvist er ofte tilspisset. Dette ville blitt mer tilspisset dersom partene skulle mistenke hverandre for å ha manipulert bevis. Dersom bevismaterialet gjennomgås av retten, vil mistanker om manipulasjon kunne unngås. Dette taler for at det er retten som bør sile ut informasjon fra bevismaterialet.

Det som tilsier at retten ikke skal foreta gjennomgangen av bevismaterialet, er for det første at partene under saksforberedelsen vil ha bedre forutsetninger for å vurdere hvilke bevis som er relevant i saken. Denne mangelen på oversikt kan medføre at retten overser viktige bevis.

For det andre vil en gjennomgang av bevismaterialet i mange tilfeller innebære et omfattende merarbeid for en allerede belastet domstol. Dersom det er snakk om et omfattende bevismateriale, vil dette medføre at retten må bruke mye tid og ressurser på gjennomgangen. Et konkret eksempel på hvor omfattende en slik gjennomgang kan bli, er kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett i LB-2010-149042. I et erstatningssøksmål mot tidligere ansatte som hadde startet opp en konkurrerende bedrift, ble det begjært bevissikring overfor deres nye firma. Det ble foretatt speilkopiering av firmaets datamaskiner, servere, CD-plater, backup-filer og andre lagringsmedier. Totalt var det speilkopierte materialet omregnet til å utgjøre 285 millioner A4-sider. I kjennelsen fremgår det at forberedende dommer og en sakkyndig hadde brukt mye tid på gjennomgangen, og hadde blant annet gitt en omfattende redegjørelse for den elektroniske dokumentmassen.

⁶⁸ Maria Astrup Hjort, ”Regulering av e-post som bevis etter den nye tvisteloven – praktiske og rettslige utfordringer”, *Yulex* 2008, Senter for rettsinformatikk/ Avdeling for forvaltningsinformatikk, side 167 (heretter forkortet Astrup Hjort 2008).

⁶⁹ Astrup Hjort (2008) side 167.

I nær sammenheng med det merarbeid som retten blir pålagt, følger også de kostnader som påløper ved en slik gjennomgang. Dersom materialet er omfattende og gjennomgangen svært tidkrevende, vil også kostnadene bli store. Det offentlige får dekt sine omkostninger gjennom et nærmere fastsatt gebyr i medhold av lov 17 desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr. Gebyret beregnes med utgangspunkt i et grunngebyr som per dags dato utgjør kr 860,-, jf. rettsgebyrloven § 1 annet ledd.

Rettsgebyret ved tvistemål reguleres av rettsgebyrloven § 8. Det kan ikke kreves særskilt gebyr for behandling av tvist om bevis tilgang. Imidlertid skal det ved anke betales et gebyr ved ankebehandlingen, jf. rettsgebyrloven § 8 sjuende ledd. At det ikke kan kreves særskilt gebyr for behandling av tvist om bevis tilgang, kan medføre at det offentliges omkostninger i forbindelse med rettens gjennomgang av materialet, ikke står i forhold til det gebyr som betales. Det vil være uheldig om partene sparer penger på at det er retten som må gjennomgå bevis materialet. Etter mitt syn er det partene som er nærmest til å bære omkostningene forbundet med rettens gjennomgang. Et forslag kan være at det opprettes et eget gebyr for tvist om bevis tilgang. På denne måten vil det offentlige få dekt sine utgifter som påløper ved gjennomgang av et omfattende bevismateriale.

Som gjennomgangen viser, finnes det både argumenter for og mot at retten skal gjennomgå bevis materialet og si ut informasjon. Etter gjeldende rett er det retten som skal gjøre dette. Etter mitt syn er dette den mest hensiktsmessige løsningen.

3.4 Den som pålegget om bevis tilgang retter seg mot, må ha "hånd om" eller må kunne "skaffe til veie" bevisgjenstanden, jf. tvl. § 26-5 første ledd

3.4.1 Generelt om vilkårene

Det tredje vilkåret som må være oppfylt er at bevis tilgangplikten bare gjelder bevis som noen "har hånd om" eller "kan skaffe til veie", jf. tvl. § 26-5 første ledd.

Ordlyden oppstiller to alternative vilkår for den rådighet som noen må ha over bevisgjenstanden, jf. "eller". Alternativet "kan skaffe til veie" er nytt i tvisteloven. Den nye

avgrensningen ga etter Tvistemålsutvalgets oppfatning et mer dekkende uttrykk for hva som bør kreves enn det tidligere vilkåret om *"besiddelse"* i tvistemålsloven.⁷⁰ Samtidig innebærer tilføyelsen en viss oppmykning av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang som fulgte av besittelseskravet.⁷¹ Hvorvidt ett av de alternative vilkår er oppfylt, må avgjøres på grunnlag av vanlige bevisregler. Som utgangspunkt må retten bygge på det som fremstår som mest sannsynlig, med mindre det finnes holdepunkter for å oppstille et annet beviskrav, jf. Rt. 2012 s. 410 avsnitt 26.

I det følgende skal det redegjøres for hva som ligger i disse alternative vilkårene.

3.4.2 Bevisgjenstander som noen *"har hånd om"*

En vanlig språklig forståelse av *"har hånd om"* tilsier at det siktes til den umiddelbare besittelsen og den fysiske rådigheten over et bevis. Verken ordlyden eller forarbeidene gir noen nærmere veiledning om hvordan vilkåret skal forstås.

En part eller en tredjeperson må sies å ha umiddelbar tilgang og rådighet over egne datamaskiner, nettverksservere, eksterne harddisker, backup-disker eller andre elektroniske lagringsmedier hvor det lagres informasjon.⁷² Dersom det blir begjært bevis tilgang i elektronisk lagret materiale som noen har slik tilgang og rådighet over, må vedkommende sies å ha *"hånd om"* bevisgjenstanden i lovens forstand.⁷³

I andre tilfeller er det imidlertid mer uklart om vilkåret kommer til anvendelse. I punkt 1.4.2 ble det redegjort for at en datafil kan slettes fra brukergrensesnittet ved bruk av slettefunksjonen på en datamaskin. I slike tilfeller blir ikke datafilen permanent slettet, men blir vanskeligere tilgjengelig. Jo lengre tid som har gått, og jo flere ganger den slettede datafilen er blitt overskrevet av nye datafiler, desto vanskeligere blir det å gjenfinne og gjenopprette den. Dette krever ofte spesielle verktøy og fremgangsmåter, noe som kan forutsette fagkyndig bistand. I slike tilfeller kan ikke en part eller en tredjeperson sies å ha

⁷⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

⁷¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 979 og Prp. side 467.

⁷² Monsen (2007) side 201.

⁷³ Monsen (2007) side 202.

"hånd om" elektronisk lagret materiale. Begrunnelsen for dette er at vedkommende mangler den nødvendige tilgang og rådighet over materialet.

Etter dette er konklusjonen at en part eller en tredjeperson kan sies å *"ha hånd om"* bevisgjenstander som vedkommende har umiddelbar rådighet over og tilgang til. Dersom dette ikke er tilfellet, må man vurdere om vedkommende *"kan skaffe til veie"* bevisgjenstanden.

3.4.3 Bevisgjenstander som noen *"kan skaffe til veie"*

En vanlig språklig forståelse av *"kan skaffe til veie"* tilsier at det siktes til tilfeller hvor noen mangler tilgang til og rådighet over bevisgjenstanden, men hvor vedkommende likevel har mulighet til å fremskaffe den.

Ordlyden utdyper ikke vilkåret nærmere. I forarbeidene gis det imidlertid et eksempel på at vilkåret vil få anvendelse dersom en pasient har krav på å få tilsendt sin legejournal fra lege eller sykehus. I slike tilfeller vil dette være et dokument som pasienten kan skaffe til veie i lovens forstand.⁷⁴ Spørsmålet var omtvistet under tvistemålsloven. I Rt. 1999 s. 1066 kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at en part ikke kunne sies å ha en legejournal i sin *"besiddelse"*. Dette til tross for at vedkommende kunne få denne utlevert fra sykehus eller lege. Retten til innsyn i egen legejournal er ikke ubetinget, jf. lov 2 juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) § 5-1. For legejournaler vil imidlertid spørsmålet sjelden komme på spissen da slike journaler så lenge pasienten ikke har samtykket i fremleggelse, vil være omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-5.⁷⁵

Et konkret eksempel på tilfeller hvor en part eller en tredjeperson *"kan skaffe til veie"* en bevisgjenstand, er avgjørelsen i Rt. 1999 s. 1239. Her kom Høyesteretts kjæremålsutvalg til at en person kunne pålegges å fremlegge ektefellens selvangivelse selv om vedkommende ikke var i besittelse av denne. Begrunnelsen for dette var at lov 4 juli 1999 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven) § 39 *"gir [...] en rett for den ene ektefellen til å kreve at den andre*

⁷⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

⁷⁵ Skoghøy (2014) side 811.

ektefellen og ligningsmyndighetene gir opplysninger om eller kopi av den andre ektefelles selvangivelse", jf. side 1242 i kjennelsen.

Et annet eksempel er kjennelsen i Rt. 2004 s. 1467. Saken gjaldt tvist om bevis tilgang til e-postkorrespondanse som var lagret hos tjenestetilbyderen til den part som begjæringen rettet seg mot. Tjenestetilbyderen hadde kopiert e-postkorrespondansen over på en CD-plate som ble gitt til parten. CD-platen lot seg imidlertid ikke åpne uten fagkyndig bistand, og parten anførte da at han ikke kunne sies å være i *"besiddelse"* av korrespondansen. Parten fikk imidlertid ikke medhold i denne anførselen. Til tross for at parten ikke fikk til å åpne innholdet på CD-platen, mente kjæremålsutvalget at det måtte *"legges til grunn at CD-platen kan åpnes med eksperthjelp, og Diesel Power må da anses å besitte denne"*, jf. avsnitt 22 i kjennelsen.

Kjennelsen gjaldt anvendelsen av vilkåret om *"besiddelse"* i tvml. § 250 første ledd. Dersom avgjørelsen skal overføres på de nye alternative vilkår i tvl. § 26-5 første ledd, vil dette falle utenfor alternativet om at parten *"har hånd om"* bevismaterialet som følge av manglende tilgang og rådighet over materialet.

Dette reiser et spørsmål om parten kan sies å kunne *"skaffe til veie"* elektronisk lagret materiale som er slettet eller av andre grunner vanskelig tilgjengelig, og materiale som er lagret eksternt, for eksempel hos en tjenestetilbyder.

Ekstern lagring av elektronisk informasjon hos tjenestetilbydere er noe som er blitt helt alminnelig i dagens samfunn. Dette er blant annet som følge av det store fokus som er blitt rettet på datasikkerhet i kjølvannet av en rekke medieoppslag om hacking og informasjonslekkasjer. Det må derfor antas at ekstern lagring hos tjenestetilbydere er et voksende fenomen. Når en part eller en tredjeperson inngår en avtale om ekstern lagring, vil vedkommende normalt ha krav på å få tilgang til informasjonen. I slike tilfeller har vedkommende mulighet til å få tilsendt materialet fra tjenestetilbyderen og har derfor mulighet til å *"skaffe til veie"* materialet dersom det blir begjært bevis tilgang til dette. Dette er i tråd med eksemplet i forarbeidene nevnt ovenfor.⁷⁶

⁷⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

Det samme resultat må legges til grunn i tilfeller hvor informasjon er blitt slettet fra brukergrensesnittet til lagringsenheten. Den som begjæringen retter seg mot, har i slike tilfeller mulighet til å skaffe til veie det slettede materialet gjennom gjenoppretting på egen hånd eller ved hjelp fra fagkyndig.⁷⁷ En annen sak er at slik gjenfinning og gjenoppretting kan medføre at det påløper høye kostnader. Dette er imidlertid ikke et relevant moment i vurderingen av om noen kan sies å *”ha hånd om”* eller *”kan skaffe til veie”* en bevisgjenstand. Kostnadsspørsmålet kommer i betraktning ved vilkåret om forholdsmessighet, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd, jf. tvl. § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt.

Etter dette er konklusjonen at en part eller en tredjeperson *”kan skaffe til veie”* elektronisk lagret materiale som er slettet eller som er lagret hos en tjenestetilbyder. Vurderingstemaet bør være de reelle muligheter en part eller en tredjeperson har til å fremskaffe det materialet som det er begjært bevis tilgang til. Dersom vedkommende ikke har krav på å få tilgang til materialet eller av andre grunner ikke kan fremskaffe det, har ikke vedkommende mulighet til å skaffe til veie materialet i lovens forstand.

3.4.4 Bevis som den begjærende part *”har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv”*, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd

I medhold av tvl. § 26-5 tredje ledd kan retten avslå en begjæring om bevis tilgang dersom den begjærende part har *”tilnærmet samme mulighet for tilgang”* som den part som begjæringen retter seg mot.

Dette unntaket er basert på en proporsjonalitetsvurdering. En part som like lett kan fremskaffe et bevis, skal ikke kunne belaste motparten med den praktiske byrden som fremskaffelsen vil medføre.⁷⁸ Regelen er naturlig i den forstand at det ikke er meningen at motparten skal gjøre jobben med å fremskaffe bevis som er til gunst for den begjærende parts sak.⁷⁹

Selv om begge parter har samme mulighet til å fremskaffe et bevis, finnes det tilfeller hvor en begjæring om bevis tilgang likevel ikke blir nektet av retten. Et eksempel er kjennelsen i Rt.

⁷⁷ Monsen (2007) side 202.

⁷⁸ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

⁷⁹ Schei mfl. (2013) bind II, side 954.

2004 s. 1467. Her var det begjært bevis tilgang til e-postkorrespondanse som var lagret på en CD-plate. Den begjærende part hadde tilgang til akkurat den samme korrespondansen som var lagret på CD-platen. I normaltilfeller ville en begjæring om bevis tilgang ha blitt avslått. I denne saken var imidlertid ikke formålet med bevis tilgangen å belaste motparten med arbeidet med å åpne innholdet på CD-platen, men å få bekreftet mottakelsen av e-postene. En slik bekreftelse kunne ikke oppnås ved at den begjærende part la frem egne kopier av den samme e-postkorrespondansen. Høyesteretts kjæremålsutvalg påla derfor motparten å fremskaffe korrespondansen som var lagret på CD-platen.

3.5 Begjæring om bevis tilgang ”skal spesifiseres”, jf. tvl. § 26-6

3.5.1 Generelt om spesifikasjonskravet

Det fjerde vilkåret er at en begjæring om bevis tilgang ”skal spesifiseres” slik at det er ”klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder”, jf. tvl. § 26-6 første ledd.

Det individualiseringskrav som ble oppstilt etter tvistemålsloven, var utviklet med sikte på dokumentbevis. Begrunnelsen for individualiseringskravet var at den begjæringen rettet seg mot, skulle kunne vite hvilke dokumenter kravet gjaldt, og for at retten skulle kunne være i stand til å vurdere om dokumentet var av en slik karakter at det kunne gis bevis tilgang til det.⁸⁰ Av denne grunn kunne det opprinnelig ikke gis pålegg om ”en bloc-fremleggelse” av alle dokumenter eller den korrespondanse som noen hadde hatt i et saksforhold.⁸¹ Frem til 1990-tallet ble individualiseringskravet tolket svært strengt.⁸² I løpet av 1990-tallet ble det åpnet for at man ved anvendelsen av individualiseringsvilkåret måtte se hen til de faktiske mulighetene for individualisering i den konkrete sak.⁸³

Modifiseringen av individualiseringskravet startet med avgjørelsen i Rt. 1992 s. 962. Saken gjaldt krav om fremleggelse av regnskapsdokumenter. I forbindelse med kravet til individualisering uttalte kjæremålsutvalget på side 965 at det ved avgjørelsen må legges vekt

⁸⁰ Skoghøy (2014) side 812 og Schei mfl. (2013) bind II, side 955-956.

⁸¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 980 og Skoghøy (2014) side 812.

⁸² NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

⁸³ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

på ”om en nærmere konkretisering er mulig og i hvilken grad man kan forvente at regnskapet skal utgjøre bevis i saken. Videre må kravet til individualisering ikke stilles så høyt at det i urimelig grad vil være til hinder for en korrekt opplysning av saken”.

Fra nyere rettspraksis kan det utledes at det ikke er nødvendig å spesifisere de enkelte dokumenter, men at det er tilstrekkelig at dokumentene blir beskrevet slik at det er rimelig klart for motparten og retten hvilke dokumenter eller kategori av dokumenter det er snakk om. Eksempler på dette er avgjørelsene i Rt. 1998 s. 58, Rt. 2004 s. 442, Rt. 2004 s. 1467 og Rt. 2007 s. 920.⁸⁴ Alle avgjørelsene kan tas til inntekt for at spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd må ses i lys av de reelle mulighetene til å foreta en nærmere spesifisering av begjæringen.⁸⁵ Det var Tvistemålsutvalgets mening at spesifikasjonskravet i tvisteloven skulle forstås i samsvar med denne nyere og mer imøtekommende rettspraksis.⁸⁶

For å effektivisere plikten til å gi bevis tilgang bestemmer tvl. § 26-5 annet ledd første punktum at ”partene og andre [kan] pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjensstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse”.

Bestemmelsen må forstås slik at partene også kan pålegges å svare på spørsmål og foreta undersøkelser for å få klarhet i om det finnes bevis som kan belyse de faktiske forhold i saken. Dette kan være praktisk i tilfeller hvor en part tror det finnes bevis hos motparten, men er såpass usikker at vedkommende ikke er i stand til å utforme en tilstrekkelig spesifisert begjæring. Motparten vil da ha en plikt til å svare på spørsmål om han besitter slike bevis som er forespurt og hva de går nærmere ut på, jf. Rt. 2004 s. 442 avsnitt 32.

Spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 gjelder også for spørsmål som en part fremsetter om mulige bevisgjensstander. I forarbeidene fremkommer det at ”spørsmålene [må] konkretiseres så langt som praktisk mulig, slik at det for eksempel klarlegges hvilke kategorier av dokumenter det ønskes opplysninger om”.⁸⁷ Imidlertid må man ha i mente at formålet med adgangen til å stille spørsmål om mulige bevisgjensstander er å effektivisere plikten til å gi bevis tilgang. Det bør derfor ikke stilles like strenge krav til spesifisering som til en begjæring om bevis tilgang.

⁸⁴ Se også Skoghøy (2014) side 812.

⁸⁵ Schei mfl. (2013) bind II, side 956.

⁸⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

⁸⁷ NOU 2001: 32, Bind B, side 981.

Det må være tillatt å formulere generelle og vage spørsmål i begynnelsen av prosessen, ettersom det kan være usikkert om bevisgjenstanden i det hele eksisterer. Gjennom generelle og vage spørsmål kan parten bli i stand til å fremsette mer spesifiserte spørsmål og etter hvert utarbeide en tilstrekkelig spesifisert begjæring om bevistilgang.⁸⁸

3.5.2 Gjennomføringen av spesifikasjonskravet for elektronisk lagret materiale

Problemstillingen er hvordan spesifikasjonskravet skal gjennomføres for en begjæring om bevistilgang til elektronisk lagret materiale.

Verken loven eller forarbeidene gir noen veiledning om dette. De samme modifikasjoner i spesifikasjonskravet som kan utledes av forarbeidene og rettspraksis, gjelder imidlertid også for bevistilgang i elektronisk lagret materiale. Spesifikasjonskravet skal ses i sammenheng med de faktiske muligheter for spesifisering i den konkrete sak, og kravet skal ikke i urimelig grad være til hinder for en korrekt opplysning av saken.⁸⁹

Spesifikasjonskravet vil klart nok ikke være oppfylt dersom en part begjærer bevistilgang til alle filer på et bestemt lagringsmedium, for eksempel en datamaskin. En slik altomfattende begjæring vil være i strid med formålet bak spesifikasjonskravet, som er å sette motparten og retten i stand til å forstå hvilket material det ønskes tilgang til.⁹⁰ Løsningen er også i tråd med synspunktet om at det ikke er adgang til å kreve såkalt ”en bloc-fremleggelse” av et material.⁹¹ Det må således kreves mer enn at den begjærende part bare angir hvor og på hvilket elektronisk lagringsmedium materialet er lagret.⁹²

På den annen side må spesifikasjonskravet være oppfylt dersom begjæringen angir en bestemt datafil eller bestemte filer vedrørende et nærmere spesifisert saksforhold, hvor det angivelige innhold blir angitt, hvem som har produsert materialet og når det ble produsert.⁹³

⁸⁸ Monsen (2007) side 213-214.

⁸⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

⁹⁰ Schei mfl. (2013) bind II, side 955.

⁹¹ Skoghøy (2014) side 812.

⁹² Monsen (2007) side 211.

⁹³ Monsen (2007) side 211.

Begrunnelsen for dette er at en slik spesifikk begjæring setter motparten og retten i stand til å forstå hvilket material det dreier seg om. Formålene bak spesifikasjonskravet vil således være oppfylt. Mer tvilsomt er det om noen kan begjære bevis tilgang til alle datafiler i et bestemt saksforhold. Det må antakelig kreves at begjæringen i det minste angir hvilken dokumentkategori det er tale om, for eksempel e-postkorrespondanse, elektroniske lagrede avtaler, tegninger, mv. Derimot kan det ikke kreves at den som begjærer bevis tilgang, angir på hvilket lagringsmedium disse ulike dokumentkategoriene er lagret.⁹⁴

Hvilke krav som oppstilles, kan utledes av kjennelsen i Rt. 2004 s. 1467. Saken gjaldt krav om bevis tilgang til e-postkorrespondanse. Det ble begjært tilgang til en nærmere bestemt e-postkorrespondanse, innenfor et nærmere angitt tidsrom og mellom nærmere angitte personer, jf. avsnitt 7 i kjennelsen. Kjæremålsutvalget stadfestet lagmannsrettens kjennelse, hvor begjæringen ble ansett å være tilstrekkelig spesifisert. Hva angår bevis tilgang til e-post bør det så langt som mulig angis i begjæringen hvem som er mulig mottaker og avsender i korrespondansen, hvilket tidsrom korrespondansen har foregått i og temaet for korrespondansen. Dette av hensyn til den sammenblanding av opplysninger som ofte finnes i e-postkorrespondanse. Dersom dette er angitt vil begjæringen som regel være tilstrekkelig spesifikk.⁹⁵

Det er vanskelig å angi nøyaktig hvilke krav som stilles til spesifisering utover dette, ettersom det beror på de faktiske muligheter for spesifisering i den konkrete sak. Hvorvidt kravet er oppfylt, må bero på en helhetsvurdering. I denne vurderingen må sentrale momenter være om motparten vil være i stand til å forstå hvilket material det ønskes tilgang til, og om retten er i stand til å avgjøre om materialet kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken. Dersom det viser seg at spesifikasjonskravet i urimelig grad vil være til hinder for en korrekt opplysning av saken, må retten eventuelt benytte den skjønnsmessige adgangen til å lempe på spesifikasjonskravet i medhold av tvl. § 26-6 annet ledd.

⁹⁴ Monsen (2007) side 211.

⁹⁵ Astrup Hjort (2008) side 170.

3.5.3 Lemping av spesifikasjonskravet, jf. tvl. § 26-6 annet ledd

Tvisteloven § 26-6 annet ledd åpner for at retten kan lempe på spesifikasjonskravet. For at unntaksregelen skal få anvendelse, må kravet til spesifisering være *”uforholdsmessig vanskelig å etterkomme”*, og det må være *”en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis”*.

Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for at retten skal kunne lempe på spesifikasjonskravet. Begrunnelsen for lempingsadgangen er angitt å være behovet for at en sak skal kunne bli forsvarlig opplyst.⁹⁶ I forarbeidene fremgår det at parten i begjæringen må gi en så nøyaktig beskrivelse som det etter forholdene er rimelig å kreve. På dette grunnlag må retten vurdere om det vil fremstå som urimelig hensett til tvisten å nekte å gi bevis tilgang.⁹⁷ Retten må basere sin vurdering på hvor vanskelig det er å angi bevisgjensstanden på en klar måte, og hvor sannsynlig det er at materialet som det ønskes tilgang til, vil avdekke bevis.⁹⁸

Det fremgår av tvl. § 26-6 annet ledd at retten må foreta en forholdsmessighetsvurdering, jf. *”uforholdsmessig”*. Dette er også presisert i forarbeidene, hvor det uttales at *”[e]n proporsjonalitetsvurdering [...] ofte [vil] stå sentralt ved vurderingen”*.⁹⁹

Forholdsmessighetsvurderingen vil ikke bare fungere som en begrensning for en begjæring om bevis tilgang, men vil også kunne være et argument for at lemping skal skje, for eksempel i saker av stor betydning for partene.¹⁰⁰

Det er i juridisk teori hevdet at spesifikasjonskravet er blitt utvannet og har mistet sin praktiske interesse. Dette begrunnes med at en forholdsmessighetsvurdering allerede er et vilkår for å kunne pålegge noen å gi bevis tilgang, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd.¹⁰¹ Jeg er ikke enig i at kravet har mistet sin praktiske betydning. Forholdsmessighetsvurderingen etter tvl. § 26-5

⁹⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 980 og Prp. side 467-468.

⁹⁷ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

⁹⁸ Monsen (2007) side 215.

⁹⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

¹⁰⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

¹⁰¹ Monsen (2007) side 218 og Astrup Hjort (2008) side 170-171.

trede ledd er generell i den forstand at den omfatter flere sider av saken.¹⁰² Vurderingen av forholdsmessighet i tvl. § 26-6 annet ledd knytter seg alene til spesifikasjonskravet og vil således ikke være overflødig. Det kan derfor tenkes at spesifikasjonskravet blir lempet med henvisning til at det vil være uforholdsmessig å stille for høye krav til begjæringen. Samtidig kan en begjæring om bevis tilgang til slutt avlås med henvisning til at et pålegg om bevis tilgang alt i alt vil fremstå som uforholdsmessig. At spesifikasjonskravet kan få en praktisk mindre betydning enn det hadde under tvistemålsloven, er en annen sak. Dette betyr imidlertid ikke at kravet har mistet sin praktiske betydning.

Lempingsadgangen kan få stor betydning ved bevis tilgang til elektronisk lagret materiale, for eksempel e-postkorrespondanse. E-post representerer et bevismiddel hvor det kan være vanskelig å oppfylle spesifikasjonskravet. Dette som følge av at en part ofte mangler kjennskap til detaljer, for eksempel hvem i en bedrift som har kommunisert, til hvilke tider de har kommunisert og hva de har kommunisert om. Det kan likevel fremstå som sannsynlig at relevante bevis befinner seg på bedriftens e-postserver. Som en følge av disse vanskeligheter kan resultatet bli at retten lempet på spesifikasjonskravet.¹⁰³

Det kan reises spørsmål om retten enten må gi medhold i en begjæring om bevis tilgang eller avslå denne, eller om retten kan treffe mellomløsninger.

Utgangspunktet er at retten må holde seg innenfor rammen av partenes påstander, og at retten bare kan bygge på de påstandsgrunnlag partene har påberopt, jf. tvl. § 11-2 første ledd annet punktum. I forarbeidene uttales det at et uspesifisert krav om bevis tilgang sjelden vil kunne oppfattes slik at parten ønsker alt eller intet, og at retten i kraft av sin vide skjønnsmyndighet etter bestemmelsen i tvl. § 26-6 annet ledd må være forberedt på å treffe mellomløsninger.¹⁰⁴ Som regel vil slike mellomløsninger ligge innenfor partenes krav i saken. På bakgrunn av hensynet til en trygg saksbehandling vil retten i slike tilfeller, ha en plikt til å ta spørsmålet opp med partene før avgjørelse treffes.¹⁰⁵

Konklusjonen er at retten kan treffe mellomløsninger når en part begjærer bevis tilgang.

¹⁰² NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

¹⁰³ Astrup Hjort (2008) side 171.

¹⁰⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 981.

¹⁰⁵ Schei mfl. (2013) bind II, side 960.

3.6 Materialet som det begjæres bevis tilgang til, må ikke være omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak, jf. tvl. § 21-5, jf. tvl. kapittel 22

3.6.1 Generelt om bevisforbud og bevisfritak

Det femte vilkåret for at noen skal kunne pålegges å gi bevis tilgang, er at bevismaterialet ikke er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak.

Hovedregelen er at partene har rett til å føre ethvert bevis om faktiske forhold av betydning for saken, jf. tvl. § 21-3 første ledd og § 21-7. Samtidig har som utgangspunkt enhver plikt til å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis i en sak, jf. tvl. § 21-4 første ledd. Disse utgangspunkter gjelder imidlertid ”*med de begrensninger som følger av bevisforbud og bevisfritak i kapittel 22*”, jf. tvl. § 21-5.

Bestemmelsen innebærer at informasjon som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak, må avskjæres, selv om denne kan belyse de faktiske forhold i saken.

Et bevisforbud innebærer at det er forbudt å føre visse former for bevis. Hvis det foreligger et bevisforbud, skal retten nekte beviset ført. Forbudet retter seg til den person som skal forklare seg eller utlevere gjenstander.¹⁰⁶ Begrunnelsen for å fravike hovedregelen om fri bevisføring i tvl. § 21-3 første punktum er at hensynet til å oppnå et riktig resultat må vike for andre tungtveiende hensyn.¹⁰⁷

Et bevisfritak innebærer at selv om de alminnelige vilkår for plikt til å avgi bevis skulle foreligge, kan vedkommende i enkelte tilfeller kreve seg fritatt fra dette. Tvistelovens regler om bevisfritak gjelder både parter, vitner og andre tredjemenn.¹⁰⁸ Bevispersonens standpunkt kan som hovedregel ikke overprøves av retten, men det finnes unntak.¹⁰⁹ Bevispersonen

¹⁰⁶ Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utgave, Fagbokforlaget, Oslo 2012, side 246 (heretter Robberstad 2012).

¹⁰⁷ Robberstad (2012) side 246.

¹⁰⁸ Hov (2009) side 784.

¹⁰⁹ Schei mfl. (2013) bind II, side 822.

trenger ikke å anføre noen særlig grunn for nektelsen hvis lovens vilkår først er oppfylt.¹¹⁰ En annen sak er at det kan tillegges vekt i den frie bevisvurderingen dersom et bevisforbud eller et bevisfritak kan oppheves med samtykke fra parten, og parten uten aktverdig grunn nekter å gjøre dette.¹¹¹

3.6.2 Relevante bevisforbud og bevisfritak ved begjæring om tilgang til elektronisk lagret materiale

Alle bevisforbud og bevisfritak i lovens kapittel 22 kan få anvendelse ved en begjæring om bevis tilgang til elektronisk lagret materiale. Av plasshensyn skal jeg i det følgende kun redegjøre for en av disse bestemmelsene.

Twisteloven § 22-3 oppstiller et bevisforbud for opplysninger som er undergitt lovbestemt taushetsplikt. Her fremgår det at *”det ikke kan føres bevis når dette vil krenke lovbestemt taushetsplikt for den som har opplysningene”* som følge av *”tjeneste eller arbeid”* for nærmere bestemte grupper, jf. første ledd. Bestemmelsen innebærer at retten må avskjære beviset dersom opplysningene vil krenke lovbestemt taushetsplikt. I forarbeidene fremgår det at bevisforbudet gjelder bare for taushetsplikt som er fastsatt i lov.¹¹² Taushetsplikt pålagt ved instruks uten lovhjemmel faller utenfor.¹¹³

Bestemmelsen kan få betydning i tilfeller hvor det begjæres bevis tilgang til elektronisk lagret materiale som er lagret hos en tilbyder av elektroniske kommunikasjonstjenester. Det er ikke tvilsomt at en slik tjeneste faller innenfor anvendelsesområdet til tvl. § 22-3 første ledd, jf. *”tjeneste eller arbeid”* for *”tilbyder eller installatør av elektronisk kommunikasjonsnett”*. En tilbyder og installatør har lovbestemt taushetsplikt i medhold av lov 4 juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 2-9. I tredje ledd bestemmes det at taushetsplikten ikke er til hinder for at det gis opplysninger til påtalemyndighet eller politi om nærmere bestemte forhold. Det samme gjelder *”ved vitnemål for retten”*.

¹¹⁰ Hov (2009) side 784.

¹¹¹ Skoghøy (2014) side 816.

¹¹² Prp. side 457.

¹¹³ Schei mfl. (2013) bind II, side 834.

Dette reiser spørsmål om taushetsplikten kan oppheves ved begjæring om bevis tilgang til slike opplysninger.

Problemstillingen har blitt satt på spissen i de senere år. Dette som følge av den økende tendensen av ulovlig fildeling gjennom ulike nettsteder, for eksempel The Pirate Bay. Den rettslige siden av problemstillingen har vært omdiskutert. Spørsmålet ble forelagt Høyesterett i avgjørelsen i Rt. 2010 s. 774. Saken gjaldt spørsmål om rettighetshaveren til to filmer kunne kreve å få utlevert identiteten til en abonnent fra internettleverandøren. Sandrew Metronome Norge AS begjærte bevissikring og bevis tilgang hos Altibox AS. Grunnlaget for begjæringen var påstand om at en abonnent sto bak eller hadde medvirket til ulovlig fildeling av filmene ”Max Manus” og ”Kautokeino-opprøret”. Post- og Teletilsynet hadde gitt samtykke til fritak fra internettleverandørens taushetsplikt i medhold av ekomloven § 2-9. Et sentralt spørsmål for Høyesterett var om det var adgang til å gjøre unntak fra taushetsplikten ved begjæring om bevis tilgang i taushetsbelagte opplysninger. I avsnitt 48 uttaler førstvoterende at:

”Lagmannsrettens flertall bygger [...] på en riktig lovforståelse når den vurderer begjæringen om bevis tilgang til en lovbestemt taushetsbelagt opplysning etter § 22-3. Om begjæringen skal etterkommes, beror på om unntaksbestemmelsene i annet og tredje ledd får anvendelse”.

Førstvoterende sluttet seg til lagmannsrettens samlede vurdering. Her ble det blant annet lagt vekt på at det dreide seg om en handling som var både straffbar og erstatningsbetingende, at slike saker fikk manglende prioritering fra politiets side og at eieren av IP-adressen ikke kunne ha noen berettiget forventning om at det ikke skulle bli grepet inn mot ulovlig fildeling, jf. avsnitt 52 i kjennelsen. Høyesterett kom enstemmig til at det kunne gis bevis tilgang til tross for lovbestemt taushetsplikt, jf. avsnitt 54 i kjennelsen.

På bakgrunn av dette er konklusjonen at taushetsplikten kan oppheves ved begjæring om bevis tilgang til taushetsbelagte opplysninger i medhold av tvl. § 22-3 tredje ledd.

3.6.3 Hvem skal sile ut forbudt og fritatt materiale – partene eller retten?

Som gjennomgangen viser er det ikke upraktisk at et bevismateriale inneholder opplysninger som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak. Den omstendighet at et bevismateriale inneholder forbudte eller fritatte opplysninger, gir imidlertid ikke grunnlag for å nekte hele materialet ført som bevis, jf. tvl. § 26-7 annet ledd.

Problemstillingen er hvem som skal sile ut forbudt eller fritatt materiale. Er det en av partene eller er det retten som skal gjøre dette?

Det bestemmes i tvl. § 26-7 annet ledd første punktum at dersom en begjæring om bevisstilgang blir bestridt med grunnlag i et bevisforbud eller et bevisfritak, *”kan ikke bevisgjensstanden fremlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres”*.

Ordlyden må forstås slik at det ikke er retten som skal sile ut opplysninger i bevismaterialet som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak. Det fremgår direkte av bestemmelsen at det kreves særskilt lovhjemmel for at retten skal ha kompetanse til dette, jf. *”særlig lovbestemmelse”*. Eksempler på slike bestemmelser er tvl. § 22-3 tredje ledd og tvl. § 22-10 annet punktum.

I forarbeidene fremgår det at beviset *”ikke [skal] legges fram for retten til vurdering av dette spørsmålet”*.¹¹⁴ Begrunnelsen for dette er at fremleggelse i slike tilfeller ville stride mot formålet bak reglene om bevisforbud og bevisfritak.¹¹⁵ Retten må her, uten å ha sett bevismaterialet, ta stilling til om det inneholder slike opplysninger som er forbudt å føre bevis om eller er fritatt fra bevisføring. Avgjørelsen av om bevismaterialet skal pålegges fremlagt, vil i slike tilfeller måtte tas ut fra formålet og karakteren av bevismaterialet, jf. Rt. 1979 s. 1696 og Rt. 1983 s. 1438.

Tvisteloven § 26-7 annet ledd annet punktum regulerer situasjonen hvor deler av bevismaterialet er omfattet av et bevisforbud eller et bevisfritak. I slike tilfeller *”skal om mulig det øvrige framlegges”*. Bestemmelsen innebærer at de opplysninger som ikke omfattes

¹¹⁴ Prp. side 468.

¹¹⁵ NOU 2001: 32, Bind B, side 981.

av et bevisforbud eller et bevisfritak, skal legges frem som bevis.¹¹⁶ Det er da den part som begjæringen retter seg mot, som må sile ut de opplysninger som vedkommende ikke har rett eller plikt til å legge frem som bevis. Retten kan ikke kreve å få tilsendt bevismaterialet for å ta ut det som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak.¹¹⁷

Etter dette er konklusjonen at det er den part som begjæringen retter seg mot, som skal sile ut forbudt eller fritatt materiale.

De lege ferenda kan det reises et spørsmål om det bør være retten som skal sile ut opplysninger som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak.

I straffeprosessen finnes det ikke noen bevistilgangsplikt slik som i sivile saker. Den eneste måten å få tak i dokumenter eller andre bevisgjenstander på mot besitterens vilje, er ved beslag, jf. lov 22 mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) § 205.

Spørsmålet om det er retten eller partene som skal sile ut opplysninger som er forbudt eller fritatt fra bevisførsel, ble reist i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s. 1282. Saken gjaldt spørsmål om det i en straffesak kan fremlegges opplysninger om hvilke telefonnummer som telefoner tilhørende en advokat, hadde kommunisert med. Bakgrunnen for saken var at politidokumenter i forbindelse med terrorangrepet 22. juli 2011 var blitt lekket til media. Påtalemyndigheten påla Telenor Mobil om å utlevere informasjon om utgående og inngående samtaler fra telefonene som var blitt benyttet av den mistenkte advokaten, og tok senere beslag i dette. Den beslaglagte informasjon var omfattet av bevisforbudet i strpl. § 119, som regulerer opplysninger som er betrodd en advokat som ledd i juridisk bistand eller rådgivning.

I avsnitt 44 i kjennelsen reiser Høyesterett spørsmålet om hvem som skal foreta gjennomgangen av materialet, og hvem som skal stå for utsilingen av forbudt eller fritatt materiale. Lagmannsrettens mindretall var av den oppfatning at det var retten som skulle gjøre dette. Dette sluttet Høyesteretts ankeutvalg seg til.

¹¹⁶ Prp. side 468.

¹¹⁷ Skoghøy (2014) side 822.

Ved beslag er det således retten som skal foreta gjennomgangen, og sile ut forbudt eller fritatt materiale. Det kan diskuteres om samme løsning bør legges til grunn i sivile saker.

Det som taler for at samme løsning bør legges til grunn i sivile saker, er for det første at man unngår at den som begjæringen retter seg mot, bedriver selektiv utsiling av opplysninger fra bevismaterialet. Det er retten som har de beste forutsetninger for å gjennomgå bevismaterialet på en objektiv måte. Dette vil medføre at det blir foretatt en korrekt avgrensning av tillatt materiale, og forbudt eller fritatt materiale. Dette vil innebære en mer effektiv bevistilgang til sentrale bevis, og vil også bidra til at avgjørelsen i saken blir truffet på riktig faktisk grunnlag.

For det andre får retten mulighet til å sette seg inn i og bli kjent med bevismaterialet før hovedforhandlingen. Dette kan bidra til at de nødvendige avklaringer skjer på et tidlig stadium av prosessen. En ytterligere følge er at prosessen på denne måten blir tidsbesparende og økonomisk besparende. På den annen side kan rettens gjennomgang av bevismaterialet medføre at en dommer blir inhabil ved pådømmelsen av saken etter domstolloven § 108. Dette taler mot at retten skal sile ut forbudt eller fritatt materiale i sivile saker. Etter mitt syn kan imidlertid ikke muligheten for inhabilitet begrense rettens gjennomgang av materialet. Et slikt synspunkt støttes opp av uttalelser i Rt. 2013 s. 1282 avsnitt 35, hvor det fremgår at det er en forutsetning for at retten skal kunne foreta en korrekt avgrensning at retten får *”innsyn også i materiale som er eller kan være omfattet av bevisforbud”*.

Det som tilsier at samme løsning ikke bør legges til grunn i sivile saker, er at det er forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende i sivilprosessen og i straffeprosessen. Av denne grunn er også prosesssystemene forskjellige. På den annen side gjør de samme hensyn seg gjeldende hva angår en part eller en tiltalts rett til at andre ikke skal få innsyn i deler av et bevismateriale som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak. Dette tilsier at det er retten som burde sile ut forbudt eller fritatt materiale også i sivile saker.

For det andre kan et pålegg om bevistilgang ikke tvangsfullbyrdes overfor en part i en dispositiv sak. Tvangsfullbyrdelse kan kun benyttes overfor en tredjeperson i dispositive saker, og overfor en part i indispositive saker. Dette skiller sivile saker vesentlig fra straffesaker. En part i en dispositiv sak kan således nekte å legge frem et bevis som det er begjært bevistilgang til. Ettersom de fleste sivile saker er dispositive, og at de fleste begjæringer om bevistilgang blir rettet mot en part, vil retten ikke ha noen mulighet til å

tvinge en part til å fremlegge bevis i slike tilfeller. Når et rettslig pålegg om bevistilgang ikke kan tvangsfullbyrdes i en dispositiv sak, gir det liten mening å nekte parten selv å foreta utsilingen av forbudt eller fritatt materiale i tilfeller hvor parten ønsker å etterkomme rettens pålegg. Dette taler for at samme løsning ikke bør legges til grunn i sivile saker.

Etter dette foreligger det etter mitt syn gode grunner for at det er retten som bør sile ut opplysninger som omfattes av et bevisforbud eller et bevisfritak i sivile saker. Etter gjeldende rett er det imidlertid den part som begjæringen retter seg mot som skal gjøre dette.

3.7 Krav om forholdsmessighet, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd, jf. tvl. § 21-8

3.7.1 Generelt om forholdsmessighetskravet

Det sjette og siste vilkåret som må være oppfylt, er at det må være forholdsmessig å gi bevistilgang, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd. Her fremgår det at *”retten kan nekte bevistilgang etter første og annet ledd”* dersom bevistilgang vil medføre *”kostnader som ikke står i et rimelig forhold til tvisten”* og *”den mulige verdien av beviset”*. Bestemmelsen er en spesialbestemmelse av den alminnelige proporsjonalitetsregelen i tvl. § 21-8, jf. tvl. § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt.¹¹⁸ Hvorvidt det vil være forholdsmessig å pålegge noen å gi bevistilgang, beror på en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak.

3.7.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Forholdsmessighetsvurderingen skal skje på grunnlag av om *”kostnader”* forbundet med bevistilgangen står i et *”rimelig forhold”* til *”tvisten”* og *”den mulige verdien av beviset”*.

Det første momentet er *”kostnader”*. I forarbeidene fremgår det at dersom en begjæring om bevistilgang medfører betydelige omkostninger, for eksempel at det kreves utarbeidelse av en ny programvare, vil det som oftest være lite rimelig å pålegge noen å gi bevistilgang.¹¹⁹

¹¹⁸ Prp. side 467.

¹¹⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

Kostnadsmomentet kan imidlertid tale for at bevis tilgang skal skje, for eksempel i tilfeller hvor kostnadene ikke vil fremstå som uforholdsmessig når de holdes opp mot tvistens betydning.¹²⁰ I slike tilfeller kan retten kreve at den som fremsetter begjæringen, skal forskuttere utgiftene forbundet med bevis tilgangen.¹²¹ Dersom kravet er rettet mot en tredjeperson, vil denne få godtgjort utgiftene i medhold av lov 21 juli 1916 nr. 2 om vidners og sakkyndiges godtgjørelse mv. § 11.

Kostnadsmomentet kan få særlig betydning ved bevis tilgang til elektronisk lagret materiale. Som allerede nevnt kan det bli en svært omstendelig og kostnadskrevende prosess dersom for eksempel slettede datafiler skal gjenfinnes og gjenopprettet. Spesielt gjelder dette dersom det kreves bistand fra fagkyndig. I slike tilfeller vil det avgjørende være hvilke bevis som kan finnes i materialet som det ønskes tilgang til, samt hvilken betydning saken har.

Det andre momentet i forholdsmessighetsvurderingen er *”den mulige verdien av beviset”*. Ordlyden tilsier at det sentrale er hvilke faktiske opplysninger beviset antas å gi. Forarbeidene er taus om hva som menes med momentet. Formålet bak reglene om bevis tilgang tilsier imidlertid at det er tilstrekkelig at det er en mulighet for at det kan finnes bevis i det materialet som det begjæres bevis tilgang til, slik at det ikke kan oppstilles et krav om at det er avdekket et bevis.

Det tredje momentet i vurderingen er *”tvisten”*. Momentet tilsier at tvistens betydning skal vektlegges. Det er først og fremst tvistens betydning for partene det siktes til.¹²² Imidlertid må det også legges vekt på andres interesser i vurderingen, for eksempel behovet for rettsavklaring hos andre enn partene.¹²³ I vurderingen har både økonomiske og ikke-økonomiske interesser for partene eller tredjepersoner betydning, herunder bredere samfunnsinteresser.¹²⁴

Til slutt skal det være et *”rimelig forhold”* mellom omkostningene på den ene siden og tvistens betydning og den mulige verdien av beviset på den annen side. Momentet tilsier at

¹²⁰ NOU 2001: 32, Bind B, side 980.

¹²¹ Prp. side 467.

¹²² NOU 2001: 32, Bind B, side 949.

¹²³ NOU 2001: 32, Bind B, side 949.

¹²⁴ Monsen (2007) side 222.

retten må avveie disse momentene mot hverandre og deretter vurdere hvorvidt et pålegg om bevis tilgang vil være forholdsmessig. I forholdsmessighetsvurderingen har det betydning om begjæringen er rettet mot en part eller mot en tredjeperson. Generelt stilles det strengere krav til sakens parter om medvirkning til opplysning av saken, enn overfor tredjepersoner.¹²⁵

Momentet setter ikke bare en begrensning for en begjæring om bevis tilgang, men kan også være et argument for at en kostnadskrevende bevis tilgang skal gjennomføres i saker av stor betydning.¹²⁶

Det kan reises et spørsmål om hvilken terskel som gjelder for rettens adgang til å nekte å gi bevis tilgang til et material. Tvisteloven § 26-5 tredje ledd er taus om dette. Det skal som tidligere nevnt tungtveiende grunner til for å gi regler som skaper en risiko for at avgjørelsen i saken kan bli bygget på et uriktig faktisk grunnlag.¹²⁷ Hensynet til å oppnå materielt riktige avgjørelser tilsier at det må kunne oppstilles en hovedregel om at det skal gis bevis tilgang. Dette tilsier at det gjelder en høy terskel for at retten skal kunne nekte å gi bevis tilgang med henvisning til at dette vil være uforholdsmessig.¹²⁸

¹²⁵ Prp. side 467.

¹²⁶ Monsen (2007) side 219.

¹²⁷ NOU 2001: 32, Bind A, side 454.

¹²⁸ Monsen (2007) side 220.

4. Gjennomføring av pålegg om bevis tilgang i elektronisk lagret materiale

4.1 Generelt om hvordan bevis tilgang skal gjennomføres

Problemstillingen er hvordan den praktiske gjennomføringen av bevis tilgangen skal skje i elektronisk lagret materiale.

Tvisteloven gir hjemmel for to ulike måter å gi bevis tilgang på. For det første kan retten gi pålegg om *”å stille til rådighet som bevis”* gjenstander som vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie, jf. tvl. § 26-5 første ledd. For det andre kan retten gi pålegg om *”å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander”*, jf. tvl. § 26-5 annet ledd annet punktum.

I det følgende vil disse to alternative måter å gjennomføre bevis tilgangsplikten på behandles hver for seg.

4.2 *”stille til rådighet som bevis”*

Bevis tilgang i elektronisk lagret materiale kan for det første gjennomføres ved at den som begjæringen retter seg mot, *”stille[r] til rådighet som bevis”* det materialet som begjæringen gjelder.

Utgangspunktet er at den part som begjæringen retter seg mot, skal sende materialet inn til retten til gjennomgang. I forarbeidene fremgår det imidlertid at *”stille til rådighet”* ikke kan forstås slik at en part alltid har plikt til å sende materialet til retten. Plikten vil etter omstendighetene kunne oppfylles ved at motparten gis direkte adgang til beviset og selv får mulighet til å sørge for hva som skal fremlegges som bevis.¹²⁹ Plikten kan således gjennomføres ved at materialet sendes enten til retten eller direkte til motparten.

¹²⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

Verken ordlyden eller forarbeidene avklarer hvilket av disse alternativene som skal velges i det enkelte tilfellet. Det gis heller ingen veiledning om den praktiske gjennomføringen av alternativene. For eksempel er det ikke avklart om bevistilgangen skal skje gjennom fremleggelse av papirutskrift av materialet eller om det skal skje ved fremleggelse av en elektronisk kopi. Dette beror på den konkrete sak, og vil kunne variere med bevisgjensstandens art og hvilke behov for undersøkelser som gjør seg gjeldende i saken.¹³⁰

Når det gjelder den praktiske gjennomføringen, er det tidligere slått fast at bevismaterialet som utgangspunkt skal sendes inn til retten til gjennomgang, jf. tvl. § 26-7 tredje ledd. Dette vil gjelde i tilfeller hvor partene er uenig om relevansen av bevismaterialet eller hvor det knytter seg uenighet til innholdet av bevismaterialet. I tilfeller hvor det ikke er noen uenighet mellom partene, vil utgangspunktet bli et annet. Som foreskrevet i forarbeidene kan motparten da gis direkte adgang til materialet og selv plukke ut de bevis vedkommende vil fremlegge. Ved enighet er det ikke nødvendig med rettens mellomkomst, jf. ”*nødvendig utstrekning*” i tvl. § 26-7 tredje ledd.

Når det gjelder problemstillingen om hvordan bevismaterialet skal gjøres tilgjengelig, må utgangspunktet være at det er retten som i nødvendig utstrekning treffer nærmere bestemmelser i tilfelle tvist om dette, jf. tvl. § 26-7 tredje ledd. Ordlyden gir ingen veiledning med hensyn til hva retten skal legge vekt på ved avgjørelsen om hvordan bevismaterialet skal fremlegges. Lovens formål tilsier at retten må foreta en forholdsmessighetsvurdering, hvor særlig hensynet til sakens opplysning skal ivaretas på en mest mulig kostnadseffektiv måte, jf. tvl. § 1-1 annet ledd fjerde strekpunkt. Tilsvarende synspunkter fremgår av forarbeidene.¹³¹

En part kan av forskjellige grunner kreve at materialet skal bli stilt til rådighet i elektronisk format. Dette kan være begrunnet i at det er lettere å søke og navigere i elektroniske dokumenter. Den som begjæringen retter seg mot, kan tenkes å bestride et slikt krav med henvisning til forskjellige forhold, og ønsker å fremlegge materialet som papirutskrift. I et slikt tilfelle er det opp til retten å avgjøre hvordan materialet skal stilles til rådighet.

¹³⁰ Schei mfl. (2013) bind II, side 950.

¹³¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 982.

Dette reiser et spørsmål om den som begjærer bevis tilgang, kan kreve at materialet blir stilt til rådighet som elektronisk kopi.

Det som taler mot at materialet skal bli stilt til rådighet som elektronisk kopi, kan være at den som begjæringen retter seg mot, allerede har bevis materialet tilgjengelig som papirutskrift. I et slikt tilfelle vil et krav om elektronisk kopi medføre merarbeid for motparten. På den annen side er det uproblematisk å ta en elektronisk kopi av et material. I de fleste tilfeller er dette heller ikke særlig tidkrevende eller kostnadskrevenende. Av denne grunn kan ikke dette argumentet tillegges særlig stor vekt i rettens vurdering. Dersom det er tale om et omfattende materiale, kan dette alene tilsi at det gis bevis tilgang gjennom en elektronisk kopi av praktiske og økonomiske årsaker.

Et annet argument som taler mot å gi medhold i et krav om elektronisk kopi av materialet, er at muligheten for manipulasjon av elektronisk informasjon er større enn muligheten for manipulasjon av papirutskrifter. I tilfeller hvor det fremstår som sannsynlig at det er fare for manipulasjon, må dette argumentet tillegges en viss vekt i rettens vurdering.

Manipulasjonsmulighetene kan imidlertid motvirkes ved at det blir tatt to elektroniske kopier av materialet, hvor den ene blir sendt til retten.¹³²

Det som taler for at det skal gis medhold i et krav om elektronisk kopi av materialet, er for det første at tilgang til kun papirutskrift vil kunne begrense informasjonsverdien av bevis materialet. For eksempel vil man ikke få tilgang til metadata når bevis materialet kun gjøres tilgjengelig i papirutskrift. Som nevnt i punkt 1.4.2 kan metadata ha stor bevismessig betydning ved autentisering av elektroniske dokumenter.

For det andre taler prosessøkonomiske hensyn for at en part skal få medhold i et krav om elektronisk kopi av bevis materialet. Det er normalt arbeids- og kostnadsbesparende å stille materialet til rådighet i elektronisk format.¹³³ Dette gjelder spesielt i tilfeller hvor det er tale om et omfattende bevis material. Endelig taler det for å gi medhold i et krav om elektronisk kopi at dette er gunstig for den part som har begjært bevis tilgang. De nye søke- og

¹³² Monsen (2007) side 207.

¹³³ Monsen (2007) side 207-208.

navigasjonsmulighetene som elektronisk lagret materiale gir, vil gjøre det lettere å finne frem til relevante bevis i saken.

For at en part skal kunne dra nytte av søke- og navigasjonsmulighetene i et elektronisk lagret materiale, må det oppstilles et krav om at kopien er i samme format som originalfilen.

Forarbeidene gir støtte for at det kan oppstilles et slikt krav, hvor det blant annet fremgår at bevismaterialet må være *”slik innrettet at parten kan finne frem til det som er av interesse”*.¹³⁴ Begrunnelsen for dette er at dersom det kreves konvertering, kan dette medføre at søkemulighetene blir redusert i kopien sammenlignet med søkemulighetene i originalen. I tillegg kan konvertering medføre at metadata ikke blir inkludert i det nye filformatet.¹³⁵ At kopien skal være i samme format som originalen, kan således begrunnes i autentiseringshensyn.¹³⁶

For å unngå unødvendige kostnader bør den elektroniske kopien være i et format som kan åpnes uten at den som har begjært bevis tilgang, må gå til innkjøp av ny programvare for å få tilgang til materialet i lesbar form. Normalt vil dette være uproblematisk. De fleste personer og selskaper benytter stort sett samme typer programvarer eller en type programvare som er kompatibel til å konvertere materialet i lesbar form.¹³⁷

Oppsummert foreligger det en rekke gode grunner som tilsier at en part burde få medhold i et krav om at bevismaterialet skal gjøres tilgjengelig som elektronisk kopi. Retten må likevel foreta en konkret helhetsvurdering i den enkelte sak om hvordan materialet mest hensiktsmessig kan stilles til rådighet. Etter mitt syn bør det imidlertid foreligge tungtveiende grunner for at retten skal kunne nekte å gi medhold i et krav om elektronisk kopi.

¹³⁴ NOU 2001: 32, Bind B, side 982.

¹³⁵ Monsen (2007) side 208.

¹³⁶ Monsen (2007) side 208.

¹³⁷ Monsen (2007) side 208-209.

4.3 Pålegg om ”å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger”

For det andre kan bevis tilgangsplikten gjennomføres ved at retten gir pålegg om ”å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander”, jf. tvl. § 26-5 annet ledd annet punktum.

Bestemmelsen innebærer en endring i forhold til tvistemålsloven som kun ga hjemmel for bevis tilgang til gjenstander som forelå på det tidspunkt begjæring ble fremsatt.¹³⁸ Det kunne ikke kreves at noen skulle utarbeide sammenstillinger, utdrag, mv. av et materiale. Dersom slike sammenstillinger eller utdrag ikke forelå da begjæring om bevis tilgang ble fremsatt, gjaldt det ingen plikt til slik utarbeidelse.¹³⁹ Dette ble håndhevet svært strengt i praksis. Et eksempel på dette er avgjørelsen i Rt. 1989 s. 1385. Her kom Høyesterett til at et krav om at motparten skulle utarbeide og fremlegge en oversikt over sin VPS-konto, falt utenfor fremleggelsesplikten etter tvml. § 250.

Begrunnelsen for endringen i tvisteloven har direkte sammenheng med utbredelsen av datamaskiner og andre elektroniske lagringsmedium, og at informasjon i dagens samfunn i økende grad lagres elektronisk både privat og i arbeidslivet.¹⁴⁰ Tvistemålsutvalget var av den oppfatning at det burde etableres en plikt for den som har bevismaterialet, til å utarbeide sammenstillinger eller foreta annen bearbeidelse som kan hentes ut av et materiale som det kreves tilgang til.¹⁴¹ Dette blir i forarbeidene begrunnet med at:

”Det er en regel som passer bedre i et samfunn hvor viktig informasjon i stadig høyere grad lagres elektronisk, og hvor det i eksisterende programvarer ofte vil ligge vidtgående muligheter til å få ut bearbeidelser og sammenstillinger mv. som kan være av vesentlig bevisverdi i saken.”¹⁴²

¹³⁸ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

¹³⁹ Schei mfl. (2013) bind II, side 953.

¹⁴⁰ Prp. side 467.

¹⁴¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

¹⁴² NOU 2001: 32, Bind B, side 979.

Verken ordlyden eller forarbeidene utdyper hva som menes med ”*sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding*”. Hensett til begrunnelsen for den nye regelen og formålet bak den, må det antas at det først og fremst siktes til de muligheter for bearbeidelser og sammenstillinger som lagringsmediet gir. Dette kan for eksempel dreie seg om indeksering av e-postkorrespondanse, utarbeidelse av regnskapsoppstillinger eller systematisering av elektronisk lagret materiale etter nærmere fastsatte kriterier, eksempelvis dato, emne, verditall, mv.¹⁴³

De nye søke- og navigasjonsmulighetene som elektroniske lagringsmedier fører med seg, gjør det naturlig at det oppstilles en plikt til å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av materialet. Konsekvensen av mangel på en slik regel ville vært at viktig informasjon om faktiske forhold i saken ikke ville ha blitt fremlagt som bevis, selv om disse var lagret elektronisk. Dette ville ha medført en risiko for at avgjørelsen ble truffet på uriktig faktisk grunnlag. I tillegg ville mangel på en slik regel medføre at loven ikke var i takt med samfunnsutviklingen.

Utarbeidelser av sammenstillinger og utdrag kan være særlig praktisk ved bevis tilgang til e-postkorrespondanse. Ved å begrense innsynet i korrespondansen til for eksempel en oversikt over hvem e-postene er sendt til og fra, samt temaet for korrespondansen, kan dette bidra til å begrense noen personvernmessige utfordringer som oppstår ved bevis tilgang i e-postkorrespondanse.¹⁴⁴ Gjennom slike bearbeidelser forebygges risikoen for at motparten får innsyn i informasjon som ikke vedkommer saken, for eksempel private opplysninger.

Det er vanskelig å trekke en grense for hvor langt rettens kompetanse til å gi pålegg etter tvl. 26-5 annet ledd annet punktum rekker. Hvor langt plikten rekker, vil bero på en forholdsmessighetsvurdering. Her vil særlig bevisverdien, sakens betydning for partene og kostnadene stå sentralt. I tilfeller hvor en part på en relativ enkel og billig måte kan utarbeide en sammenstilling eller bearbeide elektronisk lagret materiale, vil dette tilsi at retten pålegger parten å gjøre dette. På den annen side vil det tale mot et slikt pålegg dersom dette blir svært tidkrevende eller kostnadskrevende for parten, sammenlignet med sakens betydning og den antatte bevisverdien. Hvilket resultat retten kommer til, vil således variere fra sak til sak.

¹⁴³ Monsen (2007) side 209.

¹⁴⁴ Astrup Hjort (2008) side 173.

5. Virkninger av manglende oppfyllelse av pålegg om å gi bevisatilgang

5.1 Generelt om virkningene

Dersom en part eller en tredjeperson ikke etterkommer et rettslig pålegg om å gi bevisatilgang, kan dette medføre forskjellige sanksjoner.

De ulike sanksjonsmulighetene er viktig for å understreke alvorret i plikten til å gi bevisatilgang. Det skal ikke lønne seg for en part å ikke etterkomme et rettslig pålegg. Dersom det ikke fantes sanksjonsregler, ville ikke plikten til å gi bevisatilgang ha vært effektiv. De ulike sanksjonsmulighetene er således et viktig sett med regler. Konsekvensen av manglende sanksjonsmuligheter, ville ha medført at sentrale bevis ikke ble lagt frem i retten, og at en part på den måten hadde sett seg tjent med å nekte å gi bevisatilgang. Dette ville innebære en risiko for at saken ble truffet på uriktig faktisk grunnlag. En slik risiko skal så langt som mulig unngås.¹⁴⁵

Både tvisteloven og andre lover gir retten mulighet til å ilegge en part eller en tredjeperson sanksjoner dersom et rettslig pålegg om å gi bevisatilgang ikke etterkommes. Manglende oppfyllelse kan blant annet få betydning i rettens frie bevisbedømmelse, kan medføre straff- og erstatningsansvar, kan gi grunnlag for tvangsfullbyrdelse, og retten kan på nærmere angitte vilkår avvise saken eller avsi fraværdsdom. I det følgende redegjøres det for disse sanksjonsmulighetene hver for seg.

5.2 Sanksjoner ved manglende oppfyllelse av rettslig pålegg om å gi bevisatilgang

5.2.1 Rettens frie bevisbedømmelse

En konsekvens av at retten ikke er bundet av lovregler i bevisbedømmelsen, er at når en part nekter å gi bevisatilgang til tross for et rettslig pålegg, kan retten legge vekt på dette i

¹⁴⁵ NOU 2001: 32, Bind A, side 454.

bevisbedømmelsen i saken. Hvor stor vekt retten skal tillegge nektelsen, kommer an på hvor stor betydning den manglende oppfyllelsen blir tillagt i bevisvurderingen.¹⁴⁶

Det kan anføres flere gode grunner for at retten vektlegger en nektelse av å gi bevistilgang i partens disfavør i den frie bevisbedømmelsen. For det første tilsier hensynet til at det blir truffet materielt riktige avgjørelser at en slik nektelse skal være til ugunst for parten i bevisbedømmelsen.¹⁴⁷ Konsekvensen av nektelsen er at det oppstår en risiko for at avgjørelsen blir truffet på uriktig faktisk grunnlag. Videre er det sannsynlig at parten i de fleste tilfeller nekter å gi bevistilgang som følge av at beviset vil være til vedkommendes ugunst i saken.

Disse hensyn leder over til alminnelige prevensjons- og reparasjonsbetraktninger.¹⁴⁸ Hensynene tilsier at risikoen for at avgjørelsen blir truffet på uriktig faktisk grunnlag, skal plasseres hos den part som har skapt denne risikoen, nærmere bestemt den part som nekter å etterkomme et rettslig pålegg om å gi bevistilgang.

For det tredje kan det anføres at den som unnlater å etterkomme et rettslig pålegg, ikke bør tillates å profitere på denne nektelsen.¹⁴⁹ En part ville ha sett seg tjent med å nekte å gi bevistilgang til et bevis som er til vedkommendes ugunst, dersom dette ikke ville fått noen konsekvenser. Dette ville vært tilfellet dersom retten måtte se helt bort fra nektelsen i den frie bevisbedømmelsen. På den annen side bør imidlertid retten være forsiktig med å tillegge nektelsen for mye vekt i partens disfavør. Begrunnelsen for dette er at retten vanskelig kan ha noen formening om hvor viktig et bevis er, ettersom retten ikke har sett beviset som følge av manglende bevistilgang. Risikoen for at retten legger for mye vekt på nektelsen, er imidlertid en risiko som parten selv bør bære.

¹⁴⁶ Monsen (2007) side 227.

¹⁴⁷ Monsen (2007) side 227.

¹⁴⁸ Monsen (2007) side 227.

¹⁴⁹ Monsen (2007) side 227.

5.2.2 Straff- og erstatningsansvar, jf. domstolloven § 209

En tredjeperson som ikke oppfyller et rettslig pålegg om å gi bevis tilgang, kan ilegges straff- og erstatningsansvar i medhold av domstolloven § 209. Det fremgår av bestemmelsen at dersom en tredjeperson unnlater ”at etterkomme et paalæg fra retten om at fremlægge eller gi tilgang til realbevis” og ”han ikke opgir nogen grund eller bare opgir en grund, som er forkastet ved retskraftig kjendelse, kan han ilægges straf og erstatningsansvar”.

Det følger forutsetningsvis av bestemmelsen at skyldkravet er forsett, ettersom vedkommende nødvendigvis vil være klar over at han eller hun nekter å avgi forklaring, avgi forsikring eller etterkomme et pålegg om å gi bevis tilgang.¹⁵⁰ Forutsetningen for ileggelse av både straffansvar og erstatningsansvar er at den oppgitte grunnen for nektelsen er forkastet av retten ved en retskraftig avgjørelse.¹⁵¹ Videre er det antatt at et eventuelt erstatningsansvar bare omfatter økte omkostninger som er påført parten eller andre.¹⁵² Dette innebærer at andre former for økonomisk tap faller utenfor bestemmelsens virkeområde.¹⁵³ Straff- og erstatningsansvar er ikke aktuelt å ilegge en part som nekter å etterkomme et pålegg fra retten.¹⁵⁴

Det foreligger svært lite praksis fra Høyesterett og de underordnede instanser om ileggelse av erstatningsansvar og straffansvar i medhold av dl. § 209. Fra dette kan det utledes at disse sanksjonsmulighetene er svært lite brukt i praksis. Dette har antakelig sammenheng med at retten har andre og mer effektive sanksjonsmidler til sin disposisjon dersom en tredjeperson ikke etterkommer et pålegg, for eksempel tvangsfullbyrdelse. I tillegg må det antas at terskelen for å ilegge straff- og erstatningsansvar i medhold av dl. § 209 ligger svært høyt. På denne bakgrunn kan ikke bestemmelsen etter mitt syn anses for å være en effektiv sanksjon mot en tredjeperson som ikke etterkommer rettens pålegg om å gi bevis tilgang.

¹⁵⁰ Anders Bøhn, *Domstolloven – kommentarutgave*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo 2013, side 863 (heretter forkortet Bøhn 2013).

¹⁵¹ Bøhn (2013) side 864.

¹⁵² Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) side 304.

¹⁵³ Bøhn (2013) side 864.

¹⁵⁴ Monsen (2007) side 226-227.

5.2.3 Tvangsfullbyrdelse, jf. tvl. § 26-8

På visse vilkår kan et rettslig pålegg om å gi tilgang til bevis tvangsfullbyrdes. Dette innebærer at det aktuelle materialet blir tatt ut av partens eller tredjepersonens rådighet, og deretter blir gjort tilgjengelig for bevisføring.

I tvl. § 26-8 første ledd bestemmes det at hvis en som ikke er part nekter å etterkomme en rettskraftig kjennelse om å gi bevis tilgang, *”kan retten treffe avgjørelse om at kjennelsen skal tvangsfullbyrdes”*.

Bestemmelsen er en videreføring av tvml. § 257 og § 258 annet ledd. Bestemmelsene regulerte rettens adgang til å beslutte tvangsgjennomføring av kjennelser om tilgang til bevis.¹⁵⁵ Tvisteloven § 26-8 første ledd gjelder når noen som ikke er part i saken, har plikt til å gi bevis tilgang.¹⁵⁶ Hvis pålegget er rettet mot en part i en dispositiv sak, kan tvangsfullbyrdelse ikke anvendes.¹⁵⁷ Som nevnt ovenfor kan imidlertid retten tillegge manglende fremleggelse vekt ved bevisbedømmelsen.

Det er overlatt til rettens skjønn å avgjøre om bevis tilgang er så viktig at tvangsfullbyrdelse bør anvendes.¹⁵⁸ En slik avgjørelse vil være av sterk skjønnsmessig karakter, og kan for den skjønnsmessige avveiningen ikke angripes, jf. tvl. § 29-3 annet ledd.¹⁵⁹ Sentrale momenter i denne vurderingen er blant annet hensynet til at avgjørelsen blir truffet på riktig faktisk grunnlag, sakens betydning for partene og bevisets antatte betydning for avgjørelsen.

Som ovenfor nevnt kan ikke tvangsfullbyrdelse i medhold tvl. § 26-8 første ledd anvendes overfor en part i dispositive saker. I indispositive saker er regelen en annen, jf. tvl. § 11-4, jf. tvl. § 21-3 annet ledd. I slike saker gir tvl. § 26-8 annet ledd hjemmel for tvangsfullbyrdelse. Begrunnelsen for dette er at andre interesser enn partenes har betydning i saken, og retten har da en særlig plikt til å sørge for et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag.¹⁶⁰

¹⁵⁵ NOU 2001: 32, Bind B, side 982.

¹⁵⁶ Schei mfl. (2013) bind II, side 964.

¹⁵⁷ Monsen (2007) side 226.

¹⁵⁸ Schei mfl. (2013) bind II, side 964.

¹⁵⁹ Schei mfl. (2013) bind II, side 964.

¹⁶⁰ Prp. side 468.

5.2.4 Fravær i saken, jf. tvl. §§ 16-7, 16-9 og 16-10

Tvisteloven inneholder også en sanksjon mot pliktbrudd som ikke fulgte av tvistemålsloven. Etter tvl. § 16-7 annet ledd kan en part som har unnlatt å foreta en prosesshandling, ilegges forelegg som fastsetter at manglende oppfyllelse vil bety ”*fravær i saken*” om prosesshandlingen ikke foretas innen en bestemt angitt frist.¹⁶¹

Dersom en part blir ansett for å ha fravær i saken, kan dette lede til avvisning av saken i medhold av tvl. § 16-9, eller at retten avsier fraværdom i medhold av tvl. § 16-10. Begge disse reaksjonene har store konsekvenser for en part.

For at en part skal anses for å ha fravær i saken, må retten først ha utstedt et såkalt fristforelegg til den part som nekter å gi bevis tilgang, jf. tvl. § 16-7 annet ledd første punktum. Dette er et pålegg fra retten om å foreta en prosesshandling med trussel om fraværsvirkning hvis fristen ikke blir overholdt. Dersom parten oversitter fristen, inntreer fraværsvirkninger som omhandlet i tvl. § 16-6 første og annet ledd.

Formålet med de nye reglene om fristforelegg i tvisteloven er et behov for mer effektive sanksjoner mot en parts unnlattelse av å gi bevis tilgang. Reglene er således ment å legge til rette for en mer effektiv håndhevelse av plikten.¹⁶² I forarbeidene blir regelen begrunnet med at allerede tilgjengelige sanksjoner ikke ble ansett for å være tilstrekkelige mot en parts pliktbrudd. Det blir i denne forbindelse vist til at bestemmelsene om rettergangsstraff i domstolloven blir anvendt svært sjeldent i praksis.¹⁶³ De nye sanksjonene er med på å understreke tvistelovens økte oppmerksomhet på partenes sannhets- og opplysningsplikt.¹⁶⁴

For at retten skal kunne utstede fristforelegg, og dermed for at retten skal kunne avvise en sak eller kunne avsi fraværdom, må en rekke vilkår være oppfylt. Initiativ til utstedelse av fristforelegg kan komme både fra en part og fra retten.¹⁶⁵

¹⁶¹ NOU 2001: 32, Bind B, side 915.

¹⁶² NOU 2001: 32, Bind B, side 915.

¹⁶³ NOU 2001: 32, Bind B, side 915.

¹⁶⁴ Monsen (2007) side 228.

¹⁶⁵ Skoghøy (2014) side 703.

Dersom initiativet til utstedelse av fristforelegg kommer fra en part, er det for det første et vilkår at parten fremsetter en begjæring om dette, jf. tvl. § 16-7 annet ledd annet punktum. Dersom saken gjelder flere krav, og den manglende prosesshandling bare har betydning for ett av disse, må fristforelegget begrenses til å gjelde det aktuelle kravet.¹⁶⁶ En eventuell avvisning av saken eller avsigelse av fraværdom vil således være begrenset til dette.¹⁶⁷

For det andre er utstedelse av fristforelegg betinget av at vedkommende part har *”unnlatt å foreta en [...] prosesshandling”*, jf. tvl. § 16-7 annet ledd første punktum. Fraværsvirkningen knytter seg således til den fortsatte unnlattelse av å foreta en prosesshandling.¹⁶⁸ Av denne grunn bør retten fastsette en endelig frist i fristforelegget for gjennomføring av bevis tilgangen.¹⁶⁹

Det tredje vilkåret for at retten skal kunne utstede fristforelegg, er at tilgang til bevis må være av *”vesentlig betydning for motparten”* eller *”nødvendig for en forsvarlig behandling av saken”*. Ved pålegg om bevis tilgang kan det bli en flytende grense mellom disse alternativene. I forarbeidene synes imidlertid departementet å forutsette at sistnevnte alternativ vil være det mest aktuelle ved pålegg om bevis tilgang.¹⁷⁰ I dispositive saker kan det imidlertid fremstå som mer treffende å bygge på alternativet om at det må være av *”vesentlig betydning for motparten”* at det gis bevis tilgang.¹⁷¹

Terskelen for at retten skal kunne utstede fristforelegg er høy, jf. *”vesentlig”*. Gode grunner taler for at det bør oppstilles en høy terskel. Begrunnelsen er at det vil være inngripende for en part dersom hans sak blir avvist eller dersom det blir avsagt fraværdom mot vedkommende.¹⁷²

Hvorvidt bevis tilgang vil være av *”vesentlig betydning”* for den begjærende part, vil bero på en konkret helhetsvurdering. I denne vurderingen må retten blant annet se hen til hvor

¹⁶⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 915.

¹⁶⁷ Prp. side 425.

¹⁶⁸ Skoghøy (2014) side 703.

¹⁶⁹ Monsen (2007) side 228.

¹⁷⁰ Prp. side 469.

¹⁷¹ Monsen (2007) side 228.

¹⁷² Monsen (2007) side 228.

nærliggende det er at bevis tilgang vil avdekke bevis, og hvilken bevisverdi disse vil ha for opplysning av sakens faktiske forhold.¹⁷³ Jo mer nærliggende det er at sentrale bevis vil bli avdekket, desto mer taler i retning av at bevis tilgang vil være av ”*vesentlig betydning*” for parten.¹⁷⁴ Generelt vil hensynet til at det blir truffet riktige avgjørelser, tilsi at det utstedes et fristforelegg når en part av forskjellige grunner nekter å gi tilgang til bevis. På den annen side må retten ta hensyn til at en avvisning av saken eller avsigelse av fraværdom vil være en svært inngripende reaksjon mot en part. Etter mitt syn kan ikke dette være et avgjørende moment. Spesielt gjelder dette i tilfeller hvor motparten ikke oppgir noen god grunn for å nekte å gi bevis tilgang. Som tidligere nevnt skal ikke parten profittere på nektelsen. Parten bør selv bære risikoen for de virkninger dette medfører.

Dersom plikten til å gi bevis tilgang blir bestridt av en part, er det for det fjerde et vilkår at ”*plikten er bindende fastslått*”, jf. tvl. § 16-7 tredje ledd. Det fremgår av forarbeidene at retten ikke kan utstede fristforelegg før plikten er endelig avgjort.¹⁷⁵ De fleste tvister av denne art vil typisk gjelde bevisføringen, herunder plikten til å gi bevis tilgang. En slik avgjørelse skal treffes ved kjennelse, jf. tvl. § 19-1 annet ledd bokstav d. Rettens kjennelse kan overprøves i medhold av tvl. § 29-3 første ledd. Hensynet til en parts rettssikkerhet må derfor antas å være betryggende ivaretatt ved saksbehandlingen og overprøvingsadgangen.¹⁷⁶

Forutsatt at disse vilkår er oppfylt, ”*kan retten*” utstede fristforelegg, jf. tvl. § 16-7 annet ledd første punktum. Ordlyden tilsier at retten ikke har noen plikt til å utstede fristforelegg, men at dette beror på en skjønnsmessig vurdering, jf. ”*kan*”.

Preventive hensyn kan tilsi at det bør oppstilles en hovedregel om at retten skal utstede fristforelegg dersom vilkårene er oppfylt.¹⁷⁷ Imidlertid finnes det ikke belegg for å oppstille en slik hovedregel verken i ordlyden eller i forarbeidene. Dette tilsier at en slik hovedregel ikke kan oppstilles. Dette støttes opp av at fristforelegg kan få alvorlige konsekvenser for den

¹⁷³ Monsen (2007) side 228.

¹⁷⁴ Monsen (2007) side 228.

¹⁷⁵ Prp. side 425.

¹⁷⁶ NOU 2001: 32, Bind B, side 916.

¹⁷⁷ Monsen (2007) side 229.

part som forelegget er rettet mot.¹⁷⁸ Det er flere gode grunner for at det er opp til rettens skjønnsmessige vurdering å avgjøre hvorvidt det skal utstedes fristforelegg.

For det første vil skadevirkningen av manglende oppfyllelse av pålegget variere fra sak til sak. Manglende oppfyllelse kan ha mer eller mindre ”vesentlig betydning for motparten”.¹⁷⁹ Den konkrete skadevirkningen i den enkelte sak har betydning i forbindelse med at sanksjonen skal være proporsjonal i forhold til overtredelsen.¹⁸⁰ Dette innebærer at dersom skadevirkningen for motpartens sak kan repareres ved en mindre inngripende sanksjon, for eksempel ved kun å tillegge nektelsen vekt i den frie bevisvurderingen, taler tungtveiende grunner mot at retten utsteder et fristforelegg.¹⁸¹ På den annen side vil det tale i retning av at retten skal utstede et fristforelegg dersom bevismaterialet for øvrig tilsier at en sanksjon mot en nektelse av å gi bevis tilgang ikke kan gjennomføres på en mindre inngripende måte.¹⁸² Dette støttes opp av uttalelser i forarbeidene:

*”Det vil ofte ikke være noen fullgod løsning å falle tilbake på at man kan ta hensyn til partenes nektelse gjennom den frie bevisvurderingen. Det kan være vanskelig å ha noen formening om hvor viktig et bevis er før man har sett det. Utstedes det ikke fristforelegg, vil det kunne skape en risiko for at den parten som holder tilbake bevis til syvende og sist vil profittere på dette. Det er ingen god ordning”.*¹⁸³

For det andre kan det også være nødvendig for retten i vurderingen å ta i betraktning subjektive forhold.¹⁸⁴ Ettersom både avvisning av saken og avsigelse av fraværdom er inngripende for en part, tilsier dette at det bør oppstilles et krav om klart bevis for subjektiv skyld på den nektende parts side.¹⁸⁵ Hvis begrunnelsen for nektelsen viser seg å være for eksempel en rettsvillfarelse hos parten, er det liten grunn til å beskytte vedkommende mot de negative

¹⁷⁸ Monsen (2007) side 229.

¹⁷⁹ Monsen (2007) side 229.

¹⁸⁰ Monsen (2007) side 229.

¹⁸¹ Monsen (2007) side 229.

¹⁸² Monsen (2007) side 229.

¹⁸³ NOU 2001: 32, Bind B, side 982.

¹⁸⁴ Monsen (2007) side 229.

¹⁸⁵ Monsen (2007) side 229.

virkningene som et fristforelegg kan medføre.¹⁸⁶ For eksempel hevder parten at han eller hun ikke *”kan skaffe til veie”* elektronisk lagret materiale som er slettet fra vedkommendes datamaskin, og hvor det trengs fagkyndig bistand for å gjenfinne og gjenopprette materialet. Dette vil være en feil forståelse av lovens vilkår, noe den nektende part selv bør bære risikoen for.

På den annen side kan situasjonen være slik at det knytter seg tvil til om parten har tilgang til det bevis som begjæringen gjelder. Tvilen har da ikke vært et avgjørende moment i rettens vurdering av om det skulle gis pålegg om å gi bevis tilgang. Tvil om at parten har tilgang til beviset eller om bevisets eksistens, kan imidlertid bli et avgjørende moment ved rettens vurdering av om det skal utstedes fristforelegg.¹⁸⁷ En slik forståelse støttes opp av uttalelser i forarbeidene:

*”[D]et er grunn til å utvise varsomhet [med] å utstede fristforelegg hvor man ikke helt kan se bort fra at de aktuelle bevis ikke eksisterer eller at det ikke er mulig for parten å skaffe dem til veie, men hvor man likevel ikke har kunnet legge dette til grunn i den avgjørelse som pålegger tilgang til bevis”.*¹⁸⁸

Uttalelsen kan tas til inntekt for at retten må ta i betraktning en eventuell tvil om bevisets eksistens i vurderingen av om det skal utstedes fristforelegg.

Som gjennomgangen viser, beror utstedelse av fristforelegg på om de fire vilkår er oppfylt, samt en skjønnsmessig helhetsvurdering fra retten. Virkningene av at fristforelegg blir utstedt og at fristen i forelegget ikke overholdes, er at parten blir ansett for å ha fravær i saken, jf. tvl. § 16-7 annet ledd. Dersom retten utsteder fristforelegg, skal dette *”forkynnes for den som har fristen”* og *”meddeles i tillegg en part som har prosessfullmektig”*, jf. tvl. § 16-7 fjerde ledd. Bakgrunnen for kravet er de alvorlige konsekvenser en fortsatt forsømmelse vil ha for parten.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Monsen (2007) side 229.

¹⁸⁷ Monsen (2007) side 229-230.

¹⁸⁸ NOU 2001: 32, Bind B, side 982.

¹⁸⁹ NOU 2001: 32, Bind B, side 916.

Fraværsvirkningen består i at saken på nærmere angitte vilkår kan avsluttes til ugunst for parten. Hvordan saken skal avsluttes, beror på partsstillingen og domstolens plass i instansrekkefølgen.¹⁹⁰

Hvis det er saksøkeren som ikke oppfyller et pålegg, og som blir ansett for å ha fravær i medhold av tvl. § 16-7 annet ledd, kan saken avvises etter tvl. § 16-9.¹⁹¹ Konsekvensen av slik avvisning er at det ikke kan reises ny sak om samme krav, jf. tvl. § 16-9 første ledd annet punktum. Avvisning av saken gjelder uavhengig av om saken er dispositiv eller indispositiv.¹⁹²

Hvis det er den saksøkte som blir ansett for å ha fravær i saken i medhold tvl. § 16-7 annet ledd, kan det avsies fraværdom i medhold av tvl. § 16-10.¹⁹³ Slik fraværdom kan avsies hvis saksøkeren kan *”gis medhold fullt ut eller i det vesentlige”*, og skal bygge på saksøkerens påstandsgrunnlag såfremt dette ikke fremstår som *”åpenbart uriktig”*, jf. tvl. § 16-10 annet ledd. I tillegg kreves det at fraværdom er begjært av saksøker, og at saksøkte er gjort kjent med konsekvensen av at det kan avsies fraværdom.

De virkninger som følger av fristforsømmelser eller møtefravær under domstolsbehandling, kan i begge tilfeller hindres eller repareres ved at retten kan gi oppfriskning i medhold av tvl. § 16-6. Dette går jeg ikke nærmere inn på.

¹⁹⁰ Skoghøy (2014) side 704.

¹⁹¹ Se også Skoghøy (2014) side 705.

¹⁹² Prp. side 426.

¹⁹³ Se også Skoghøy (2014) side 706-707.

6. Kilder

6.1 Juridisk litteratur

- Astrup-Hjort (2008) Maria Astrup Hjort, ”Regulering av e-post som bevis etter den nye tvisteloven – praktiske og rettslige utfordringer”, *Yulex*, 2008, side 163-185.
- Bernt & Doublet (1998) Jan Fridthjof Bernt og David R. Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Bergen 1998.
- Bøhn (2013) Anders Bøhn, *Domstoloven med kommentarer*, 2.utgave, Oslo 2013.
- Eckhoff (2001) Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5.utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001.
- Hov (2009) Jo Hov, *Innføring i prosess*, Oslo 2009.
- Monsen (2007) Erik Monsen, ”Bevistilgang til elektronisk lagret material”, *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007, side 194-235.
- Mæland (2013) Henry John Mæland, *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3.utgave, Bergen 2013.
- Robberstad (2012) Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2.utgave, Oslo 2012.
- Schei mfl. (2013) Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven – kommentarutgave*, bind I og II, 2.utgave, Oslo 2013.

Skoghøy (1994)	Jens Edvin A. Skoghøy, ”Rett, politikk og moral”, <i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i> , 1994, side 837-881.
Skoghøy (2001)	Jens Edvin A. Skoghøy, <i>Tvistemål</i> , 2.utgave, Oslo 2001.
Skoghøy (2014)	Jens Edvin A. Skoghøy, <i>Tvisteløsning</i> , 2.utgave, Oslo 2014.
Wessel-Aas (2012)	Jon Wessel-Aas, <i>Jus og sosiale medier</i> , Oslo 2013.

6.2 Lovgivning

Domstolloven (dl.)	Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene.
Ekomloven (e-koml.)	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon.
Ekteskapsloven (el.)	Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap.
Pasientrettighetsloven (pasrl.)	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter.
Rettsgebyrloven	Lov 17. desember 1982 nr. 86 om rettsgebyr.
Straffeprosessloven (strpl.)	Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
Tvisteloven (tvil.)	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.
Tvistemålsloven (tvml.)	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

Lov 21.juli 1916 nr. 2 om vidners og sakkyndiges
godtgjørelse m.v.

6.3 Forarbeider

NOU 2001: 32 Bind A

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak. Lov om
tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2001: 32 Bind B

NOU 2001: 32, Bind B, Rett på sak. Lov om
tvisteløsning (tvisteloven).

Prp.

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

Ot. prp. nr. 65 (1990-1991)

Ot.prp. nr. 65 (1990-1991) om tvangsfullbyrding og
midlertidig sikring (tvangsfullbyrdelsesloven).

6.4 Rettspraksis

Rt. 1979 s. 1696.

Rt. 1983 s. 1438.

Rt. 1989 s. 1385.

Rt. 1992 s. 962.

Rt. 1994 s. 932.

Rt. 1996 s. 1768.

Rt. 1997 s. 736.

Rt. 1998 s. 58.

Rt. 1999 s. 1066.

Rt. 1999 s. 1239.

Rt. 2004 s. 442.

Rt. 2004 s. 1467.

Rt. 2007 s. 920.

Rt. 2009 s. 630.
Rt. 2010 s. 774.
Rt. 2010 s. 1409.
Rt. 2011 s. 435.
Rt. 2011 s. 753.
Rt. 2012 s. 410.
Rt. 2013 s. 1282.
Rt. 2013 s. 1719.

LB-2010-149042.

6.5 Elektroniske kilder

Definisjon av ”elektronisk lagringsmedium”: http://snl.no/elektronisk_lagringsmedium

Forskerprofil til Maria Astrup Hjort, stipendiat ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo: <http://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/mariash/>

E-postkorrespondanse med Maria Astrup Hjort, 17. januar 2014.