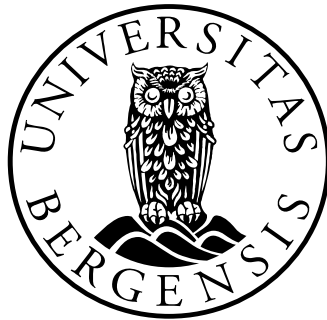


Hvordan griper tvisteloven § 21-7 (2) inn i partenes frie bevisføringsrett?

Kandidatnummer: 144

Antall ord: 14589



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

Dato: 07.06.2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema	4
1.2 Rettskildebilde og metodevalg	6
1.3 Spørsmålets aktualitet og relevans	8
1.4 Avgrensninger	9
1.5 Oppgavens videre fremstilling	10
2 Grunnleggende målsettinger for sivilprosessen	11
2.1 Formålsparagrafen – tvl. § 1-1	11
2.2 Kravet om en forsvarlig saksbehandling	12
2.3 Kravet om en proporsjonal saksbehandling	13
3 § 21-7 (2) – Overordnede bemerkninger til bestemmelsen	15
3.1 Innledning.....	15
3.2 Betydningen av kan-vurderingen	16
4 Tvisteloven § 21-7 (2) bokstav a)	19
4.1 Regelens materielle vilkår	19
4.2 § 21-7 (2) a) sitt samspill med tvl. § 16-5 om retting og den tilhørende veiledningsplikten i § 11-5 (1)	21
4.3 Kan-vurderingen i § 21-7 (2) a)	22
5 Tvisteloven § 21-7 (2) bokstav b)	23
5.1 Regelens materielle vilkår	23
5.2 § 21-7 (2) b) i samspill med tvl. § 21-7 (1)	24
5.3 Kan-vurderingen i § 21-7 (2) b)	25
5.4 Betydningen av tvl. § 21-8 (1)	26
5.5 Drøftelse av Høyesterettspraksis	28
5.5.1 Oppsummering av høyesterettspraksis	31
5.6 “Usynlige” skranker for når tvl. § 21-7 (2) b) kan brukes	33
6 Tvisteloven § 21-7 (2) c)	37
6.1 Regelens materielle vilkår	37
6.2 Tvisteloven § 21-7 (2) c) i samspill med tvl. § 21-12 (2), om skriftlige forklaringer	

6.2.1	§ 21-7 (2) c) i samspill med § 21-12 (2) første punktum	40
6.2.2	§ 21-7 (2) c) i samspill med § 21-12 (2) første punktum	42
6.3	§ 21-7 (2) c) i samspill med regelen om utilbørlig ervervede bevis i tvl. § 22-7.....	43
6.4	Kan-vurderingen i § 21-7 (2) c)	45
7	Konklusjon	47
	Litteraturliste	49
	Lover, forarbeider og rettsavgjørelser	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Denne oppgavens fokus og målsetting er å drøfte hvordan tvl. § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett. Prinsippet om den frie bevisføringsretten er hjemlet i Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven – tvl.) § 21-3 (1).¹

Bestemmelsen i § 21-3 (1) har følgende ordlyd:

«Partene har rett til å føre de bevis de ønsker. Unntak fra retten til å føre bevis følger av §§ 21-7 og 21-8, kapittel 22 og øvrige bevisregler i loven her.»

Lov 13. august 1915 nr. 8 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven – tvml.) inneholdt ikke en særskilt bestemmelse som uttalte dette. Likevel var det ansett som uomtvistet at fri bevisføring om sakens faktiske forhold er utgangspunktet i både sivil- og straffeprosessen.² Partenes frie bevisføringsrett står sentralt i norsk sivilprosess.³ Som regelen i § 21-3 (1) illustrerer må retten ha hjemmel i lov for å begrense partenes frie bevisføringsrett. Disse står i hovedsak i kapittel 21 og 22 i tvisteloven.

Selv om det ikke fremkommer av ordlyden i § 21-3 (1) gjelder den frie bevisføringsretten kun for sakens faktiske forhold. Dette følger av tvl. § 21-1, som oppstiller at reglene i kapittel 21 kun gjelder «det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken.» Partenes adgang til å føre bevis om rettsanvendelsen er svært begrenset. Dette kan de kun gjøre hvis retten finner at «rettsanvendelsen ikke fullt forsvarlig kan belyses på annen måte», jf. tvl. § 11-3 tredje punktum. At den frie bevisføringsretten kun omfatter sakens faktiske forhold, kan begrunnes i rollefordelingen mellom retten og partene. Det er retten som har ansvar for rettsanvendelsen, jf. § 11-3 første og andre punktum. Samtidig er det partene som kjenner sakens faktiske forhold best, og er best egnet til å vurdere hvilke bevis som skal føres for å belyse faktum.

¹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 353

² Schei Tore mfl., *Tvisteloven Kommentartutgave*, Bind II, 2. utgave, Universitetsforlaget 2013, s. 785.

³ Øyen, Ørnulf, «Tvisteloven og bevisretten – en oversikt», *Jussens Venner* 2020/3, Årgang 77 s. 141

Det er flere grunner til at norsk rett har fri bevisføring som utgangspunkt. Det bidrar til at saken blir godt opplyst.⁴ En fri bevisføringsrett vil også bidra til at prosessen er tillitvekkende for partene.⁵ Videre, harmonerer det med at norsk sivilprosess er en partsdrevet prosess.⁶ Partsautonomien står derfor sentralt, og det er «partenes frie valg som bestemmer om det blir en rettssak, hva saken skal dreie seg om, hva løsningen kan bli og hvilke argumenter som kan inngå.»⁷ Dette betyr at partene som hovedregel, er ansvarlig for egne prosesshandlinger, og hvordan de legger opp saken.

Selv om det ikke er et mål i seg selv å begrense partenes bevisføringsmuligheter inneholder tvisteloven flere ulike bevisavskjærings- og bevisforbudsregler. Reglene rammer ulike former for bevisførsel som lovgiver har funnet at må begrenses eller forbys, selv om utgangspunktet er at partene skal kunne føre de bevis de selv ønsker.

Regelen i § 21-7 (2) er én av disse reglene. Den har følgende ordlyd:

«Retten kan nekte ført bevis som

- a) ikke er klarlagt som bestemt i § 21-6 annet ledd,*
- b) ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig, eller*
- c) retten finner det nødvendig å føre på annen måte»*

Regelen oppstiller tre ulike bevisavskjæringsalternativer som «kan» brukes til å avskjære bevis dersom vilkårene i enten a), b) eller c) er oppfylt.

Spørsmålet om hvordan tvl. § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett, er ikke et spørsmål med et entydig svar. Og spørsmålet kan angripes fra flere innfallsvinkler. Denne oppgaven vil primært fokusere på tre aspekter. Det første er hvordan vilkårene i § 21-7 (2) a)-c) skal forstås. Fokuset vil være å klarlegge hvilke typetilfeller de tre ulike bevisavskjæringsreglene primært skal ramme.

⁴ Øyen (2020), s. 141

⁵ Øyen (2020), s. 141

⁶ NOU 2001: 32 A s. 136

⁷ Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner* 2011/03 s. 165

Det andre aspektet oppgaven vil vurdere, er at § 21-7 (2) er en «kan-regel». Bevisavskjæring etter § 21-7 (2) er derfor betinget av rettens skjønn. Dette gjør at ordlyden i vilkårene i a)-c), ikke kan gi et fullstendig svar på hvordan regelen faktisk griper inn i partenes frie bevisføringsrett.

Det tredje oppgaven vil fokusere på, er hvordan flere ulike regler i tvisteloven har sammenheng med § 21-7 (2). Her vil det særlig være tvl. §§ 11-5 (1), 16-5 (1), 21-7 (1), § 21-8 (1), 21-12 (2) og 22-7 (1) som trekkes frem. Dette er etter min oppfatning nødvendig for å kunne gi et tilfredsstillende svar på oppgavens overordnede problemstilling.

1.2 Rettskildebilde og metodevalg

Oppgaven tar som påpekt ovenfor utgangspunkt i tre sentrale vurderinger angående reglene i tvl. § 21-7 (2). Hvilke rettskilder som benyttes ved de ulike vurderingene vil variere. Det vil også variere avhengig av hvilken av de tre reglene som vurderes.

Hvordan lovvilkårene i 21-7 (2) skal forstås, vil i tråd med norsk juridisk metode ta utgangspunkt i regelens ordlyd, med som et forarbeidene som et nødvendig supplement. Selv om forarbeidsuttalelsene er ganske kortfattede, vil de samlet sett gi et relativt dekkende bilde av hvordan vilkårene skal forstås. Det er derfor er i liten grad nødvendig å anvende juridisk teori for å kunne svare på hvordan vilkårene i § 21-7 (2) a)-c) skal tolkes.

Tvisteloven § 21-7 (2) erstatter regelen som fulgte av tvistemålsloven § 189 nr. 1-4.⁸ Jeg vil kommentere om de ulike bevisavskjæringsbestemmelsene i § 21-7 (2) a) – c) representerer en endring av rettsstilstanden, sammenlignet med det som fulgte av tvistemålsloven.

Høyesterettspraksis vil også være en relevant rettskilde for å tolke innholdet av vilkårene i bestemmelsen. Bruken av denne rettskilden vil imidlertid være svært varierende avhengig av hvilken av de tre reglene som drøftes. Høyesterett har ikke vurdert bevisavskjæringsspørsmålet etter § 21-7 (2) a). Det er også sparsomt med praksis fra angående § 21-7 (2) c).

Høyesterett har imidlertid avsagt en rekke avgjørelser der de vurderer bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b). Det er etter min oppfatning ikke nødvendig å gjøre rede for alle disse, for å

⁸ NOU 2001: 32 B s. 949

illustrere hvordan Høyesterett tolker regelen. Derfor har jeg valgt å begrense bruken til noen utvalgte avgjørelser som jeg mener vil illustrere hvordan Høyesterett frem til i dag har anvendt § 21-7 (2) b). En del av høyesterettspraksisen om § 21-7 (2) b) bærer preg av at anker fremmet for Høyesterett ofte er snevert tilskåret. Det er flere avgjørelser der Høyesterett, med korte ordelag har valgt å avvise partenes bevisførsel med grunnlag i § 21-7 (2) b), fordi de tilbudte bevisene ikke retter seg mot den delen av saken Høyesterett skal ta stilling til.⁹ Disse kjennelsene tilfører lite til spørsmålet om hvordan § 21-7 (2) b) faktisk griper inn i partenes frie bevisføringsrett. Det er klart at partene ikke kan føre bevis i en ankesak, som ikke reflekterer den snevre delen av saken Høyesterett har tillatt å fremme. Disse avgjørelsene blir derfor ikke vektlagt i oppgaven.

Forarbeidene peker på momenter som skal være særlige viktige for kan-vurderingen i de tre ulike reglene. Disse er begrunnet i hvilke spesifikke formål de tre bevisavskjæringsreglene i § 21-7 a)-c) skal ivareta. Teorien angir også momenter som bør ha innvirkning på hvordan kan-vurderingen slår ut. Disse vil også bli kommentert, og jeg vil drøfte om de kan anses som rimelige, selv om de ikke påpekes i forarbeidene.

Sammenhengen tvl. § 21-7 (2) har med andre regler i tvisteloven er påpekt flere steder i forarbeidene. Høyesterettspraksis og juridisk teori vil også underbygge dette. Oppgaven vil imidlertid også gå dypere inn i sammenhengene enn de som er påpekt og illustrert i rettskildene. Dette vil gjøres ved en sammenligning av ordlyden i de ulike bestemmelsene, og hvilke formål og funksjoner reglene skal ivareta.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon)¹⁰ (EMK) er en konvensjon som, jf. Lov 21. mai 1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven - mrl.) § 2 skal gjelde som norsk lov. Den skal også «gå foran» i tilfeller der det er motstrid mellom norsk lov og rettighetene som følger av konvensjonen, jf. mrl. § 3. Særlig relevant for sivilprosessens vedkommende er at alle partene i sivile saker har krav på en «rettferdig rettergang», jf. EMK art. 6 (1). Begrensninger i partenes frie bevisføringsrett kan derfor ikke gå på akkord med dette kravet. I rettspraksis har det kommet opp tilfeller der Høyesterett har

⁹ Se blant annet Rt. 2010 s. 1236 U avsnitt 22, Rt. 2011 s. 1409 U avsnitt 14, HR-2012-1540-F avsnitt 8, HR-2016-2543-U, HR-2017-2011-U avsnitt 11, HR-2019-775-U avsnitt 11 og HR-2020-1032-F avsnitt 9

¹⁰ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen).

måttet vurdere om EMK art. 6 vil medføre at bruken av tvl. § 21-7 (2) må begrenses. Spenningen mellom § 21-7 (2) og EMK art. 6 vil redegjøres for, for å gi et så presist bilde som mulig, av hvordan regelen griper inn i partenes frie bevisføringsrett.

1.3 Spørsmålets aktualitet og relevans

Tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008. Overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven har gjort endringer i norsk sivilprosess. Prinsipper og regler som under tvistemålsloven var ulovfestede, er lovfestet gjennom tvisteloven. Regelen om partenes adgang til å føre utilbørlig ervervede bevis, er et av flere eksempler. Regelen i § 21-7 (2) er en videreføring av tvml. § 189 nr. 2 – nr. 4. Regelen vil imidlertid samlet sett gi større begrensninger i partenes frie bevisføringsrett, enn slik rettstilstanden var under tvistemålsloven.¹¹ Derfor vil det være særlig aktuelt å drøfte hvordan tvistelovens bestemmelse i § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett.

Innføringen av tvisteloven medførte at sivilprosessen fikk et større fokus på proporsjonal saksbehandling.¹² Proporsjonalitetsprinsippet er nå kodifisert i tvl. § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. Videre har prinsippet fått utslag i tvl. § 21-8 (1). Regelen stadfester at det må være proporsjonalitet mellom omfanget av bevisføringen og sakens betydning. Selv om ikke § 21-8 er den regelen oppgaven skal primært skal drøfte, vil proporsjonalitetsprinsippet kunne få betydning for hvordan reglene i § 21-7 (2) a) – c) skal anvendes.

Bevisføringsreglene er som tvistemålsutvalget poengterer, en viktig del av tvisteloven.¹³ Sammen med endringer i tvistegjenstanden, er det spørsmål om bevisføring, som oftest er gjenstand for prosessuelle tvister under saksforløpet mellom partene.¹⁴ Avveiningene som kreves for å vurdere om bevis skal avskjæres i etter § 21-7 (2) a) – c) er ikke unike for denne regelen. Fremstillingen vil følgelig kunne ha overføringsverdi til andre skjønsmessige bevisforbud- og bevisavskjæringsregler i tvisteloven. Det er etter min viten,

¹¹ NOU 2001: 32 B s. 949

¹² NOU 2001: 32 A s. 132-133

¹³ Backer, Inge, *Norsk Sivilprosess*, 2 utgave, Universitetsforlaget 2020, s. 454

¹⁴ Op.cit. s. 438

ikke tidligere publisert en fremstilling som setter søkelys på hvordan bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) samlet sett griper inn i partenes frie bevisføringsrett.

1.4 Avgrensninger

Det ligger utenfor oppgavens tema å gjøre rede for alle de øvrige bevisavskjærings- og bevisforbudsreglene i tvisteloven. Noen regler blir imidlertid drøftet, fordi de har sammenheng med hvordan § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett.

Visse rettsområder har egne bevisavskjæringsregler, herunder skatte- og merverdiavgiftslovgivningen.¹⁵ Oppgaven vil ikke redegjøre for bevisavskjæringsmuligheter i spesiallovgivningen.

I norsk sivilprosess skilles det mellom dispositive og indispositive saker. Hvilke saker som regnes som indispositive reguleres av tvl. § 11-4. Felles for disse sakene er at de offentlige interessene er så sterke, at retten får et særlig ansvar for å sikre et materielt riktig resultat. Denne oppgaven vil kun vurdere hvordan § 21-7 (2) begrenser partenes bevisføringsrett, i dispositive saker.

Tvisteloven skiller også mellom saker etter allmennprosess og småkravsprosess.

Småkravsprosessen er et begrep som kom inn i sivilprosessen med tvisteloven.¹⁶

Småkravsprosessen inneholder forenklede saksbehandlingsregler. De skal i utgangspunktet kun anvendes der tvistegjenstanden verdsettes til under 250 000 kr, jf. tvl. § 10-1 (2) a).

Småkravsprosessen er en behandlingsmåte for små saker i tingretten som, jf. § tvl. § 10-1 (1) skal ha «særlig vekt på at behandlingen er tilpasset betydningen av tvisten.» Dette vil også kunne påvirke partenes muligheter til å føre bevis. Oppgaven vil imidlertid kun rette seg mot hvordan § 21-7 (2) anvendes i saker som føres etter allmennprosessens regler.

Oppgaven avgrenses mot rettskildebildet, slik det var pr. 25.05.2021.

¹⁵ Skoghøy, Jens, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017, s. 880

¹⁶ Backer (2020) s. 188

1.5 Oppgavens videre fremstilling

Kapittel 2 omhandler grunnleggende målsettinger for sivilprosessen. Kapittelet vil starte med å presentere formålsbestemmelsen i § 1-1 der disse målsettingene fremkommer. Deretter vil et utvalg av disse redegjøres for. De hensynene som er omtalt i del 2.2 og 2.3 er valgt fordi de er med på å begrunne én eller flere av bevisavskjæringsreglene i § 21-7 (2).

Kapittel 3 vil inneholde en innledende og generell redegjørelse for tvl. §21-7 (2) i sin helhet. De momentene som trekkes frem anses nødvendig for å gi en fullverdig fremstilling av de ulike bevisavskjæringsalternativene i § 21-7 (2) a) – c)

Kapittel 4-6 vil omhandle de tre spesifikke bevisavskjæringsreglene i henholdsvis alternativ a) – c). I tråd med måten oppgaven skal besvare spørsmålet om hvordan tvl. § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett, vil fokuset i disse kapitlene være reglenes materielle vilkår, særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved kan-vurderingen i de ulike reglene, og samspillet reglene har med andre regler i tvisteloven.

2 Grunnleggende målsettinger for sivilprosessen

2.1 Formålsparagrafen – tvl. § 1-1

Twisteloven begynner med formålsparagrafen i § 1-1. Ordlyden er som følger:

(1) «Loven skal legge til rette for en rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitskapende behandling av rettsvister gjennom offentlig rettergang for uavhengige og upartiske domstoler. Loven skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister og samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.

(2) For å oppnå formålene etter første ledd, skal

- partene få argumentere for sin sak og føre bevis,*
- partene få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis,*
- partene på ett trinn av saken kunne redegjøre muntlig for den og føre sine bevis umiddelbart for retten,*
- saksbehandlingen og kostnadene stå i et rimelig forhold til sakens betydning,*
- ulikheter i ressurser hos partene ikke være avgjørende for sakens utfall,*
- viktige avgjørelser begrunnes, og*
- avgjørelser av vesentlig betydning kunne overprøves»*

Første ledd i formålsparagrafen inneholder fem adjektiver som skal beskrive saksbehandlingen.¹⁷ Funksjonen til andre ledd er å stille opp en ikke-uttømmende liste over funksjoner som skal være til stede, og som dermed utdyper formålene oppstilt i første ledd.¹⁸

Twistemålsloven hadde i motsetning til tvisteloven ingen formålsparagraf. Behovet for en slik paragraf ble vurdert av Twistemålsutvalget under arbeidet med den nye loven. Her viste man til at flere andre land, blant annet Storbritannia, hadde innført en slik paragraf ved sine

¹⁷ Bårdsen & Nordén, «På talefot med tvisteloven», *Jussens Venner* 2008/1, Årgang 43, s. 1-90, s. 9

¹⁸ NOU 2001: 32 B s. 650

reformer av sivilprosessen.¹⁹ Utvalget presiserer at formålsparagrafens funksjon skal være å «fremheve og skape bevissthet rundt de særlige viktige hensyn ved behandlingen av sivile rettstvister.»²⁰ Det er videre klart at tvl. § 1-1 vil ha klare likheter med de krav som følger av kravet til en «rettferdig rettergang», jf. EMK art. 6 (1). Fordi EMK gjelder som norsk lov, og gjennom regelen i mrl. § 3 er en trinnhøyde over reglene i tvisteloven, kan det reises spørsmål ved om tvisteloven trengte en egen formålsparagraf.²¹ Slik jeg ser det kan imidlertid lovfestelsen av en formålsparagraf som også konsumerer kravene til en rettferdig rettergang i EMK art. 6 (1), bidra til å understreke den særlige viktigheten disse hensynene skal ha for tolkningen og anvendelsen av reglene i tvisteloven.

En annen viktig oppgave formålsparagrafen i § 1-1 har, er å fremheve de vurderingsmomentene og hensynene som skal anvendes ved skjønnsmessige vurderinger.²² Dette tydeliggjør at retten alltid skal ha de fem karakteristikkenes i mente når de foretar vurderinger basert på skjønn. Som oppgaven senere vil vise er regelen i § 21-7 (2) skjønnspreget. Derfor kan hensynene i § 1-1 fungere som veiledning i de tilfeller der retten er i tvil.

2.2 Kravet om en forsvarlig saksbehandling

Før tvisteloven tredde i kraft, har forsvarlighetskravet vært en grunnleggende forutsetning i norsk sivil prosess. Det ble utviklet gjennom høyesterettspraksis på 1990-tallet.²³ Det er også en forutsetning for å oppfylle kravet til en rettferdig rettergang jf. EMK art. 6 (1) og Lov 17. mai 1814 Norges Grunnlov § 95. Å bryte dette kravet har vist seg å være grunnlag for opphevelse av dommer.²⁴

Tvisteloven § 1-1 (1) lovfester kravet om en forsvarlig behandling av rettstvister. Hvilke karakteristikk behandlingens skal ha for å møte forsvarlighetskravet er vanskelig å si basert på ordlyden alene.

¹⁹ NOU 2001: 32 Bind A s. 150

²⁰ Loc.cit

²¹ Loc.cit

²² Loc.cit

²³ Eksempelvis: Rt. 1990 s. 312 U og Rt. 1992 s. 28 A

²⁴ Eksempelvis: Rt. 1977 s. 799 U og Rt. 2000 s. 234 U

Forarbeidene til tvisteloven gir imidlertid grundige redegjørelser for hva som skal til for å oppfylle kravet. Flere av disse vil være sentrale hensyn i reglene om bevisavskjæring etter § 21-7 (2) og vil omtales kort nedenfor.

Forsvarlighetskravet medfører at tvistelovens regler og behandlingen av hver enkelt sak, må gjøres med sikte på å oppnå et materielt riktig resultat. Dette anses som et overordnet mål for rettergangen.²⁵ For å sikre et materielt riktig resultat er det sentralt at saken, blir riktig og godt opplyst. Hensynet til sakens opplysning er en viktig grunn til hvorfor norsk rett opererer med prinsippet om partenes frie bevisføringsrett.²⁶ Følgelig er forsvarlighetskravet uløselig knyttet til partenes rett til å føre bevis.

Samtidig vil det også kunne stride mot kravet til en forsvarlig saksbehandling, der den ikke blir avgjort innen rimelig tid. Dette er også et krav, jf. EMK art. 6 (1). I dette ligger det at saksbehandlingen må være «effektiv», jf. tvl. § 1-1 (1). For å oppfylle kravet til effektivitet må reglene i tvisteloven bidra til at saken konsentreres rundt det som er sentralt for saken.²⁷ Dette vil også påvirke hvordan bevisføringsreglene skal utformes.

Videre må det anses som en forutsetning for en forsvarlig saksbehandling, at partenes rett til kontradiksjon blir ivaretatt. Dette følger klart av formuleringen i § 1-1 (2) andre strekpunkt der det står at «partene [skal] få innsyn i og mulighet for å imøtegå motpartens argumentasjon og bevis.» Kravet til en forsvarlig saksbehandling er også en forutsetning for at kravet til en rettfærdig rettergang, jf. EMK art. 6 (1) skal være oppfylt.²⁸

2.3 Kravet om en proporsjonal saksbehandling

Med innføringen av tvisteloven var det en målsetting at sivilprosessen skulle ha et langt større fokus på proporsjonalsaksbehandling, enn slik prosessen var etter tvistemålsloven.²⁹ At proporsjonalitet er et overordnet mål i sivile tvister, følger nå av tvl. § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. I denne regelen står det at «saksbehandlingene og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning.» Regelen illustrerer at hver tvist skal avpasses til hva som er forholdsmessig, i lys av den betydning tvisten har. Kravet til en proporsjonal

²⁵ NOU 2001: 32 A s. 133

²⁶ Øyen (2020) s. 141

²⁷ NOU 2001: 32 A s. 133

²⁸ Skoghøy (2017) s. 545

²⁹ NOU 2001: 32 A s. 133

saksbehandling kan også utledes av det grunnleggende kravet til en forsvarlig saksbehandling.³⁰ Jeg har likevel valgt å behandle proporsjonalitet i et eget avsnitt, fordi dette kravet vil få en sentral funksjon ved vurderingen om bevis skal avskjæres etter § 21-7 (2). At tvisteloven søker å oppnå en proporsjonal saksbehandling er hensiktsmessig for å sikre flere sentrale formål for rettergangen. For det første gjør det at saker med mindre betydning, skal være mindre ressurskrevende å føre for retten. Slik bidrar proporsjonalitetsprinsippet også til å sikre en rask og effektiv rettergang. Dette kan også gi en lavere terskel for å ta mindre saker til retten, fordi saken samlet blir mindre kostnadskrevende.³¹ Videre bidrar proporsjonalitetstankegangen til å sikre likebehandling mellom partene.³² Dette fordi ressurssterke parter, i møte med en mindre bemidlet motpart, derfor ikke kan utnytte sin overlegenhet til å for eksempel føre store mengder bevis, fordi dette vil stride mot hensynet til en proporsjonal saksbehandling.

Det er ikke bare i tvl. § 1-1 at proporsjonalitetsprinsippet kommer til uttrykk. Flere regler i tvisteloven begrenser ressursbruken i saken av hensyn til tvistens betydning. I relasjon til denne oppgaven er det viktigste utslaget av proporsjonalitetsprinsippet, at tvl. § 21-8 (1) stiller krav om at omfanget av bevisførselen skal være proporsjonal tvistens betydning, og at beviser kan avskjæres dersom dette kravet ikke er tilfredsstilt.

³⁰ NOU 2001: 32 A s. 132

³¹ Op.cit. s. 131

³² Op.cit. s. 143

3 § 21-7 (2) – Overordnede bemerkninger til bestemmelsen

3.1 Innledning

Regelen i § 21-7 (2) gir retten tre ulike grunnlag til å avskjære bevis, i henholdsvis bokstavalternativ a, b og c. § 21-7 (2) er en generell bevisavskjæringshjemmel.

Anvendelsesområdet er følgelig ikke begrenset til visse former for bevis eller sakstyper.

Spørsmål om bevisavskjæring etter § 21-7 (2) skal treffes som kjennelse jf. tvl. § 19-1 (2) d).

Termen «retten kan nekte ført bevis som (...)», jf. § 21-7 (2) tilsier at regelen i § 21-7 (2) a)-c) kun kan ramme partenes bevisførsel. Det er imidlertid klart at den også rammer partenes bevistilgang. Bevistilgang betyr at partene i en rettssak retter krav til motparten, eller andre som sitter på relevante bevis, for å få føre dem i sin sak. At en part i en rettssak i utgangspunktet har krav på å få utlevert bevis, følger av blant annet av tvl. § 26-5.

Bevisavskjæring kan ansees som en fellesbetegnelse på begrensningen av både partenes bevisførsel og krav om bevistilgang.³³

At § 21-7 (2) gjelder for både bevisførsel og bevistilgangsspørsmål er blant annet forutsatt i Rt. 2014 s. 1324 U. Her utaler Høyesteretts ankeutvalg at det ikke vil være noe forskjell på den rettslige vurderingen i spørsmål om bevisførsel og bevistilgang skal avskjæres.³⁴ Som Høyesterett også påpeker, kan imidlertid rettens avveining om beviset faktisk skal avskjæres, slå ulikt ut i de to vurderingene. Dette er etter min mening naturlig. Det må i utgangspunktet anses mindre ressurskrevende å føre et bevis parten selv sitter med, enn bevis de må få det utlevert av andre. Slik vil de prosessøkonomiske vurderingene kunne bli ulike.

Bevisavskjæring, jf. § 21-7 (2) kan skje både under saksforberedelsen og under hovedforhandling. Retten har imidlertid en plikt til å drive en aktiv saksstyring fra saksforberedelsene starter og gjennom hele hovedforhandlingen, jf. tvl. § 11-6. Hva denne plikten innebærer konkretiseres under saksforberedelsen, og under hovedforhandlingen

³³ Schei mfl., *Twisteloven kommentarutgave*, Elektronisk versjon bekreftet à jour per 1. mars 2021, note 1 til tvl. § 21-7 (lest 1. april 2021)

³⁴ Rt. 2014 s. 1324 U avs. 20

konkretiseres i henholdsvis tvl. §§ 9-4 og 9-13. Under saksforberedelsen skal retten, jf. § 9-4 (2) «legge opp en plan for den videre behandlingen etter drøfting med partene.» Dette skjer gjennom et planmøte. Under dette møtet skal partene og retten foreta en «gjennomgåelse av bevisføringen» jf. § 9-4 (2) f). Som følge av dette planmøtet er det i utgangspunktet naturlig at bevisavskjæringen foretas under saksforberedelsen.

3.2 Betydningen av kan-vurderingen

Tvl. § 21-7 (2) fastsetter at retten «kan» nekte ført bevis hvis vilkårene i bokstav a), b) eller c) er oppfylt. Dette illustrerer at det ikke er automatikk i at bevis skal avskjæres, selv om de materielle vilkårene er oppfylt. Bevisavskjæringen er som følge av kan-vurderingen, betinget av rettens skjønnsmessig vurdering, av hva som samlet sett er en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling.³⁵

At § 21-7 (2) er en «kan-regel» er viktig å være oppmerksom på i spørsmålet om hvordan regelen griper inn i partenes frie bevisføringsrett. Hvordan retten velger å utøve sin skjønnsmessige kompetanse, vil være bestemmende for om bevisavskjæring finner sted. Ved utformingen av alle regler som er betinget av rettens skjønn, er det viktig at retten er utstyrt med etablerte momenter, som skal være utgangspunktet for skjønnsutøvelsen. Uten dette kan beslutningene oppleves som tilfeldige, og bidra til en lite tillitsskapende prosess.

Her vil formålsparagrafen i tvl. § 1-1, med de formål og funksjoner den lovfester, være nyttig. Som påpekt i del 2.1, skal formålsparagrafen være veiledende i de tilfeller der avgjørelser fattes basert på rettens skjønnsmessige vurdering om hva som er en hensiktsmessig og forsvarlig behandling. Dette betyr at dersom det er særtilfeller ved den aktuelle tvist, som for eksempel at den har svært stor betydning for partene, så kan retten vektlegge dette i vurderingen med henvisning til kravet til forsvarlighet og en tillitsskapende behandling, jf. § 1-1 (1).

De ulike reglene i tvl. 21-7 (2) a)-c) skal har ulike funksjoner, og fremmer ulike formål. Både forarbeid og teori gir anvisning på ulike hensyn som i utgangspunktet skal være veiledende ved bruk av de tre forskjellige reglene. Disse vil oppgaven behandle i del 4.3, 5.3 og 6.4.

³⁵ Schei mfl. (2013) s. 800

En ytterligere konsekvens av at § 21-7 (2) er en kan-regel, er effekten det har på lagmannsretten og Høyesteretts kompetanse til å overprøve avgjørelsen. Det gjelder, jf. § 29-3 (2) særlige overprøvningsbegrensninger for avgjørelser som treffes som kjennelser. Regelen vil oppstille en skranke for Høyesterett og lagmannsretten, i de tilfellene de overprøver en kjennelse om bevisavskjæring fra en underinstans. Regelen i § 29-3 (2) vil imidlertid ikke medføre begrensninger, i de tilfeller der retten behandler bevisavskjærings spørsmålet som første instans.

Regelen i § 29-3 (2) har følgende ordlyd:

*«kjennelse om saksbehandlingen som etter loven skal treffes etter et **skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling**, kan for den skjønnsmessige avveiningen bare angripes på det grunnlag at avgjørelsen er **uforsvarlig eller klart urimelig**.»* (min utheving.)

Ordlyden «treffes etter et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling, kan for den skjønnsmessige avveiningen (...)» illustrerer at kompetansebegrensningen omfatter kanvurderingen i § 21-7 (2).

Formuleringen «avgjørelsen er uforsvarlig eller klart urimelig» tilsier at domstolen bare kan foreta en overordnet kontroll av om avgjørelsen oppfyller kravene til en forsvarlig og rettferdig saksbehandling. Forarbeidene poengterer at essensen i begrensningen er at ankeinstansen skal avstå fra å detaljprøve avgjørelsen.³⁶ Dette kan begrunnes med at domstolen som har behandlet spørsmålet i første instans har, særlig gjennom reglene om aktiv saksstyring, fått en innsikt i saken, som gjør den mer egnet til å detaljprøve spørsmålet enn ankeinstansen.³⁷

For de materielle vilkårene § 21-7 (2) må utgangspunktet imidlertid være at retten har full overprøvningskompetanse. At dette gjelder for vilkårene i § 21-7 (2) b) er det slått fast av Høyesterett i Rt. 2013 s. 1336 U og fulgt opp i, blant annet HR-2020-1790-U. Som påpekt i del 1.2, har Høyesterett ikke vurdert bevisavskjæring etter § 21-7 (2) a). At ankebegrensningen i § 29-3 (2) ikke kommer til anvendelse for de materielle vilkårene i regelen er imidlertid forutsatt i LB-2011-136430. Fordi bevisavskjæring etter denne regelen

³⁶ NOU 2001: 32 B s. 769

³⁷ Loc.cit.

beror på om klart fastlagte vilkår om bevisstilbudet er overholdt er det også naturlig at disse ikke omfattes av vilkåret «et skjønn over hensiktsmessig og forsvarlig behandling», jf. § 29-3 (2).

I odelstingsproposisjonen uttales det at ingen deler av § 21-7 (2) c) skal være omfattet av regelen i § 29-3 (2).³⁸ Uttalelsen er imidlertid møtt med kritikk i juridisk teori. Schei mfl. skriver at «standpunktet innbyr til motforestillinger», og har dårlig sammenheng med de øvrige reglene i §21-7 (2).³⁹ Det pekes også på at vilkåret for avskjæring etter § 21-7 (2) c) beror på om «retten finner det nødvendig å føre beviset på en annen måte», og at det derfor er naturlig å anse bevisavskjæring etter § 21-7 (2) c), som en avgjørelse som skal treffes på bakgrunn av hva retten anser som hensiktsmessig og forsvarlig behandling.⁴⁰

Dette standpunktet er også fulgt opp i HR-2020-2411-U. I avsnitt 12, uttaler førstvoterende uten nærmere at:

«lagmannsrettens skjønnsmessige vurdering av om det er nødvendig å føre de omtvistede bevisene på annen måte, [kan] bare overprøves på det grunnlag at vurderingen er uforsvarlig eller klart urimelig, jf. § 29-3 andre ledd.»

En slik forståelse har også støtte i Rt. 2013 s. 1336 U avsnitt 21. Her legger Høyesterett til grunn at overprøvingsbegrensningen i § 29-3 (2) kommer til anvendelse på for § 21-7 (2) i sin helhet. Uttalelsene i odelstingsproposisjonen er følgelig ikke fulgt opp i praksis. Rettstilstanden per i dag er følgelig at overprøvingsbegrensningen i § 29-3 (2), også får anvendelse ved anke over bevisavskjæring etter § 21-7 (2) c).

³⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 472

³⁹ Schei mfl. (2013), s. 800

⁴⁰ Loc.cit.

4 Tvisteloven § 21-7 (2) bokstav a)

4.1 Regelens materielle vilkår

For at retten skal kunne nekte beviset ført etter § 21-7 (2) a) må parten tilby bevis som «ikke er klarlagt som bestemt i § 21-6 annet ledd.» Hvordan § 21-7 (2) a) griper inn i partenes frie bevisføringsrett, er derfor betinget av innholdet i tvl. § 21-6 (2). Paragraf § 21-6 oppstiller i første ledd et krav til at de bevis partene ønsker å føre, må meddeles i form av et bevistilbud. Regelen i andre ledd oppstiller krav til bevistilbudet.

§ 21-6 (2) har følgende ordlyd:

«parten skal angi hva beviset skal godtgjøre, og skal kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset, så langt parten ikke kan regne med at motparten er kjent med denne.»

Det første kravet, at bevistilbudet skal «angi hva beviset skal godtgjøre» tilsier at det må vise hvilken del av saken beviset skal kaste lys over. Forarbeidene understreker at kravet knytter seg til hvilken del av sakens faktum beviset skal belyse.⁴¹

Det andre kravet til partenes bevistilbud er at parten «kort må redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset (...)». At redegjørelsen om viktig informasjon skal være «kort» illustrerer § 21-6 (2) ikke bare oppstiller innholdsmessige *krav* til bevistilbudet, men også innholdsmessige *begrensninger*.

Hva som ligger i «kort» er vanskelig å si basert på ordlyden alene.

Det presiseres imidlertid i forarbeidene at bevistilbudet ikke skal brukes som en arena for faktisk bevisføring. Dette hører hovedforhandlingen til.⁴²

Et slikt standpunkt har en viktig side mot grunnleggende prinsipper i sivilprosessen. Dersom partene kan drive omfattende bevisføring allerede i bevistilbudet ville dette bryte med prinsippet om muntlighet og bevisumiddelbarhet.⁴³

⁴¹ NOU 2001: 32 B s. 948

⁴² Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454

⁴³ NOU 2001: 32 B s. 948

Formuleringen «redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset» tilsier at det mest sentrale beviset skal brukes til å belyse, må fremkomme av bevistilbudet.

Forarbeidsuttalelsene til § 21-6 (2) uttaler at «hvor detaljert redegjørelsen må være, vil avhenge av bevisverdien, og den betydning opplysningene kan ha for motpartens mulighet til å føre motbevis.»⁴⁴ Kravet er følgelig relativt. Det må sees i sammenheng med viktigheten av beviset, samt om motpartens rett til å imøtegå bevisets innhold blir ivaretatt.

Forarbeidsuttalelsen illustrerer et særlig viktig formål med kravene til bevistilbudet i § 21-6 (2). Fordi regelen skal påse at partene får et godt grunnlag til å imøtegå hverandres bevisførsel, ivaretar den også hensynet til kontradiksjon. Kontradiksjonshensynet er en grunnleggende forutsetning for at kravet til en rettferdig rettergang, jf. EMK art. 6 (1) skal være oppfylt. Partenes rett til kontradiksjon er lovfestet i tvisteloven § 1-1 (2) strekpunkt. At bevis kan avskjæres etter § 21-7 (2) a) dersom partene ikke får innsyn i hverandres bevis, på en slik måte at de selv kan imøtegå dem, er følgelig sentralt for at tvisteloven kan sikre en kontradiktorisk saksbehandling for partene.

§ 21-6 (2), og erstatter tvml. § 188. Kravene etter tvml. § 188 var at parten som ville føre et bevis måtte tilby beviset «paa en saadan maate, at det tydelig fremgaar, hvilke omstændigheter han agter at godtgjøre ved de enkelte bevismidler.» Under tvistemålsloven var det følgelig ikke et krav til at **viktig** informasjon om beviset ble synliggjort i bevistilbudet. Tvistemålsutvalget poengterer at «på dette punkt innebærer § 24-6⁴⁵ en innskjerping i forhold til kravet i tvistemålsloven § 188.»⁴⁶

Derfor er det interessant at tvistemålsutvalget i redegjørelsen for § 21-7 (2) a) poengterer at bevisavskjæringsadgangen etter § 21-7 (2) a) «neppe særlig går ut over det som i dag vil følge av § 188.»⁴⁷ Motstriden i disse to utsagnene, kan som del 4.1 vil belyse, nok begrunnes i den adgangen partene har til å rette prosessuelle mangler, som følger av tvl. § 16-5 (1).

⁴⁴ Loc.cit

⁴⁵ § 24-6 tilsvarer § 21-6 i loven

⁴⁶ NOU 2001: 32 B s. 948

⁴⁷ Op.cit. s. 949

4.2 § 21-7 (2) a) sitt samspill med tvl. § 16-5 om retting og den tilhørende veiledningsplikten i § 11-5 (1)

Partenes adgang til å rette prosessuelle mangler følger av tvl. § 16-5 (1).

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Har en prosesshandling mangler som kan avhjelpes, setter retten frist for retting og gir nødvendig veiledning med opplysning om følgene av at retting ikke foretas.»

Det er klart av både stevningen og bevistilbudets karakter at feil i stevningen, eller tilsvar som bevistilbudet er en del av jf. tvl. §§ 9-2 og 9-3, er en prosesshandling, som kan rettes.⁴⁸

Teorien presiserer at avskjæringsalternativet i § 21-7 (2) a) i realiteten er subsidiær fordi retten først skal avhjelpe mangelen i bevistilbudet ved hjelp av de retningslinjer som følger av tvl. § 16-5 (1).⁴⁹ Dette inkluderer å gi parten mulighet til å rette feilen, og også gi veiledning for hvordan bevistilbudet må endres for å tilfredsstille kravene i § 21-6 (2).

Det følger av tvl. § 9-4 (2) at «[s]traks tilsvar er inngitt etter § 9-3» skal det avholdes et planmøte mellom retten og partene, eller deres prosessfullmektiger.⁵⁰ På dette tidspunktet av saksforberedelsen har både saksforberedende dommer og motparten mottatt bevistilbudet, som er en del av både tilsvar og stevning. Det er følgelig praktisk og naturlig at eventuelle feil ved bevistilbudet blir påpekt her, og at retten utfører «nødvendig veiledning» jf. § 16-5 for å rette mangelen. Slik veiledning skal være i tråd med den prosessuelle veiledningsplikten retten har, jf. tvl. § 11-5 (1).

Rettingsadgangen etter § 16-5 med den tilhørende veiledningsplikten etter § 11-5 er nok mye av grunnen til at tvl. § 21-7 (2) a) er den regelen i § 21-7 (2) som det er klart minst rettspraksis om.⁵¹ I mine øyne kan dette anses som et sunnhetstegn. Det illustrerer at

⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 423

⁴⁹ Schei mfl. (2013) s. 1009

⁵⁰ NOU 2001: 32 B s. 749

⁵¹ Det er publisert én avgjørelse om bevisavskjæring etter § 21-7 (2) a) (LB-2011-136430). Denne har oppgaven valgt å ikke vektlegge, fordi den alene ikke har rettskildemessig vekt og tilfører heller ikke noe til vurderingen, utover det som følger av de øvrige rettskildene.

samspeilet mellom reglene i tvisteloven fungerer etter sin hensikt. Så fremt alle parter har mulighet til å imøtegå de bevis motparten fremlegger ivaretas, er det liten grunn til å avskjære bevis som følge av en mangel i bevisstilbudet som kan rettes.

4.3 Kan-vurderingen i § 21-7 (2) a)

I tillegg til de overordnede målsettingene for sivilprosessen, som kommer til uttrykk i tvl. § 1-1, peker forarbeidene på særlige momenter i kan-vurderingen etter § 21-7 (2) a). Her står det at om beviset skal avskjæres «først og fremst må bero på om den manglende klargjøring fører til at motparten ikke på forsvarlig måte blir i stand til å forberede sin egen bevisføring, om beviset tillates ført.»⁵² Dette synes som et riktig utgangspunkt. Dersom vilkårene i § 21-6 (2) ikke er overholdt, men motparten likevel får ivaretatt sin grunnleggende rett til kontradiksjon, er det ingen tungtveiende grunner som taler for å bruke § 21-7 (2) a) til å gripe inn i partenes frie bevisføringsrett.

I lys av den kommunikasjonen og de mulighetene både partene og retten har til å påpeke mangler ved bevisstilbudet, er det også naturlig at juridisk teori har løftet frem at § 21-7 (2) a) først og fremst bør anvendes som bevisavskjæringshjemmel under saksforberedelsen. Hvis verken retten eller motparten har reagert på et mangelfullt bevisstilbud før dette tidspunkt, kan det trekke i retning av at parten likevel bør få føre beviset.⁵³

Juridisk teori tar også til ordet for at der «parten [har] unnlatt å etterkomme et krav om retting, styrker det grunnlaget for å avskjære beviset.»⁵⁴ Selv om dette ikke er uttrykkelig nevnt i forarbeidene, er standpunktet fornuftig. Når partene får anledning til å rette et bevisstilbud som er mangelfullt, med veiledning om hvordan feilen skal rettes opp, bør det anses som et moment i partens disfavør at feilen likevel ikke rettes.

⁵² NOU 2001: 32 B s. 949

⁵³ Schei mfl. (2013), s. 797

⁵⁴ Loc.cit.

5 Tvisteloven § 21-7 (2) bokstav b)

5.1 Regelens materielle vilkår

Bevisavskjæringshjemmelen i tvl. § 21-7 (2) b) oppstiller at retten «kan» avskjære et bevis dersom beviset «ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig».

Ordlyden «ikke egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig» tilsier at bevis som ikke tilfører egenverdi til avgjørelsesgrunnlaget kan avskjæres. Basert på ordlyden vil regelen både ramme bevis som i lys av det øvrige bevisbildet ikke tilfører noe til saken, og bevis som har svært liten relevans. Basert på ordlyden alene er det imidlertid vanskelig å stadfeste hvor lite relevans beviset skal ha for å bli avskåret.

Tvl. § 21-7 (2) b) erstattet tvml. første ledd § 189 nr. 2 og nr. 3.

Etter denne regelen kunne bevis på generell basis avskjæres dersom de angikk omstendigheter som er «vitterlige, erkjent eller fuldt bevist», jf. § 189 første ledd nr. 2 og «naar det aapenbart ikke har nogen beviskraft», jf. § 189 første ledd nr. 3. I forarbeidene er det poengtert at § 21-7 (2) b) er «i noen grad en utvidelse», i forhold til det som fulgte av tvml. § 189 første ledd nr. 2 og nr. 3.⁵⁵ Bevis kunne etter § 189 første ledd nr. 3 ikke avskjæres på grunnlag av at det ikke hadde **nevneverdig** bevisverdi.⁵⁶ Ordlyden i § 21-7 (2) b) gjør det følgelig klart at bevisavskjæringsadgangen er videre enn hva som var tilfellet etter tvistemålsloven.

Forarbeidene påpeker også at § 21-7 (2) b) er ment å ramme ulike tilfeller.⁵⁷ Eksempelvis vises det til der «det er (...) ført bevis om et forhold, og ytterligere bevisføring i samme retning kan bidra lite. En annen situasjon kan være at beviset etter sin art eller karakter vil måtte tillegges liten betydning.»⁵⁸

⁵⁵ NOU 2001: 32 B, s. 949, se også Ot.prp. nr.51 (2004-2005) s. 455

⁵⁶ Skoghøy (2017), s. 888, med videre henvisning til Rt. 1981 s. 894 U, jf. Rt. 2000 s. 1656 U og Rt. 2000 s. 1686 U

⁵⁷ Loc.cit

⁵⁸ Loc.cit

Dette er også fulgt opp i høyesterettspraksis. I Rt. 2013 s. 817 U avsnitt 11 uttaler Høyesterett at vilkåret i § 21-7 (2) b) er ment å ramme «bevismidler som i seg selv har liten beviskraft teller gjelder omstendigheter som fremstår som perifere.»

Både ordlyden, forarbeidene og uttalelsen fra høyesterettspraksis viser at det relevante for vurderingen etter § 21-7 (2) b), er hvordan beviset faktisk kan bedre rettens mulighet til å fatte materielt riktig avgjørelse. Dette er også naturlig fordi bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) b) er prosessøkonomisk begrunnet.⁵⁹ Den tid og ressurser partene og retten bruker på bevisførselen, bør konsentreres rundt bevis som kan tilføre noe av betydning til avgjørelsesgrunnlaget. Dette er også sentralt for å sikre at kravet til effektivitet jf. tvl. § 1-1 (1) og EMK art. 6 (1) overholdes.

Hva som er skillet mellom et bevis med nok relevans til å tillates ført, og et bevis som nektes fordi det ikke oppfyller kravene i § 21-7 (2) b), er imidlertid vanskelig å gi et klart svar på. Hverken ordlyden, forarbeidene eller rettspraksis gir et klart svar på dette spørsmålet. Rettens vurdering i den konkrete sak blir dermed styrende. Hvordan regelen anvendes av retten i praksis vil vurderes i del 5.5 av oppgaven.

5.2 § 21-7 (2) b) i samspill med tvl. § 21-7 (1)

Tvl. § 21-7 (2) b) har paralleller til andre bevisavskjærings- og bevisforbudsbestemmelser i tvisteloven.⁶⁰ Den mest nærliggende sammenligningen er tvl. § 21-7 (1). Bestemmelsen har følgende ordlyd:

«Partene kan bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes.»

Regelen i § 21-7 (1) retter seg mot partene, og oppstiller et forbud mot å føre bevis som ikke omhandler «faktiske forhold som kan være av betydning avgjørelsen som skal treffes.» I motsetning til i § 21-7 (2) b) er ikke bevisavskjæringen her betinget av rettens skjønn. Dersom beviset oppfyller vilkårene i § 21-7 (1), skal retten avskjære beviset.⁶¹

⁵⁹ Skoghøy (2017) s. 888

⁶⁰ Det er også grunnlag for å trekke sammenligning mellom § 21-7 (2) b) og tvl. § 22-6 om bevisføring om et vitnesandel. Dette vil ikke oppgaven gå nærmere inn på.

⁶¹ Skoghøy (2017) s. 886

Ordlyden «faktiske forhold som kan være av betydning» oppstiller et lavt relevanskrav. Utfra høyesterettspraksis er regelen forstått slik at beviset «må som et minstekrav være bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter».⁶²

Det er heller ikke tilstrekkelig for avskjæring at beviset er «perifert eller antas å ha liten betydning.»⁶³ Følgelig må relevanskravet i § 21-7 (1) tolkes dithen at det kun er ment å ramme bevis som er helt irrelevante for saken.

Relevanskravet i § 21-7 (1) er derfor lavere enn det som følger av § 21-7 (2) b). Dette gjør at noen bevis som skal føres etter § 21-7 (1), likevel kan avskjæres av regelen i § 21-7 (2) b). Derfor vil § 21-7 (2) b) både dekke og supplere regelen i § 21-7 (1).⁶⁴ Schei mfl. uttaler at det er grunn til å tro at retten ofte vil avstå fra å gå inn i den mer omfattende vurderingen av om beviset omhandler «faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes» jf. § 21-7 (1) og heller avskjærer beviset etter § 21-7 (2) b).⁶⁵ At det er hold i denne påstanden, kan illustreres av HR-2017-1374-U. Høyesterett vurderte her bevisavskjæring av ankepartens bevistilbud etter § 21-7. De vurderte kun bevisavskjæringsspørsmålet etter § 21-7 (2) (b), uten å stille spørsmål ved om beviset kunne avskjæres etter § 21-7 (1).

Både § 21-7 (1) og § 21-7 (2) b) gir retten en mulighet til å avskjære irrelevante bevis. Men i motsetning til § 21-7 (1) er § 21-7 (2) b) mer vidtrekkende enn at den bare kan avskjære helt irrelevante bevis. Paragraf § 21-7 (2) b) inneholder flere krav til beviset for at partene kan være sikre på at det ikke blir avskåret. En særlig viktig forskjell på de to reglene er at § 21-7 (2) kan brukes til å avskjære bevis som er relevante, men som i lys av den øvrige bevisførselen ikke tilfører noe nytt. Derfor kan § 21-7 (2) b) etter min mening, anses som en viktig bevisavskjæringshjemmel, som kan bidra til at både partenes og rettens ressurser blir brukt på en hensiktsmessig måte. Dette vil ikke bli ivaretatt av det lave relevanskravet i § 21-7 (1) alene.

5.3 Kan-vurderingen i § 21-7 (2) b)

⁶² HR-2020-1790-U avsnitt 25, HR-2019-997-A avsnitt 56, Rt. 2013 s. 1424 avsnitt 28 og Rt. 2013 s. 817 avsnitt 9

⁶³ Rt. 2013 s. 817 U avsnitt 10

⁶⁴ Schei mfl. (2013) s. 797

⁶⁵ Loc.cit

Fordi regelen i § 21-7 (2) b) er prosessøkonomisk begrunnet, vil det gi liten mening å avskjære bevis dersom selve avskjæringen gjør at saken tar lenger tid enn hvis beviset tillates ført. Bevisavskjæring kan ikke skje uten at partene får mulighet til å uttale seg om spørsmålet, jf. tvl. § 9-6 (1). Skjer bevisavskjæringen under hovedforhandling, og retten er satt med flere dommere, må det også avholdes rådslagning, jf. tvl. § 19-3. Videre må retten avsi en kjennelse om spørsmålet jf. tvl. § 19-1 (2) d). Disse prosessene kan gjøre at det samlet sett er prosessøkonomisk gunstig å tillate beviset, selv om vilkåret i § 21-7 (2) b) er oppfylt.⁶⁶ Dette illustrerer at «kan»-skjønnet er en nyttig sikkerhetsventil som sikrer at regelen i § 21-7 (2) b) virker etter sin hensikt. Som påpekt i del 3.2, vil også de prosessøkonomiske vurderingene kunne få ulikt utfall avhengig av om det er spørsmål om å avskjære bevisførsel, eller partens krav på bevisatilgang.

5.4 Betydningen av tvl. § 21-8 (1)

Regelen i § 21-8 (1) har følgende ordlyd:

«det skal være et rimelig forhold mellom den betydning tvisten har og omfanget av bevisføringen. Er det varslet bevisføring av et omfang som går ut over dette, kan retten begrense bevisføringen for å oppnå lovens formål etter § 1-1, men innenfor rammen av de begrensninger som følger av formålet.»

Ordlyden i første punktum illustrerer at det skal være proporsjonalitet mellom omfanget av bevisførselen og tvistens betydning. Regelen kan derfor anses som et uttrykk for proporsjonalitetsprinsippet i tvl. § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. Formuleringen «tvistens betydning» tilsier videre at det er tvistens økonomiske verdi eller ideelle betydning for parten, som er utgangspunktet for proporsjonalitetsvurderingen. Dette stadfestes også i forarbeidene.⁶⁷ Regelens andre punktum er en bevisavskjæringshjemmel som aktualiseres der bevisføringen ikke overholder proporsjonalitetskravet i første punktum.

I Rt. 2013 s. 817 U avsnitt 12 uttaler Høyesterett at bestemmelsen i § 21-7 (2) b) «må ses i sammenheng med § 21-8 første ledd». Hva som er grunnlaget for sammenhengen, utdypes

⁶⁶ Schei mfl. (2013) s. 798

⁶⁷ NOU 2001: 32 B s. 949

ikke nærmere. Slik jeg ser det er det noen sammenligningsgrunnlag som det er nærliggende å peke på. Begge reglene bidrar til en kostnadseffektiv behandling av saken. Det kan også tenkes tilfeller der både §§ 21-7 (2) b) og 21-8 (1) kan brukes som bevisavskjæringshjemmel. Dette kan for eksempel være i tilfeller der beviset er svært ressurskrevende å føre og at sakens betydning er liten, samtidig som det som søkes belyst, også illustreres av øvrig bevisførsel.

Det er imidlertid også sentrale forskjeller mellom bestemmelsene. Vilkårene i § 21-7 (2) b), har kun fokus på hvert bevis sin relevans og bevisverdi, enten alene eller i lys av den øvrige bevisførselen. Paragraf § 21-8 (1) sin målsetting er å sikre at den samlede bevisførselen ikke overstiger det som anses som proporsjonalt i lys av tvistens betydning. Det er først når dette ikke er tilfellet at bevisavskjæringshjemmelen i § 21-8 (1) aktualiseres.

I Rt. 2013 s. 817 U, skulle ankeutvalget ta stilling til saksøkers bevistilgangskrav. Saksøker var et selskap som saksøkte en bank fordi de banken hadde økt provisjonssatsen på en bankgaranti.⁶⁸ Saksøker ønsket å føre rapporter om sitt selskap fra Finanstilsynet som bevis.⁶⁹ Høyesterett uttalte at det rapportene skulle belyse ikke kom frem i øvrig bevisførsel og at slike styrerapporter på generell basis må anses å være en pålitelig kilde til informasjon.⁷⁰ Følgelig tilsa hverken rapportenes generelle beviskraft, eller bevisets samspill med øvrig bevisførsel at bevisene skulle avskjæres. Likevel vektlegger Høyesterett også at tvisten hadde en «ikke ubetydelig økonomisk verdi»⁷¹ og at «fremleggelse av disse rapportene hverken kan være tidkrevende eller spesielt byrdefullt på annen måte.»⁷² Derfor kom ankeutvalget til banken måtte pålegges å fremlegge rapportene.

Uttalelsene kan anses som en direkte henvisning til proporsjonalitetsprinsippet i § 21-8 (1) første punktum, fordi retten veier tvistens økonomiske verdi opp mot hvor ressurskrevende det er å føre beviset. Avgjørelsen illustrerer følgelig at en ytterligere sammenheng mellom §§ 21-7 (2) b) og 21-8, er at kravet til proporsjonal bevisførsel er et relevant moment å trekke frem ved vurderingen av om bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b) skal finne sted. Om momentet skal være en del av det faktiske vilkåret i § 21-7 (2) b) eller en del av skjønnsutøvelsen gjennom kan-vurderingen, vil oppgaven behandle i del 5.5.

⁶⁸ Rt. 2013 s. 817 U avsnitt 1 og 2

⁶⁹ Loc.cit

⁷⁰ Op.cit. avsnitt 14

⁷¹ Loc.cit

⁷² Loc.cit

I denne avgjørelsen tilsa både bevisets karakteristikk og proporsjonalitetsbetraktningene at beviset skulle tillates ført. Følgelig oppsto det ingen spenning mellom vurderingen etter §§ 21-7 (2) b) og 21-8, og beviset parten ønsket å fremme ble ført.

At proporsjonalitetsbetraktninger blir vektlagt, må anses i tråd med at proporsjonalitet er en grunnleggende målsetting for saksbehandlingen etter tvisteloven. Det illustrerer også at retten vektlegger betydningen saken har for partene, i sin vurdering. Dette kan bidra til at saksbehandlingen oppleves som tillitsskapende.

Avgjørelsen i Rt. 2013 s. 817 U gir ikke anvisning om hvordan samspillet mellom §§ 21-7 (2) b) og 21-8 (1) blir i de tilfeller der tvistens betydning er stor og beviset har liten beviskraft, eller ikke tilfører noe annet enn det som allerede kommer frem av den øvrige bevisførselen. Om beviset faktisk skal avskjæres, vil bero på rettens skjønn om hva som er en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling.⁷³ Følgelig, kan retten i disse tilfeller vektlegge at proporsjonalitetsprinsippet i § 21-8 (1) medfører at det kan tillates en mer omfattende bevisførsel i saker av stor betydning. Hensynet til en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling, tilsier imidlertid ikke at dette alltid må gjøres. Selv i saker av stor betydning, vil verken partene eller samfunnet for øvrig være tjent med at det brukes ressurser på å føre bevis, som åpenbart ikke tilfører rettens noe til rettens avgjørelsesgrunnlag.

5.5 Drøftelse av Høyesterettspraksis

Det er rikelig med avgjørelser der Høyesterett har vurdert bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b). Oppgaven vil i det følgende fokusere på tre avgjørelser som kan belyse de avveininger Høyesterett foretar ved bruk av § 21-7 (2) b).

Avgjørelsen i Rt. 2014 s. 1324 U gir viktige bidrag til hvordan tvl. § 21-7 (2) b) skal forstås. Kjennelsen omhandlet en anke over bevisavskjæring, jf. § 21-7 (2) b). Ankeutvalget var derfor begrenset av overprøvningsbegrensningen i tvl. § 29-3 (2). Lagmannsretten hadde i en tvist om gyldigheten av et dispensasjonsvedtak fra Klima- og miljødepartementet nektet fremlagt tre dokumenter fra departementets interne saksbehandling. Et av dokumentene var et

⁷³ Se del 3.2

notat som belyste en saksbehandlers behandling av saken. Det ble avskåret av lagmannsretten fordi det ikke var «egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig», jf. § 21-7 (2) b).

Før Høyesterett begynte vurderingen om bevisene skulle avskjæres, ble det uttalt at rettspraksis avsagt under tvistemålsloven, illustrerer at «retten bør vise varsomhet med å avskjære bevis under saksforberedelsen, hvor det kan være tvil (...)»⁷⁴

Uttalelsene illustrerer at det er grunn til å utvise en særlig forsiktighet der bevisavskjæringen skal skje på saksforberedende stadium, dersom det er tvil om bevisets bidrag til avgjørelsesgrunnlaget. Som påpekt erstatter tvl. § 21-7 (2) b) både tvistemålsloven § 189 nr. 2 og nr. 3, og er ment å være «i noen grad en utvidelse»⁷⁵ av bevisavskjæringsadgangen kontra det som fulgte av tvistemålsloven. Men at retten velger å påpeke dette, uten nærmere redegjørelser, tilsier at dette også skal gjelde for § 21-7 (2) b).

Flertallet i ankeutvalget kom til at notatet kunne fremlegges. Den dissenterende dommeren kom til motsatt konklusjon fordi han mente at dokumenter om forvaltningens saksbehandling ikke var bevis «om faktiske forhold» jf. § 21-7 (1).

Den konkrete drøftelsen flertallet stiller seg bak, illustrerer også at retten, under saksforberedelsen må utvise en særlig varsomhet ved spørsmål om bevisavskjæring.

Førstvoterende uttaler at «notatet anses for så vidt **ikke** egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget vesentlig.»⁷⁶ (min utheving.) Selv om noen «avsnitt (...) kan karakteriseres slik.»⁷⁷ Høyesterett fant imidlertid, av hensyn til sammenhengen, at det var naturlig å vurdere hele dokumentet som en helhet, og tillot beviset ført.⁷⁸

I Rt. 2013 s. 817 U var det også spørsmål om lagmannsrettens bevisavskjæringsvurdering under saksforberedelsen var riktig.⁷⁹ Som påpekt i del 5.1 knytter Høyesterett generelle betraktninger til hvordan vilkåret i § 21-7 (2) b) skal forstås. Denne redegjørelsen er imidlertid i tråd med både hva ordlyden og forarbeidene tilsier at bevisavskjæringsregelen skal ramme. Det er den konkrete begrunnelsen til Høyesterett som er særlig interessant.

⁷⁴ Rt. 2014 s. 1324 U avsnitt 24 med videre henvisning til blant annet Rt. 2001 s. 697 U og Rt. 1998 s. 484 U

⁷⁵ NOU 2001: 32 B s. 949

⁷⁶ Rt. 2014 s. 1324 U avsnitt 42

⁷⁷ Loc.cit

⁷⁸ Loc.cit

⁷⁹ Se del 5.4 for nærmere redegjørelse av faktum

I saken finner Høyesterett, i motsetning til lagmannsretten, at beviset ikke skulle nektes fremlagt. Dette begrunnes blant annet med at ankeutvalget finner at informasjonen i disse rapportene ikke kom frem i den øvrige bevisføringen.⁸⁰ Videre påpeker ankeutvalget at: «slike rapporter må etter sin art forventes å gi godt gjennomarbeidet informasjon, og de **kan** derfor være egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget.»⁸¹ (egen utheving.) I motsetning til i kjennelsen fra Rt. 2014 s. 1324 U påpeker ikke Høyesterett at retten må være særlig varsomme med bevisavskjæring under saksforberedelsen. Likevel er det klart at Høyesterett i kjennelsen er i tvil om bevisets bidrag til avgjørelsesgrunnlaget. Dette tydeliggjøres ved at de kun konstaterer at beviset «kan» være egnet til å styrke avgjørelsesgrunnlaget. Likevel blir beviset tillat ført.

Den videre begrunnelsen for at rapportene skal føres som bevis fokuserer på tvistens ikke ubetydelige økonomiske verdi, og at det ikke vil være særlig «tidkrevende eller byrdefullt» å fremlegge bevisene.⁸² Dette er en henvisning til prinsippet om proporsjonalitet i § 21-8 (1). Kjennelsen kan, som drøftet i del 5.4, tas til inntekt for at proporsjonalitetsbetraktninger er et relevant moment i vurderingen av om bevis skal avskjæres etter § 21-7 (2) b). Slik jeg oppfatter Høyesteretts vurdering i samme kjennelse, om vilkåret «styrke avgjørelsesgrunnlaget nevneverdig», jf. § 21-7 (1) b), vil proporsjonalitetsbetraktninger ikke ha plass i denne vurderingen. Det vil imidlertid være rom for å vektlegge dette i den konkrete beslutningen om beviset skal avskjæres i lys av hva som anses som en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling.

I denne saken var ankeutvalget begrenset av overprøvingsbegrensningen i tvl. § 29-3 (2). Det er ingen holdepunkter for at retten fant at lagmannsrettens behandling var «uforsvarlig eller klart urimelig». Derfor var ankeutvalget i utgangspunktet begrenset til å prøve om de materielle vilkårene i § 21-7 (2) b) var oppfylt, jf. § 29-3 (2).⁸³ At Høyesterett likevel vektlegger proporsjonalitetsbetraktninger kan derfor virke galt i lys av begrensningen i § 29-3 (2). Men, som påpekt i del 5.4, tilsa både hensynet til proporsjonalitet og bevisets karakter, og samspill med øvrig bevisføring, samt at kjennelsen ble avsagt under saksforberedelsen, at beviset skulle føres. Derfor kan ikke påpekningen av proporsjonalitetshensynet sies, å ha blitt avgjørende for resultatet.

⁸⁰ Rt. 2013 s. 817 U, avsnitt 14

⁸¹ Loc.cit

⁸² Rt.2013 s. 817 U, avsnitt 14

⁸³ Se drøftelse i del 3.2

I avgjørelsen i HR-2017-2379-U kom Høyesterett til at den ankende parts bevilstilbud, i form av en utskrift av en e-post med tilhørende vitneforklaring skulle avskjæres etter § 21-7 (2) b). Saken omhandlet bruk av varemerket, ENSILOX, jf. varemerkeloven § 4. E-posten skulle gi kontekst til et bilde som illustrerte den omstridte bruken av varemerket.⁸⁴ Bildet var inntatt i sakens dokumenter. Derfor hadde retten og motparten allerede tilgang til bildet. Anken over lagmannsrettens dom var fremmet av Høyesterett. Høyesterett prøvde derfor bevisavskjærings spørsmålet som førsteinstans. Retten hadde dermed full kompetanse til å prøve spørsmålet. Spørsmålet ble også her reist under saksforberedelsen.

Etter rettens syn inneholdt ikke eposten «opplysninger av nevneverdig betydning for sakens rettsspørsmål.»⁸⁵ Og de fant at «det ikke er behov for e-posten»⁸⁶ for å belyse bildet ytterligere. Det virker her som Høyesterett primært vektlegger at de allerede hadde kjennskap til det beviset skulle belyse gjennom det aktuelle bildet. Derfor oppfylte bevilstilbudet kravene til bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b).

Begrunnelsen for bevisavskjæringen i denne kjennelsen er langt mindre omfattende enn begrunnelsen i Rt. 2013.817 U. Høyesterett knytter heller ikke betraktninger til hvor omfattende bevisførsel det er snakk om. Fra et forsvarlighets- og rettsikkerhetsperspektiv kan det virke noe betenkelig at Høyesterett har en så kort begrunnelse for bevisavskjæring, når en kjennelse der beviset faktisk ble tillat, hadde en mer fyllestgjørende redegjørelse. Kjennelsen er et av flere eksempler på at kan-vurderingen ikke blir vurdert av Høyesterett, selv om de vurderer bevisavskjærings spørsmålet som første instans.⁸⁷ Begrunnelsen gitt av Høyesterett bærer preg av at de finner det helt åpenbart at e-posten ikke tilfører avgjørelsesgrunnlaget nok til at den skal føres som bevis.

5.5.1 Oppsummering av høyesterettspraksis

Utfra de tre kjennelsene som er redegjort for i del 5.5 er det klart at Høyesterett ved bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b), tar utgangspunkt i bevisets relevans og betydning for

⁸⁴ HR-2017-2379-U, avsnitt 6

⁸⁵ Op.cit. avsnitt 14

⁸⁶ Loc.cit

⁸⁷ Se også HR-2014-2091-F

saken enten alene, eller i samspill med den øvrige bevisførselen i saken. Dette er i tråd med både ordlyden og Tvistemålsutvalgets redegjørelser.⁸⁸ Dette aspektet ved avgjørelsene bidrar følgelig ikke til å ytterligere belyse hvordan regelen i § 21-7 (2) b) skal tolkes og anvendes.

At bevisavskjæring under saksforberedelsen krever en særskilt varsomhet, følger imidlertid ikke av forarbeidene. Avgjørelsene i Rt. 2014 s. 1324 U og Rt. 2013 s. 817 U illustrerer imidlertid at Høyesterett er forsiktige med bruken av § 21-7 (2) b) som bevisavskjæringshjemmel under saksforberedelsen. Som påpekt i del 5.1 gir § 21-7 (2) b) retten en adgang til å avskjære bevis som faktisk er relevante for avgjørelsesgrunnlaget. Regelen kan følgelig bidra til å svekke sakens opplysning. At retten derfor avstår fra å avskjære bevis i de tilfeller der bevisets bidrag til avgjørelsesgrunnlaget er tvilsomt, synes derfor være en riktig tilnærming. Slik vil regelen kun ramme tilfeller der det faktisk er helt klart at bevisets bidrag er så irrelevant at det ikke er prosessøkonomisk gunstig å tillate beviset ført.

At dette særlig må gjelde under saksforberedelsen kan også begrunnes i hensynet til sakens opplysning, Selv om retten har fått god innsikt i de bevisene partene ønsker å føre gjennom bevistilbudet, kan det oppstå tilfeller der relevansen og samspillet med øvrig bevisførsel ikke kommer tydelig frem før beviset blir ført under hovedforhandlingen.⁸⁹

Avgjørelsen i HR-2017-2379-U illustrerer at det faktisk er mulig å avskjære bevis med lav relevans etter § 21-7 (2) b), og at dette kan skje under saksforberedelsen. Som påpekt i del 5.5 illustrerer den kortfattede begrunnelsen til Høyesterett at de finner det helt klart at bevisets bidrag til avgjørelsesgrunnlaget er for lavt til å tillates ført. Saken skiller seg derfor fra tilfellene i Rt. 2013 s. 817 U og Rt. 2014 s. 1324 U. Avgjørelsen viser at den varsomme bruken av § 21-7 (2) b) ikke skal strekkes så langt at det ikke er mulig å avskjære bevis med liten relevans.

Dette er etter min mening viktig for at regelen faktisk skal ha en effekt som bevisavskjæringshjemmel. Lovgiver har funnet det nødvendig av prosessøkonomiske hensyn å utforme en regel som på alle stadier av saken kan avskjære bevis som til en viss grad er

⁸⁸ Se del 5.1

⁸⁹ Øyen (2020) s. 144

relevante. Da bør ikke vilkårene i § 21-7 (2) tolkes så strengt at den også i helt klare tilfeller ikke skal anvendes til å avskjære beviset.

Et annet aspekt avgjørelsen i HR-2017-2379-U belyser, er at kan-vurderingen i regelen ikke nødvendigvis redegjøres for, selv om retten har full overprøvingskompetanse.

Underrettspraksis om bevisavskjæring etter § 21-7 (2) b), illustrerer det samme.⁹⁰ Rettens fokus er på om de materielle vilkårene for bevisavskjæring er oppfylt.

Dette kan tas til inntekt for at kan-vurderingen i utgangspunktet kun aktualiseres i særlige tilfeller. Typisk fordi prosessøkonomiske betraktninger tilsier at bevisavskjæring ikke bør foretas, eller at konkrete forhold ved saken, som sakens store betydning for partene, gjør at bevisavskjæringen strider mot en hensiktsmessig og forsvarlig behandling.

Avgjørelsen i Rt. 2013 s. 817 U illustrerer også at hensynet til proporsjonalitet mellom bevisførselen og tvistens betydning, er også et moment av betydning. Høyesterett presiserer ikke om momentet skal komme inn som et tolkningsbidrag til det materielle vilkåret i § 21-7 (2) b) eller kun er et moment i skjønnsutøvelsen av om beviset faktisk skal avskjæres. I lys av drøftelsene i samme kjennelse er det imidlertid nærliggende at det kun er et moment som kan vektlegges ved skjønnsutøvelsen. Selv om ankeutvalget skriver at det er en sammenheng mellom § 21-7 (2) b) og § 21-8, kan uttalelsen ikke tolkes dithen at proporsjonalitetsbetraktninger kun får anvendelse i kan-vurderingen etter § 21-7 (2) b). Fordi forholdsmessighet mellom saksbehandlingen, og herunder også bevisførselen, er en grunnleggende målsetting i sivilprosessen, jf. tvl. § 1-1 (2) fjerde strekpunkt, skal dette hensynet også kunne vektlegges i kan-vurderingen etter § 21-7 (2) a) og c), hvis relevant.

5.6 “Usynlige” skranker for når tvl. § 21-7 (2) b) kan brukes

Hverken ordlyd, forarbeider eller øvrige regler i tvisteloven oppstiller noen skranker for sakstyper der bokstav § 21-7 (2) b) ikke kan anvendes. Dette er også naturlig fordi § 21-7 (2) b) er en generell bevisavskjæringshjemmel.

Fordi reglene i EMK ved motstrid skal «gå foran» bestemmelsene i tvisteloven

⁹⁰ Eksempelvis: LB-2015-11011-1, og LB-2014-68620-1 og TOSLO-2017-172482

kan EMK i utgangspunktet sette skranker for hvordan de bevisføringsreglene i tvisteloven kan utformes og brukes.⁹¹ Dette vil også kunne ramme regelen i § 21-7 (2). EMD har imidlertid utalt at når det gjelder «bevis, bevisføring, bevisbedømmelse og beviskrav, står konvensjonsstatene i utgangspunktet fritt»⁹² så lenge det grunnleggende kravet til rettferdig rettergang etter art. 6 (1) er oppfylt.

Kravet til en «rettferdig (...) rettergang» jf. art. 6 (1), gir partene flere prosessuelle rettigheter, med tilhørende plikter for statene. I tilfeller der saken anses som en straffesak etter EMK, får partene flere rettigheter enn i sivile saker. Disse rettighetene følger i hovedsak av EMK art. 6 tredje ledd, men rettigheter har også blitt tilføyd gjennom EMD-praksis. I avgjørelsen *Rowe og Davis mot Storbritannia*⁹³ avsnitt 60 uttaler EMD at tiltalte har krav på å få tilgang til «all material evidence», for at kravet til en rettferdig rettergang i straffesaker skal være oppfylt.

Hva som anses som en straffesak etter EMK avhenger ikke av EMK-landenes interne lovgivning, og hva de anser som en straffesak.⁹⁴ Følgelig vil flere sivilrettslige sanksjoner i norsk rett anses som en straffesak etter EMK. Det har typisk vært forvaltningssanksjoner som i norsk rett blir ansett som en sivil reaksjon, men som omfattes av EMKs straffebegrep. Felles for forvaltningssanksjonene som skal omfattes, er at de er av pønalt karakter.⁹⁵

At partene har rett til å få tilgang på «all material evidence» i straffesaker etter EMK, ble satt på spissen i HR-2020-1790-U. Opphavet til tvisten om bevisavskjæring var at Telenor hadde fått et overtredelsesgebyr av Konkurransklagenemnda jf. konkurranseloven § 29. Slike overtredelsesgebyr skal regnes som straff etter EMK art. 6 (1).⁹⁶ Høyesterett måtte vurdere om det var gal rettsanvendelse at lagmannsretten hadde avskåret bevis tilgangskravet til Telenor etter § 21-7 (2) (b), uten å vurdere om bestemmelsen kunne anvendes i saker som omhandler straff etter EMK art. 6. Kravet om tilgang til «all material evidence» ble av Høyesterett tolket som at anklagede har krav på å få utlevert og ført all relevant

⁹¹ Se del 1.2 og 2.1

⁹² NOU 2001: 32 A s. 456 med videre henvisning til *Schenk v. Switzerland (A)* NO 140 (EMD-1984-10862)

⁹³ (EMD-1995-28901)

⁹⁴ Jacobs, White & Ovey (2014), *The European Convention on Human rights 6th edition*, s. 248

⁹⁵ Skoghøy «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner* 2014/5, Årgang 49, side 297-339, s. 304

⁹⁶ HR-2020-1790-U, avsnitt 35 med videre henvisninger til Rt. 2011 s. 910 A, avs. 48 og Rt.2012 s. 1556 U, avs. 38

bevismateriale.⁹⁷ I HR-2020-1790-U avsnitt 37, uttaler førstvoterende at retten som følge av kravet EMD har oppstilt må tvl. § 21-7 (2) b):

*«brukes med større varsomhet i saker som kan ende med straff etter EMK artikkel 6, enn i andre saker. **I enkelte tilfeller vil artikkel 6 være en skranke.** I andre tilfeller vil beviskraften være usikker, typisk når avgjørelsen treffes under saksforberedelsen og uten at domstolen har sett beviset, slik situasjonen var her. Da vil det etter ankeutvalgets syn **som regel være grunn til å utvise forsiktighet med å bruke § 21-7 andre ledd bokstav b som grunnlag for bevisavskjæring.** Dette har også sammenheng med at de prosessøkonomiske hensyn bestemmelsen hviler på, kan gjøre seg gjeldende på en annen måte i slike saker»⁹⁸*
(min utheving.)

Uttalelsen til Høyesterett illustrerer at EMK art. 6 i «enkelte tilfeller» oppstiller en skranke for bruken av § 21-7 (2) b) i saker som omfattes av EMKs straffesaksbegrep. Hvilke «enkelte tilfeller» dette er utdyper ikke Høyesterett nærmere. I lys av at partene i disse sakene har krav på å føre alt relevant bevismateriale er det imidlertid nærliggende å trekke slutningen at for å bruke § 21-7 (2) b) som bevisavskjæringshjemmel må retten med sikkerhet kunne si at beviset ikke er relevant. Skranken vil derfor ramme både helt irrelevante bevis og bevis som er relevante, men som i lys av øvrig bevisførsel ikke har selvstendig verdi for avgjørelsesgrunnlaget.

Avgjørelsen i HR-2020-1790 U tilsier følgelig at EMK art. 6 utgjør en delvis skranke for bruk av § 21-7 (2) b) som bevisavskjæringshjemmel der saken anses som en straffesak i EMK-retten. Skranken Høyesterett oppstiller vil bare gjelde der beviset anses relevant for avgjørelsesgrunnlaget. Selv om dette ikke følger av ordlyden eller forarbeidene til bestemmelsen, er dette i seg selv ikke så kontroversielt, fordi det kan hjemles i EMK, som gjelder som norsk lov jf. mrl § 2. Likevel tilsier avgjørelsen i HR-2020-1790-U, at § 21-7 (2) b) i mindre grad kan gripe inn i partenes frie bevisføringsrett i disse sakene. I tilfeller der beviset er usikkert, tilsier uttalelsen fra Høyesterett at EMK art. 6 (1) ikke er en absolutt skranke for å bruke § 21-7 (2) b) som bevisavskjæringshjemmel, men at «som regel

⁹⁷ Se HR-2020-1790-U, avsnitt 36, med henvisning til Kjølbro (2020) s. 675-676 *Kjølbro*, Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere, 5. utgave 2020, side 675 og 676

⁹⁸ HR-2020-1790-U, avsnitt 37

[må] være grunn til å utvise forsiktighet» med å anvende § 21-7 (2) b) som bevisavskjæringsgrunnlag i disse sakene. Høyesterett presiserer også at denne situasjonen typisk oppstår under saksforberedelsen. At det er nødvendig å være forsiktige med å anvende § 21-7 (2) b) som grunnlag for bevisavskjæring der bevisets verdi er usikkert, og at dette særlig gjelder under saksforberedelsen følger også av avgjørelsene i Rt. 2013 s. 817 U og Rt. 2014 s. 1324 U, som ikke var saker omfattet av EMKs straffesaksbegrep. Hvor mye selvstendig betydning denne uttalelsen får i praksis er det derfor vanskelig å si sikkert.

6 Tvisteloven § 21-7 (2) c)

6.1 Regelens materielle vilkår

Det siste bevisavskjæringsalternativet i tvl. § 21-7 (2), følger av bokstav c). Regelen oppstiller muligheten for avskjæring av bevis som «retten finner det nødvendig å føre på annen måte.» Regelen i § 21-7 (2) c) tilsvarer det som tidligere fulgte av tvml. § 189 nr. 4. Tvistemålsloven § 189 nr. 4 sin ordlyd tilsier at § 21-7 (2) c) er en videreføring av denne regelen. Dette påpeker også forarbeidene.⁹⁹ Det er ingen holdepunkter for at lovgiver har ment å hverken utvide eller innskrenke den bevisavskjæringsadgang som fulgte av tvml. § 189 nr. 4. Derfor vil rettspraksis avsagt under tvistemålsloven også være relevant for å fastslå rekkevidden av § 21-7 (2) c).

En naturlig språklig forståelse av «finner det nødvendig å føre på annen måte», tilsier at det er forhold ved beviset som gjør at det ikke bør føres i den tilbudte form. Hvilke karakteristikker som er relevante for vurderingen, sier imidlertid ikke ordlyden noe om.

Ordlyden alene gir ikke et klart svar på om bevisavskjæringshjemmelen bare kan brukes der det faktisk er mulig å belyse det samme med et annet og mer egnet bevismiddel.

Forarbeidene påpeker at regelen i § 21-7 (2) c) kan ramme ulike situasjoner.¹⁰⁰ Det første tilfelle som trekkes frem er tilfeller der «beviset for det samme **kan føres på en måte som er mer pålitelig.**»¹⁰¹ (min utheving.) Denne formuleringen tilsier at det faktisk må finnes et alternativt og bedre bevis for å avskjære et upålitelig bevis etter § 21-7 (2) c). Et konkret eksempel som vil rammes er vitneførsel som skal belyse hva en tredjeperson har fortalt, også omtalt som 'hearsay' bevis.¹⁰² Forarbeidene forklarer dette med at det ofte vil gi en sikrere bevisverdi, dersom tredjepersonen selv kan forklare seg for retten.¹⁰³

Et annet tilfelle forarbeidene påpeker at vil omfattes av regelen i § 21-7 (2) c) er bevis «som ligger nær opp til tilfeller hvor bevis kan avskjæres etter § 25-7 om bevis ervervet på

⁹⁹ NOU 2001: 32 B s. 949.

¹⁰⁰ NOU 2001: 32 B s. 949

¹⁰¹ Loc.cit

¹⁰² Loc.cit

¹⁰³ Loc.cit

utilbørlig måte.»¹⁰⁴ Beviset kan for eksempel være innhentet på en måte som krenker personvern hensyn eller andre sentrale interesser for rettergangen. Krenkelsen er imidlertid ikke er så omfattende at den vil rammes av § 22-7.¹⁰⁵ Formuleringen brukt i forarbeidene kan skape rom for tvil, fordi det ikke eksplisitt påpekes at det også i denne situasjonen må være mulig å føre bevis for det samme, men på en annen måte.

Eksemplene i forarbeidene har imidlertid to viktige fellestrekk. Det er bevismidler som ikke er fullgode beviser, enten på grunn av formen de blir presentert, eller på grunn av sitt opphav. Likevel vil de ikke rammes av noen av de øvrige bevisavskjæringsreglene i tvisteloven. Lovgiver har dermed funnet det nødvendig å tillate disse bevisene. Dersom beviset kan erstattes med et bedre bevis som kan belyse det samme, vil situasjonen likevel være annerledes, fordi hensynet til sakens opplysning blir ivaretatt. Forarbeidsuttalelsene må følgelig forstås slik at § 21-7 (2) c) bare kan brukes hvis det aktuelle beviset kan erstattes av et bedre bevis.

En slik forståelse underbygges også av uttalelser i teorien. Skoghøy uttaler at regelen i § 21-7 (2) c) er et utslag av prinsippet om «the best evidence rule». ¹⁰⁶ Dette prinsippet går ut på at «dersom én og samme kunnskaps-kilde uten vanskeligheter kan anvendes på ulike måter, skal man benytte det bevis som gir det beste bevisgrunnlag.»¹⁰⁷ Grunnlaget for denne regelen er følgelig også at det foreligger ulike måter å belyse det samme.

Samlet sett må følgelig ordlyden i § 21-7 (2) c) tolkes slik regelen bare kan brukes der det faktisk er mulig å belyse det samme med et annet og mer egnet bevismiddel.

¹⁰⁴ Loc.cit

¹⁰⁵ Loc.cit

¹⁰⁶ Skoghøy (2017) s. 565

¹⁰⁷ Loc.cit

6.2 Tvisteloven § 21-7 (2) c) i samspill med tvl. § 21-12 (2), om skriftlige forklaringer

Både forarbeid og teori påpeker at bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) c) må sees i sammenheng med tvl. § 21-12 (2).¹⁰⁸ Regelen oppstiller særskilte krav for å kunne føre skriftlige forklaringer.

§ 21-12 (2) har følgende ordlyd:

«Skriftlig forklaring i saken fra andre kan føres som bevis hvis partene er enige om det, eller hvis de gis adgang til å avhøre den som har gitt forklaringen. Beviset føres ikke før det er klart at vedkommende møter. Hvis det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen, kan den føres som bevis hvis det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1.»

Ordlyden i § 21-12 (2) første punktum illustrerer at regelen oppstiller begrensninger for å føre «skriftlige forklaringer i saken.» Regelen illustrerer at det å føre en skriftlig forklaring, er betinget av at motparten samtykker til dette, eller at motparten kan avhøre personen. Formuleringen «i saken» skal forstås tilsvarende som tvml. § 197 sin formulering «avgitt i anledning saken».¹⁰⁹ Det som er avgjørende for om en forklaring oppfyller dette vilkåret, er om det dominerende formål med å innhente erklæringen, var å bruke det som bevis i den aktuelle rettssaken¹¹⁰

Regelen om skriftlige forklaringer ble vesentlig endret i overgangen fra tvistemålsloven til tvisteloven.¹¹¹ Partene har nå større anledning til å føre skriftlige bevis enn det som var tilfellet under tvistemålsloven § 197.¹¹² Under tvml. § 197 var hovedregelen at skriftlige erklæringer **ikke** kunne føres med mindre «retslig avhørelse ikke kan foretages, eller naar motparten samtykker.»

¹⁰⁸ Ot. prp. (2004-2005) s. 208, Skoghøy (2017), s. 891

¹⁰⁹ NOU 2001: 32 B s. 954

¹¹⁰ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 920 U

¹¹¹ NOU 2001: 32 B s. 954

¹¹² NOU 2001: 32 A s. 466

En sammenligning av ordlyden i tvml. § 197 og tvl. § 21-12 illustrerer at hovedregelen om å føre skriftlige forklaringer som bevis er snudd.¹¹³ Å føre skriftlige forklaringer er ikke lenger betinget av motpartens samtykke, så lenge parten gis adgang til å avhøre den som har avgitt forklaringen.

Grunnen til at tvisteloven inneholder begrensninger for å føre skriftlige forklaringer som bevis er at slik bevisførsel strider mot prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet.

Dette har vært viktige prinsipper i norsk sivilprosess siden tvistemålsloven trådte i kraft i 1915.¹¹⁴ De to kan sees i nær sammenheng. En av funksjonene til muntlighetsprinsippet er nettopp å legge til rette for bevisumiddelbarhet.¹¹⁵ Umiddelbar bevisføring betyr at «at de bevis som skal danne grunnlag for rettens avgjørelse, skal presenteres direkte for den dømmende rett.»¹¹⁶ Muntlighetsprinsippet kan defineres som partenes «krav på at avgjørelse av realiteten og viktigere prosessuelle spørsmål blir truffet på grunnlag av muntlig prosedyre.»¹¹⁷

Den viktigste begrunnelsen for at tvisteloven opererer med prinsippet om bevisumiddelbarhet er at «retten ved selv å høre de forklaringer som blir avgitt, får mulighet til å danne seg et direkte inntrykk av påliteligheten av det som blir forklart.»¹¹⁸ Fordi retten ved skriftlig bevisførsel i mindre grad kan vurdere påliteligheten av beviset er det nærliggende at § 21-7 (2) c) vil ha en sammenheng med § 21-12 (2).

Slik regelen er utformet i dag, ser jeg to situasjoner der samspillet mellom § 21-7 (2) c) og § 21-12 (2) kommer på spissen. Disse vil redegjøres for i det følgende.

6.2.1 § 21-7 (2) c) i samspill med § 21-12 (2) første punktum

Det første, er der en skriftlig erklæring i utgangspunktet kan føres, fordi de oppfyller ett av vilkårene i § 21-12 (2) første punktum, men som det likevel er mulig å føre på en annen måte, slik at bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) c) kan komme til anvendelse. Forarbeidene adresserer også dette. Det presiseres at det ikke meningen å fravike prinsippet om muntlighet,

¹¹³ Loc.cit

¹¹⁴ Backer (2020), s. 89-90 og 93.

¹¹⁵ Skoghøy (2017), s. 562

¹¹⁶ Loc.cit.

¹¹⁷ Op.cit s. 554

¹¹⁸ Op.cit s. 565

selv om adgangen til å føre skriftlige forklaringer er utvidet. Tvistelovens bevisregler skal ikke åpne for en praksis der ordinære vitneforklaringer skrives ned, istedenfor at vitnet forklarer seg muntlig for retten.¹¹⁹ Paragraf 21-7 (2) c) vil ramme slike tilfeller, og derfor være et sentralt supplement til § 21-12 (2), som bidrar til at tvisteloven samlet sett ivaretar prinsippet om muntlighet og bevisumiddelbarhet.

HR-2020-2411-U illustrerer imidlertid at ikke alle skriftlige forklaringer skal avskjæres etter § 21-7 (2) c). Spørsmålet i saken var om det var korrekt at lagmannsretten forut for ankebehandling, hadde avskåret den ene parts bevis i form av skriftlige transkriberte forklaringer fra tingretten som var tatt opp på bånd.¹²⁰ De aktuelle utskriftene oppfylte kravene i § 21-12 (2), da de som hadde avgitt forklaringene i tingretten, kunne møte i lagmannsretten for å bli avhørt av motparten.

Motparten anførte imidlertid av beviset likevel måtte avskjæres etter § 21-7 (2) c), fordi det stred mot prinsippet om muntlighet å føre rettsforklaringene.¹²¹

Bevisene ble imidlertid ikke avskåret i denne saken fordi Høyesterett kom til at de grunnleggende vilkårene for å anvende bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) c), ikke var oppfylt. Retten pekte på § 21-7 (2) c) skal ramme tilfeller «hvor et bevis slik det blir tilbudt, har en lav eller usikker bevisverdi, men det er mulig å føre beviset på annen måte (...)»¹²² Dette var ikke tilfelle for de skriftlige forklaringene. De hadde en klar bevisverdi, fordi de kunne brukes i ankeforhandlingene til å konfrontere partene og vitnene med hva de hadde uttalt under tingrettsbehandlingen.¹²³ Når forklaringene skulle brukes nettopp til dette formål, ville heller ikke en forklaring fra de samme personene i lagmannsretten kunne erstatte utskrift av tingrettsforklaringene.

Avgjørelsen i HR-2020-2411-U illustrerer følgelig også at de grunnleggende forutsetningene for å anvende § 21-7 (2) c) som bevisavskjæringshjemmel, er at bevisets verdi er usikkert, og at beviset kan føres på en annen måte. Disse kravene skal ikke lempes på selv om det er spørsmål om å avskjære skriftlige forklaringer.

¹¹⁹ Ot. prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208

¹²⁰ HR-2020-2411-U

¹²¹ Op.cit. avsnitt 10

¹²² HR-2020-2411-U, avsnitt 16, videre henvisning til Skoghøy (2017) s. 891

¹²³ HR-2020-2411-U, avsnitt 16

Dette synes også som rett løsning av hensyn til sakens opplysning, og hvordan reglene i tvistelovens regler skal gripe inn i partenes frie bevisføringsrett. Vilkårene i tvl. § 21-12 (2) første punktum tillater skriftlige forklaringer som bevis hvis de oppfyller kravene regelen oppstiller. Regelen må anses som et uttrykk for at lovgiver har ansett det som riktig å tillate skriftlige forklaringer, under forutsetningen at vilkårene i § 21-12 (2) første punktum er oppfylt. Følgelig ville det vært et utilsiktet stort inngrep i partenes frie bevisføringsrett, dersom skriftlige forklaringer også kunne blitt avskåret etter § 21-7 (2) c), kun på grunnlag av at de er skriftlige.

For å være i tråd med lovgivers intensjon, må bevisene ha en usikker bevisverdi og kunne erstattes med et bevis som gir et bedre bevisgrunnlag, for å rammes av bevisavskjæringsregelen i § 21-7 (2) c).

6.2.2 § 21-7 (2) c) i samspill med § 21-12 (2) første punktum

Den andre situasjonen der § 21-7 (2) c) har en sammenheng, oppstår som følge av § 21-12 (2) tredje punktum. Regelen oppstiller at «[h]vis det er umulig å avhøre den som har gitt forklaringen, kan den føres som bevis hvis det ikke strider mot lovens formål etter § 1-1.»

Paragraf 21-12 (2) tredje punktum er slik jeg ser det en todelt regel. I delen før komma fravikes utgangspunktet i § 21-12 (2) andre punktum om at skriftlige forklaringer skal nektes ført, dersom det ikke er mulig for motparten å avhøre den som har gitt forklaringen. Når avhør er umulig kan ikke § 21-7 (2) c) brukes som bevisavskjæringshjemmel, fordi beviset ikke kan føres på en annen måte. Hvis partene kan påvise at det er umulig med et avhør, gir regelen isolert sett en absolutt adgang til føre skriftlige forklaringer. Dette vil stride mot prinsippet om muntlighet. Det kan også komme på kant med prinsippet om en forsvarlig saksbehandling, særlig hvis ikke motparten har fått muligheten til å påvirke hvilke spørsmål som ble stilt til personen som avga den skriftlige forklaringen.¹²⁴

Men, som følge av delen som følger etter komma i § 21-12 (2) tredje punktum, blir ikke denne adgangen absolutt. Ordlyden «kan den føres som bevis hvis ikke det strider mot lovens formål etter § 1-1» illustrerer at utgangspunktet i første del av regelen ikke gjelder dersom det vil stride mot lovens formål etter § 1-1. Dermed vil hensynet til både muntlig bevisførsel og

¹²⁴ NOU 2001: 32 B, s. 954

kravet om en forsvarlig saksbehandling bli ivaretatt, selv om regelen i § 21-7 (2) c) kommer til kort.

Regelen ble en del av tvisteloven for å unngå uheldige situasjoner som kunne oppstå under tvml. § 197, da skriftlige forklaringer ikke kunne føres med mindre «rettslig avhør ikke kunne foretages.» Forarbeidene viser som eksempel til avgjørelsen i Rt. 1995 s. 1242 U.¹²⁵ Her hadde en part, uten å varsle motparten, fått en skriftlig forklaring fra et verft i Romania. Motparten fikk følgelig ikke påvirket hvilke spørsmål som ble stilt. Det var heller ikke mulig for verftet å forklare seg for retten. Beviset ble likevel tillat ført. Tvistemålsutvalget poengterer at med dagens regel «kunne en slik erklæring ikke vært brukt som bevis i saken»¹²⁶ og at reglen i § 21-12 (2) tredje pkt ivaretar «hensynet til forsvarlig saksbehandling på en bedre måte»¹²⁷ enn tvml. § 197 gjorde. Bevisavskjæringsregelen i § 21-12 (2) tredje punktum er følgelig resultatet av et faktisk behov for regelendring.

6.3 § 21-7 (2) c) i samspill med regelen om utilbørlig ervervede bevis i tvl. § 22-7

At retten kan nekte ulovlig ervervede bevis eller bevis innhentet på klanderverdig måte var en etablert ulovfestet regel under tvistemålsloven, den er nå lovfestet i tvl. § 22-7.¹²⁸

Straffeprosessen opererer med samme regel, men der er prinsippet fortsatt ulovfestet.¹²⁹

Tvisteloven § 22-7 har følgende ordlyd:

«Retten kan i særlige tilfeller nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte.»

Formuleringen «særlige tilfeller» at regelen ikke er ment å ramme langt fra alle bevis som er «skaffet til veie på utilbørlig måte» og at om beviset skal nektes beror på en skjønnsmessig vurdering fra rettens side. Forarbeidene presiserer også at regelen kun gir retten en unntaksvis

¹²⁵ NOU 2001: 32 B, s. 954

¹²⁶ Loc.cit

¹²⁷ Loc.cit

¹²⁸ Skoghøy (2017) s. 752

¹²⁹ Loc.cit

hjemmel til å avskjære bevis.¹³⁰ Utfra rettspraksis er det også klart at hovedregelen er at beviset skal føres.¹³¹ Dette kan begrunnes med at hensynet til sakens opplysning er svært sentralt.¹³² Tvistemålsutvalget påpeker at, «[a]t beviset er ervervet på utilbørlig måte er en nødvendig, men ikke tilstrekkelig betingelse for å nekte det ført».¹³³ Om beviset skal nektes beror på en

*«bred avveining, der både prinsipielle hensyn og forholdene i den konkrete sak må tas i betraktning. For å tillate beviset teller særlig hensynet til sakens opplysning og den betydning det har å oppnå en materielt riktig avgjørelse.»*¹³⁴

Likevel er det klart at i de tilfeller et bevis er fremskaffet på en utilbørlig måte, vil det uavhengig av om bevisavskjæringshjemmelen i § 22-7 skal brukes, være interesser som krenkes ved å føre beviset. I de tilfeller det utilbørlig ervervede beviset kan erstattes med et annet bevis vil følgelig ikke retten måtte ta stilling til det strenge vilkåret for bevisavskjæring i § 22-7 fordi § 21-7 (2) c) kommer til anvendelse.

Dette kan illustreres med avgjørelsen i Rt.1987 s. 548 U. Avgjørelsen gjaldt en anke over lagmannsrettens bevisavskjæring. Sakens bakgrunn var en tvist om foreldreansvar.¹³⁵ Far hadde tatt lydopptak av barna, og ønsket å føre dem som bevis i saken. Opptakene skulle illustrere at anklager om incest, og at barna var redde for han, ikke stemte.

Lagmannsretten hadde avskåret bevisene etter tvml. § 189 nr. 4 og ikke etter den da ulovfestede regelen om utilbørlig ervervede bevis. Høyesterett sluttet seg til lagmannsrettens begrunnelse og resultat. Lagmannsretten la vekt på at opptakene ikke var «opptatt i betryggende former»¹³⁶ og at det derfor var nødvendig at «bevis for de forhold som søkes godtgjort, føres på annen måte.»¹³⁷ Høyesterett poengterte at opptakene av barna stred mot reglene i straffeprosessloven om avhør av barn. Derfor kunne retten også vurdert om beviset kunne blitt avskåret etter den da ulovfestede regelen om utilbørlig ervervede bevis.

¹³⁰ NOU 2001: 32 B s. 961

¹³¹ Se blant annet Rt. 1997 s. 795 U Rt. 2001 s. 668 U og Rt. 2006 s. 582 U5 avsnitt 22

¹³² Øyen (2010), «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?», Lov og Rett 2010/7, Årgang 49, side 423-438, s. 426

¹³³ NOU 2001: 32 B s. 961

¹³⁴ Loc.cit

¹³⁵ Rt. 1987 s. 548 U

¹³⁶ Loc.cit

¹³⁷ Loc.cit

Avgjørelsen er et eksempel på samspillet mellom regelen i § 22-7 og 21-7 (2) c). På grunn av regelen i tvl. § 21-7 (2) c) og den tidligere regelen i tvml. § 189 nr. 4 trenger ikke retten å gå veien om den strenge regelen i tvl. § 22-7 hvis det utilbørlig ervervede beviset kan erstattes.

6.4 Kan-vurderingen i § 21-7 (2) c)

Formuleringen «retten finner det nødvendig å føre på annen måte» illustrerer at vilkåret i tvl. § 21-7 (2) c) er betinget av hva retten vurderer som en hensiktsmessig og forsvarlig saksbehandling.¹³⁸ Fordi vilkåret i § 21-7 (2) c) er betinget av hva retten finner nødvendig, er det naturlig «kan»-vurderingen konsumeres av spørsmålet om vilkårene i § 21-7 (2) c) er oppfylt.

Forutsetningen for at bevis skal avskjæres etter § 21-7 (2) c) er at det finnes et bedre bevis som kan belyse det samme bevistemaet.¹³⁹ I slike tilfeller synes det i utgangspunktet klart at det er rett å avskjære det aktuelle beviset.

Forarbeidene poengterer imidlertid at det i vurderingen av om det faktisk skal kreves at beviset blir ført på annen måte, i visse tilfeller vil være nødvendig, «å se på omkostningene og andre ulemper ved den alternative bevisføringsmåten»¹⁴⁰, og viser til proporsjonalitetsprinsippet i tvl. § 21-8 (1).

Uttalelsen i forarbeidene illustrerer at retten ikke for enhver pris skal bruke § 21-7 (2) c) til å avskjære bevis som kan føres på en bedre måte. Dette er etter min mening, også i tråd med prinsippet om den frie bevisføringsretten. Dersom retten skal avskjære et bevis som en part ønsker å bruke til å belyse sin sak, må det være fordi det samlet sett er gunstig. Selv om bevisverdien er et viktig moment i vurderingen, kan ikke dette være det eneste som vektlegges. Dersom den alternative bevisføringsformen medfører økt ressursbruk, som ikke er proporsjonal til tvistens betydning, vil bevisførselen stride mot proporsjonalitetsprinsippet. Videre vil partene, som følge av rettens adgang til bevisavskjæring bli pålagt å anvende mer

¹³⁸ Schei mfl. (2013) s. 800

¹³⁹ Se del 6.1

¹⁴⁰ NOU 2001: 32 B s. 949

tid og ressurser på saken, fordi et bevis en av partene ønsker å føre skal erstattes. Dette kan også stride mot formålet om en tillitsskapende behandling.

7 Konklusjon

Opgavens overordnede mål har vært å svare på hvordan tvl. § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett. Spørsmålet har blitt besvart i kapittel 4 – 6 med kapittel 2 og 3 som et viktig bakteppe. Problemstillingen har blitt angrepet ved å foreta en gjennomgang av lovens vilkår, den skjønsmessige vurderingen retten må foreta av om bevisene faktisk skal avskjæres, og sammenhengen de ulike reglene i alternativ a) – c) har med de øvrige reglene i tvisteloven. Denne konklusjonen vil oppsummere funnene gjort i oppgaven.

Tvisteloven § 21-7 (2) a) griper inn i den frie bevisføringsretten dersom partene ikke overholder kravet tvl. § 21-6 (2) stiller til partenes bevistilbud. At bevistilbudet møter kravene stilt i § 21-6 (2) er viktig av hensyn til motpartens rett til kontradiksjon. Følgelig er § 21-7 (2) a) en regel som bidrar til at tvisteloven samlet sett overholder kravet til en rettferdig rettergang jf. EMK art. 6 (1) og grl. § 95. Hvordan partenes frie bevisføringsrett i praksis blir påvirket av regelen i §§ 21-7 (2) c), jf. 21-6 (2) vil imidlertid klart påvirkes av rettingsadgangen med tilhørende veiledningsplikt for retten, jf. §§ 16-5 (1) og 11-5. Sammen ivaretar disse fire reglene følgelig kravet til kontradiksjon og en rettferdig rettergang, uten at det må bli nødvendig å gjøre et inngrep i partenes frie bevisføringsrett.

Funksjonen til § 21-7 (2) b) er å sikre at de bevis som tilbys faktisk tilfører avgjørelsesgrunnlaget verdi. Regelen skal ramme bevisførsel som ikke bidrar nok til rettens avgjørelsesgrunnlag, til at det er hensiktsmessig å bruke ressurser på at beviset skal føres. Regelen blir derfor et virkemiddel for å oppnå målsettingen om en «effektiv (...) behandling av rettstvister» jf. tvl. § 1-1 (1). Selv om både bevisavskjæringsregelen tvl. §§ 21-7 (1) og 21-8 (1) også bidrar til dette vil § 21-7 (2) ramme bevisførsel som ikke fanges opp av disse reglene. Samtidig er det særlig på saksforberedende vanskelig å presist vurdere enkeltbeviser sin relevans. Uten et bevisst og varsomt forhold til dette, kan retten komme i skade for å avskjære bevis som faktisk vil være et nødvendig bidrag til rettens avgjørelsesgrunnlag og sakens opplysning. Gjennomgangen av høyesterettspraksis i del 5.5 – 5.5.1 tilsier imidlertid at retten har utviklet et bevisst forhold til dette, og at regelen skal kun skal ramme tilfeller der retten er helt sikker på bevisets ubetydelige verdi for avgjørelsesgrunnlaget.

Paragraf 21-7 (2) c) vil ramme bevisførsel som det er mulig å belyse med alternative, og av ulike grunner bedre bevismidler. Regelen skal sikre at retten får tilbudt det beviset som samlet

sett gir det beste bevisgrunnlaget. Regelen medfører at partene i større grad blir begrenset i hvilke typer bevismidler de får fremme, så lenge det finnes andre bevismidler som kan illustrere det samme. Tvisteloven inneholder flere andre regler som begrenser partenes bevisføringsrett som følge av at beviset strider mot grunnleggende prinsipper i sivilprosessen. Som redegjørelsen i del 6.2 – 6.3 illustrerer er det følgelig naturlig å se § 21-7 (2) c) i sammenheng med flere av disse reglene. Paragraf § 21-7 (2) c) får en selvstendig funksjon ved siden av disse reglene, fordi det er et krav at beviset kan føres på annen måte. Oppfylles ikke dette kravet må retten eventuelt falle tilbake på andre aktuelle bevisavskjæringsregler som spesifikt rammer det konkrete bevismidlet, som tvl. §§ 21-12 (2) første punktum og 22-7.

Regelen i § 21-7 (2) er som påpekt en alminnelig bevisavskjæringsregel som kan ramme alle former for bevis. Den vil også kunne ramme alle sakstyper, med de særlige begrensingene påpekt i del 5.4, der en sivilsak omfattes av EMK sitt straffesaksbegrep. Vilkårene i § 21-7 (2) a) – c) kan, basert på funnene ovenfor anses som godt begrunnede regler. De er ikke ment å gripe inn i partenes frie bevisføringsrett utover det som er nødvendig for å ivareta grunnleggende målsettinger for sivilprosessen.

At regelen likevel er betinget av en «kan-vurdering» gjør at retten i hver enkelt sak kan vurdere om bevisavskjæring bør skje, i lys av konkrete forhold ved saken eller beviset. Utgangspunktet for vurderingen vil som illustrert være basert på de ulike formål de tre reglene skal ramme og hva som anses som rett løsning basert på kravet til en forsvarlig og herunder også en proporsjonal saksbehandling.

Basert på drøftelsene gjort i denne oppgaven syntes jeg det er forsvarlig å trekke konklusjonen at tvl. § 21-7 (2) griper inn i partenes frie bevisføringsrett på en nødvendig måte.

Litteraturliste

Bøker:

Backer Inge Lorange, *Norsk Sivilprosess 2. utgave*, Universitets forlaget, Oslo 2020

Jacobs, White & Owey, *The European Convention on Human Rights*, 6. utgave, Oxford University Press 2014

Kjølbros, *Den europeiske menneskerettighedskonvention for praktikere*, 5. utgave, Jurist og Økonomforbundets Forlag 2020

Schei Tore mfl., *Tvisteloven kommentarutgave*, Bind II, 2 utgave, Universitetsforlaget 2013

Schei Tore mfl, *Tvisteloven kommentarutgave*, elektronisk utgave bekrefet à jour pr 01. mars 2021, Universitetsforlaget 2021, (lest og lastet ned fra www.juridika.no den 1. april 2021)

Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave, Universitetsforlaget 2017

Artikler:

Bårdsen & Nordén (2008), «På talefot med tvisteloven», *Jussens Venner* 2008/1, Årgang 43, s. 1-90

Skoghøy, Jens «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», *Jussens Venner* 2014/5, Årgang 49, side 297-339

Strandberg, Magne «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner* 2011/03

Øyen, Ørnulf, «I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker fremlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte?», *Lov og Rett* 2010/7, Årgang 49, side 423-438

Øyen, Ørnulf, «Tvisteloven og bevisretten – en oversikt», *Jussens Venner* 2020/3, Årgang 77,
side 129-162

Lover, forarbeider og rettsavgjørelser

Norske Lover:

Lov 17. mai 1814 Norges Grunnlov (Grunnloven eller GrL)

Lov 13. august 1915 nr. 8 om rettergangsmåten for tvistemål (Tvistemålsloven eller tvml)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl).

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

Konvensjoner:

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950. (Den europeiske menneskerettskonvensjonen).

Forarbeider

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak.

NOU 2001: 32 Bind B, Rett på sak.

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), Mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1977 s. 799 U

Rt. 1981 s. 894 U

Rt.1987 s. 548 U

Rt. 1990 s. 312 U

Rt. 1992 s. 28 A

Rt. 1995 s. 1242 U

Rt. 1997 s. 795 U
Rt. 1998 s. 484 U
Rt. 2000 s. 1656 U
Rt. 2000 s. 1686 U
Rt. 2001 s. 668 U
Rt. 2001 s. 697 U
Rt. 2006 s. 582 U
Rt. 2007 s. 920 U
Rt. 2010 s. 1236 U
Rt. 2011 s. 910 A
Rt. 2011 s. 1409 U
Rt. 2012 s. 1556 U
HR-2012-1540-F
Rt. 2013 s. 817 U
Rt. 2013 s. 1336 U
Rt. 2013 s. 1424 U
Rt. 2014 s. 1324 U
HR-2014-2091-F
HR-2016-2543-U
HR-2017-1374-U
HR-2017-2011-U
HR-2017-2379-U
HR-2019-775-U
HR-2019-997-A
HR-2020-1032-F

HR-2020-1790-U

HR-2020-2411-U

Lagmannsrett- og tingrettspraksis

LB-2011-136430

LB-2015-1101-1

LB-2014-68620-1

TOLSO-2017-172482

Avgjørelses fra den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD):

12.07.1988 *Schenk v. Switzerland (A)*, no. 140/1998 ECHR

16.02.2000 *Rowe & Davis v. United Kingdom* no. (28901/95)