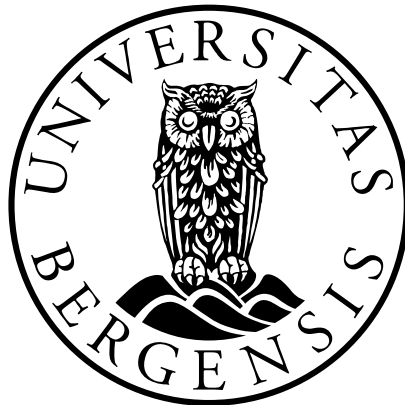


Den sorterendes rolle i bevissikringsaker etter tvisteloven kapittel 28

Kandidatnummer: 149

Antall ord: 14215



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

3. juni 2019

Innholdsfortegnelse

| | |
|---|----|
| Innholdsfortegnelse | 1 |
| 1 Innledning..... | 3 |
| 1.1 Tema for avhandlingen..... | 3 |
| 1.2 Kort om gangen i en bevissikringssak..... | 4 |
| 1.3 Rettslig grunnlag for gjennomføringen av bevissikring..... | 4 |
| 1.4 Gjennomføringen i praksis | 5 |
| 1.5 Rettskildebildet og metodiske utfordringer | 8 |
| 2 Nærmere om den sorterendes rolle..... | 11 |
| 2.1 Den sorterendes primære oppgave | 11 |
| 2.2 Grensedragningen mot en sakkyndig | 13 |
| 2.3 Rettspraksis om den sorterendes rolle | 14 |
| 2.4 Oppsummert | 18 |
| 3 Den sorterendes mandat | 20 |
| 3.1 Mandatets formål..... | 20 |
| 3.2 Endre et mandat..... | 21 |
| 3.3 Supplere et mandat | 23 |
| 4 Betenkeligheter ved at den sorterende får innsyn i dokumentasjon underlagt bevisfritak eller bevisforbud..... | 26 |
| 4.1 Innledende betraktninger..... | 26 |
| 4.2 Det rettslige grunnlaget for innsyn i taushetsbelagt informasjon..... | 27 |
| 4.3 Den sorterendes uavhengige og upartiske rolle..... | 29 |
| 4.3.1 Forhold som kan påvirke den sorterendes uavhengighet og upartiskhet..... | 29 |
| 4.3.2 Risikoen for at den sorterende tar parti med en av partene | 30 |
| 4.3.3 Bruk av informasjon for egen vinning | 31 |
| 4.4 Konsekvenser for etterfølgende forklaring i rettssak | 32 |
| 5 Innsyn i inkriminerende informasjon | 35 |
| 5.1 Utgangspunkt | 35 |
| 5.2 Unntak fra taushetsplikten..... | 35 |
| 5.2.1 Plikt til å utlevere informasjon om straffbare handlinger..... | 36 |
| 5.2.2 Rett til å utlevere informasjon om straffbare handlinger | 37 |
| 5.2.3 Rettspolitiske bemerkninger..... | 39 |

| | | |
|-----|---|----|
| 5.3 | Sanksjoner ved brudd på taushetsplikten | 40 |
| 6 | Avslutning | 42 |
| | Kildeliste | 44 |

1 Innledning

1.1 Tema for avhandlingen

Bevissikring etter tvisteloven (tv1.) kapittel 28 er et institutt i fremmarsj.¹ Vilkårene for bevissikring følger av tv1. § 28-2. Bestemmelsen åpner for at en privat part kan begjære bevissikring utenfor rettssak. Begrunnelsen for adgangen til å begjære bevissikring forut for en rettssak er for det første, for at parten skal få mulighet til å vurdere sin rettslige posisjon overfor en motpart. På denne måten unngås det at det tas ut søksmål på uholdbart grunnlag. For det andre, begrunnes adgangen i et behov for å sikre bevis som lett kan manipuleres eller bli ødelagt. Tvisteloven kapittel 28 regulerer imidlertid ikke den nærmere fremgangsmåten for hvordan bevissikring skal foregå når det er store mengder informasjon som skal sikres. Slik informasjon er i dagens samfunn oftest digitalt lagret, og sikres av denne grunn ved speilkopiering. Bruk av speilkopier ved bevissikring forutsetter at relevante bevis sorteres ut, slik at den begjærende part (rekvirenten) kan kreve tilgang til dem. Bevissikring nødvendiggjør etter dette en sorteringsfase. Den vanlige fremgangsmåten i rettspraksis er at det oppnevnes en uavhengig tredjeperson til å foreta sorteringen av det sikrede materialet. Denne personen vil i avhandlingen omtales som en sorterende. Fremgangsmåten gir den det sikres bevis hos (rekvisitus) et vern mot at rekvirenten får innsyn i filer som ikke vedkommer saken.

Sorteringsfasens manglende lovfesting medfører at det ikke eksisterer klare rettslige rammer for bruk av en sorterende. Hovedtrekkene for sorteringsfasen har etter hvert blitt noe klarere i rettspraksis, men det er fortsatt lite fokus på den sorterendes rolle. I denne forbindelse oppstår det flere rettslige problemstillinger. Et første spørsmål er hvilken funksjon den sorterende har, og hvordan funksjonen påvirker rammene for vedkommendes arbeid. Svaret på dette spørsmålet får igjen betydning for hvordan den sorterendes mandat skal utformes. Et neste spørsmål er hvordan den sorterende skal forholde seg til informasjon underlagt bevisforbud eller bevisfritak, og hvilke rettigheter og plikter den sorterende har dersom det avdekkes inkriminerende informasjon som ikke vedgår den aktuelle saken.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

De uklare rammene rundt den sorterendes rolle i bevissikringsaker medfører at prosessen blir lite forutberegnelig. Da bevissikring vil kunne oppfattes som et inngripende virkemiddel er det viktig at gjennomføringen, herunder sorteringsfasen, har klare rettslige rammer. Behovet for et rettslig rammeverk forsterkes ytterligere av at den sorterende selv vil ha bruk for klare retningslinjer for sitt arbeid. Dersom sensitiv eller inkriminerende informasjon avdekkes, vil den sorterende stå overfor et dilemma vedrørende hvordan han skal forholde seg til slik informasjon og hvilke rettigheter og plikter som gjelder. Det er dermed et aktuelt behov for en klargjøring av den sorterendes rolle i bevissikringsaker etter tvisteloven kapittel 28. Denne avhandlingen vil belyse problemstillingene nevnt over og forsøke å klargjøre den sorterendes rolle noe nærmere.

1.2 Kort om gangen i en bevissikrings sak

Bevissikringsprosessen kan deles i fire faser, begjæringsfasen, sikringsfasen, sorteringsfasen og utleveringsfasen.² Rekvirentens begjæring og tingrettens behandling av begjæringen utgjør den første fasen.³ De tre neste fasene dreier seg om gjennomføringen av bevissikringen.⁴ Dersom tingretten velger å ta begjæringen om bevissikring til følge må bevisene sikres, og det er dette som omfattes av sikringsfasen.⁵ Deretter må det sikrede materialet gjennomgås for å sortere ut de bevis rekvirenten kan få utlevert. Når sorteringsfasen er gjennomført, vil saken gå over i den siste fasen, utleveringsfasen. I utleveringsfasen får rekvirenten tilgang til de aktuelle bevis. Rekvirenten vil få utlevert bevisene dersom utlevering ikke strider med bevisforbud- eller bevisfritaksreglene i tvisteloven kapittel 22.

1.3 Rettslig grunnlag for gjennomføringen av bevissikring

Det følger av tvl. § 28-4 at for "gjennomføringen av bevissikring gjelder reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak tilsvarende så langt de passer". Kapittel 28 har ellers ingen saksbehandlingsregler som regulerer gjennomføringen nærmere.⁶ Tvistelovens forarbeider gir

² Hjort (2016) s. 201. Hjort (2017)b s. 133.

³ Tvl. § 28-2 og § 28-3.

⁴ Tvl. § 28-4.

⁵ Se nærmere om sikringsfasen i punkt 1.4.

⁶ Rt. 2010 side 774 avsnitt 37 og HR-2019-439-A avsnitt 45.

heller ikke nærmere føringer for gjennomføringen av bevissikring. Den eneste regelen som egentlig «passer» er tvl. § 26-7 tredje ledd.⁷ Det følger av bestemmelsen at

«[r]etten 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».

Bestemmelsen gir domstolen hjemmel til å bestemme fremgangsmåter for bevisføring og tilgang til bevis. Ordlyden "i nødvendig utstrekning" tilsier at retten treffer nærmere regler om fremgangsmåten der det er behov for det, men ikke i større grad enn behovet tilsier. Det følger videre av bestemmelsens forarbeider at regelen er ment på de tilfeller der det er uklart, eller der det foreligger tvist om hvordan tilgang til bevis skal gjennomføres.⁸ I bevissikringsaker vil det som følge av den manglende lovreguleringen være uklart hvordan tilgang til bevis skal gis. Det har derfor vært opp til rettspraksis å klarlegge retningslinjene for fremgangsmåten for tilgang til bevis ved bruk av bevissikring utenfor rettssak.

I rettspraksis blir det sjeldent vist til § 26-7 tredje ledd når den nærmere fremgangsmåten for gjennomføringen klarlegges.⁹ Det blir noen ganger vist til § 26-7 tredje ledd når det gjelder den nærmere fremgangsmåten for tilgang til bevis i *utleveringsfasen*, men etter det jeg har sett er det ingen avgjørelse som henviser til bestemmelsen når den nærmere fremgangsmåten for *sorteringsfasen* klarlegges.¹⁰ På bakgrunn av gjennomgangen av § 26-7 tredje ledd er det imidlertid nærliggende å anta at det er denne bestemmelsen retten tar utgangspunkt i når det gjelder fremgangsmåten for alle tre faser for gjennomføringen av bevissikring.

1.4 Gjennomføringen i praksis

⁷ HR-2019-439-A avsnitt 45. At dette er den eneste regelen som passer kommer også til uttrykk i Hjort (2016) s. 283.

⁸ NOU 2001: 32 Bind B s. 982.

⁹ Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, på "LOV-2005-06-17-90-§28-4" gir 17 treff. Mens HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV på "LOV-2005-06-17-90-§28-4 +LOV-2005-06-17-90-§26-7", dvs. avgjørelser som både inneholder §28-4 og § 26-7 gir 7 treff. Til sammenligning gir søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV på «LOV-2005-06-17-90-§28*», dvs. alle sivile avgjørelser som inneholder en henvisning til en paragraf i tvisteloven kapittel 28, 67 treff.

¹⁰ Tre av de 7 treffene fra søket vist til i fotnote 9 er fra samme sakskompleks. Disse tre, og en til avgjørelse, henviste til § 26-7 (3) i forbindelse med fremgangsmåten for tilgang til bevis. Videre var to av de øvrige treffene fra samme sakskompleks der henvisningen ble gjort i forbindelse med fremgangsmåte for tilgang til bevis, men der det ikke var en forutgående sorteringsfase. Et av treffene henviser til § 27-7 (3) for å hjemle at rekvirenten ikke får tilgang til bevisene før tvisten er endelig avgjort.

Det vanligste objektet for bevissikring er digitalt lagret informasjon.¹¹ Den normale fremgangsmåten i praksis er at retten gir namsmannen, med teknisk personale, i oppgave å foreta sikringen av det materialet som følger av begjæringskjennelsen.¹² Sikringen skjer ved at namsmannen kommer til revisitus' bolig eller arbeidssted, enten med eller uten forutgående varsel, jf. § 28-3 tredje og fjerde ledd. Det at namsmannen kommer på døren til rekvisitus for å sikre bevis er et ganske inngripende virkemiddel.¹³ Fremgangsmåten vil kunne medføre stans i virksomheten til rekvisitus, dersom bevisene ligger der. For å redusere ulempene bevissikring medfører, er det ansett mest praktisk at bevisene sikres gjennom en speilkopi av alt det lagrede materialet på angitte enheter. En slik sikring vil gå fort, og vil ikke gå på bekostning av rekvisitus' daglige drift i større grad enn nødvendig.¹⁴

Etter tvisteloven § 21-5 og § 21-7 første ledd har partene i en tvist bare rett på tilgang til, og rett til å føre, de bevis som har relevans for den pågående rettssak. Ved å ta speilkopi av alt materialet på en digital lagringsenhet, vil alle dokumenter, inkludert dokumenter av privat karakter og dokumenter underlagt taushetsplikt, inngå i det sikrede materialet. Det er dermed klart at ikke alle de sikrede dokumentene vil være relevant i en senere tvist. Bruk av speilkopi resulterer av denne grunn i et behov for en gjennomgang av dokumentene slik at rekvirenten bare får tilgang til relevante bevis og slik at bevis underlagt bevisforbud eller bevisfritak sorteres ut. En slik sortering av filene medfører at rekvirenten ikke kan bruke bevissikring "for å kikke motparten i kortene".¹⁵ Videre er det viktig, av hensyn til den det foretas sikring hos, at sensitive og private opplysninger sorteres bort. Lovverket gir ikke anvisning på en slik sorteringsfase, men det er klart at en sortering er nødvendig for at rekvirenten skal kunne kreve tilgang til og få utlevert bevis fra det sikrede materialet. Dette fremgår blant annet av Rt. 2006 side 626, der Høyesterett gir anvisning på at det vil kunne være hensiktsmessig og nødvendig å oppnevne en uavhengig tredjeperson for å gjennomgå bevisene og sortere ut det som er relevant.¹⁶

Løsningen i norsk sivilprosess er etter dette at det er retten som er ansvarlig for sorteringsfasen, jf. tvl § 26-7 tredje ledd.¹⁷ Retten har imidlertid valgt å delegerer dette

¹¹ Hjort (2016) s. 200 og s. 283. Hjort (2017)b s. 132 og s. 135.

¹² Se blant annet HR-2019-439-A og LA-2019-4405. Hjort (2016) s. 200.

¹³ Hjort (2016) s. 210. Sveaas og Arendt s. 31.

¹⁴ LB-2018-77101, LE-2012-77346, LB-2017-52438. Hjort (2019) s. 211 med videre henvisninger.

¹⁵ NOU 2001:32 Bind B s. 988.

¹⁶ Rt. 2006 side 626 avsnitt 37. Mer inngående om kjennelsen i punkt 2.1.

¹⁷ Hjort (2019) s. 211.

arbeidet til en uavhengig tredjeperson. Et nærliggende spørsmål er hvorfor partene ikke foretar sorteringen selv, da det er de som har best oversikt over tvisten.¹⁸ Rekvirenten har oversikt over hvilken informasjon han ønsker tilgang til, og vil derfor finne frem til de bevis som er relevant for den kommende rettssak. Rekvirenten vil imidlertid ønske mest mulig informasjon, og derfor hente ut så mye som mulig av det sikrede materialet. Videre vil rekvirenten få tilgang til personopplysninger og opplysninger av bedriftssensitiv karakter dersom han står for sorteringsarbeidet. Rekviritus vil på sin side ha oversikt over materialet, og det vil være lett for han å finne frem til de filene som rekvirenten begjærer tilgang til. Det vil imidlertid være vanskelig å ha tillit til at rekviritus gjør et godt utvalg med tanke på at selve formålet med sorteringsfasen er å gi rekvirenten tilgang til bevis, slik at han kan vurdere sin rettslige posisjon og potensielt bygge en sak mot rekviritus.¹⁹ Rekviritus vil derfor ønske at rekvirenten får utlevert minst mulig av det sikrede materialet. Da verken rekvirenten eller rekviritus er egnet til å foreta sorteringen, og retten ikke har kapasitet eller ressurser, overlater retten sorteringsarbeidet til en uavhengig tredjeperson.²⁰

Oppnevning av en uavhengig tredjeperson til å gjennomgå det sikrede materialet begrunnes i at domstolen ikke har kapasitet eller ressurser til å gjennomgå materialet selv.

Nødvendigheten av en sorterende kom klart til uttrykk i Eidsivating lagmannsrett kjennelse av 2012.²¹ I saken begjærte et selskap, som utvikler og tilbyr turbiner til vannkraftproduksjon, bevissikring hos et konkurrerende selskap. Formålet med bevissikringen var å avklare om det hadde skjedd urettmessig bruk av teknologi, og eventuelt omfanget av bruken. Når det gjaldt gjennomgangen av det sikrede materialet uttalte lagmannsretten:

«Det er et svært omfattende bevismateriale som er sikret, og det er umulig for retten å vurdere det enkelte bevis i forhold til relevans og i forhold til reglene om bevisforbud før det er foretatt en omfattende gjennomgang og sortering av materialet. [...] Etter lagmannsrettens syn er det klart at det er en rettsoppnevnt sakkyndig som må gjennomgå og sortere materialet etter at avgjørelsen om bevissikring er endelig. At det

¹⁸ I engelsk rett må partene søke etter bevis og liste funnene opp, se CPR section 31.6. Det er viktig å påpeke at dette er standardregler for sivile tvister i engelsk rett. Reglene er derfor ikke knyttet til bevissikring utenfor rettssak.

¹⁹ NOU 2001: 32 Bind B s. 987.

²⁰ Hjort (2016) s. 297.

²¹ LE-2012-77346.

vil være et stort og kanskje vanskelig arbeid som må utføres av den sakkyndige, kan ikke være til hinder for en slik løsning.»²²

Sitatet understreker at det i bevissikringssaker er et behov for en sortering av det sikrede materialet. Videre viser sitatet at oppnevning av en sorterende er en praktisk og nødvendig løsning for gjennomføringen av sorteringsfasen. Domstolens delegering av bevisgjennomgangen til en sorterende skaper imidlertid både praktiske og rettslige problemstillinger. Flere av disse bunner i mangelen på rettslige rammer for den sorterende og dens virke.

1.5 Rettskildebildet og metodiske utfordringer

De primære rettskildene for å belyse den sorterendes rolle i bevissikringssaker er tvistelovens lovtekst, tvistelovens forarbeider og Høyesterettspraksis. Verken lovteksten, forarbeidene eller rettspraksis setter opp klare rammer for bruk av en uavhengig tredjeperson ved gjennomføringen av bevissikring. Bestemmelsen i tvl. § 28-4 gir ingen annen veiledning enn en henvisning til tvistelovens øvrige regler om tilgang til bevis og bevisopptak i rettssak. Den sorterendes rolle må derfor avklares basert på tvl. § 26-7 tredje ledd.

Det nærmeste forarbeidene kommer til å omtale den sorterendes rolle er bemerkningen om at det kan være aktuelt med bruk av sakkyndig:

"Det er ikke påkrevd å gi egne regler om hvordan bevissikring eller bevis tilgang skal gjennomføres. Her gir de øvrige kapitler, spesielt kapitlene om bevisopptak og realbevis, de nødvendige regler ved at de gis tilsvarende anvendelse. Det innebærer blant annet at sakkyndig kan oppnevnes for å foreta en bevisundersøkelse i henhold til § 30-2 (4), jf § 30-5".²³

Henvisningen til § 30-2 (4) og § 30-5 er henvisninger til dagens § 27-2 og § 27-5.

Forarbeidene åpner dermed for bruk av sakkyndig der beviset krever noen som er fagkyndig for å utlede bevisverdien fra det aktuelle beviset. Henvisningen avhjelper derfor ikke de

²² LE-2012-77346. Tilsvarende ble også uttrykt i LG-2017-140506.

²³ NOU 2001: 32 Bind B s. 990.

problemstillingene som oppstår når retten velger å oppnevne en sorterende til å gjennomgå et sikret materiale for å sile ut relevante bevis.²⁴

Som følge av at verken tvistelovens regler eller forarbeider gir nærmere retningslinjer for bruk av en sorterende i sorteringsfasen, må man se hen til rettspraksis for veiledning. Det er imidlertid få saker vedrørende tvisteloven kapittel 28 som kommer opp for Høyesterett, og enda færre vedrørende den sorterendes rolle i bevissikringsaker.²⁵ Grunnen til dette er at bevissikringsavgjørelser sjeldent blir anket.²⁶ Dette er problematisk da få tingrettsavgjørelser blir offentliggjort i Lovdata, noe som medfører at det foreligger lite offentlig tilgjengelig rettspraksis på området.²⁷ Dersom man ønsker å avklare hvordan et typetilfelle er behandlet i rettspraksis, må man dermed lete aktivt etter avgjørelsene. Eksisterer det avgjørelser som behandler det aktuelle typetilfellet, er det likevel ikke sikkert at man finner frem til dem. Det er dermed vanskelig for partene, og deres prosessfullmektiger, å avklare hva som er gjeldende rett. Videre er det krevende for domstolene å skape uniforme regler for gjennomføringen av bevissikringsaker, herunder sorteringsfasen. Dette gir lite forutberegnelighet for bevissikringsinstituttets aktører, og medfører at det kan oppstå ulik praksis og ulike fremgangsmåter mellom de forskjellige rettskretsene, og innad i domstolen.

I forlengelse av dette kan det nevnes at heller ikke juridisk teori gir utførlig veiledning for sorteringsprosessen og den sorterendes rolle. Få teoretikere har behandlet bevissikring grundig i sine behandlinger av sivilprosessen.²⁸ Videre er det tilnærmet ingen som har skrevet om den sorterendes rolle i bevissikringsaker.²⁹

Den manglende rettslige reguleringen av den sorterendes rolle gjør at flere spørsmål og problemstillinger står uavklart. For å belyse de rettslige rammene for den sorterendes arbeid, vil det vises til underrettspraksis og reelle hensyn i de følgende drøftelsene. Underrettspraksis har ikke prejudikatverdi, men er egnet til å belyse hvordan ulike problemstillinger blir løst i

²⁴ Grensedragningen mellom en sorterende og en sakkyndig vil belyses nærmere i punkt 3.2.

²⁵ Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, dvs. alle sivile avgjørelser i Høyesterett, på "LOV-2005-06-17-90-§28*", dvs. avgjørelser som inneholder en bestemmelse fra tvisteloven kapittel 28, gav 11 treff. Av disse 11 treffene var det en avgjørelse som omhandlet den sorterendes rolle. Denne avgjørelsen, HR-2019-439-A, vil bli behandlet nærmere i punkt 3.2.

²⁶ Hjort (2016) s. 284.

²⁷ Hjort (2017)b s. 142.

²⁸ Mæland s. 199 behandler bevissikring utenfor rettssak på en halv side i boken. Skoghøy (2017) s. 418 og 686-697 behandler bevissikring utenfor rettssak på totalt ca. tolv sider. Robberstad (2018) s. 194-200 behandler bevissikring utenfor rettssak på ca. syv sider. Backer s. 47 og 291 behandler bevissikring utenfor rettssak på totalt ca. en halv side.

²⁹ Hjort (2017)a og Hjort (2019) er de eneste kildene jeg har funnet som behandler problematikken.

praksis. I mangel av Høyesterettsavgjørelser vil derfor praksis fra underrettene benyttes, der det anses hensiktsmessig, for å illustrere et poeng. På bakgrunn av det snevre kildetilfanget, vil det også være et moment hva som er praktiske og gjennomførbare løsninger. Videre vil det være sentralt å se hen til hvilke løsninger som best ivaretar de ulike hensynene som står på spill i sorteringsfasen.

2 Nærmere om den sorterendes rolle

2.1 Den sorterendes primære oppgave

Den sorterendes primære oppgave kommer til uttrykk gjennom Normarc-saken, inntatt i Rt. 2006 side 626. Problemstillingen var hvilke krav som stilles til spesifisering av det materialet som skal sikres. Bakgrunnen for saken var at ansatte i Normarc sluttet og startet et eget selskap i samme bransje og i konkurranse med Normarc. Det ble deretter foretatt bevissikring uten forvarsel i det nydannede selskapet.³⁰ Bevissikringen ble gjort i form av speilkopiering av digitalt lagret materiale. Når det gjelder sorteringsfasen og bruk av en sorterende følger det av Normarc-saken at

"Hva det etter den innledende sikringen (...) skal gis innsyn i, må bestemmes som ledd i den etterfølgende kontradiktoriske behandlingen. (...) Etter omstendighetene vil det også kunne være nødvendig å få oppnevnt en sakkyndig for å få skilt ut det materialet som det kan være grunnlag for å sikre tilgang til."³¹

Begrepsbruken til Høyesterett er ikke helt heldig. Jeg antar at Høyesterett egentlig har ment "det materialet som det kan være grunnlag for å [kreve] tilgang til", da alt materialet allerede er sikret i forkant av sorteringsfasen. Fra sitatet kan det utledes at sorteringsfasen er en nødvendig forutsetning for at rekvirenten skal få utlevert bevis i utleveringsfasen.

Den sorterende skal etter dette tilrettelegge for utlevering av bevis til rekvirenten. Den beste måten å tilrettelegge for utleveringsfasen er å sortere ut og kategorisere hvilke bevis som er relevante, hvilke som er irrelevante og hvilke som er relevante, men som likevel skal unntas utlevering som følge av bevisforbud- eller bevisfritaksregler hjemlet i tvisteloven kapittel 22. Resultatet av dette arbeidet blir skrevet inn i en rapport, noe som legger til rette for at rekvirenten enkelt kan spesifisere sin begjæring om tilgang til bevis basert på rapporten.³²

³⁰ Bevissikringen ble gjennomført etter Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) § 271 a. Det følger imidlertid av Rt. 2010 side 774 avsnitt 30 at bestemmelsene i kapittel 28 viderefører reglene i tvistemålsloven §§ 267-271a, men med noen tillegg. Avgjørelsen er derfor fortsatt egnet til å belyse reglene i tvisteloven kapittel 28.

³¹ Rt. 2006 side 626 avsnitt 37.

³² Tvl. § 26-6 første ledd.

Videre vil rekvirenten på bakgrunn av rapporten få inntrykk av hvilke bevis som foreligger, og om det er tilstrekkelig grunnlag for å gå til sak basert på disse bevisene.³³

Det er vanlig praksis at den sorterende foretar søk. Deretter gjennomgår vedkommende søkeresultatene manuelt og sorterer ut de relevante bevis. Dette sorteringsarbeidet beskrives så i en rapport. Rapporten skal ikke inneholde noen av bevisene, men kun beskrive metode, gjennomgang, funn og omfang uten å konkretisere innhold.³⁴ Det er videre vanlig praksis at den sorterende i etterkant, under hovedforhandlingen, avgir en forklaring for retten.³⁵

Som følge av sorteringsfasens formål vil den sorterendes primære oppgave i bevissikringssaker være å kategorisere bevis. Den sorterende skal ikke foreta en vurdering av beviset og hvilken slutning som kan trekkes ut av beviset. Bevisvurderinger er en oppgave for domstolen, jf. tvl. § 21-2 første ledd. Det vil imidlertid være umulig for den sorterende å kategorisere bevisene ved å gjennomgå det sikrede materialet manuelt.³⁶ For at en speilkopi med store mengder lagret informasjon skal resultere i et håndterbart materiale, er det nødvendig å foreta digitale søk basert på konkrete søkeord.³⁷ Det er etter dette viktig at den sorterende er teknisk anlagt slik at det er mulig for vedkommende å foreta konkrete søk i digitalt lagret informasjon.³⁸ Det er ønskelig at søkene skal gi treff i alle relevante bevis, samtidig som det bør unngås at samme dokument gir flere treff. Tekniske ferdigheter er derfor nødvendig, men i de fleste tilfeller likevel ikke tilstrekkelig. Dette fordi søkene som hovedregel vil gi treff i filer som ikke har bevisverdi.

Dersom det bare foretas søk og fremgangsmåten og funnene beskrives i rapporten, vil rekvirenten gjennom rapporten få innsikt i hvordan en motpart, og ofte konkurrent, driver firmaet sitt. Innholdet i filene skal selvsagt ikke beskrives nærmere i rapporten, men hvilke filer det er tale om og eventuelt navn på filene kan i en gitt sammenheng gi mye informasjon. Etter at søkene er gjennomført, vil innholdet i treffene av denne grunn måtte gjennomgås for å vurdere om de er relevant for tvisten i saken, jf. § 21-5 og § 21-7 første ledd.

³³ NOU 2001: 32 Bind B s. 987.

³⁴ Dette kommer til uttrykk i blant annet HR-2019-439-A sin gjengivelse av tingrettens slutning.

³⁵ Se blant annet LB-2016-155886.

³⁶ HR-2019-439-A avsnitt 46.

³⁷ I HR-2019-439-A utgjorde speilkopien 500-550 gigabytes i tillegg til mailbokser. I LB-2018-54133 utgjorde speilkopien 18,4 millioner filer.

³⁸ Hjort (2016) s. 303: "som regel vil den sakkyndige først og fremst ha teknisk kompetanse".

En neste egenskap den sorterende må ha, er derfor tilstrekkelig kunnskap om tvistetemaet til å foreta forsvarlige vurderinger av om dokumentet vil ha bevisverdi i en fremtidig rettstvist. Det er sjeldent at den sorterende har slik dobbel kompetanse. Den sorterendes doble rolle blir viet lite fokus i rettspraksis, og det er derfor svært varierende hvilken oppdragsbeskrivelse den sorterende får. I noen tilfeller skal den sorterende foreta konkrete søk basert på nøye utvalgte søkeord, for å deretter manuelt gjennomgå treffene søkeordene har resultert i.³⁹ I andre tilfeller får den sorterende oppgitt søkeord som han skal ha som et utgangspunkt for gjennomgangen. Det fremgår likevel av mandatet at den sorterende ikke er strengt bundet av de oppgitte søkeordene, og det følger videre av mandatet at vedkommende kan supplere søkeordene etter eget skjønn.⁴⁰ I et tredje type tilfeller får den sorterende friere rammer til å selv avgjøre hvilke ord og på hvilken måte søkene skal foretas for å finne frem til de relevante dokumentene.⁴¹ I disse tilfellene vil det ofte være oppgitt hvilke typer dokumenter den sorterende skal finne frem til. Den sorterendes doble rolle medfører at det i rettspraksis er oppstått en glideskala mellom en teknisk kyndig sorterende og en som er valgt hovedsakelig for sin juridiske kompetanse eller faglige kompetanse i tilknytning til tvistetemaet.

2.2 Grensedragningen mot en sakkyndig

I rettspraksis er det blitt vanlig at retten omtaler den sorterende som en sakkyndig.⁴² Dette skyldes antakelig at reglene om sakkyndigbevis er det nærmeste vi kommer regler som omhandler den sorterendes rolle. Det følger av tvisteloven § 25-1 at et sakkyndigbevis er en "fagkyndig vurdering av faktiske forhold i saken". Bestemmelsen forutsetter dermed at en sakkyndig er en fagspesialist som er kompetent til å foreta en fagkyndig vurdering. Med dette i bakhodet er rettens omtale av den sorterende misvisende fordi vedkommende ikke gjør et sakkyndigoppdrag i form av å være spesialist på området. Som nevnt i punkt 2.1, er den sorterendes primære oppgave å kategorisere bevis. Når det ikke skilles klart mellom bruk av en sorterende og bruk av en sakkyndig, fører det til at den sorterendes oppdrag noen ganger blir uheldig utformet. Videre får dette en negativ effekt på den sorterendes rolle og rammene for hans arbeid. Den sorterendes rolle ville blitt tydeligere og bedre klarlagt dersom retten ble mer bevisst hvilken rolle vedkommende faktisk er tiltenkt.

³⁹ TOSLO-2008-191303.

⁴⁰ LB-2010-149042, LB-2018-54133, LA-2019-4405.

⁴¹ LB-2016-155886.

⁴² Se blant annet HR-2019-439-A avsnitt 47.

Selv om den sorterendes primære oppgave normalt er å sortere bevis i ulike kategorier, er det selvsagt anledning til å gi den sorterende en reell sakkyndigfunksjon.⁴³ Skal dette gjøres bør det imidlertid komme klart frem av mandatet at vedkommende opptrer som en sakkyndig.

2.3 Rettspraksis om den sorterendes rolle

Avgjørende for hvilken rolle den sorterende tillegges, er hvilken oppdragsbeskrivelse han får gjennom sitt mandat. Det er lite offentlig tilgjengelig rettspraksis som gjengir den sorterendes mandat. Avgjørelsene som gjennomgås i det følgende er derfor et utvalg av de jeg har funnet frem til.⁴⁴

Et eksempel fra rettspraksis der den sorterende får et generelt oppdrag gjennom et vidt mandat er Normarc-saken.⁴⁵ Vedkommende som ble oppnevnt for sorteringsjobben, var en IT-konsulent i et firma som driver med nettverks- og digital sikkerhet. I sakskomplekset ble den sorterende pålagt å analysere det sikrede materialet for å lete etter dokumenter med bevisverdi:

"(...) Den sakkyndige anmodes om å foreta en gjennomgang og analyse av det sikrede bevismaterialet for å avklare om, og eventuelt i hvilket omfang, det inneholder dokumenter eller opplysninger av bedriftsintern karakter og som antas å kunne tilhøre eller ha sin opprinnelse hos Normarc. Den sakkyndige fastlegger selv på hvilken måte det skal gås frem for å gjennomføre oppdraget. Partene skal oppnevne representanter som den sakkyndige skal kunne kontakte med henblikk på å få opplysninger om datasystemets oppbygning, søkeord m.v. (...)."⁴⁶

Sitatet viser at den sorterende gis frie rammer til hvordan han velger å gjennomgå det sikrede materialet. Målet er å avklare om materialet inneholder filer som kan spores tilbake til Normarc. Et slikt vidt og generelt mandat krever for det første at den sorterende er i stand til å finne ut hvilke måter som vil være best egnet til å søke frem den ønskede informasjonen.

⁴³ Hjort (2019) s. 217.

⁴⁴ Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, på "LOV-2005-06-17-90-§28*", "LOV-1915-08-13-6-§271a", med søkeordene "mandat", "sakkyndig", dvs. alle avgjørelser etter tvisteloven kapittel 28 og tvistemålsloven § 271 som enten nevner ordet mandat eller sakkyndig, ga 39 treff. Av disse er det åtte avgjørelser som referer til, eller gjengir, deler av mandatet gitt til den sorterende. Tre av disse åtte treffene dreier seg om samme sakskompleks. Det er derfor kun 5 avgjørelser som gir eksempler på hvordan den sorterendes mandat utformes.

⁴⁵ LB-2010-149042.

⁴⁶ LB-2010-149042 s. 4 i utskrift av kjennelsen fra Lovdata.

Videre fordrer mandatet at han forstår hva som vil ha bevisverdi i en senere tvist der spørsmålet er om de tidligere ansatte har tatt med seg bedriftsintern informasjon til den nye bedriften. Dette er nødvendig for at den sorterende skal vite hvilke søkeord som skal benyttes i søket. Videre er det nødvendig for å avklare hvilke av treffene som vil være relevante som bevis. For å avklare dette, vil det i stor grad være nødvendig å gå inn i de enkelte dokumentene og foreta en reell vurdering av innholdet, og om dette kan anses for å være av bedriftsintern karakter. Da Normarc er et firma som utvikler, produserer og selger produkter for kalibrering og kontroll av innflygningsinstrumenter, kan det være vanskelig for en IT-konsulent som jobber med digital sikkerhet å vite hvilke filer som vil ha bevisverdi.⁴⁷ Den oppnevnte har i denne saken verken fagspesifikk kunnskap om innflygningsinstrumenter, eller juridisk kunnskap som gjør at han er egnet til å forstå hvilke dokument som har bevisverdi. Av denne grunn ville det vært naturlig om den sorterende fikk klarere instruks for denne vurderingen. Det er dermed en reell sannsynlighet for at relevante bevis ikke blir sortert ut og trukket frem i rapporten fordi den sorterende ikke har forstått at dokumentene var relevante. Videre åpner det å stille spørsmål til den sorterende for at han lettere går fra å kategorisere bevis, til å foreta reelle vurderinger. Slik mandatet er utformet vil den sorterende fort foreta reelle vurderinger av bevisene for å svare på spørsmålet som ble stilt. Dersom mandatet klargjør at den sorterende skal kategorisere bevis og hvilke kriterier kategoriseringen skal baseres på, vil man i større grad unngå at den sorterende går ut over sin primære oppgave.

Et annet eksempel fra rettspraksis er Borgarting lagmannsretts kjennelse av 2013.⁴⁸ Tvisten gjaldt utformingen av et mandat i en bevissikrings sak. Grunnlaget for bevissikringen var at fem ansatte i Dun & Bradstreet AS og AAA Soliditet AS angivelig hadde tatt med seg kundelister derfra og benyttet disse hos sin nye arbeidsgiver, Kredittopplysningen. Den sorterende fikk i oppdrag å foreta søk etter kundelister i det sikrede materialet, gjennomgå disse og vurdere om de kunne spores tilbake til Dun og Bradstreet AS og AAA Soliditet AS sine kundelister.⁴⁹ Mandatet gir klart uttrykk for at det kun er kundelister som skal gjennomgås. Det er dermed klart hvilket materiale den sorterende skal søke frem. Dette gjør en speilkopi lettere å håndtere da det er opplagt hva som faller utenfor oppdragsbeskrivelsen. Videre er det i mandatet stilt konkrete spørsmål den sorterende skal svare på.

⁴⁷ LB-2010-149042 s. 2 i utskrift av kjennelsen fra Lovdata.

⁴⁸ LB-2013-52503.

⁴⁹ LB-2013-52503 s. 3-4 i utskrift av kjennelsen fra Lovdata.

Mandatet gitt i denne kjennelsen gir dermed klarere retningslinjer enn det i Normark-kjennelsen. Det er imidlertid ikke gitt noen retningslinjer for hvordan den sorterende skal finne frem til dette materialet. Her er det opp til den sorterende å finne ut av hvilke løsninger som er best. Også her kan man spørre seg om det er hensiktsmessig å stille spørsmål eller om det bør unngås for å hindre at den sorterende går over i å foreta reelle vurderinger av bevisets innhold.

Et tredje eksempel finner vi i Borgarting lagmannsrett kjennelse av 2018.⁵⁰ Saken gjaldt tvist om tilgang til bevis etter gjennomført bevissikring utenfor rettssak. Her var det spørsmål om noen tidligere ansatte i Barco Fredrikstad AS rettsstridig hadde rekruttert personell og tatt med seg forretningshemmeligheter til Norxe AS. I saken ble en advokat oppnevnt for å gjennomgå det sikrede materialet. Det fulgte av mandatet at formålet med sorteringen var å "avdekke bevis som kan være relevante for å underbygge de anførsler og mistanker som er gjort gjeldende av Barco". Det er åpenbart at en advokat vil være godt egnet til å vurdere hvilke filer som kan ha bevisverdi i en fremtidig tvist. Den sorterende var derfor i denne saken velegnet til å foreta relevansvurderinger. På den andre siden vil en advokat ikke nødvendigvis ha like gode forutsetninger for å gjennomføre et effektivt søk i digitalt lagret informasjon som en med teknologisk bakgrunn. Til hjelp fikk han i mandatet en liste med søkeord, men dette var kun ment som et hjelpemiddel:

"Den sakkyndige skal søke gjennom alt sikret materiale med adekvate programmer og analyseverktøy og bl.a. basert på vedlagt søkeordliste. Lista representerer ingen begrensning i den sakkyndiges søk etter relevante bevis, og lista kan også suppleres etter den sakkyndiges skjønn. Søkeordlista utgjør kun et hjelpemiddel i søket etter bevis som kan ha relevans."

Da en advokat gjerne ikke innehar de tekniske egenskaper som er nødvendig for å foreta et søk vil advokaten ofte ha behov for hjelp. Hjelpen vil typisk bestå i å avgjøre hvilke analyseverktøy som er best egnet til søket og hvordan analyseverktøyene best kan nyttiggjøres på det aktuelle materialet.

Gjennomgangen ovenfor viser at det varierer om det oppnevnes en teknisk kyndig person eller en advokat til å foreta sorteringen. Dette kan skyldes at noen parter har et stort fokus på

⁵⁰ LB-2018-54133.

beviskompetanse, mens andre er mest opptatt av at den sorterende må være teknisk kyndig for å være i stand til å håndtere store mengder digitalt lagret informasjon. Gjennomgangen viser videre at det også er stor variasjon i den sorterendes oppdragsbeskrivelse.

Denne variasjonen i den sorterendes bakgrunn og mandatets utforming, medfører at oppdraget ofte blir lite konkretisert og utførelsen uensartet. Dette har noen ganger resultert i at den sorterende foretar vurderinger av det materielle spørsmålet i saken. Problemet synes å oppstå særlig der den sorterende gis et vidt mandat. Med svakt definerte rammer er det lett å bevege seg fra å sortere og kategorisere det sikrede materialet, til å vurdere realiteten i saken.⁵¹ Slike vurderinger er ikke en oppgave for den sorterende. I Normarc saken ble det blant annet påpekt av Normarcs prosessfullmektig at "[r]ealiteten synes å være at tingretten langt på vei har delegert sin judisielle funksjon mht innsynsspørsmålet til den oppnevnte ...".⁵² Dette problemet ble også brakt opp i kjennelsen fra Borgarting lagmannsrett av 2016.⁵³ I den sorterendes rapport ble det konkludert med at "funnene inkluderer klare tegn på at kildekode er kopiert fra TrustNordics AS og mest sannsynlig benyttet".⁵⁴ Fra dette sitatet er det klart at den sorterende gikk fra å uttale seg om fremgangsmåtene for gjennomgangen og hvilke funn han har kommet frem til, til å uttale seg om realitetene i saken og bevisbedømmelse. Det er en grunnleggende forventning hos jurister og samfunnet for øvrig at rettslige avgjørelser ikke skal fremstå som vilkårlige.⁵⁵ Det kan da være betenkelig at domstolene benytter seg av fremgangsmåter som bærer preg av at domstolen delegerer deler av sin judisielle funksjon til en sorterende.

Disse sakene illustrerer viktigheten av å være klar over hvilken funksjon og rolle den sorterende har i bevissikringsaker. Den sorterendes oppgave er å plassere bevis i ulike kategorier og å beskrive fremgangsmåten vedkommende har brukt i dette arbeidet.⁵⁶ Det er domstolens oppgave å vurdere hvilken slutning som kan trekkes ut fra bevisene som den sorterende har klassifisert som relevante.⁵⁷

⁵¹ Hjort (2017)a s. 184.

⁵² Sitatet er hentet fra LB-2009-110691, som er en avgjørelse i samme sakskompleks som LB-2010-149042.

⁵³ LB-2016-155886.

⁵⁴ LB-2016-155886.

⁵⁵ Tande s. 7 med videre henvisninger.

⁵⁶ Hjort (2017)a s. 190.

⁵⁷ Hjort (2017)a s. 189.

2.4 Oppsummert

Både det å gi oppdraget til en advokat eller annen som har spisskompetanse innenfor tvistetemaet, og det å gi oppdraget til en teknisk kyndig, har sine ulemper. Dersom man gir oppdraget til en jurist, må juristen få teknisk assistanse. Har man derimot en teknisk kyndig sorterende, risikerer man at vedkommende ikke forstår bevisverdien av filene som blir gjennomgått. I denne forbindelse gir Hjort et godt eksempel:

"Å overlate hele undersøkelsen til den sakkyndige kan sammenlignes med å spørre arkivaren om betydningen av innholdet i mappene i arkivet. Arkivaren kan finne frem de mappene man spør etter, men har ingen særlig kompetanse til å si noe om innholdet i det som er arkivert".⁵⁸

Gjennomgangen av det sikrede materialet for å finne frem til relevant informasjon er en oppgave i grenseland mellom jus og IKT.⁵⁹ Følgelig vil den beste løsningen være om den sorterende både har IKT-bakgrunn og innehar juridisk kompetanse, eller annen spisskompetanse innenfor det konkrete tvistetemaet. En mulighet er å oppnevne to personer til å gjennomgå det sikrede materialet.⁶⁰ I så tilfelle vil en teknisk kyndig kunne foreta søk basert på konkrete søkeord. Deretter vil en jurist eller fagekspert gjennomgå resultatene fra det forutgående søket og avklare hvilke filer som har relevans for tvistetemaet. En slik løsning vil klargjøre rammene for den enkeltes arbeidsoppgaver nærmere. Videre vil løsningen med to personer gi mer åpenhet rundt sorteringsprosessen, noe som medfører større etterprøvbarehet.

Oppnevning av to personer til å foreta sorteringen ble løsningen i en kjennelse fra Haugaland tingrett av 2014.⁶¹ Her var det tvist om et firma urettmessig hadde kopiert og solgt eller markedsført et annet firmas produkter. Partene i saken var enige om at gjennomgangen av det sikrede materialet skulle deles i to omganger, og dette ble også besluttet av retten. Del 1 av gjennomgangen bestod i teknisk gjennomgang ved automatiserte søk i det bevissikrede materialet. Hensikten med denne var å begrense dokumenttilfanget i størst mulig grad. Det fremgikk klart av mandatet hvilke dokumenter som skulle ekstraheres ut, hvilke søkeord som var aktuelle og innenfor hvilket tidsrom det skulle søkes. Mandatet åpnet for at den sorterende kunne foreta supplerende søk, men rammene for søket kunne klart utledes fra mandatet.

⁵⁸ Hjort (2016) s. 303-304.

⁵⁹ Hjort (2016) s. 303.

⁶⁰ Dette har vært løsningen ved beslag i straffeprosessen. Se Rt. 2013 side 968 avsnitt 46. Hjort (2017)a s. 181.

⁶¹ 13-078806TVI-HAUG.

Deretter skulle det i del 2 gjøres en manuell gjennomgang av søkeresultatene utført av en annen sorterende etter særskilt mandat. Det fulgte videre av mandatet til den sorterende i del 1, at den sorterende i del 2 skulle ha bransjespesifikk kompetanse.

Så langt jeg har sett, har løsningen med å oppnevne to sorterende med hver sin funksjon for gjennomgangen av det sikrede materialet kun vært gjort i denne ene saken.⁶² En slik løsning øker sannsynligheten for at alle relevante bevis sorteres ut. Dette er i tråd med sorteringsfasens formål som er å tilrettelegge for utlevering av bevis til rekvirenten.⁶³ Det er også i tråd med hensynet til materielt riktige resultat, som er et av tvistelovens overordnede formål.⁶⁴ Videre medfører det at de(n) sorterendes rolle blir tydeligere. Fortsatt kan den sorterende gå utenfor rammene av oppdraget, men risikoen vil minke ved at oppdraget blir mer spesifisert.

Et argument mot løsningen, er at det kan øke kostnadene. Hensynet til prosessøkonomi kan derfor tilsi at man bør unngå å oppnevne to personer til å foreta sorteringen av det sikrede materialet. Argumentet er imidlertid ikke særlig sterkt da oppdelingen medfører at hver enkelt kan gjøre sin del av gjennomgangen fortere. Videre vil den teknisk kyndige kun foreta søk, og behøver derfor ikke å sette seg inn i saksforholdet. Et ytterligere poeng er at det er rekvirenten som betaler for bevissikringen, herunder sorteringen av det sikrede materialet, jf. tvl. § 28-5 første ledd.⁶⁵

Haugaland tingretts løsning med oppnevning av to personer til å foreta sorteringen er med på å klargjøre hvilken rolle den sorterende har i bevissikringsaker, og gjør sorteringsfasen mer transparent og etterprøvable.

⁶² Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, på "LOV-2005-06-17-90-§28*" med søkeord "sakkyndig" ga 32 treff. Av disse var det kun i en avgjørelse oppnevnt to personer for sorteringsjobben. De oppnevnte hadde imidlertid et samarbeid om arbeidet, og ikke hver sin funksjon.

⁶³ Se punkt 2.1.

⁶⁴ Se tvl. § 1-1 sammenholdt med tvl. § 11-5 annet ledd. NOU 2001:32 s. 31 og s. 454. Backer s. 29, Robberstad (2009) s. 11.

⁶⁵ Dette er i hvert fall hovedregelen. Sml. § 28-5 annet ledd. Se Strandberg for nærmere om sakskostnadsregelen.

3 Den sorterendes mandat

3.1 Mandatets formål

Den som gjennomgår det sikrede materialet må ha en oppdragsbeskrivelse å forholde seg til.⁶⁶ Uten instruks blir det vanskelig å vite hvilken jobb som skal gjøres. Slik oppdragsbeskrivelse og instruks for den sorterende gis i form av et mandat. For at mandatet skal tjene sitt formål, er det viktig at det er detaljert og gir en konkret beskrivelse av hva som er målet med sorteringen. Mandatet må derfor klargjøre hvilke typer filer det skal søkes på, hvilket innhold filene typisk vil ha, hvilket tidsrom filene stammer fra, om det skal søkes i slettet materiale, forslag til søkeord og om den sorterende har mulighet til å supplere søkeordene eller tilpasse fremgangsmåten ettersom hva han anser for hensiktsmessig basert på mandatet. Et slikt detaljert og nøye utformet mandat som ikke stiller opp spørsmål, men som bare ber den sorterende kategorisere bevisene, minker risikoen for at den sorterende går utenfor sin rolle og foretar reelle vurderinger av bevisets innhold. Det er viktig at de aktuelle søkeordene ikke er for snevre, for da kan bevis utelates. Samtidig bør man unngå at søkeordene er så vide at søkeresultatet blir så stort at det ikke er mulig å gjennomgå materialet manuelt. Det vil være tilnærmet umulig å komme opp med søkeord som ikke gir irrelevante resultat.⁶⁷ Målet er derfor å gjøre søkeordene så presise som mulig uten at relevante treff utelates. Dette vil gjøre den påfølgende manuelle gjennomgangen lettere.

Videre er det viktig at mandatet setter klare rammer for hva den sorterende skal og ikke skal gjøre. Er mandatet for vidt vil gjennomføringen av sorteringsfasen i stor grad bli opp til den sorterende. Dette vil være uheldig da partene i tvisten som regel har bedre innsikt i saksforholdet. Partene har derfor bedre forutsetninger for å vite hva den sorterende skal søke å finne frem til. Partene i bevissikringstvisten bør av denne grunn forsøke å utforme et best mulige forslag til mandat, før det blir opp til dommeren i saken å endelig avgjøre mandatets innhold. Har partene en god og gjennomarbeidet prosess i forkant av dommerens avgjørelse, vil dommeren ha et bedre grunnlag å fatte avgjørelsen på. Fastsettes mandatet gjennom en grundig prosess blir det derfor partene, og ikke den sorterende, som i størst mulig grad avgjør hva den sorterende skal og ikke skal gjøre.

⁶⁶ Hjort (2017) a s. 183.

⁶⁷ Hjort (2016) s. 298.

Ofte vil ikke rekvirenten ha konkret kunnskap om hvilke bevis rekvisitus sitter på. Vedkommende vil bygge begjæringen om bevissikring på antakelser om at rekvisitus sitter på dokumenter som kan få betydning i en fremtidig sak.⁶⁸ Som følge av dette vil rekvirenten etter at sorteringsfasen er gjennomført og han har fått tilsendt rapporten, kunne oppdage at de bevis han trodde eksisterte, ikke eksisterer. Rekvirenten kan også få indikasjoner på at tvisten har en annen vinkling enn først antatt. Dette vil igjen kunne medføre at rekvirenten ønsker å foreta nye gjennomganger og nye søk i det sikrede materialet. Om dette er mulig kommer antakeligvis an på hvordan det opprinnelige mandatet er formulert, og hva det nå ønskes å gjøre søk etter. Problemstillingen vil utdypes videre i punkt 3.2 og punkt 3.3.

3.2 Endre et mandat

Dersom partene er enige om hvem som skal oppnevnes og hvordan mandatet skal utformes, fastsetter domstolen mandatet i beslutningsform, jf. § 19-1 tredje ledd bokstav a. Er partene derimot uenige, skal mandatet avgjøres i kjennelse, jf. § 19-1 andre ledd bokstav d.⁶⁹ Valget av avgjørelsesform får avgjørende betydning for partenes muligheter til å senere anke over mandatets utforming. Fastsettes mandatet i en kjennelse, kan denne beslutningen ankes på grunnlag av at "avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig", jf. tvl. § 29-3 annet ledd. Fastsettes derimot mandatet i beslutningsform kan denne beslutningen bare ankes på grunnlag av at retten har bygget på en "uriktig generell lovforståelse", eller på grunnlag av at avgjørelsen er "åpenbart uforsvarlig eller urimelig", jf. § 29-3 tredje ledd. Det skal dermed svært mye til for at en anke over en beslutning fører frem. Det følger av forarbeidene til bestemmelsen at "[o]verprøvingen er her begrenset til en vilkårlighetskontroll, mens det tilsvarende kriterium i annet ledd hjemler en noe utvidet rimelighetskontroll".⁷⁰ Dette medfører at partene begrenser sine ankemuligheter dersom de er enige om utformingen av mandatet.

Det følger av tvl. § 19-4 første ledd at en rettslig avgjørelse er bindende for domstolen når den er avsagt. Det kreves derfor lovhjemmel for å omgjøre en avgjørelse. Muligheten for å endre beslutninger eller kjennelser fremgår av tvl. § 19-10.⁷¹ Det følger av § 19-10 første ledd at

⁶⁸ Tvl. § 28-2.

⁶⁹ HR-2019-439-A avsnitt 8 og avsnitt 47.

⁷⁰ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 473.

⁷¹ I tillegg kan retten beslutte retting og tilleggsavgjørelse etter henholdsvis § 19-8 og § 19-9.

"Beslutninger og saksstyrende kjennelser kan omgjøres av den rett som har avsagt dem hvis hensynet til lovens formål tilsier det, og omgjøring ikke er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen. Avgjørelser under saksforberedelsen er ikke bindende ved hovedforhandlingen eller annet rettsmøte hvor saken avgjøres."

Det er klart at en mandatkjennelse er en saksstyrende kjennelse.⁷² Utgangspunktet er derfor at en mandatkjennelse kan omgjøres dersom "hensynet til lovens formål tilsier det, og omgjøring ikke er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg etter avgjørelsen".

Henvisningen til lovens formål er naturlig å anse som en henvisning til formålsparagrafen i § 1-1. Av denne grunn vil en endring tillates dersom lovens formål, etter en helhetsvurdering, taler for dette og dersom det ikke vil være uforholdsmessig tyngende for den som har innrettet seg etter mandatkjennelsen. Bestemmelsen åpner dermed for en vid omgjøringsadgang, som kun begrenses av hva som er uforholdsmessig tyngende for en part som har innrettet seg. Vurderingen av hva lovens formål tilsier og når en endring er "uforholdsmessig tyngende" er imidlertid svært skjønnsmessige vurderinger. Det vil derfor til syvende og sist være opp til dommerens skjønn om en mandatkjennelse skal omgjøres eller ikke.

Etter tvisteloven § 19-10 fjerde ledd skal en avgjørelse om å ikke foreta omgjøring treffes ved beslutning. Til tross for at det er en relativ vid adgang til å omgjøre mandatkjennelsen i første omgang er muligheten for å anke en beslutning om å ikke omgjøre en mandatkjennelse svært begrenset, jf. tvl. § 29-3 tredje ledd.

Det kan derfor spørres om en mandatkjennelse på bakgrunn av bevissikringsinstituttets karakter og sorteringsfasens formål burde kunne omgjøres uavhengig av tvl. § 19-10. Formålet med sorteringsfasen er, som tidligere nevnt i punkt 2.1, å legge til rette for utlevering av bevis. Endring kunne derfor vært ansett hensiktsmessig dersom det ville ført til bedre tilrettelegging for domstolens etterfølgende avgjørelse av hva rekvirenten skal gis tilgang til. Den eneste grunnen til at man i det hele tatt får en mandatkjennelse er at domstolen ikke har ressurser til å foreta sorteringen selv.⁷³ I utgangspunktet er det domstolen som er ansvarlig for gjennomføringen av sorteringen.⁷⁴ Dersom domstolen hadde hatt kapasitet til

⁷² HR-2019-439-A avsnitt 55 med videre henvisninger.

⁷³ LE-2012-77346, Hjort (2019) s. 211.

⁷⁴ Tvl. § 26-7 tredje ledd. Hjort (2019) s. 211.

det, kunne den i prinsippet foretatt sorteringen selv. Dette kan tilsi at retten bør ha mulighet til å gi ny instruks til den sorterende om hva som skal gjennomgås av det sikrede materialet.

Denne problemstillingen kom opp for Høyesterett i en kjennelse av 2019.⁷⁵ Her konkluderte Høyesterett med at

"... En rettsavgjørelse – er som nevnt bindende for retten når den er avsagt, jf. § 19-4. Det kreves *hjemmel* for at retten senere skal kunne endre sin egen avgjørelse. Saksstyrende avgjørelser i bevissikringsaker er ikke unntatt fra disse prinsippene. Det eneste rettsgrunnlaget for omgjøring av saksstyrende kjennelser, er tvisteloven § 19-10 første ledd. ..."76

Til tross for bevissikringsinstituttets karakter og sorteringsfasens formål bestemte Høyesterett, som sitatet viser, at mandatkjennelser kun kan endres ved omgjøring etter tvl. § 19-10. Høyesteretts avgjørelse viser dermed viktigheten av å fastsette et gjennomtenkt og godt formulert mandat. Rekvirenten må av denne grunn søke å sikre seg best mulig ved formuleringen av mandatet, før han i det hele tatt vet hvilke bevis rekvisitus sitter på. Vil rekvirenten i ettertid omgjøre mandatet, må dette være i tråd med § 19-10.

3.3 Supplere et mandat

Adgangen til å supplere et mandat har så langt jeg har sett ikke vært oppe i rettspraksis.⁷⁷ Høyesteretts kjennelse av 2019 regulerte kun spørsmålet om omgjøring av mandatet og avgjorde derfor ikke hvorvidt det er adgang til å gi den sorterende et tilleggsmandat.⁷⁸ Det er imidlertid rimelig å anta at det er lettere å gjøre tillegg og fastsette et nytt mandat som supplerer det tidligere, enn å endre et allerede avgjort mandat. Tvisteloven legger ingen begrensninger på antall beslutninger eller kjennelser retten kan avsi i løpet av en sak. Det er derfor ingenting prinsipielt i veien for å avsi en beslutning eller kjennelse som gir et

⁷⁵ HR-2019-439-A.

⁷⁶ HR-2019-439-A avsnitt 65.

⁷⁷ Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, på "LOV-2005-06-17-90-§28*" med søkeord «supplere mandat», dvs. alle avgjørelser som både inneholder ordet «mandat» og ordet «supplere» ga ni treff. Av disse var det kun, LB-2018-76689 som var relevant. Det er lagmannsretten sin kjennelse i samme sakskompleks som HR-2019-439-A. Tilsvarende søk med søkeord «tilleggsmandat» ga null treff.

⁷⁸ HR-2019-439-A.

supplerende mandat, så lenge dette ikke vil være en endring av en tidligere beslutning eller kjennelse i samme sakskompleks, jf. drøftelsen over.

Ettersom adgangen til å gi et supplerende mandat ikke er regulert i tvisteloven vil det være opp til retten, med hjemmel i tvl. § 26-7 tredje ledd, å vurdere om det i den aktuelle saken skal tillates. Dersom rekvirenten med ønske om nye undersøkelser begjærer et tilleggsmandat, vil retten måtte ta stilling til spørsmålet basert på de hensyn som gjør seg gjeldende i den aktuelle saken, jf. tvl. § 1-1. Er partene enige om at det skal foretas nye sorteringsrunder vil disposisjonsprinsippet sammenholdt med forhandlingsprinsippet få stor betydning.⁷⁹ I så fall er det nærliggende å anta at hensynene samlet sett normalt vil tilsi at retten vil måtte godta suppleringen. Er partene uenige, vil retten måtte foreta en mer helhetlig vurdering.

Et tilleggsmandat om å foreta nye søk basert på nye kriterier, vil på generelt grunnlag kunne gi flere bevis og dermed øke sannsynligheten for en materielt riktig avgjørelse. Også søk uten resultater kan gi en pekepinn på hvordan de faktiske forhold er, ved at man kan avskrive et gitt faktum.⁸⁰ Det kan likevel spørres hvor mange ganger man skal tillate nye søk og når man, av hensyn til bruk av ressurser og en effektiv saksbehandling, må avslutte sorteringsfasen. Videre vil det være nødvendig å avskjære nye søk dersom rekvirenten kun begjærer nye søk for å hale ut tiden. I mangel av lovregulering, vil vurderingen i praksis baseres på en proporsjonalitetsvurdering der hensynet til en materielt riktig avgjørelse vektet mot ressurs- og tidsbruk.⁸¹ Når det gjelder ressursbruken, vil det være et tungtveiende argument at rekvirenten som hovedregel må bære kostnadene av bevissikringen, jf. tvl. § 28-5.

Rettskildene åpner dermed for at det er adgang til å supplere et mandat. Videre vil det være opp til domstolen i den enkelte sak, basert på de skisserte hensynene, å vurdere i hvilken utstrekning dette skal tillates.

Rettskildesituasjonen slik den er utpenslet i HR-2019-439-A, legger etter dette opp til at rekvirenten i første omgang bør forsøke å få fastlagt et mer begrenset mandat. Dette fordi man ved et konkret og begrenset mandat, trolig øker muligheten for å kunne få et supplerende mandat etter at den første sorteringen er gjennomført. Fastsettes det derimot et vidtrekkende mandat, risikerer rekvirenten på bakgrunn av § 19-10, å innskrenke sine muligheter til i

⁷⁹ Se Mæland s. 29 for forklaring av disposisjonsprinsippet og forhandlingsprinsippet.

⁸⁰ Hjort (2016) s. 299.

⁸¹ Hjort (2016) s. 299.

ettertid å få sortert ut mer av det sikrede materialet. Ved å fastsette et og et avgrenset mandat av gangen vil rekvirenten derfor kunne justere kursen litt etter litt og på denne måten i sum få tilgang til flest mulig relevante bevis. Det er imidlertid til syvende og sist retten som, på bakgrunn av innspill fra partene, fastsetter mandatet. Det er derfor ikke sikkert at domstolen vil tillate slike begrensede mandat.

4 Betenkeligheter ved at den sorterende får innsyn i dokumentasjon underlagt bevisfritak eller bevisforbud

4.1 Innledende betraktninger

Ved gjennomgangen av det sikrede materialet vil den sorterende ha full tilgang til alt innholdet i speilkopien.⁸² Dette gjelder uansett hvilken type informasjon som befinner seg der. Både dokumenter av privat karakter, og bevis underlagt bevisforbud og bevisfritak er omfattet. Den sorterende vil kunne kvittere ut mange filer uten å måtte gå inn og se på innholdet av filene. Slik vil det være blant annet der det følger av filtype eller tittel at filen opplagt ikke har bevisverdi i saken. For eksempel dersom filen har navnet "sommerferie 2019" vil den opplagt ikke ha verdi i en sak der det er mistanke om at en arbeidstaker har gitt bedriftssensitiv informasjon til en konkurrerende bedrift. Det er imidlertid ikke til å unngå at den sorterende også må inn og vurdere innholdet av mange av filene. Dette må gjøres der det er uklart om filen har relevans eller ikke. Videre vil det måtte foretas en vurdering av filens innhold der den er relevant, men det er uklart om den er underlagt bevisforbud eller bevisfritak.

Når det gjelder gjennomgangen av et speilkopierte materiale i forbindelse med taushetsbelagt informasjon, kan man tenke seg tre forskjellige situasjoner. Den ene er at det sikrede materialet ikke inneholder filer som er underlagt bevisforbud eller bevisfritak. I en slik situasjon vil ikke problemstillingene knyttet til taushetsbelagt informasjon bli problematisk. Den andre situasjonen er at det sikrede materialet inneholder filer som er underlagt bevisforbud eller bevisfritak, men disse er som følge av den elektroniske organiseringen i datamediene og et presist mandat enkle å sortere ut basert på filnavn. Videre er det klart at filene ikke inneholder informasjon som kan være relevant for en senere tvist. I så tilfelle vil det ikke være nødvendig å gjøre en nærmere gjennomgang av innholdet i filene som er underlagt bevisforbud eller bevisfritak. Heller ikke i denne situasjonen vil det av hensyn til bevisreglene være problematisk at en uavhengig tredjeperson gjennomgår dokumentene. Den tredje situasjonen er der en fil både er underlagt bevisforbud eller bevisfritak og kan være et

⁸² Hjort (2017)b s. 136-137.

relevant bevis. I en slik situasjon er det nødvendig for den sorterende å gå inn i de filene som basert på søk anses å inneholde relevant informasjon, og vurdere om hele eller deler av filen er underlagt bevisforbud eller bevisfritak. I denne situasjonen vil den sorterende måtte gå gjennom mange filer og få innsyn i mye taushetsbelagt informasjon. I det følgende er det problemstillingene rundt innsyn i informasjon forbundet med denne tredje situasjonen som vil være i fokus.

4.2 Det rettslige grunnlaget for innsyn i taushetsbelagt informasjon

Bruk av en sorterende i bevissikringssaker er som nevnt i punkt 1.4 en fremgangsmåte som er utviklet i rettspraksis som følge av at domstolen ikke har ressurser eller mulighet til å gjøre jobben selv. I denne sammenheng kan man derfor spørre om hvilket rettslig grunnlag som foreligger for at den sorterende kan få innsyn i taushetsbelagt informasjon som ledd i sorteringsjobben. Det følger nemlig av § 26-7 andre ledd at

"Imøtegås begjæringen om bevis tilgang med at det foreligger bevisforbud eller bevisfritak, kan ikke bevisgjenstanden framlegges uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelse kan bestemme at beviset likevel skal føres. Er bare deler av bevisgjenstanden underlagt bevisforbud eller bevisfritak, skal om mulig det øvrige framlegges. § 24-8 tredje ledd annet og tredje punktum gjelder tilsvarende."

Det følger dermed av bestemmelsen at bevisgjenstander som pretenderes underlagt bevisforbud eller bevisfritak, ikke kan stilles til rettens disposisjon. Tilsvarende følger også av forarbeidene som i sin omtale av bestemmelsen uttrykker at bevisgjenstanden i slike tilfeller "ikke [kan] stilles til rådighet for retten, noe som ville stride mot formålet med bevisforbudet eller –fritaket."⁸³ Videre har Høyesterett i Rt. 1979 s. 1696 uttalt at "nevnte bestemmelser må forstås slik at (...) retten [heller ikke har] adgang til å gjøre seg kjent med dokumentenes innhold.". Høyesterett behandlet denne saken etter tvistemålslovens regler, men på bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene må tilsvarende gjelde også etter tvisteloven.

Det klare utgangspunktet etter bestemmelsen er etter dette at bevisgjenstander som pretenderes underlagt bevisforbud eller bevisfritak, ikke kan stilles til rådighet for retten.

⁸³ NOU 2001:32 Bind B s. 981, tilsvarende kommer også til uttrykk i Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 468.

Unntaket gitt i formuleringen "uten at retten i kraft av særlig lovbestemmelser kan bestemme at beviset likevel skal føres" er en henvisning til de relative bevisforbudene, se blant annet § 22-3 tredje ledd og § 22-5 andre ledd.⁸⁴ Det må imidlertid innvendes at dersom det er mulig å fremlegge deler av bevisgjensstanden, må det gjøres også der det er tale om absolutte bevisforbud.⁸⁵ Når beviset ellers ikke kan fremlegges for retten, er dette fordi en slik fremleggelse vil stride mot formålet med bevisforbudet eller bevisfritaket.⁸⁶ Avgjørelser av om bevis pretendert underlagt et absolutt bevisforbud skal fremlegges, må avgjøres av domstolen på bakgrunn av bevisgjensstandens formål og karakter.⁸⁷ Det er altså ikke tale om at retten skal gjennomgå dokumentet for å vurdere om beviset er underlagt bevisfritak eller bevisforbud.⁸⁸ Motsatt er det der beviset pretenderes å være underlagt et relativt bevisforbud eller bevisfritak. I så fall har retten hjemmel til å gjennomgå beviset for å avgjøre om det kan fremlegges i saken. Konkluderer retten med at det ikke kan fremlegges, vil dommeren ha fått innsyn i informasjon som dommeren i utgangspunkt ikke skal være kjent med. Dette vil etter omstendighetene kunne medføre at dommeren blir inhabil etter domstolloven § 108.⁸⁹

Utgangspunktet er at det er retten selv, eller eventuelt med bistand fra den sorterende, som skal foreta bevisgjennomgangen.⁹⁰ Med dette i tankene er det betenkelig at den sorterende ved gjennomgang av dokumenter pretendert underlagt absolutte bevisforbud får større innsynsrett i taushetsbelagt informasjon enn retten har selv. Dette blir i rettspraksis ikke problematisert ved oppnevning av en uavhengig tredjeperson til å foreta gjennomgangen av sikret materiale i bevissikringssaker utenfor rettssak.⁹¹ Problematikken rundt rekvirentens mulige innsyn i taushetsbelagt informasjon belyses imidlertid i flere saker.⁹² I disse sakene argumenteres det for at rekviritus er tilstrekkelig vernet gjennom at den sorterende pålegges taushetsplikt:

⁸⁴ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 468, NOU 2001:32 Bind B s. 981, Skoghøy (2014) s. 821, Schei m.fl. kommentarer til § 26-7, under punkt 3.

⁸⁵ HR-2018-2403-A avsnitt 39.

⁸⁶ NOU 2001: 32 Bind B s. 981 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 468, Skoghøy (2014) s. 821, Schei m.fl. kommentarer til § 26-7, under punkt 3.

⁸⁷ Schei m.fl. kommentarer til § 26-7, under punkt 3.

⁸⁸ Rt. 1979 side 1696 og Rt. 1983 side 1438.

⁸⁹ NOU 2001: 32 Bind B s. 981 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 468. Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (domstolsloven).

⁹⁰ TvI. § 26-7 (3). Se drøftelse under punkt 1.4 og punkt 3.2.

⁹¹ Søk i Lovdata 3. juni 2019 i HRSIV, LASIV, LBSIV, LESIV, LGSIV, LFSIV, LHSIV, LXSIV, TRSIV, dvs. sivile saker i alle instanser, på "LOV-2005-06-17-90-§28* + LOV-2005-06-17-90-§22*" med søkeord "sakkyndig", ga 13 treff. Av disse var det bare to avgjørelse, som begge er fra samme sakskompleks, som problematiserte at den sorterende får innsyn i bevis underlagt bevisfritak eller bevisforbud. Sakskomplekset gjaldt imidlertid et relativt bevisforbud, og det ville derfor ikke være et problem dersom retten fikk innsyn.

⁹² Se blant annet LB-2018-77101, LB-2017-52438.

"Etter lagmannsrettens vurdering er det også fastsatt betryggende rammer for å sikre at Halul ikke får tilgang til irrelevante bevis, bevis av personlig karakter eller bevis som er underlagt bevisforbud/-fritak. Ifølge tingrettens kjennelse skal det oppnevnes en sakkyndig med taushetsplikt som i henhold til et fastsatt mandat skal gjennomgå det sikrede materialet."⁹³

Bruk av en sorterende for gjennomgang av det sikrede materialet er den mest praktiske og hensiktsmessige løsningen slik domstolen er organisert i dag. Det kan imidlertid spørres om hensynene bak bevisforbud- og bevisfritaksreglene er tilstrekkelig vernet gjennom et rettslig pålegg til den sorterende om taushetsplikt. Dette kommer særlig på spissen ved at det rettslige grunnlaget for den sorterendes innsyn i taushetsbelagt informasjon er tvilsomt.

4.3 Den sorterendes uavhengige og upartiske rolle

4.3.1 Forhold som kan påvirke den sorterendes uavhengighet og upartiskhet

Det er helt sentralt ved bruk av både ordinære sakkyndige og ved bruk av en sorterende i bevissikringssaker, at den oppnevnte er upartisk og uavhengig av både domstolen og partene. Dette er særlig viktig for at partene skal ha tillit til domstolene som setter i gang prosessen, og til den sorterende som gjennomfører sorteringsfasen etter domstolens instruks.⁹⁴ Uten slik tillit vil et så inngripende middel som bevissikring kunne føles enda mer inngripende.⁹⁵ En forutsetning for tillit er at den sorterende ikke misbruker den informasjon vedkommende tilegner seg gjennom sitt oppdrag. Det er særlig i to retninger den sorterende kan påvirkes gjennom sitt arbeid med å gjennomgå det sikrede materialet. Det kan for det første tenkes situasjoner der den sorterende blir partisk overfor en av partene etter gjennomgangen av materialet. For det andre kan det tenkes situasjoner der den sorterende får innsyn i informasjon som den sorterende ønsker å bruke for egen vinning.

Det eneste rammeverket den sorterende har å forholde seg til er mandatet han er tildelt. Uten et rettslig rammeverk er det en nærliggende mulighet for at den sorterende ikke er tilstrekkelig bevisst sin rolle i sorteringsfasen og viktigheten av å være uavhengig og upartisk. Av denne

⁹³ LB-2017-52438.

⁹⁴ Tvl. § 1-1.

⁹⁵ Se punkt 1.4.

grunn er det særlig viktig at dette understrekes i mandatet. I det følgende vil jeg drøfte noen av de problemstillingene som kan oppstå dersom den sorterende ikke er seg bevisst sin upartiske rolle i sorteringsfasen.

4.3.2 Risikoen for at den sorterende tar parti med en av partene

Oppdraget til den sorterende vil, som nevnt i punkt 2.1, gå ut på å gjennomgå store mengder materiale for å søke etter relevante bevis for om en eller flere parter har begått det rettstridige forhold rekvirenten pretenderer. Et typisk eksempel på dette er i situasjoner der en sentral arbeidstaker i en virksomhet sier opp jobben sin, for å deretter starte i ny stilling i en konkurrerende bedrift. I slike tilfeller begjærer rekvirenten, i denne situasjonen den tidligere arbeidsgiveren, bevissikring i den konkurrerende bedriften med påstand om at arbeidstakeren rettstridig har gitt bedriftssensitiv informasjon til den nye bedriften. Begjæringskjennelsen, samt kjennelsen fra en eventuell etterfølgende behandling, blir i mange tilfeller enten lagt ved mandatet, eller delvis gjengitt i den sorterendes mandat.⁹⁶ Kjennelsene vil dreie seg om at det er nærliggende at det anførte rettstridige forholdet er begått.⁹⁷ Videre vil mandatet beskrive fremgangsmåten for å finne frem til informasjon som er relevant for om motparten har begått det anførte rettstridige forhold. Når den sorterende med denne informasjonen i bakhodet skal gjennomgå store mengder informasjon sikret hos rekviritus, er det en risiko for at vedkommende blir påvirket av dette og dermed sympatiserer med rekvirenten. Dersom den sorterende i en slik situasjon ikke er bevisst sin upartiske rolle og heller ikke har fått et klart mandat, vil dette kunne gi utslag i rapporten. Blir den sorterende partisk, vil dette videre kunne gi utslag i den etterfølgende forklaringen for domstolen.⁹⁸

Som vist i punkt 2.3 er det i rettspraksis eksempler på tilfeller der den sorterende har gått utover sin oppgave og foretatt vurderinger av det materielle spørsmålet i saken. Dette er i seg selv uheldig, men vil være enda mer problematisk dersom den sorterende i tillegg er partisk i favør av en av partene.

Et eksempel fra rettspraksis der det ble anført at den sorterendes mandat ikke ga grunnlag for en forsvarlig og rettferdig prosess som følge av at den sorterende risikerte å bli partisk er

⁹⁶ Se for eksempel LA-2019-4405.

⁹⁷ Tvl. § 28-2.

⁹⁸ Se punkt 4.4.

Agder lagmannsrett kjennelse fra 2019.⁹⁹ Saken gjaldt anke over tingrettens kjennelse om fastsetting av mandat for den sorterende i en bevissikringssak etter tvisteloven kapittel 28. Bakgrunnen for bevissikringen var at Recover Nordic AS (heretter omtalt som Recover) mistenkte at Frøiland Bygg AS og Frøiland Bygg Skade AS (heretter samlet omtalt som Frøiland) illojalt og i strid med god forretningsskikk hadde rekruttert sentrale ledere og øvrige ansatte i Recover. I den sorterendes mandat ble det angitt at formålet med den sorterendes gjennomgang av det sikrede materialet var å "avdekke bevis som kan være relevante for å underbygge de anførsler og mistanker som er gjort gjeldende av Recover". Frøiland anførte at mandatet var ensidig og ubalansert. Som begrunnelse for dette ble det vist til utformingen av mandatet, samt at begjæringen om bevissikring var inntatt i mandatet uten henvisninger til Frøilands innvendinger.

Bevissikring foretas fordi rekvirenten har et særskilt behov for tilgang til bevis, og fordi bevissikring anses som nødvendig av hensyn til bevisets karakter, eller fordi parten har behov for å kunne vurdere sin rettslige posisjon.¹⁰⁰ Bevissikring skal derfor tilrettelegge for utlevering av bevis til rekvirenten, ikke til begge parter. Som følge av bevissikringens formål må det være forsvarlig at den sorterende kun skal søke etter bevis som vil være til fordel for den ene parten. Mandatet bør imidlertid avklare hvilke bevis den sorterende skal lete etter, og ikke om den sorterende kan avdekke bevis som vil være relevante for den ene parten. Det er nettopp denne forskjellen aktørene i bevissikringsinstituttet må være klar over. Fordi den sorterendes oppdrag i seg selv er egnet til å påvirke den sorterende i retning av at han blir partisk, bør mandatet formuleres på en måte som ikke forsterker dette.

4.3.3 Bruk av informasjon for egen vinning

I forbindelse med den nærmere gjennomgangen av bevisene vil den sorterende få innblikk i rekvisitus' digitale hverdag. Blir for eksempel alle dataene til de som sitter i styret i en bedrift speilkopierte, får den sorterende potensielt innsyn i alle e-poster, det de har jobbet med og alt annet som er lagret på dataene. I sorteringsprosessen er det derfor stor mulighet for at den sorterende får innsyn i bedriftssensitiv informasjon. Slik informasjon kan være verdifull for

⁹⁹ LA-2019-4405.

¹⁰⁰ NOU 2001: 32 s. 987. Hjort (2019) s. 219. Sveaas og Arendt s. 18.

konkurrenter i markedet. Dette medfører at den sorterende kan bli fristet til å bruke informasjonen for egen vinning.¹⁰¹

Selv om den sorterende ikke kommer over informasjon av bedriftssensitiv karakter, er det mulig vedkommende får innsyn i informasjon om bedriften som kan være interessant for tabloidpressen. Tilsvarende som for bedriftshemmeligheter og informasjon av lignende karakter, vil denne typen informasjon være lett å omsette. Slik utnyttning av informasjon vil selvsagt stride imot den taushetsplikt den sorterende blir pålagt av retten. Det kan imidlertid stilles spørsmålsteget ved om taushetsplikten er et tilstrekkelig virkemiddel for å ivareta den beskyttelse rekvisitus har behov for når det gjennomføres bevissikring med etterfølgende sortering. Risikoen for at informasjon blir lekket til konkurrenter eller til pressen, er et argument for å regulere sorteringsfasen nærmere. Denne risikoen sett i sammenheng med at det ikke eksisterer et rettslig rammeverk for sorteringsfasen, medfører at sorteringsfasen kan oppfattes som lite betryggende for rekvisitus.¹⁰² En nærmere regulering vil kunne avhjelpe dette ved å sette klare rammer for den sorterendes oppdrag og virke.

4.4 Konsekvenser for etterfølgende forklaring i rettssak

Gjennomgangen av digitale speilkopier er ofte en tidkrevende prosess.¹⁰³ Hele det speilkopierte materialet skal gjennomgås og sorteres i tråd med mandatet. Videre er det, som nevnt i punkt 2.1, vanlig praksis at den sorterende utferdiger en rapport som beskriver fremgangsmåten for gjennomgangen, og i hvilken kategori de ulike filene er plassert. Etter det jeg har sett viser ikke domstolen til en konkret hjemmel for å instruere den sorterende om å skrive rapporten. Det er likevel nærliggende å anta at fremgangsmåten er inspirert av tvl. § 25-5 første ledd. Gjennom denne prosessen får den sorterende tilgang til svært mye informasjon over lang tid. Dette medfører at det kan være vanskelig for den sorterende å huske hvilken informasjon som er underlagt bevisforbud eller bevisfritak. Spørsmålet blir derfor om hensynene bak bevisfritak- og bevisforbudsbestemmelsene er tilstrekkelig ivaretatt når den sorterende i en etterfølgende rettssak skal forklare seg for domstolen.

Verken rekvirenten eller retten skal ha kunnskap om dokumenter underlagt bevisforbud eller bevisfritak. Den sorterende kan derfor ikke forklare seg om informasjon som har grunnlag i

¹⁰¹ Et slikt brudd på taushetsplikten for egen vinning vil kunne straffes etter strl. § 209, se punkt 5.3.

¹⁰² Øyen s. 129-130.

¹⁰³ Hjort (2016) s. 304, Se for eksempel LB-2010-149042.

slike dokumenter.¹⁰⁴ Likevel må den sorterende i sin forklaring begrunne sine metoder og resultater for retten. Balansegangen mellom det å skulle forsvare sine fremgangsmåter og hvorfor bevisene er kategorisert som de er gjort, samtidig som at informasjon underlagt bevisforbud eller bevisfritak skal holdes tilbake, vil ofte by på problemer.¹⁰⁵ Ikke bare informasjon som direkte er underlagt bevisforbud eller bevisfritak er problematisk. Den sorterende kan heller ikke forklare seg om tilgrensende informasjon som kan gjøre rekvirenten eller domstolen oppmerksom på det som er taushetsbelagt.

I noen tilfeller blir den sorterende eksplisitt gjort oppmerksom på at han ikke skal uttale seg om taushetsbelagt informasjon, verken i rapporten eller i vitneforklaringen. Andre ganger er en slik påminnelse fraværende. Uten at den sorterende blir oppmerksom på det, er det vanskelig å vite om han er bevisst denne problemstillingen. Der den sorterende ikke gjøres bevisst, vil det løpe en større risiko for at den sorterende forsnakker seg under forklaringen enn der den sorterende blir minnet på at han ikke skal uttale seg om taushetsbelagt informasjon. Særlig en sorterende uten juridisk bakgrunn vil kunne ha problemer med å skille mellom hva han kan uttale seg om og i hvilke tilfeller han må forholde seg taus.

Klare rammer og tydelige retningslinjer til den sorterende vedrørende hva oppdraget går ut på, og videre hva han kan og ikke kan uttale seg om, vil i stor grad avhjelpe problemstillingen. Selv med klare rammer, vil det likevel være svært vanskelig å skille mellom slik informasjon etter å ha arbeidet med det sikrede materialet i lang tid. Det å dele sorteringsjobben i to, som anvist ovenfor i punkt 2.4 vil kunne avhjelpe også problemstillingene i forbindelse med etterfølgende forklaring. En første sortering av en teknisk kyndig person vil trolig ikke luke ut alle bevis omfattet av taushetsplikt, men en god del. Den tekniske personen vil ikke ha sett innholdet av filene og kan derfor forklare seg for retten om de tekniske sidene av sorteringsjobben. Deretter kan den som foretar selve den manuelle gjennomgangen forklare seg om sin fremgangsmåte. Vedkommende som har foretatt den manuelle sorteringen vil fortsatt gjennomgå taushetsbelagt informasjon, men noe vil være luket ut. Videre vil denne personen trolig ha juridisk bakgrunn, og derfor ha større forutsetninger for å skille det som er taushetsbelagt fra det som ikke er det.

Uavhengig av måter man kan avhjelpe problemstillingen på kan det spørres om det i det hele tatt foreligger et behov for at den sorterende skal avgi en forklaring i den etterfølgende

¹⁰⁴ Hjort (2016) s. 304.

¹⁰⁵ Hjort (2017)a s. 185.

rettssaken. Den sorterendes primære oppgave er som nevnt i punkt 2.1 å sortere og kategorisere bevis. Det eneste den sorterende i en etterfølgende vitneforklaring i så fall skal forklare seg om er hvilken fremgangsmåte vedkommende har brukt, hvilke søkeord vedkommende har brukt og hvilke treff disse søkeordene ga i det sikrede materialet. Denne informasjonen skal imidlertid stå klart skrevet i den sorterendes rapport. Det burde derfor ikke være et behov for at den sorterende skal avgi forklaring i den etterfølgende rettssaken. Praksisen for at den sorterende forklarer seg i etterfølgende rettssak er trolig inspirert av tvl. §25-5 andre ledd som sier at en sakkyndig "har plikt til å møte for å avgi forklaring i rettsmøte etter innkalling fra retten". Som skissert er det imidlertid ikke et tilsvarende behov for muntlig forklaring fra en sorterende som det er fra en sakkyndig. Problemstillingene som inntreer når den sorterende skal avgi etterfølgende muntlig forklaring, kan etter dette avhjelpes ved at praksisen avvikles.

5 Innsyn i inkriminerende informasjon

5.1 Utgangspunkt

Da bevissikring er et institutt som følger av tvisteloven, må gjennomføringen være i tråd med formålsparagrafen i tvl. § 1-1. Det følger av bestemmelsens første ledd at loven skal legge til rette for en «rettferdig, forsvarlig, rask effektiv og tillitskapende behandling av rettstvister». At saksbehandlingen skal være forsvarlig, er et overordnet prinsipp som gjennomsyrrer det norske rettssystem.¹⁰⁶ Prinsippet om forsvarlig saksbehandling gjelder følgelig derfor også for gjennomføringen av bevissikring og bruk av en sorterende i sorteringsfasen. Rekvisitus må kunne forvente og oppleve at gjennomføringen skjer på en forsvarlig måte, og ha tillit til at konfidensielle opplysninger ikke blir delt med utenforstående. For at rekvisitus skal ha slik tillit til bevissikringsinstituttet og domstolene som sådan, er det derfor viktig at taushetsplikten opprettholdes. Taushetsplikten kan etter dette begrunnes i rekvisitus personvern og integritet, og i hensynet til en forsvarlig og tillitsskapende behandling.

Det klare utgangspunktet er at den sorterende blir pålagt taushetsplikt av retten og derfor ikke kan dele informasjon han kommer over med utenforstående. Et spørsmål i denne sammenhengen er hvordan den sorterende skal forholde seg til eventuell informasjon han kommer over, som ikke har relevans for den aktuelle saken, men som tilsier at det er eller vil bli begått et straffbart forhold. I denne vurderingen vil rekvisitus behov for at taushetsplikten opprettholdes stå i motstrid med samfunnets behov for å hindre, avdekke og ilegge reaksjoner for straffbare handlinger.¹⁰⁷

Som følge av at den sorterende har taushetsplikt, må utgangspunktet være at han ikke har rett eller plikt til å utlevere opplysninger av inkriminerende art til politiet eller andre. Spørsmålet i det følgende er om, og eventuelt når, grunnleggende hensyn i strafferetten tilsier at det må gjøres unntak fra taushetsplikten.

5.2 Unntak fra taushetsplikten

¹⁰⁶ Mæland s. 27.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 90 (2003- 2004) s. 80-81, sammenholdt med Gröning, Husabø og Jacobsen s. 40, Gröning, Husabø og Jacobsen s. 44.

5.2.1 Plikt til å utlevere informasjon om straffbare handlinger

I noen tilfeller gjør motstridende hensyn seg så sterkt gjeldende at taushetsplikten må vike. En slik situasjon er hjemlet i straffeloven (strl.) § 196.¹⁰⁸ Det følger av § 196 første ledd at:

«Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som unnlater gjennom anmeldelse eller på annen måte å søke å avverge en straffbar handling eller følgene av den, på et tidspunkt da dette fortsatt er mulig og det fremstår som sikkert eller mest sannsynlig at handlingen er eller vil bli begått. Avvergingsplikten gjelder uten hensyn til taushetsplikt...».¹⁰⁹

Ordlyden «avverge straffbare handlinger eller følgene av den» klargjør at bestemmelsen bare gjelder plikten til å forhindre fremtidige straffbare handlinger eller eventuelt følgene av slike handlinger. Bestemmelsen hjemler ikke en plikt for den sorterende til å anmelde allerede begåtte straffbare forhold. Videre viser oppregningen i første ledd bokstav a at bestemmelsen kun gir en plikt til å avverge alvorlige forbrytelser mot Norges indre og ytre sikkerhet, store skadeforvoldelser, terrorhandlinger, grove seksuallovbrudd og grove legemskrenkelser.¹¹⁰ Lovgiver har ved bestemmelsen gitt uttrykk for at viktigheten av å hindre slike alvorlige lovbrudd veier tyngre enn hensynene bak taushetsplikten.

Det følger dermed av § 196 at dersom den sorterende kommer over inkriminerende informasjon av en slik art som anvist i bestemmelsen, så plikter den sorterende å handle for å avverge forbrytelsen eller dens følger. Handlingsplikten inntreer likevel bare der det fremstår som «sikkert eller mest sannsynlig at handlingen vil bli begått». Dersom avvergingsplikten inntreer, må den sorterende sørge for at han ikke opplyser om øvrige opplysninger enn det som er nødvendig for å avverge eller dempe følgene av den aktuelle straffbare handlingen. Går han utover avvergingsplikten, vil det kunne utgjøre et ulovlig brudd på taushetsplikten.

Det er etter dette klart at den sorterende har en plikt til å avverge kriminelle handlinger som nevnt i § 196. Spørsmålet i det følgende er om det også foreligger en plikt utover de tilfellene som følger av avvergingsplikten i § 196. I den forbindelse kan det spørres om den sorterende har en plikt til å opplyse om allerede begåtte straffbare handlinger. Som følge av at den

¹⁰⁸ Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven).

¹⁰⁹ Bestemmelsen inneholder henvisninger til en rekke straffebud og angir at avvergingsplikten gjelder disse, det anses ikke relevant å vise til alle straffebudene i sitatet i denne sammenheng.

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 8 (2007- 2008) s. 261.

sorterende har taushetsplikt, må utgangspunktet være at han ikke har plikt til å utlevere opplysninger til politiet utelukkende i den hensikt å oppklare forbrytelser. Dette synspunktet kommer tydelig til uttrykk i straffelovens forarbeider i tilknytning til avvergingsplikten:

"I dag finnes ingen generell plikt til å anmelde straffbare forhold som allerede er begått, og som det ikke lenger er mulig å avverge følgene av. Å utvide plikten til å melde fra til også å omfatte slike forhold, reiser vanskelige spørsmål, blant annet opp mot hensynene bak lovbestemt taushetsplikt."¹¹¹

På den ene siden kan det at lovgiver har valgt å ikke lovfeste en generell plikt til å anmelde straffbare forhold som allerede er begått, tilsi at lovgiver har veid hensynene bak taushetsplikten tyngre enn hensynene til at straffbare handlinger avdekkes og ilegges reaksjoner. På den andre siden har departementet uttalt at det å utvide taushetsplikten «reiser vanskelige spørsmål, blant annet opp mot hensynene bak lovbestemt taushetsplikt». Det kan derfor tilsi at lovgiver har avstått fra å vekte hensynene bak taushetsplikten mot samfunnets behov for å avdekke og ilegge reaksjoner for straffbare handlinger. Uansett grunn foreligger det ingen lovhjemlet plikt til å anmelde allerede begåtte handlinger.

Uten en nærmere hjemmel for det, må konklusjonen være at det ikke foreligger en plikt til å opplyse om begåtte straffbare handlinger. Dette fordi en slik opplysningsplikt innebærer en tilsidesettelse av rettspålagt taushetsplikt. Skal det være en plikt utover § 196 må derfor lovgiver eller Høyesterett komme på banen.

I noen tilfeller vil den sorterende, til tross for at han ikke har en plikt, likevel ønske å anmelde straffbare forhold han kommer over. Spørsmålet i det følgende er om, og i så fall i hvilke tilfeller, den sorterende har en *rett* til å opplyse om kriminelle forhold.

5.2.2 Rett til å utlevere informasjon om straffbare handlinger

Som følge av at den sorterende har taushetsplikt, må utgangspunktet som nevnt i punkt 5.1 være at vedkommende ikke har rett eller plikt til å utlevere opplysninger om kriminell aktivitet til politiet. Problemstillingen er om det ved noen tilfeller gjør seg gjeldende så sterke hensyn at den sorterende til tross for taushetsplikten, har en rett til å informere politiet om kriminelle handlinger.

¹¹¹ Prop. 116 L (2009- 2010) s. 17.

Et eksempel på et sett av tilfeller der den sorterende vil ha en slik rett til å informere politiet om straffbare handlinger, er der straffelovens regler om nødrett og nødverge kommer til anvendelse. Nødrett følger av strl. § 17 som bestemmer at:

«En handling som ellers ville være straffbar, lovlig når

- a) den blir foretatt for å redde liv, helse, eiendom eller en annen interesse fra en fare for skade som ikke kan avverges på annen rimelig måte, og
- b) denne skaderisikoen er langt større enn skaderisikoen ved handlingen»

Videre følger det av strl. § 18 om nødvergen at:

«En handling som ellers ville være straffbar, er lovlig når den

- a) blir foretatt for å avverge et ulovlig angrep,
- b) ikke går lenger enn nødvendig, og
- c) ikke går åpenbart ut over hva som er forsvarlig under hensyn til hvor farlig angrepet er, hva slags interesse som angrepet krenker, og angriperens skyld»

Reglene om nødrett og nødverge medfører at en handling som ellers ville blitt ansett som ulovlig som følge av taushetsplikten, ut fra en konkret interesseavveining, blir ansett som lovlig og berettiget.¹¹² Ordlyden «redde ... fra en fare for skade» i strl. § 17 og «avverge» i strl. § 18 tilsier at bestemmelsene hjemler en rett til å bryte taushetsplikten for å avverge fremtidige straffbare handlinger. Videre er det kun der hensynene som tilsier å avverge skaden eller angrepet er vesentlig tyngre enn hensynene til taushetsplikten at reglene om nødrett og nødverge kommer til anvendelse. Det tilsier at straffelovens regler om nødrett og nødverge gjelder for mer alvorlige forbrytelser.

Utover reglene om nødrett og nødverge foreligger det ikke hjemmel for at den sorterende kan bryte sin rettspålagte taushetsplikt. Det vil derfor kun være i tilfeller som omfattes av disse bestemmelsene, den sorterende har en rett til å informere om straffbare handlinger. Som følge av at den sorterende har taushetsplikt, har han ikke rett eller plikt til å utlevere opplysninger til politiet utelukkende i den hensikt å oppklare forbrytelser. Den sorterende har etter dette derfor verken rett eller plikt til å informere om allerede begåtte straffbare handlinger.

¹¹² Se tilsvarende for helsepersonell jf. NOU 2004: 18 s. 104.

5.2.3 Rettspolitiske bemerkninger

Også der den sorterende finner inkriminerende informasjon om allerede begåtte handlinger kan det være sterke hensyn som står på spill. Det kan for eksempel dreie seg om at den sorterende finner informasjon om at rekvisitus har bedrevet menneskehandel.¹¹³ I så tilfelle vil han kunne føle på et moralsk dilemma om han skal holde informasjonen for seg selv, eller om handlingene er så alvorlige at han vil bryte taushetsplikten og anmelde forholdet til politiet. På den ene siden kan det føles svært belastende for den sorterende å måtte bære på opplysninger om at noen har begått svært graverende handlinger uten å kunne anmelde det. Dette tilsier at det bør være et visst rom for at den sorterende kan melde fra om begåtte handlinger for at vedkommende skal kunne etterforskes og stilles til ansvar for sine handlinger. På den andre siden er det et viktig formål med taushetsplikten at man må kunne stole på den sorterendes diskresjon.

Det at den sorterende er oppnevnt av retten og som rettens hjelper, kan imidlertid tilsi at han har et visst samfunnsansvar til å melde fra om straffbare handlinger, slik at de etterforskes og ilegges reaksjoner. Strafferettens hovedfunksjon er ifølge Gröning, Husabø og Jacobsen å sikre individvern.¹¹⁴ Rettsordenen må derfor «formes på en måte som sikrer alle menneskers frihet, menneskeverd og likhet».¹¹⁵ Samfunnet har med dette en interesse i at den sorterende kan tipse politiet om alvorlige kriminelle handlinger som er begått og som bryter med disse verdiene. Det tilsier at den sorterende bør ha en adgang til, i visse tilfeller, å melde fra om begåtte straffbare handlinger som han har fått informasjon om gjennom sitt arbeid.

Skal det innføres en regel, vil det bli krevende å definere en grense for hva som er tilstrekkelig alvorlige forbrytelser til at taushetsplikten kan tilsidesettes. Som departementet ga uttrykk for i forarbeidene nevnt i punkt 5.2.1, er dette en svært vanskelig grensedracting.¹¹⁶ Skal det overhodet være berettiget å bryte taushetsplikten, må hensynene som taler for å opplyse om ellers taushetsbelagte opplysninger veie vesentlig tyngre enn hensynene som taler for å opprettholde taushet.

En revisor kan etter revisorloven § 6-1 fjerde ledd, uten hinder av taushetsplikten, «underrette politiet dersom det i forbindelse med revisjonsoppdrag eller andre tjenester fremkommer

¹¹³ Strl. § 257 og § 258.

¹¹⁴ Gröning, Husabø og Jacobsen s. 44.

¹¹⁵ Gröning, Husabø og Jacobsen s. 44.

¹¹⁶ Prop. 116 L (2009- 2010) s. 17.

forhold som gir grunn til mistanke om at det er foretatt en straffbar handling».¹¹⁷ En revisor vil i motsetning til den sorterende, være ansatt av den han får informasjon om. Når lovgiver først har ansett det som legitimt at en revisor kan anmelde slike forhold, burde det ikke være noe i veien for at en sorterende, som tross alt er oppnevnt av det offentlige, også kan gjøre det.

Som følge av samfunnets behov for at alvorlige forbrytelser straffes, samt av hensyn til den sorterende, bør det i noen svært begrensede tilfeller åpnes for at den sorterende kan trosse taushetsplikten og anmelde allerede utførte straffbare forhold. Det bør derfor etableres noen rettslige rammer eller retningslinjer som avklarer hvor omfattende taushetsplikten den sorterende blir pålagt er, hvor langt den strekker seg og i hvilke tilfeller det kan være legitimt å fravike den.

5.3 Sanksjoner ved brudd på taushetsplikten

Straffeloven § 209 hjemler straff for brudd på taushetsplikt:

«Med bot eller fengsel inntil 1 år straffes den som røper opplysning som han har taushetsplikt om i henhold til lovbestemmelse eller forskrift, eller utnytter en slik opplysning med forsett om å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning.

Første ledd gjelder tilsvarende ved brudd på taushetsplikt som følger av gyldig instruks for tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ».

Da den sorterende blir pålagt taushetsplikt av retten, er det klart at han har en taushetsplikt som «følger av gyldig instruks for tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ». Den sorterende kan derfor straffes med fengsel inntil 1 år dersom han røper opplysninger som han blir kjent med gjennom sitt arbeid i bevissikringssaker. Ved at den sorterende kan straffefølges, vil terskelen for å melde fra om straffbare forhold være høy. Skal man tillate brudd som følge av andre viktigere hensyn, er det derfor nødvendig med klare regler for når den sorterende kan fritas fra taushetsplikten. Dersom det ikke er klare regler for dette vil den sorterende trolig holde sin egen interesse om å unngå en eventuell straffefølgning som

¹¹⁷ Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer (revisorloven).

viktigere enn samfunnets interesse i at visse straffbare forhold hindres, eller avdekkes og straffefølges.

Uavhengig av straff følger det av alminnelige erstatningsrettslige regler at den sorterende kan bli erstatningsansvarlig dersom vilkårene om ansvarsgrunnlag, skade/økonomisk tap og årsakssammenheng er oppfylt.¹¹⁸ Den sorterende kan dermed bli stilt økonomisk ansvarlig dersom han bryter taushetsplikten.

¹¹⁸ Nygaard s. 4.

6 Avslutning

Bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 fremstår ved første øyekast som en greit gjennomførbar prosess. Det fremgår klart hva som kan sikres gjennom bevissikring utenfor rettssak.¹¹⁹ Videre er vilkårene for bevissikring og rettens avgjørelse av begjæringen utfyllende regulert.¹²⁰ Kapittel 28 har til og med særskilt tilpassede sakskostnadsregler.¹²¹ Forsøker man imidlertid å anvende regelverket i praksis, fremstår reglene som svært mangelfulle. Særlig er regelverket mangelfullt når det kommer til hvordan bevissikring utenfor rettssak skal gjennomføres.

Den sorterendes rolle ved bevissikring utenfor rettssak er i praksis svært uklar. Formålet med denne avhandlingen har vært å forsøke å klargjøre den sorterendes rolle noe nærmere. Jeg har kommet til at den sorterende reelt er en person som skal sortere og kategorisere bevis og har derfor forsøkt å ta avstand fra benevnningen "sakkyndig" som benyttes i rettspraksis. Videre har jeg konkludert med at en hensiktsmessig løsning er å oppnevne to sorterende med hver sin funksjon. Til tross for at rettsgrunnlaget for at den sorterende får innsyn i informasjon underlagt taushetsplikt er tvilsomt, har jeg anerkjent at dette er en praktisk og hensiktsmessig løsning. Problemstillingene den sorterende møter på ved innsyn i taushetsbelagt informasjon kan imidlertid avhjelpest ved nærmere regler og retningslinjer. Videre bør praksisen med å innkalle den sorterende som vitne i en etterfølgende hovedforhandling avvikles.

Der den sorterende får innsyn i informasjon av inkriminerende art, har han kun de rettigheter og plikter som er hjemlet i lov. Jeg har likevel kommet til at det foreligger vektige hensyn som tilsier at den sorterende burde ha mulighet til å melde fra om straffbare forhold i noe større utstrekning enn rettkildesituasjonen gir grunnlag for i dag.

Til tross for mine konklusjoner i denne avhandlingen, er rettskildebildet vedrørende den sorterendes rolle i bevissikringssaker ikke klarlagt. Basert på avhandlingens undersøkelser er det derfor grunn til å stille spørsmål ved om ikke lovgiver bør revidere tvisteloven og på den måten gi noen avklaringer for hvordan sorteringsfasen faktisk skal gjennomføres. Inntil det

¹¹⁹ Tvl. § 28-1.

¹²⁰ Tvl. § 28-2 og § 28-3.

¹²¹ Se Strandberg for nærmere om sakskostnadsregelen i tvl. § 28-5.

skjer en endring eller tilføyelse av tvisteloven kapittel 28 er det imidlertid opp til domstolene å regulere den nærmere praksisen for sorteringsfasen.

Da den sorterende i utgangspunktet skal sortere og kategorisere bevis for å tilrettelegge for utleveringsfasen, bør retten ved den nærmere utpenslingen av retningslinjene for bruk av en sorterende ta selvstendig stilling til hva som er mest hensiktsmessig fremgangsmåte for dette. Fremgangsmåten bør derfor klarlegges uavhengig av reglene om sakkyndigbevis i tvisteloven kapittel 25. Gjøres dette vil man trolig få regler og retningslinjer som er bedre tilpasset bevissikringsinstituttets karakter og den sorterendes rolle.

Kildeliste

Lover

Norske lover

| | |
|-----------------|--|
| Domstolloven | Lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene |
| Revisorloven | Lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer |
| Straffeloven | Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff |
| Tvisteloven | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister |
| Tvistemålsloven | Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål |

Utenlandske nasjonale lover

Storbritannia

| | |
|-----|---|
| CPR | SI 1998/3132 The Civil Procedure Rules 1998 |
|-----|---|

Forarbeider

| | |
|---|--|
| NOU 2001: 32 Bind A | Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven) |
| NOU 2001: 32 Bind B | Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven) |
| Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) | Om lov om straff (straffeloven) |
| NOU 2004: 18 | Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene – Samordning og samhandling i kommunale sosiale- og helsetjenester |
| Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) (tvisteloven) | Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister |
| Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) | Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (skjerpene og formildende omstendigheter, folkemord, rikets selvstendighet, terrorhandlinger, ro, orden og sikkerhet, og offentlig myndighet) |
| Prop.116 L (2009-2010) | Endringer i domstolloven (ekstraordinære valg til lekdommerutvalgene m.m.) og straffeloven 1902 (avvergingsplikt) |

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1979 side 1696

Rt. 1983 side 1438

Rt. 2006 side 626

Rt. 2010 side 774

Rt. 2013 side 968

HR-2018-2403-A

HR-2019-439-A

Underrettspraksis

TOSLO-2008-191303

LB-2009-110691

LB-2010-149042

LE-2012-77346

LB-2013-52503

13-078806TVI-HAUG

LB-2016-155886

LG-2017-140506

LB-2017-52438

LB-2018-54133

LB-2018-76689

LB-2018-77101

LA-2019-4405

Litteratur

- Backer Inge Lorange Backer, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget, Oslo, 2015
- Gröning, Husabø og Jacobsen Linda Gröning, Erling Johannes Husabø og Jørn Jacobsen, *Frihet, forbrytelse og straff. En systematisk fremstilling av norsk strafferett*, Fagbokforlaget, Bergen, 2016
- Hjort (2016) Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker. Særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget, Oslo, 2016
- Hjort (2017)a Maria Astrup Hjort, *Sorteringsprosessen i bevissikringsaker og ved beslag inneholdende taushetsbelagt informasjon*, Lov og Rett nr. 3/2017 s. 178-192
- Hjort (2017)b Maria Astrup Hjort, *Behov for reformering av tvistelovens bevissikringsregler*, Lov og Rett nr. 3/2017 s. 131-158
- Hjort (2019) Maria Astrup Hjort, *Mandat til å sortere digitalt materiale*, blir publisert i Tidsskrift for strafferett nr. 2/2019 s. 209-234
- Mæland Henry John Mæland, *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. reviderte utgave, Justian, Bergen, 2013
- Nygaard Nils Nygaard, *Skade og ansvar*, 6. utgave, Universitetsforlaget, Bergen, 2007
- Robberstad (2009) Anne Robberstad, *Sivilprosess*, Fagbokforlaget, Bergen, 2009
- Robberstad (2018) Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 4. utgave, Fagbokforlaget, Bergen, 2018
- Schei m. fl. Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril av M. Øie, Ajourført versjon av *Tvisteloven, elektronisk kommentarutgave*, Bekreftet à jour per 1. september 2016
- Skoghøy (2014) Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2014
- Skoghøy (2017) Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, Oslo, 2017

- Strandberg Magne Strandberg, *Sakskostnader og bevissikring*, Lov og Rett nr. 3/2017 s. 159-177
- Sveaas og Arendt Nils Kristian Sveaas og Torstein Arendt, *Bevissikring utenfor rettsak - Må hovedkravet sannsynliggjøres?*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 1/2010 s. 18-33
- Tande Knut Martin Tande, *Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen*, Jussens Venner nr. 1/2011 s. 1-36
- Øyen Ørnulf Øyen, *Twisteloven kapittel 28 om bevissikring utenfor rettsak - et forsømt kapittel i den sivile rettspleie?*, Lov og Rett nr. 3/2017 s. 129-130