

Partenes sannhets- og opplysningsplikt, særlig etter tvisteloven § 21-4

Kandidatnummer: 186833

Veileder: Magne Strandberg

Antall ord: 13 613



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2013

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 1 Innledning	2
1.1 Begrepsavklaringer.....	3
2 Tvistelovens formål	4
2.1 Materielt riktig resultat.....	5
2.2 Hensynet til prosessøkonomi	8
2.3 Ulikheter i partenes ressurser	9
3 Tvisteloven § 5-3	11
4 Fri bevisføring og § 21-4	15
4.1 Sannhets- og opplysningsplikt etter § 21-4 første ledd.....	15
4.2 Tvisteloven § 21-4 andre ledd.....	20
5 Sammenhengen mellom edisjonsplikten og sannhets- og opplysningsplikten	24
5.1 Forklaringsplikt etter § 21-5.....	25
5.2 Tilgang til realbevis etter § 26-5 første ledd	26
5.2.1 Utvidet edisjonsplikt og forholdsmessighet etter § 26-5 andre og tredje ledd	28
6 Forholdet mellom prosessfullmektig og part	32
2 7 Sanksjoner ved brudd på sannhets- og opplysningsplikten	34
7.1 Mulige sanksjoner	34
7.1.1 Betydningen for bevisvurderingen.....	34
7.1.2 Rettergangsstraff	35
7.1.3 Straffeloven §§ 163 og 166.....	36
7.2 Disiplinære reaksjoner overfor advokaten	36
8 Sakskostnader	38
8.1 Hovedregel og unntak etter § 20-2.....	38
8.2 Sakskostnader uavhengig av utfallet etter § 20-4.....	39
9 Litteraturliste.....	43

1 1 Innledning

Domstolene behandler rettstvister som gjelder både enkeltpersoner, offentlige og private selskaper og statlige organer. For at retten skal kunne ta stilling til tvisten og løse den på riktig måte, er det nødvendig å få kartlagt sakens faktiske sider. På den måten vil den som egentlig har rett, ha større muligheter for å få gjennomslag for denne.

Det er store variasjoner i faktum fra en sak til den neste. Hvordan klarleggingen av saksforholdet skjer, avgjør dommerens mulighet til å anvende relevante rettsregler for tvisten og treffe en så god avgjørelse som mulig. Sakens faktiske side belyses ved bevilstilbud fra partene. Lovens regler om bevis er derfor viktige for å sørge for at premissene for rettens avgjørelse blir riktige.

Tvisteloven¹ er et resultat av at tvistemålsutvalget² på flere områder ønsket en reform av rettergangsordningen etter tvistemålsloven.³ Lovgivningen manglet blant annet effektive regler for å sikre at viktige bevis kom frem i saken.⁴ Tvistemålsutvalget fant det klart at «kravene til redelighet og god skikk i prosessen» burde skjerpes.⁵ Partenes sannhets- og opplysningsplikt etter tvisteloven § 21-4 er vedtatt for å bidra til dette.⁶ Det følger av § 21-4 første ledd første punktum at partene skal sørge for at saken blir «riktig og fullstendig opplyst». Temaet i denne oppgaven er å se nærmere på bestemmelsens innhold.

Tvisteloven ble vedtatt på bakgrunn av et grundig utredningsarbeid.⁷ Justis- og politidepartementet sluttet seg til utredningen på de fleste punkter.⁸ Rettskildeværdien av utredningen er derfor stor, og det er grunnen til at denne får mye oppmerksomhet i oppgaven. For å sette økt fokus på de sentrale verdiene og hensynene som skal ivaretas i tvisteloven, valgte lovgiver å utforme en formålsbestemmelse jf. § 1-1. På flere områder er det interessante sammenhenger mellom § 21-4 og lovens formålsbestemmelse, og § 1-1 blir studert nærmere i oppgaven.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister, tvl.

² Under ledelse av Tore Schei

³ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten i sivile saker, tvml. *opphevet*

⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) side 36 og side 41

⁵ NOU 2001: 32 Bind A og B, *Rett på sak*, Bind B side 947 v.sp.

⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Ny tvistelov- noen hovedpunkter*, Lov og Rett 2007 side 195-216, side 197

⁷ NOU 2001: 32 Bind A og B

⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005)

Høyesterett har ikke avsagt mange avgjørelser om § 21-4. Derfor blir det vist til en del rettspraksis fra underrettene i tillegg til Høyesterett. Tyngdepunktet i fremstillingen ligger på innholdet i reglene om sannhets- og opplysningsplikt. Sanksjonsmulighetene blir gjennomgått i del 2, men er ikke ment å være uttømmende.

Oppgaven tar for seg noen av bevisreglene som har interesse for sannhets- og opplysningsplikten, blant annet reglene om bevisstilgang. Innholdet i reglene om bevisforbud og bevisfritak i kapittel 22 blir ikke tolket. De problemstillingene som reises i oppgaven, gjelder for ordinær domstolsprosess. Behandling i forliksrådet og nemndsbehandling faller utenfor. Det samme gjelder voldgift. Det blir lagt til grunn at partene har fri rådighet over saken. I sakene der partene mangler fri rådighet har retten et selvstendig ansvar for opplysning av saken, og dette reiser problemstillinger som det bærer for langt å gå inn på i denne oppgaven.

1.1 Begrepsavklaringer

Med sannhets- og opplysningsplikt menes partenes prosessuelle plikt til å foreta en korrekt og sannferdig fremstilling av sakens faktiske side. Bestemmelsen der dette kommer klarest til uttrykk er § 21-4, som har anvendelse på ethvert trinn av saken.⁹ Gjennom regelen i § 5-3, gjelder det opplysningsplikt for partene også før sak reises. Hvis ikke noe annet blir presisert, menes med sannhets- og opplysningsplikt det ansvar som følger av disse reglene lest i sammenheng. Når begrepet bevis eller bevisføring blir brukt, siktes det til bevis om faktiske forhold.

Pliktforsømmelser som gjøres av en prosessfullmektig får samme virkning for parten som om parten selv hadde gjort feilen, jf. §§ 3-1 tredje ledd og 3-5 andre ledd. Når det vises til partenes sannhets- og opplysningsplikt, er advokatens handlinger og unnlatelser omfattet av denne.

⁹ NOU B side 947, h.sp.

2 Tvistelovens formål

Formålsbestemmelsen i tvisteloven § 1-1 ble inntatt for å løfte frem og skape bevissthet om sentrale hensyn ved anvendelsen og utformingen av loven.¹⁰

Det har blitt uttalt at bestemmelsen bør fungere som en «ledestjerne»¹¹ for dommere og advokater. Bestemmelsen er delt opp i to ledd, der utformingen av henholdsvis første og andre ledd er gjort noe forskjellig. Første ledd stadfester de grunnleggende hensynene og formålene bak tvisteloven.¹² Andre ledd er en utdyping av de virkemidlene som er nødvendig for å oppnå disse.¹³

Spesielt for reglene i loven som nødvendiggjør bruk av skjønn, er det viktig med en formålsbestemmelse som påpeker hvilke verdier og hensyn som skal ligge til grunn for skjønnsutøvelsen.¹⁴ Som det vil fremgå av behandlingen av partenes sannhets- og opplysningsplikt etter § 21-4 i pkt. 4.1 nedenfor, er dette nettopp en slik regel. Av denne grunn blir den veiledning som § 1-1 kan gi, særlig sentral.

Det følger av første ledd første punktum at tvisteloven blant annet skal legge til rette for en «rettferdig, forsvarlig, rask, effektiv og tillitsskapende behandling av rettsvister».

Tvistemålsutvalget gir uttrykk for at formålsbestemmelsens første ledd i stor grad bygger på EMK artikkel 6 som gjelder minstekrav til en «rettferdig» rettergang i sivile saker.¹⁵

Utvalget gav videre uttrykk for at kravene til «rettferdig» og «forsvarlig» rettergang vil kunne gå over i hverandre.¹⁶ Heller ikke mellom de øvrige verdiene som er fastsatt i første ledd første punktum er det et skarpt skille.¹⁷

Ved departementets behandling av lovforslaget, ble ordet «effektiv» tilføyet i oppregningen i første ledd første punktum. Det ble gitt uttrykk for at målet om en effektiv prosess burde fremgå klarere enn det gjorde i tvistemålsutvalgets forslag.¹⁸ Det stilles krav om at prosessordningen totalt sett er «betryggende». Domstolen skaffer seg dermed et best mulig grunnlag for å treffe en riktig avgjørelse. Dermed skapes også tillit hos folk flest. Samtidig

¹⁰ NOU B, side 649, v.sp.

¹¹ Prp. side 44

¹² NOU B, side 649, h.sp.

¹³ NOU B, side 649, h.sp.

¹⁴ NOU B, side 649, v.sp.

¹⁵ NOU B side 649, h.sp.

¹⁶ NOU B side 650, v.sp.

¹⁷ Tore Schei m.fl. *Tvisteloven Kommentartutgave, Bind 1*, 2.utg., Universitetsforlaget 2013, side 5

¹⁸ Prp. side 44, pkt 4.4.5

må prosessen være hurtig, rimelig og hensynsfull mot partene.¹⁹ Det finnes flere eksempler fra rettspraksis på brudd på de grunnleggende krav som følger av formålsbestemmelsen.²⁰

Etter § 1-1 første ledd andre punktum skal tvisteloven ivareta «den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister», og «samfunnets behov for å få respektert og avklart rettsreglene.» I dette ligger at loven skal gjøre det mulig for enkeltpersoner å sikre sine rettigheter og avklare rettslig uenighet. Samtidig skal samfunnets behov for rettsavklaring stå sentralt. Det følger av forarbeidene at samfunnets interesse består i at den materielle rett blir gjennomført og respektert.²¹ Det har blitt uttalt²² at disse ulike sidene ved § 1-1 er uttrykk for formålsbestemmelsens *dobbelte hovedfunksjon*.

I § 1-1 andre ledd er det listet opp syv strekpunkter som lovgiver har funnet grunn til å fremheve som viktige for å gjennomføre formålene etter første ledd. Punktene i § 1-1 andre ledd skal være utdypning av § 1-1 første ledd.²³ Andre ledd er ikke ment å være uttømmende.²⁴ Departementet stilte seg i all hovedsak bak tvistemålsutvalgets synspunkt på formålsparagrafen.²⁵ For klarleggingen av innholdet i partens sannhets- og opplysningsplikt, peker visse deler av formålsbestemmelsen seg ut som spesielt interessante. Særlig gjelder dette fjerde og femte strekpunkt i § 1-1 andre ledd. Det fjerde strekpunktet regulerer proporsjonalitetsprinsippet, mens det femte strekpunktet gjelder hensynet til utjevning av prosessuelle ulikheter. Også målet om en materielt riktig dom er meget viktig. Det kan tenkes å foreligge motstrid mellom disse tre sidene av lovens formålsbestemmelse. I pkt. 2.1, 2.2 og 2.3 nedenfor vil disse bli presentert og gjennomgått.

2.1 Materielt riktig resultat

En riktig avgjørelse er naturligvis avhengig av at rettsavgjørelser så langt det lar seg gjøre, bygger på korrekt faktum. Med korrekt faktum menes det som stemmer overens med

¹⁹ Henry John Mæland, *Kort Prosess*, 3.utg 2013, Justian, side 17

²⁰ Rt. 2011 s. 20 og Rt. 2009 s. 334

²¹ Prp. side 363

²² NOU A, side 128, v.sp.

²³ NOU B, side 649, h.sp.

²⁴ Prp. side 363 og NOU B side 650

²⁵ Prp. side 41, pkt 4.4 og side 363, pkt 29

virkeligheten. Selv om det ikke fremgår eksplisitt av formålsbestemmelsen, er det dette som kalles materiell sannhet.²⁶

Gjennom en «fri bevisvurdering» klarlegger retten sakens faktum, jf. § 21-2. Resultatet av bevisvurderingen er «det saksforhold» som avgjørelsen skal treffes på grunnlag av. Når sakens faktiske side er bragt på det rene, danner dette fundamentet for rettsanvendelsen.²⁷ Det er på denne bakgrunn at retten tar stilling til ulike spørsmål, anvender rettsreglene og treffer en avgjørelse. Helt sentralt er det at rettslige avgjørelser skal treffes på riktig faktisk grunnlag.²⁸ En nødvendig forutsetning for at domspremissene og konklusjonen skal bli materielt riktige, er at det faktum partene presenterer for retten er sant, altså at det samsvarer med det som egentlig har skjedd.

Det er grunn til å skille mellom *materiell* og *formell* riktighet. Mens den materielle sannhet er det som samsvarer med virkeligheten, omtales den formelle sannhet som en partsskapt sannhet. Formell riktighet er sannheten slik det fremstår på bakgrunn av de bevis partene har presentert for domstolen.²⁹ En dom som er formelt, men ikke materielt, riktig har den klare svakhet ved seg at den er avsagt med utgangspunkt i et saksforhold som kan være mangelfullt eller direkte feil. Det er derfor ikke tvilsomt at det er materiell riktighet, og ikke den formelle, som er målsetningen for prosessen.

Begrepet *materielt riktig avgjørelse* er riktignok ikke brukt verken i formålsparagrafen eller i tvisteloven ellers. Likevel følger det av forarbeidene at det er «et selvsagt og meget viktig hensyn» bak tvisteloven at reglene utformes med materielt riktige resultater som siktemål.³⁰ Eksempelvis nevnes § 31-4 bokstav a der det heter at gjenåpning kan begjæres dersom det avdekkes «faktiske forhold som var ukjente da saken ble avgjort» og at det er sterke holdepunkter for at avgjørelsen derfor høyst sannsynlig ville bli en annen.

Det at en rettslig avgjørelse er materielt riktig, henger sammen med at rettergangen skal være «rettferdig» og «forsvarlig» jf. § 1-1 første ledd første punktum. Den direkte sammenhengen mellom forsvarlig rettergang og målsetningen om et materielt riktig resultat er påpekt flere steder.³¹ En dom som er fundert på en uriktig fremstilling av saksforholdet er ikke materielt riktig, og kan ikke karakteriseres som verken «rettferdig» eller «forsvarlig»

²⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning, Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Universitetsforlaget 2010, side 441

²⁷ Schei, Bind I side 775

²⁸ Prp. side 203

²⁹ Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2.utg. Fagbokforlaget 2013, side 12 med videre henvisninger.

³⁰ NOU A, side 131, h.sp.

³¹ NOU A, side 133, v.sp.

for partene³². I ytterste konsekvens vil en dom som ikke er materielt riktig, bety at en part som faktisk har retten på sin side, likevel ikke får gjennomslag for sin rett.

Det er store variasjoner i sakene retten skal ta stilling til. For å sikre at reglene om sannhets- og opplysningsplikt blir respektert og overholdt, er det viktig at dommeren yter nødvendig veiledning, jf. tvisteloven § 11-5. Det er naturligvis store forskjeller i partenes forutsetninger og kjennskap til rettsapparatet. Veiledning fra rettens side er derfor spesielt viktig for selvprosederende parter, jf. 11-5 sjette ledd.³³ Koplingen til hensynet til en materielt riktig dom ligger her i dagen.

At det er en nær sammenheng mellom materielt resultat etter § 1-1 og regelen om partenes sannhets- og opplysningsplikt ble understreket i avgjørelsen avsagt av Høyesterett i Rt. 2012 s. 1985 (plenum). Saken dreide seg om gyldigheten av Utlendingsnemndas avslag på asylsøknad og opphold i Norge. Dommer Skoghøy, som riktignok tilhørte mindretallet, la vekt på at «det er en grunnleggende målsetning for all sivilisert rettergang å legge til rette for at saken blir opplyst på en slik måte at flest mulig av de avgjørelser som blir truffet, er materielt riktige, jf. tvisteloven § 1-1.» Videre uttaler han at «[f]or å oppnå denne målsetningen pålegger tvisteloven § 21-4 første ledd partene å «sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst.»³⁴

Når partene etterlever sin plikt til å opplyse saken sannferdig, korrekt og utfyllende, er det større sannsynlighet for at både domspremissene og utfallet blir materielt riktig. Det understrekes ofte at god opplysning av saken og materielt riktig resultat henger nøye sammen. Det var en av grunnene til at § 21-4 ble innført.³⁵

Selv om materielt riktige domspremisser er meget viktig, minnes om at tvisteloven skal ivareta hensyn som delvis kan være motstridende. Blant annet bør ikke kostnadene ved prosessen være så store at folk ikke evner å bære utgiften. Det er derfor inntatt et prinsipp om forholdsmessighet, jf. pkt. 2.2 nedenfor. Samtidig er samfunnet ikke tjent med at rettergangen er såpass billig at det gjør det for vanskelig å fremskaffe et materielt riktig resultat.³⁶ Dette er en vanskelig balansegang som for eksempel kommer til uttrykk i reglene om småkravsprosess jf. tvisteloven kapittel 10.

³² Schei, Bind 1, side 5

³³ Prp. side 406

³⁴ Rt. 2012 s. 1985, pkt. 228

³⁵ Mæland, side 167

³⁶ NOU B side 651, h.sp.

2.2 Hensynet til prosessøkonomi

Twisteloven § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt legger til grunn at «saksbehandlingen og kostnadene [skal] stå i et rimelig forhold til sakens betydning». I ordlyden ligger at de ressursene som settes inn i saken, må tilpasses viktigheten av tvisten. Det følger av forarbeidene at man ønsket et langt større fokus på proporsjonalitet enn det som fulgte av tvistemålsloven.³⁷ Et konkret utslag av dette er etableringen av småkravsprosess som eget prosesspor i mindre saker.³⁸

Lovens § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt omtales noen steder som forholdsmessighetsprinsippet,³⁹ andre steder som proporsjonalitetsprinsippet, og endelig som hensynet til prosessøkonomi. Det er likevel enighet om at regelen inneholder et krav om å konsentrere rettergangen om de sentrale sidene ved tvisten. Kostnadene ved saken øker i takt med antall prosesshandlinger som foretas. Ved at det legges vekt på å tilpasse omfanget av rettergangen til sakens betydning, vil antall prosesshandlinger gå ned, noe som virker kostnadsbegrensende. En prosessøkonomisk målsetning vil være å begrense antall prosesshandlinger som foretas, samtidig som at målet om en materielt riktig dom ikke tapes av syne. Det har blitt uttalt at et problem med en partsstyrt prosess, er at prosesshandlinger koster penger. Det oppstår derfor en spenning mellom de prosessøkonomiske ulemper som kan oppstå, og hensynet til å få materielt riktige dommer.⁴⁰

Som eksempel på at prosessøkonomi og proporsjonalitet er viktige i prosessen kan både § 21-8 og § 26-5 tredje ledd nevnes.⁴¹ Det fremgår av § 21-8 at det skal være et «rimelig forhold» mellom tvistens betydning og «omfanget av bevisføringen». Hva gjelder § 21-8, kan denne regnes som et av de viktigste uttrykkene hvor påpekningen om forholdsmessighet i formålsbestemmelsen har fått et videre utslag i loven.⁴²

Forarbeidene⁴³ fremhever at en reduksjon av partenes kostnader vil bidra til større rettsikkerhet for partene. Ofte kan forskjellen i ressurser hos partene være store. At kostnadene ved rettergangen begrenses, vil dermed gjøre at ulikheten i partenes ressurser

³⁷ NOU B side 651 v.sp.

³⁸ NOU B side 762, v.sp.

³⁹ Arnfinn Bårdsen og Dag Bugge Nordén, *På talefot med tvisteloven*, Jussens Venner 2008, side 10

⁴⁰ Magne Strandberg, *Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part*, Jussens Venner 2011 side 165- 181, side 178

⁴¹ Schei, *Twistelovens kommentarutgave*, Bind II, Universitetsforlaget 2013, side 801 og Bårdsen og Nordén, *På talefot med tvisteloven*, Jussens Venner 2008 side 11 og NOU B s. 950, v.sp.

⁴² Schei, Bind II, side 801

⁴³ Prp. side 42

ikke nødvendigvis blir avgjørende for muligheten til å vinne frem i saken. Dette illustrerer at det er en tett kopling mellom kostnadsbegrensning og utjevning av ressursmessig ulikhet hos partene, som blir sett nærmere på nedenfor i pkt.2.3.

2.3 Ulikheter i partenes ressurser

Det følger av § 1-1 andre ledd femte strekpunkt at «ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall». At ressursmessig ulikhet som et uttalt mål skal forsøkes utjevnet, er en nyhet i tvisteloven, og markerer en endring fra tvistemålsloven.⁴⁴

Partslikshetsprinsippet⁴⁵ i femte strekpunkt er således et viktig utslag av at rettergangen skal være «rettferdig» jf. § 1-1 første ledd første punktum. Som nevnt avslutningsvis i pkt. 2.2 ovenfor, har hensynet til ressursmessig utjevning og prosessøkonomi en del til felles.

Innholdet i femte strekpunkt har blitt karakterisert som den sosiale anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet i fjerde strekpunkt.⁴⁶ Dette underbygger den tette kontakten det er mellom de ulike delene av § 1-1.

Femte strekpunkt angir at forskjeller i «ressurser» ikke skal være avgjørende. Ordlyden peker for det første på pengemessige «ressurser». Etter vanlig språkbruk, er imidlertid ikke regelen begrenset til bare å gjelde økonomi. Eksempelvis kan adgang til bevismateriale i saken, tenkes å være en «ressurs». Typisk kan tenkes en skadelidende enkeltperson som er i tvist med et forsikringsselskap eller en finansinstitusjon. Her vil ulikhetene hos partene ligge i dagen. Rent økonomisk vil foretaket eller institusjonen sjelden ha problemer verken med å gå til søksmål, eller med å bære omkostningsansvaret ved et eventuelt tap. Videre er det klart at den ressurssterke også har bedre forutsetninger for å innhente nødvendig dokumentasjon og ekspertise på det saken gjelder.

I mangel av en egentlig plikt til å opplyse saken korrekt og samvittighetsfullt, ville det foreligge en risiko for at den ressursmessig sterke part unnlater å legge frem alt av interesse for saken. I slike tilfeller er det nødvendig med tiltak for å sikre partene reell likestilling. Av slike tiltak kan blant annet nevnes at retten på nærmere vilkår oppnevner sakkyndig på statens regning, jf. § 25-2. Regelen om gjensidig sannhets- og opplysningsplikt for partene

⁴⁴ NOU A side 116, v.sp.

⁴⁵ Mæland, side 34

⁴⁶ Bårdsen og Nordén, side 10

etter § 21-4 er imidlertid også et resultat av målsetningen om reell likestilling av partene, og kan delvis forankres i femte strekpunkt.⁴⁷

⁴⁷Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget, 2012, side 558 med videre henvisninger

3 Tvisteloven § 5-3

Reglene om partenes førprosessuelle plikter finnes i tvisteloven kapittel 5. Med unntak av § 5-2 første ledd første punktum og andre ledd, har ikke reglene anvendelse før sak reises for forlikrådet, jf. forutsetningsvis § 5-1.

Varslingsplikten etter § 5-2, kombinert med opplysningsplikten etter § 5-3 er en av de mest fremtredende nyvinningene i loven.⁴⁸ Det fantes ingen parallell til reglene i kapittel 5 i tvistemålsloven. Paragraf 5-3 er et uttrykk for sannhets- og opplysningsplikten på samme måte som § 21-4, og skal forstås i sammenheng med denne.⁴⁹

Det følger av § 5-3 første ledd første punktum at den som

«varsler om et krav eller bestrider et varslet krav, plikter samtidig å opplyse om viktige dokumenter eller andre bevis som parten selv kjenner til, og som parten ikke kan regne med at den annen part er kjent med.»

I bestemmelsens første ledd andre punktum, legges til grunn at plikten gjelder

«uansett om beviset er til støtte for parten selv eller for den annen part.»

I andre ledd er det presisert at regelen gjelder med de alminnelige begrensningene som følger av reglene om bevisforbud og bevisfritak i loven.

Ved at formuleringen «den som varsler» om et krav eller «bestriker et varslet krav» er brukt, klargjøres at begge partene må oppfylle plikten, uansett om man er saksøker eller saksøkt. En alminnelig forståelse av dette tyder på en bakenforliggende likhetstanke.

Ordet «varsler» illustrerer, som nevnt innledningsvis, at plikten gjelder uansett om det aktuelle kravet løses i eller utenfor retten. Når en part «varsler» om et krav skal man «samtidig» fortelle om bevismateriale. Disse ordene lest i sammenheng, viser at det her siktes til tidspunktet det sendes rettslig varsel etter § 5-2. Koplingen mellom §§ 5-2 og 5-3 presiseres også i forarbeidene.⁵⁰ Ettersom pliktene nettopp er førprosessuelle, må partene overholde dem uavhengig av om tvisten i siste omgang løses utenfor domstolsapparatet eller ikke.

⁴⁸ Skoghøy, *Tvisteloven- noen hovedpunkter*, side 197 og side 200

⁴⁹ Schei, Bind 1, side 188, NOU B side 947 h.sp. og Prp. side 378

⁵⁰ Prp. side 377

Det er flere årsaker til at det er innført varslings- og opplysningsplikt for perioden forut for saksanlegg. En viktig grunn er at partene skal sørge for åpenhet allerede på et tidlig stadium og dermed muliggjøre en minnelig løsning jf. § 5-4.⁵¹ På dette punkt blir det tydelig at de førprosessuelle pliktene har en viktig prosessøkonomisk funksjon. Det følger av forarbeidene⁵² at plikten i § 5-3 første ledd første punktum skal sikre hver av partene informasjon om saken som er av betydning når de skal ta stilling til et krav som har blitt rettet mot dem, eller dersom det er aktuelt å reise sak mot den andre part.

Det følger av § 5-3 første ledd første punktum at hver av partene skal «opplyse» om «viktige» bevis som man «ikke kan regne med at motparten er kjent med». Disse vilkårene angir pliktens innhold.

Spørsmålet blir for det første hva som ligger i at partene skal «opplyse» om bevis. Ordlyden tilsier at man må fortelle at beviset eksisterer. Det kan derfor ikke uten videre utledes en forpliktelse til faktisk fremleggelse av ordet «opplyse».

Forarbeidene går i samme retning som ordlyden, og det understrekes at bestemmelsen ikke gir plikt til fysisk å legge frem materiale. En annen sak er at saken kan ligge slik an at det likevel er naturlig med en fremleggelse, uten at dette er en egentlig del av plikten.⁵³

Spørsmålet om hvordan «opplyse» i § 5-3 første ledd første punktum skulle forstås, var til behandling av Høyesterett i Rt. 2009 s. 627.⁵⁴ Spørsmålet som retten tok stilling til var om det var å regne som en forsømmelse etter tvisteloven § 20-4 bokstav c at motparten under saksforberedelsen ikke fremla bevis, men begrenset seg til å opplyse om disse. Ankeutvalget viste til forarbeidene, og la til grunn at brudd på § 5-3 på generelt grunnlag kunne anses som en «forsømmelse» jf. § 20-4 bokstav c. Retten fant imidlertid at det verken av ordlyden i § 5-3 eller av forarbeidene kunne utledes en direkte plikt til å legge frem bevismateriale.

Etter § 5-3 skal partene gjøre hverandre oppmerksom på viktige bevis som den andre ikke vet om. En begrensning som ligger i «opplyse» er at det ikke kan utledes noen plikt til å formidle hvilke bevismessig poeng beviset gir i saken. Etter dette må «opplyse» etter § 5-3 første ledd første punktum forstås etter sin alminnelige betydning.

Det neste spørsmålet blir således hva kriteriet «viktige» bevis innebærer, jf. § 5-3 første ledd første punktum.

⁵¹ Prp. side 377

⁵² Prp. side 378

⁵³ Prp. side 378 og Schei, Bind 1, side 189

⁵⁴ Rt. 2009 s. 627

Med «viktige» bevis forstås bevis som er nokså sentrale og relevante for den aktuelle sak. Ordlyden peker på en viss terskel, slik at bevismateriale som ikke gir nevneverdig bidrag til saken faller utenfor. Når et bevis er «viktig», ligger det i dette at det vil kunne ha en viss relevans og vekt i saken, og at det tjener en funksjon å opplyse om beviset.

Som nevnt får § 5-3 anvendelse før saken tas inn for retten, og man er relativt sett på et tidlig stadium i saken. Jo viktigere et bevis er, desto sterkere grunner er det til at begge parter blir kjent med beviset tidlig. Tatt i betraktning at plikten er førprosessuell, er ikke nødvendigvis alle anførsler og påstandsgrunnlag endelig avklart. Sakens gjenstand kan forandre seg etterhvert som tiden går og saken tilspisser seg. Dette tilsier at «viktige» forstås noe romslig.

Selve vilkåret «viktige» er ikke helt entydig. Hva som skal anses som et «viktig» bevis vil i stor grad måtte avgjøres skjønnsmessig. Som nevnt ovenfor i pkt.2, er det særlig ved skjønnsmessige vilkår at formålsbestemmelsen blir veiledende. På denne bakgrunn kan det hevdes at «viktige» må forstås slik at målsetningen om en forsvarlig og rettferdig rettergang nås. Som eksempel på et bevis som på bakgrunn av § 1-1 må anses som «viktig» etter § 5-3, kan nevnes en bank som sitter inne med relevant informasjon om et kundeforhold. For å søke å utjevne ressursmessig ulikhet og sørge for partslikhet, vil denne informasjonen kunne være et «viktig» bevis.

Det vil derfor kunne hevdes at ved tvil om beviset kategoriseres som «viktig», bør det opplyses om det for å sikre kontradiksjon og muligheten for en minnelig ordning etter § 5-4.

Endelig gjelder opplysningsplikten bare for bevis man «ikke kan regne med at den annen part er kjent med». Dersom parten har grunn til å tro at motparten vet om beviset, er det ikke omfattet av § 5-3. Målet med bestemmelsen er å forplikte partene til åpenhet omkring informasjon som motparten ikke vet om eller forstår betydningen av.⁵⁵

Dersom det er klare holdepunkter for at motparten er kjent med beviset, faller det utenfor opplysningsplikten etter § 5-3.⁵⁶ Begrunnelsen må da rimeligvis være at når også motparten har visshet om materialet, er det ikke et behov for å gjøre motparten ytterligere oppmerksom på dette.

⁵⁵ Prp. side 378

⁵⁶ Schei, Bind II, side 789

Etter § 5-3 første ledd andre punktum, gjelder opplysningsplikten uansett om «beviset er til støtte for parten selv eller for den annen part». Ordlyden klargjør at opplysningsplikten gjelder uavhengig av om beviset trekker i ens egen eller i motpartens favør. For viktig bevismateriale som motparten er ukjent med, er reglene om opplysningsplikt særlig nødvendige. At det sikres åpenhet om nettopp slike bevis, kan ses på som en effektivisering av både hensynet til å sikre materielt riktige avgjørelser og bidra til partslikhet jf. § 1-1 andre ledd.

Regelen gjelder uavhengig av hvor bevismiddelet befinner seg. En part plikter altså å opplyse om beviset uavhengig av om man selv er i besittelse av dette eller om det befinner seg hos tredjemann.⁵⁷ Opplysningsplikten etter bestemmelsen begrenses ytterligere av at det må dreie seg om bevismateriale som eksisterer. Gjelder det derimot bevismateriale som ennå ikke eksisterer slik at noen er i besittelse av det, faller det utenfor plikten. Dette vil for eksempel kunne gjelde ulike sammenstillinger eller beregningsresultater en sakkyndig kunne utført, men ennå ikke har gjort.

⁵⁷ Schei, Bind I, side 188-189

4 Fri bevisføring og § 21-4

Tvisteloven § 21-3 regulerer rett og plikt til bevisføring. Av § 21-3 første ledd første punktum fremgår at partene har «rett til å føre de bevis de ønsker». Det er derfor ikke tvilsomt at prinsippet om fri bevisføring fremdeles skal gjelde i norsk rett, noe som henger sammen med at partene har hovedansvaret for bevisføringen jf. § 11-2 andre ledd.⁵⁸ Det er fundamentalt at partene skal få mulighet til å legge frem det materiale som støtter deres sak,⁵⁹ og prinsippet om fri bevisføring er et selvfølgelig utgangspunkt for en forsvarlig rettergang.⁶⁰

At partene har rett til å føre «de bevis de ønsker» jf. § 21-3 første ledd første punktum kunne tilsi at partene står fritt til å velge hvilke bevis de ønsker å føre, og hvilke bevis de ønsker å holde utenfor saken. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av § 21-3, vil likevel partene kunne ha plikt til å gjøre bevis tilgjengelig. Som eksempel nevnes det å fremlegge dokumenter jf. §§ 21-4 og 21-5.⁶¹ På denne bakgrunn kan det derfor hevdes at § 21-3 alene regulerer den positive siden av prinsippet om fri bevisføring. Paragraf § 21-3 gir derfor ikke noen rett for partene til å holde tilbake bevis av interesse for saken. Reglene om partenes sannhets- og opplysningsplikt etter § 21-4 kan ses på som en modifisering av den frihet partene har etter § 21-3.

For å kartlegge det egentlige innholdet i § 21-4, er det nødvendig å se regelen i sammenheng med andre regler i lovens femte del, særlig §§ 21-5 og 26-5.⁶² Partenes sannhets- og opplysningsplikt etter henholdsvis første og andre ledd i § 21-4, blir behandlet hver for seg i fortsettelsen.

4.1 Sannhets- og opplysningsplikt etter § 21-4 første ledd

⁵⁸ Schei, Bind II, side 784

⁵⁹ NOU B side 945, h.sp.

⁶⁰ NOU B side 945, h.sp.

⁶¹ NOU B side 946, v.sp.

⁶² Prp. side 454

Som nevnt i innledningen, ble det under arbeidet med tvisteloven klart gitt uttrykk for et ønske om å skjerpe «kravene til redelighet og god skikk i prosessen».⁶³ Regelen om partenes sannhets- og opplysningsplikt ble gitt som et utslag av denne målsetningen.

Flere sentrale punkter ved formålsbestemmelsen etter § 1-1, dannet utgangspunkt for regelen i § 21-4. Hensynet til åpenhet i prosessen har vært særlig viktig ved utformingen av § 21-4.⁶⁴ Når det sørges for åpenhet om sakens faktiske side, vil det gi bedre forutsetninger for at det oppnås et materielt riktig resultat.⁶⁵ Ettersom siktemålet for reglene var at disse faktorene skulle sikres i større grad enn tidligere, ble det vurdert å innføre regler parallelle til det angloamerikanske discoveriesystemet.⁶⁶ Regelsett som bygger på en slik løsning, gir partene omfattende innsyn i motpartens materiale. Fordelen er naturligvis at innsyn sørger for kjennskap til relevante bevis, samt forberedelse av egen sak. Fordi en slik ordning ville være for kostbar, valgte man ikke å gå så omhyggelig til verks i tvisteloven. Likevel erkjente man at slike regelsett bedrer muligheten for et korrekt og sant avgjørelsesgrunnlag, et siktemål som i stor grad gjør seg gjeldende i den norske rettergangsordningen.⁶⁷ Det har blitt uttalt at § 21-4 antakelig danner et kulturskifte for deler av den norske advokatstand.⁶⁸ Men dette forutsetter naturligvis at regelen etterlevs.

Det følger av tvisteloven § 21-4 første ledd første punktum at:

«Partene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst.»

Ansvar for å sørge for at sannhets- og opplysningsplikten overholdes, ligger etter ordlyden hos «[p]artene» i saken, altså begge partene. Partene er de som har partsstilling etter reglene i tvistelovens kapittel 2, henholdsvis saksøker og saksøkt. Etter § 3-1 tredje ledd gjelder regelen også for prosessfullmektigen. Sannhets- og opplysningsplikten gjelder dermed for partene og for eventuelle prosessfullmektiger på begge sider. Parten identifiseres med sin prosessfullmektig ettersom prosessfullmektigens «handlinger og unnlater» virker «for og mot parten» jf. § 3-5 andre ledd.

Selv om § 21-4 retter seg mot sakens parter, finnes det regler om sannhetsplikt også for andre som deltar under rettergangen. Blant annet vises til vitnenes plikt til å forklare seg

⁶³ NOU B side 947, v.sp. og Prp. side 454

⁶⁴ NOU B side 946

⁶⁵ NOU B side 946, h.sp.

⁶⁶ NOU A side 465, v.sp.

⁶⁷ NOU B side 946, h.sp, NOU A side 465, v.sp. og Prp. side 208

⁶⁸ Mæland, side 168

sannferdig jf. § 24-8 fjerde ledd. I samme retning går sakkyndiges erklæring og forsikring jf. § 25-5.

Tvisteloven § 21-4 er relevant for alle former for bevis som kan tenkes aktuelle. For å sikre at saken blir tilstrekkelig opplyst, må partene gjøre oppmerksom på bevismaterialet. Av bevismateriale kan tenkes et vitne som sitter med relevant kunnskap, eller dokumenter og andre realbevis. Regelen er trolig mest praktisk for realbevis, men det et sentralt poeng at § 21-4 har et større anvendelsesområde enn dette.

Plikten består for det første i å opplyse saken «riktig». Etter alminnelig språkbruk tilsier «riktig» at fremstillingen av saken skal stemme overens med virkeligheten. For å opplyse saken «riktig» må relevant informasjon formidles samtidig som også andre opplysninger som kan ha interesse, ikke holdes tilbake. Et viktig bidrag for å få saken «riktig» opplyst, er § 23-2 andre ledd jf. § 24-8 fjerde ledd som stiller krav til at partsforklaringer skal være sanne. Som tidligere nevnt, er det imidlertid på det rene at sannhets- og opplysningsplikten etter § 21-4 har anvendelse på ethvert trinn av saken.⁶⁹ Av denne grunn har «riktig» et bredere nedslagsområde enn reglene om partsforklaringer under hovedforhandling. Ordet «riktig» er den delen av § 21-4 som blir omtalt som sannhetsplikten. Denne sannhetsplikten består i å fremlegge og opplyse om bevismateriale, uavhengig av om dette går parten imot.⁷⁰ Dette er et utslag av at opplysningsplikten er generell, og gjelder uavhengig av hvem sin favør informasjonen går i.⁷¹ Her ligger en viktig forskjell fra tvistemålsloven som ikke gav noen direkte plikt til å opplyse om bevis til støtte for motparten.⁷²

Dernest blir spørsmålet hva som menes med en «fullstendig» opplysning av saken, jf. § 21-4 første ledd første punktum. Etter normal språkbruk, peker «fullstendig» opplyst på at alt som vedkommer saken skal fremlegges. En slik direkte forståelse av vilkåret ville imidlertid åpne for at plikten etter første ledd første punktum blir for vidtgående.

At partene skal sørge for at saken blir «riktig og fullstendig opplyst» er et utslag av den redelighetsplikten som bestemmelsen er ment å gi uttrykk for.⁷³ Ved å sørge for større

⁶⁹ Schei, Bind II, side 788

⁷⁰ Mæland, side 33

⁷¹ Prp. 454

⁷² Prp. side 204, om tvml. § 111

⁷³ NOU B side 946, h.sp.

åpenhet vil man kunne avsi en dom som bygger på et riktig faktisk grunnlag, som samtidig sikrer et materielt riktig resultat, jf. pkt.2.1 ovenfor.⁷⁴

Ut fra en alminnelig forståelse av «fullstendig» ligger det ingen begrensninger med hensyn til hvilken retning informasjonen trekker. Som nevnt i tilknytning til «riktig» har § 21-4 et generelt anvendelsesområde.⁷⁵ Det er på denne bakgrunn «fullstendig» opplyst må forstås. Dette tilsier at relevant faktisk informasjon man vet om, må gjøres kjent i saken. Saken blir ikke «fullstendig» opplyst dersom sentrale forhold holdes unna.⁷⁶

At saken skal bli «fullstendig» opplyst, vil ofte gjøre det nødvendig at partene foretar undersøkelser. Det er likevel ikke et krav om at partene skal legge ubegrenset med tid og ressurser i slike undersøkelser. Det minnes her om at hovedansvaret for å opplyse egen sak ligger på de respektive parter.⁷⁷ Flere steder⁷⁸ gis det uttrykk for at det må legges en forholdsmessighetsbegrensning til grunn for hvor omfattende arbeide man må foreta. Omfanget og grundigheten av partenes plikt til å gjennomføre undersøkelser, må tilpasses til den enkelte tvist.⁷⁹ Høringsinstansene⁸⁰ og departementet stilte seg bak utvalgets forslag, og understreket at forholdsmessighetsbegrensningen måtte leses i sammenheng med § 21-8. Verken for partene eller for domstolen ville det være hensiktsmessig å forstå ordet «fullstendig» etter vanlig språkbruk.

Det forhold at proporsjonalitetsprinsippet skal spille inn for hva som skal regnes som «fullstendig» opplysning, innebærer at sannhets- og opplysningsplikten får et dynamisk preg. Som nevnt tidligere i oppgavens pkt.2.2, skal tidsbruk og kostnader tilpasses til sakens betydning jf. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt. Konkret kan det derfor hevdes at kravene for å anse saken «fullstendig» opplyst kan lempes noe dersom partene hver på sin side allerede har tilgang til den samme informasjonen. I et slikt tilfelle er risikoen for en dom som ikke er materielt riktig heller ikke like stor. En ytterligere nyanse kan tenkes dersom det er ressursmessige forskjeller mellom partene. Med kravene om en «rettferdig» rettergang som utgangspunkt, bør det stilles noe strengere krav til den ressurssterke part med hensyn til å opplyse saken «fullstendig», sammenlignet med den svakere stilte part. Dette gjør seg særlig gjeldende for bevis som går i disfavør av den ressurssterke part. Hensynet til materielt

⁷⁴ NOU B side 946, h.sp.

⁷⁵ Prp. side 207 og side 454

⁷⁶ Anne Robberstad, *Sivilprosess* 2.utg Fagbokforlaget 2013, side 230

⁷⁷ Prp. side 454

⁷⁸ Prp. side 205 og NOU B side 946-947

⁷⁹ NOU B side 947, v.sp.

⁸⁰ Prp. side 205

riktig resultat ved korrekt og uttømmende fremstilling av sakens faktiske side blir tydelig i slike tilfeller. Det kan likevel ikke være tvil om at også den ressursmessig underlegne part, må presentere de opplysninger som med rimelighet kan fremskaffes. Ansvaret for «fullstendig» opplysning påhviler begge parter.

Tvistemålsutvalget⁸¹ var bevisste på at det vil kunne oppstå grensetilfeller for hva som inngår i sannhets- og opplysningsplikten. Dette ble imidlertid ikke ansett for å være et stort hinder, og kunne på ingen måte tilsi at regelen ikke skulle gjelde.⁸²

Lovens § 21-4 første ledd andre punktum presiserer sannhets- og opplysningsplikten nærmere innhold.⁸³ Det fremgår av denne at partene skal

«gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten, og har plikt til å gi forklaringer og bevistilgang i henhold til § 21-5.»

I «redegjørelser» ligger at partene må formidle det som er av interesse for saken. Dette vil ofte bli presentert i form av oversikt og oppsummering av relevante bevis. Av forarbeidene fremgår det at redegjørelsene enten kan gis av parten selv eller av prosessfullmektigen.⁸⁴ Videre trekkes det frem at innholdet av redegjørelsen, samt omfanget av den, vil bero på hva som er temaet i det aktuelle rettsmøtet.⁸⁵

Spørsmålet blir så hva vilkåret «tilby» jf. § 21-4 første ledd andre punktum tar sikte på. Med «tilby» forstås naturlig at beviset gjøres tilgjengelig. Ordlyden markerer altså at plikten rekker lenger enn bare å gjøre oppmerksom på beviset. En slik forståelse har også blitt lagt til grunn i teorien.⁸⁶ Forskjellen mellom §§ 5-3 og 21-4 blir tydelig på dette punkt ettersom plikten etter § 5-3 kun består i å «opplyse» jf. pkt.3 ovenfor.

Det er ikke en forutsetning for at beviset skal «tilby[s]» at motparten eller retten har anmodet om det. De respektive parter skal på eget initiativ presentere bevismidlene. Sagt med andre ord: bevisene skal gis uoppfordret.⁸⁷ Dette markerer en forskjell fra blant annet reglene i § 26-5 som forutsetter en forutgående begjæring, se nedenfor i pkt.5.2.

⁸¹ NOU B side 947, v.sp.

⁸² NOU B side 947, v.sp.

⁸³ Prp. side 454

⁸⁴ NOU B, s. 947, v.sp.

⁸⁵ NOU B s. 947, v.sp.

⁸⁶ Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2010, Universitetsforlaget, side 718

⁸⁷ LB-2011-153676 og Skoghøy, side 718

En nødvendig forutsetning for at noe skal kunne «tilbys», er at det aktuelle bevismateriale eksisterer i en slik form at det er mulig å presentere det for retten og motparten. Dette kan sies som at parten må være i besittelse av materiale, eller ha hånd om det. Dersom beviset befinner seg utenfor partens rekkevidde, kommer andre ledd til anvendelse som gjelder en noe annen situasjon, jf. pkt.4.2 nedenfor.

Forstått i sammenheng med «riktig og fullstendig» og drøftelsen av dette ovenfor, skal beviset «tilbys» uavhengig av om beviset underbygger ens egen eller motpartens sak.

Ordlyden «tilby» favner ikke så vidt som til å peke på hvilke argumenter som kan hentes ut av bevismaterialet. Det er verken naturlig eller rimelig at plikten skal gå så langt som til å forklare bevismessige poenger som fremgår av eksempelvis et dokument. Til dette kommer at beviset selv ofte taler sitt tydelige språk.⁸⁸ Dersom situasjonen skulle være at motparten likevel ikke evner å dra nytte av beviset, må vedkommende selv bære følgen av det.⁸⁹

Uten en lovfestet forpliktelse til å presentere relevant bevismateriale av eget tiltak, vil det være et usikkerhetsmoment mellom partene knyttet til spørsmålet om at sakens fulle faktum ble bragt på det rene eller ikke. Nettopp det at forpliktelsen til å «tilby» bevismateriale er gjort uoppfordret, er et virkemiddel for å oppnå partslikhet, jf. § 1-1 andre ledd femte strekpunkt, jf. pkt.2.3 ovenfor. En annen gunstig effekt ved at materiale skal gis uoppfordret, er de kostnadene man sparer fordi antall prosesshandlinger reduseres. Sammenhengen med § 1-1 fjerde strekpunkt om proporsjonalitet og konsentrasjon blir derfor nærliggende, jf. pkt.2.2.

Partenes plikt til å gi redegjørelser og tilby bevis, forutsetter at disse bevisene nettopp er «nødvendige for å oppfylle plikten» jf. § 21-4 første ledd andre punktum. I dette ligger at hvor grundig en part plikter å gå til verks, vil bero på den enkelte tvist. Også dette er et utslag av proporsjonalitetsprinsippet jf. § 21-8, jf. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt.

4.2 Tvisteloven § 21-4 andre ledd

(2.1) «En part skal også opplyse om viktige bevis som parten ikke har hånd om, og som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent

⁸⁸ Trond Eilertsen og Per M. Ristvedt, *Tvisteloven- sett fra et advokatperspektiv*, Tidsskrift for forretningsjus nr. 1 2008, side 15-16

⁸⁹ Eilertsen og Ristvedt, side 15-16

med. Dette gjelder uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den andre part.»

For «opplyse» vises det til gjennomgangen av dette i tilknytning til § 5-3 i pkt.3 ovenfor.

Opplysningsplikten etter § 21-4 andre ledd første punktum begrenser seg til bevis som er «viktige». For den generelle ordlydsforståelsen vises til behandlingen av det samme vilkåret i § 5-3 i pkt.3. Det har blitt fremholdt at «viktige» er bevisst valgt for å sikre en realistisk og rimelig avgrensning av plikten.⁹⁰ Hvilke bevis som regnes som «viktige» kan stille seg ulikt for §§ 5-3 og 21-4. På det tidspunkt pliktene etter kapittel 5 får anvendelse, er saken ennå ikke reist for retten. Det kan tenkes at det har gått nokså lang tid fra det ble sendt varsel og opplyst om bevis i tråd med §§ 5-2 og 5-3. I denne mellomperioden før sak reises, kan de respektive krav og grunnlagene for disse ha blitt nærmere klargjort og tilspisset. Et bevis vil derfor kunne anses som «viktig» når sak er reist og § 21-4 blir aktuell, selv om det i den førprosessuelle fasen ikke kunne karakteriseres som «viktig». Naturligvis vil dette også virke i motsatt retning, slik at et bevis som var «viktig» forut for saksanlegget, etter en tid kan vise seg å være lite sentralt. Bevisets betydning beror derfor på beviskonstellasjonen for øvrig.⁹¹

Opplysningsplikten etter § 21-4 andre ledd første punktum gjelder materiale som parten «ikke har hånd om». En naturlig forståelse av «ikke har hånd om» peker på bevismiddel som ikke er i partens umiddelbare nærhet, og i hvert fall at parten ikke besitter det. Til dette kan regelen i § 26-5 første ledd nevnes. Ordlyden i § 26-5 første ledd gjelder materiale som man «har hånd om eller kan skaffe til veie». Når parten «kan skaffe [noe] til veie», skal det mer til for at bevistilgang kan unngås. Regelen i § 21-4 andre ledd gjelder kun bevis man «ikke har hånd om», og markerer en forskjell fra § 26-5 første ledd på dette punkt. Det blir sett nærmere på innholdet av § 26-5 nedenfor i pkt.5.2.

En part plikter altså å opplyse om bevis som befinner seg hos tredjemann. Dersom parten selv er i besittelse av beviset, følger det av sammenhengen med første ledd andre punktum at dette skal «tilbys».

⁹⁰ NOU B side 947, h.sp.

⁹¹ Schei, Bind II, side 789

I forarbeidene er det presisert at det er en klar faktisk forskjell på de tilfellene der parten har hånd om beviset og dermed kan tilby det, og tilfeller der dette ikke er situasjonen.⁹² Dette er grunnen til at opplysningsplikten begrenser seg til «viktige» bevis i disse tilfellene. Ordene «ikke har hånd om», var ikke en del av tvistemålsutvalgets forslag til regelen.⁹³ I utredningen het det i § 21-4 andre ledd første punktum at «[e]n part skal også opplyse om viktige bevis som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med». I lovproposisjonen gav Regjeringsadvokaten uttrykk for at det burde gå tydeligere frem at opplysningsplikten for viktige bevis etter andre ledd gjaldt for bevis man «ikke har hånd om». Forslaget ble fulgt opp av Justisdepartementet⁹⁴ og ble inntatt i den endelige versjonen.

Forskjellen som ligger i at partene i visse tilfeller skal «tilby» bevis, mens andre ganger kun må «opplyse» om disse, kan etter dette forklares med de praktiske forskjellene det er når parten selv besitter beviset og ikke. Det er enklere gjennomførbart å «opplyse» om et bevis som befinner seg utenfor rekkevidde, enn å presentere dette.

Opplysningsplikten etter § 21-4 andre ledd første punktum gjelder bare de bevis som en part «ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med». Hva gjelder ordlydsforståelse vises det til pkt.3 ovenfor. I hvilken grad motparten faktisk kjenner til bevis vil ofte bli avklart før sak reises, jf. regelen i § 5-3. En slik begrensning for regelen er rimelig ettersom behovet for opplysningsplikt ikke foreligger dersom også motparten vet om beviset.

Når det gjelder spørsmålet om opplysningsplikt om bevis som bare taler til gunst for motparten, reiser dette egne problemstillinger. Spørsmålet blir hvor slik opplysningsplikt kan forankres.

Det følger av § 21-4 andre ledd andre punktum, at «[d]ette» gjelder uansett om beviset «er til støtte for parten selv eller den annen part». Når andre ledd første og andre punktum leses i sammenheng, kan det gi inntrykk av at «dette» peker tilbake på andre ledd første punktum. En slik forståelse ville innebære at plikten til å opplyse om bevis til egen ugunst bare gjaldt i de tilfellene man «ikke har hånd om beviset» jf. andre ledd første punktum. Dette ville stride både mot formålet bak tvisteloven, og flere av de hensynene som § 21-4 er fundert på, jf. ovenfor i pkt.2.1, 2.2 og 2.3.

⁹² NOU B side 947, h.sp.

⁹³ NOU B side 946, h.sp.

⁹⁴ Prp. side 205

I teorien har det blitt uttalt at den endringen i rettstilstand som § 21-4 representerer, primært knytter seg til bestemmelsens andre ledd. Det har blitt formulert som at «regelen i annet ledd [er] ny».⁹⁵ Videre blir dette forklart med at § 21-4 andre ledd gir «en part[...]en alminnelig plikt til å opplyse om bevis han har grunn til å regne med at motparten ikke kjenner til, selv om beviset går i hans disfavør.»⁹⁶

Som redegjørelsen av de ulike kriteriene i § 21-4 har vist, gjelder kravene til at saken skal bli «riktig og fullstendig opplyst» generelt. Dette underbygges videre av at forarbeidsuttalelsene som gjelder opplysningsplikt om bevis man har hånd om og som støtter motparten sak, knytter seg til § 21-4 første ledd.⁹⁷

Andre steder i teorien⁹⁸ nevnes som eksempel at en av partene sitter med dokumenter som kan være gunstige for motpartens sak, men som motparten ikke er kjent med. Det blir uttalt til dette at det i § 21-4 ligger en plikt å opptre sannferdig. På dette grunnlag plikter den parten som sitter med dokumentene til motpartens gunst, å fremlegge disse.⁹⁹ Et standpunkt om at § 21-4 andre ledd er nytt¹⁰⁰ blir derfor noe upresist. Også andre steder understrekes at det er når beviset svekker ens egen sak, at behovet for reglene om opplysningsplikt er særlig sterkt.¹⁰¹

Som det foregående fremstillingen viser, er § 21-4 andre ledd begrunnet med at partene ikke skal gå klar av opplysningsplikten under henvisning til manglende besittelse. Blant annet ligger praktiske hensyn som begrunnelse for at sannhets- og opplysningsplikten inneholder begrensningene «opplyse» og «viktige».

En motsatt løsning ville under enhver omstendighet både stride mot kravet til «rettferdig» rettergang, og trolig også mot andre ledd femte strekpunkt om ressursmessig utjevning.

Det må etter dette kunne konkluderes med at opplysningsplikt som støtter motpartens følger av § 21-4 som helhet, ikke bare av andre ledd.

⁹⁵ Jo Hov, *Rettergang II*, Papinian 2010, side 1072

⁹⁶ Hov, side 1072-1073

⁹⁷ Prp. side 454 og side 207

⁹⁸ Schei, Bind II, side 952

⁹⁹ Schei, Bind II, side 952

¹⁰⁰ Hov, side 1072

¹⁰¹ Schei, Bind II side 789-790

5 Sammenhengen mellom edisjonsplikten og sannhets- og opplysningsplikten

Med «edisjonsplikt» menes utleveringsplikt.¹⁰² Det er den plikten man har til å gi tilgang til bevis når slik tilgang begjæres.¹⁰³ Selve begrepet edisjonsplikt brukes ikke i tvisteloven, men det er likevel et innarbeidet begrep innenfor det juridiske rettsliv.

Flere steder i loven benyttes ordet «bevistilgang» eller «tilgang til bevis», eksempelvis § 21-4 første ledd andre punktum og §§ 22-9 - 22-11. Selv om denne formuleringen ikke er brukt, skal «bevistilgang» forstås som et alminnelig prinsipp som omfatter forklaringsplikt, plikt til å utlevere bevis og å gi tilgang til bevisgjensstander, herunder dokumenter eller annet skriftlig materiale.¹⁰⁴

Tvisteloven § 21-5 regulerer den allmenne forklarings- og bevisplikten. Det følger av bestemmelsen at

«Enhver plikter å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak (...).»

Hva plikten til å gi forklaringer og fremlegge bevis består i konkret, fremgår av bestemmelsene om bevismidler i loven.¹⁰⁵ Reglene om møte- og forklaringsplikt for parter og vitner følger av kapitlene 23 og 24, mens plikt til å utlevere eller gi tilgang til bevisgjensstander, reguleres i kapittel 26.¹⁰⁶

Forklarings- og bevisplikten etter § 21-5 gjelder «enhver», og avklarer at alle er forpliktet etter den. For ordens skyld er det likevel inntatt en henvisning fra § 21-4 første ledd andre punktum som fastsetter at partene har plikt til å gi forklaringer og bevisstilgang «i henhold til § 21-5.» På denne måten er innholdet i § 21-5 gitt direkte anvendelse for partene. Innholdet i § 21-5 kan derfor ses på som en del av partenes mer omfattende sannhets- og

¹⁰² Robberstad, side 239

¹⁰³ Schei, Bind II, side 950

¹⁰⁴ Schei, Bind II, side 790

¹⁰⁵ NOU B side 948, v.sp.

¹⁰⁶ Schei Bind II, side 790

redelighetsplikt.¹⁰⁷ Det er nettopp denne koplingen som gjør det nødvendig med en nærmere studie av forklarings- og bevisplikten etter § 21-5.

I rettspraksis¹⁰⁸ forstås reglene i §§ 21-4 og 21-5 i sammenheng. Avgjørelsen Rt. 2011 s. 753 er illustrerende hva gjelder plikten til å gi tilgang til dokumenter. Spørsmålet som ankeutvalget tok stilling til, var om en part var forpliktet til å fremlegge notater som hun hadde brukt som støtte under sin egen forklaring da saken ble behandlet i tingretten. Ankeutvalget fant at notatene kunne ha bevisverdi i saken og parten pliktet derfor å fremlegge disse i medhold av §§ 21-4 og 21-5. Parten anførte, uten hell, at siden de aktuelle notatene var egnet til å styrke hennes sak, måtte det være opp til henne om hun ønsket å legge frem disse.

Selv om ankeutvalget ikke bruker ordene direkte, virker det ganske klart at begrunnelsen for å gi pålegget om bevisfremleggelse, er hensynet til å treffe en avgjørelse på riktig faktisk grunnlag.

En side av § 21-5 er å «gi forklaring om faktiske forhold». Ved siden av dette, plikter man å «gi tilgang til gjenstander mv» som kan ha bevisverdi i saken. Måten bestemmelsen er bygget opp på kan gi inntrykk av at det går et skarpt skille mellom disse to. For den videre fremstillingen gjøres det for enkelhets skyld et skille mellom de to. Det er imidlertid klart at § 21-5 generaliserer disse to delene til et alminnelig prinsipp.¹⁰⁹

5.1 Forklaringsplikt etter § 21-5

Det følger av § 21-5 jf. § 21-4 første ledd andre punktum at partene plikter å «gi forklaring om faktiske forhold».

Reglene om partenes og vitnenes møte- og forklaringsplikt er som nevnt fastlagt i kapitlene 23 og 24.¹¹⁰ I sivile saker vil ofte partsforklaringene ha stor bevisverdi.¹¹¹ Dette følger naturlig nok av at det er partene som kjenner sakens faktiske side best.

Parter som møter til hovedforhandling, er forpliktet til å forklare seg etter § 23-2 første ledd dersom motparten eller retten krever det. Viktige regler inntreer når en part forklarer seg.

¹⁰⁷ Schei, Bind II, side 790 som også henviser til Rt. 2011 s. 753

¹⁰⁸ Se eksempelvis Rt. 2011 s. 753, LB-2010-125046, LG-2008-132615

¹⁰⁹ Schei, Bind II, side 790

¹¹⁰ Schei, Bind II, side 790

¹¹¹ Nils Erik Lie, *Parts- og vitneavhør- i straffesaker og sivile saker*, side 115.

Lovens system er at en rekke av reglene om vitnebevis er gitt tilsvarende anvendelse for partene. En av reglene som er gjort gjeldende for partene gjennom § 23-2 andre ledd er § 24-8 fjerde ledd. Det heter i § 24-8 fjerde ledd at før forklaring avgis, skal retten formane parten til å «forklare seg sannferdig og fullstendig.»

At forklaring skal være «sannferdig og fullstendig» stiller krav om at det man forklarer seg om stemmer overens med virkeligheten. Det er kun da man forklarer seg «sannferdig». Dette utgangspunktet må modifiseres for de tilfellene der partens forklaring avviker fra virkeligheten uten at parten er seg bevisst dette. Mer om denne forskjellen nedenfor i del 2, pkt.7.1.3.

Forklaringen er «fullstendig» når man ikke holder tilbake eller utelater informasjon av betydning for saken. Retten skal også gjøre parten klar over «det ansvar som følger med falsk forklaring og forsikring». Med «det ansvar» siktes det til straffelovens regler¹¹² om falsk forklaring for retten.

Det ansvar partene har for å gi en riktig og samvittighetsfull forklaring i rettsmøte, er et effektivt bidrag til å sikre at rettens avgjørelsesgrunnlag blir så riktig som mulig. Det stilles nokså strenge krav til partsforklaringene i loven. Virkeområdet vil delvis være felles for disse og for sannhets- og opplysningsplikten jf. § 21-4. Den tidligere nevnte innskjerpelsen av redelighet og god prosesskikk¹¹³ synes å være en felles begrunnelse for at reglene er gitt.

5.2 Tilgang til realbevis etter § 26-5 første ledd

Det andre siden av § 21-5, jf. § 21-4 første ledd andre punktum er partenes plikt til å «gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak».

Det legges til grunn i forarbeidene at denne siden av § 21-5 må leses på bakgrunn av spesifikke bevisregler i loven, eksempelvis § 26-5.¹¹⁴ Regelen i § 26-5 første ledd er et utslag av den alminnelige bevisplikten etter § 21-5 for realbevis.¹¹⁵

Det følger av § 26-5 første ledd at

¹¹² Straffeloven §§ 163 og 166

¹¹³ NOU B side 947, v.sp.

¹¹⁴ Prp. side 454

¹¹⁵ NOU B side 979-980 og Prp. side 467

«Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.»

I første ledd statueres hovedregelen om fremleggelsesplikt. For at fremleggelsesplikt skal kunne forankres i § 26-5, er det en forutsetning at det aktuelle realbeviset kan gi bidrag til sakens «faktiske avgjørelsesgrunnlag[...]» jf. § 26-1. Det samme legges til grunn i teorien.¹¹⁶ Innledningsvis nevnes at § 26-5 første ledd gjelder «[e]nhver», mens § 21-4 kun gjelder for «partene». Det er imidlertid ikke tvilsomt at også sakens parter er omfattet av vilkåret «enhver» jf. § 26-5 første ledd.¹¹⁷

Ordet «gjenstander» sikter til alle former for realbevis som ikke er personer,¹¹⁸ og skal forstås vidt.¹¹⁹ Det mest praktiske er riktignok dokumenter og annet skriftlig materiale. Plikten etter § 26-5 består i å «stille [realbeviset] til rådighet». Med dette menes at man gjør bevismaterialet tilgjengelig, jf. eksempelvis § 26-7 tredje ledd.

Objektet for plikten er realbevis som vedkommende «har hånd om» eller «kan skaffe til veie». Man har naturligvis «hånd om» beviset når man besitter dette. Videre kan beviset «skaffe[s] til veie» når vedkommende kan få fysisk tilgang til gjenstanden ved å ta i bruk sin juridiske råderett. Saksmapper hos forsikringsselskap er typisk noe som på denne måten kan «skaffes til veie»¹²⁰. På dette punkt ønsket man en viss oppmykning av det tilsvarende vilkåret i tvistemålsloven.¹²¹ At fremleggelsesplikten gjelder materiale man «kan skaffe til veie» markerer enn forskjell fra at § 21-4 første ledd andre punktum der materiale man har hånd om skal tilbys.

I Rt. 2012 s.1819¹²² tok Høyesterett stilling til forståelsen av «har hånd om eller kan skaffe til veie». Retten la til grunn at §§ 21-4 og 21-5 jf. § 26-5 i utgangspunktet gir partene plikt til å gi motparten tilgang til bevis. Bestemmelsene tar imidlertid ikke sikte på at en part fritt kan søke etter bevis i motpartens lukkede rom.¹²³

For partene skjer bevis tilgang etter første ledd ofte etter anmodning fra motparten. Det heter i § 26-6 første ledd at en begjæring om tilgang til bevis skal «spesifiseres» slik at det er klart

¹¹⁶ Skoghøy, side 720 med videre henvisninger

¹¹⁷ Schei, Bind II side 950

¹¹⁸ Skoghøy, side 720

¹¹⁹ NOU B side 977

¹²⁰ LG-2011-79275

¹²¹ NOU B side 979 v.sp. jf. tvml. §§ 250 og 251

¹²² Rt. 2012 s.1819

¹²³ Rt. 2012 s.1819 pkt.32 og 33

hvilket materiale det er snakk om. Med «spesifiseres» menes at det skjer en individualisering av hva man ønsker å vurdere. I forarbeidene har man ved utformingen av bestemmelsen, ønsket at det ikke skal stilles for store krav til denne individualiseringen.¹²⁴

5.2.1 Utvidet edisjonsplikt og forholdsmessighet etter § 26-5 andre og tredje ledd

Det følger av § 26-5 andre ledd første punktum at «partene» og andre kan pålegges å svare på spørsmål om «de kjenner til bevisgjenstander», samt å gjennomføre nødvendige «undersøkelser» i den forbindelse. For partene i saken er § 26-5 andre ledd et utslag av sannhets- og opplysningsplikten jf. § 21-4.¹²⁵ Hensikten med § 26-5 andre ledd er å effektivisere retten til bevis tilgang etter første ledd.¹²⁶

Spørsmålet blir om § 26-5 andre ledd første punktum har betydning ved siden av § 21-4.

Gjennomgangen av § 21-4 ovenfor i pkt.4.1, viser at sannhets- og opplysningsplikten gjelder som en generell redelighetsplikt under prosessen. Til dette kommer at utgangspunktet jf. § 21-4 er at bevis av interesse for saken skal tilbys uoppfordret. Isolert kunne det tilsi at plikt til å svare på spørsmål og foreta undersøkelser allerede er uttømmende regulert i § 21-4, og at det ikke egentlig er et behov for § 26-5 andre ledd første punktum.

En nokså praktisk situasjon er at en part mistenker at det finnes bevis hos motparten eller hos en tredjeperson. En fremgangsmåte for å avklare dette, følger altså av § 26-5 andre ledd første punktum ved at man kan spørre vedkommende om «de kjenner til bevisgjenstander». Regelen gir også hjemmel for å kreve at den som spørsmålet stilles til, foretar de nødvendige «undersøkelser» såfremt kravene om spesifisering jf. § 26-6 er oppfylt.

En slik adgang kan være praktisk viktig dersom man mistenker at motparten ikke samvittighetsfullt har fulgt sin plikt etter § 21-4. Fra lovgivers side var man, som også nevnt tidligere, bevisst på at dette ikke skulle svare til det generelle engelske prinsippet med discovery.¹²⁷ Likevel er et viktig hensyn bak § 26-5 andre ledd første punktum å sørge for større åpenhet om bevismateriale man har hånd om.¹²⁸ Sett i sammenheng med at begjæring om bevis tilgang etter § 26-5 andre ledd første punktum forutsetter en viss spesifisering, jf. §

¹²⁴ NOU B side 980 h.sp.

¹²⁵ Prp. side 467 og Schei, Bind II side 788

¹²⁶ NOU B side 979 h.sp.

¹²⁷ NOU B side 979 med videre henvisning til II 16.6.

¹²⁸ Prp. side 467

26-6, vil plikten til å uoppfordret tilby bevis etter § 21-4 ha selvstendig verdi der spesifisering etter § 26-6 mangler.

Videre er § 26-5 andre ledd ment som en effektivisering av retten til bevis tilgang som følger av partenes sannhetsplikt.¹²⁹ Fra dette kan det derfor utledes at § 26-5 andre ledd første punktum vil fungere som et nyttig virkemiddel for at åpenhet og god prosesskikk oppnås.

Som illustrert tidligere, under behandlingen av § 21-4, ligger det en viss uklarhet i hvor langt fremleggelsesplikt av bevismateriale i motpartens favør kan utledes av § 21-4. De rettskilder som foreligger omkring dette spørsmålet, er ikke helt entydige. Det er likevel klart at begge parter må kunne gjøre seg kjent også med bevis som kan gange ens egen sak, men som motparten sitter med. Det er på det rene at § 21-4 hjemler plikt til å opplyse om bevis til egen ugunst. I slike tilfeller imøtekommer § 26-5 andre ledd behovet for faktisk fremleggelse ved at en part, kan stille oppfølgingsspørsmål med grunnlag i § 26-5 andre ledd.

Det kan hevdes at edisjonsplikten har blitt ytterlige utvidet gjennom § 26-5 andre ledd andre punktum. Etter andre ledd andre punktum plikter partene å «utarbeide sammenstillinger» eller foreta «annen bearbeiding» av bevismateriale. Utformingen av § 26-5 andre ledd andre punktum peker på at partene, dersom de blir bedt om det, må tilpasse bevismateriale slik at det blir mer tilgjengelig for motparten. Det er en nokså stor forskjell mellom andre ledd første punktum og andre ledd andre punktum, og det har blitt understreket at de gjelder ganske ulike situasjoner.¹³⁰

Etter tidligere rett gjaldt det ingen tilsvarende plikt. Da regelen i § 26-5 andre ledd andre punktum ble gitt, var dette et resultat av et behov for vesentlig endring.¹³¹

Anvendelsesområdet for andre ledd andre punktum er dels å produsere materiale som kan fungere som bevis. På denne måten ligger det en forskjell mellom § 21-4 og § 26-5 andre ledd andre punktum. Plikten etter § 21-4 første ledd andre punktum består som nevnt i å «tilby» relevant bevismateriale, men rekker nok ikke så langt som til å bearbeide mindre tilgjengelig materiale. For å kunne «tilby» noe jf. § 21-4 første ledd andre punktum

¹²⁹ Schei, Bind II, side 952

¹³⁰ Schei, Bind II side 952

¹³¹ NOU B side 979 h.sp. og Prp. side 454

forutsetter dette at materialet allerede eksisterer, i motsetning til § 26-5 andre ledd andre punktum.¹³²

Innholdet i § 26-5 andre ledd andre punktum er således godt egnet for å sikre et bedre faktisk avgjørelsesgrunnlag for saken.¹³³ I lys av dette må det kunne oppsummeres med at § 26-5 andre ledd har praktisk betydning ved siden av sannhets- og opplysningsplikten etter § 21-4.

Det fremgår av § 26-5 tredje ledd at det ikke gis bevis tilgang etter verken første eller andre ledd, dersom dette fører til kostnader som «ikke står i rimelig forhold til tvisten».

I tredje ledd ligger det en forholdsmessighetsbegrensning. I forarbeidene¹³⁴ er det lagt til grunn at denne skal forstås tilsvarende som § 21-8. Igjen er det tydelig at proporsjonalitetshensynet som statueres i formålsbestemmelsen er gitt konkrete utslag i flere av tvistelovens bestemmelser. Terskelen for å anse et krav om bevis tilgang som stridende mot tredje ledd, er høyere for parter enn for tredjeperson.¹³⁵

Avgjørelsen LA-2008- 52830-1¹³⁶ belyser innholdet av § 26-5 tredje ledd. Det dreide seg om en entreprisesak der entreprenøren krevde et omfattende skriftlig materiale fremlagt, mens byggherren bestred at det var adgang til dette. Lagmannsretten la vekt på at det gjaldt et meget stort omfang som ble begjært fremlagt, som i tillegg var vanskelig tilgjengelig. Retten konstaterte at tvisteloven tar sikte på større åpenhet om bevismateriale enn etter tidligere rett. Til tross for dette var kostnadene, sammenlignet med den mulige bevisverdien, så store at bevis tilgang kunne nektes etter § 26-5 tredje ledd.

Et eksempel på at krav om bevis tilgang ikke ble ansett uforholdsmessig jf. tredje ledd, er for øvrig kjennelsen LG-2012-56976-1.¹³⁷ En av sakens parter ønsket å foreta gravearbeider i en forstøtningsmur som tilhørte motparten. Grunnen til dette, var at gravingen kunne gi verdifull informasjon om en merkestein i muren. Dette ville være med på å avgjøre hvor en eiendomsgrense skulle trekkes. Retten tok utgangspunkt i partenes plikter etter tvisteloven § 21-4, og vurderte deretter anvendelsen av § 26-5. Kostnadene ved å grave i det nærmere angitte området var ikke uforholdsmessig store, jf. § 26-5 tredje ledd.

¹³² Erik Monsen, *Bevis tilgang til elektronisk lagret material*, Tidsskrift for forretningsjus 2007, s 194- 235, side 209

¹³³ Monsen, side 196

¹³⁴ NOU B side 980 v.sp. og Skoghøy side 727

¹³⁵ Prp. side 467

¹³⁶ LA-2008-52830-1

¹³⁷ LG-2012-56976-1

Tvistelovens betydelige fokus på forholdsmessighet mellom hva bevismiddelet kan bidra med til saken, og kostnadene ved dette, er en konsekvens av at materiell riktighet ikke kan kreves for enhver pris.

6 Forholdet mellom prosessfullmektig og part

Prosessfullmektigen opptrer på partens vegne, jf. § 3-1 tredje ledd.¹³⁸ Som tidligere nevnt ovenfor i pkt.4.1, er det i utgangspunktet identifikasjon mellom prosessfullmektig og part, jf. § 3-5 andre ledd.¹³⁹ Det følger videre av § 3-5 andre ledd at prosessfullmektigens «handlinger og unnlater» har virkning «for og mot parten».¹⁴⁰

Etter § 21-4 skal «partene» sørge for sakens opplysning. Ettersom det ikke er noe som tilsier at sannhets- og opplysningsplikten er en personlig plikt for parten, gjelder § 21-4 derfor «tilsvarende for prosessfullmektigen» jf. § 3-1 tredje ledd. Partene skal ikke kunne komme utenom sannhets- og opplysningsplikten ved å la prosessfullmektigen handle for seg, og plikten gjelder uansett om det er parten eller prosessfullmektigen som opptrer.¹⁴¹

Spørsmålet blir dermed hva som blir løsningen dersom klienten ikke ønsker å overholde § 21-4. En situasjon som trolig er nokså praktisk er at parten gjør advokaten oppmerksom på bevis som taler til partens ugunst og som man ønsker å holde skjult for retten og motparten.¹⁴² For advokatens vedkommende foreligger det her en situasjon som er omfattet av taushetsplikten for advokaten jf. § 22-5.¹⁴³ Det er nok ganske utbredt at parter spekulerer i å holde ugunstige bevis utenfor saken. For å sikre en reell etterlevelse av § 21-4, må prosessfullmektigen sørge for at innholdet i regelen om sannhets- og opplysningsplikt blir formidlet til klient ved oppdragets begynnelse. Dette følger naturlig av advokaten i de fleste tilfeller har bedre kjennskap til de prosessuelle reglene enn parten. Av den grunn er det særlig viktig at advokatene holder fast ved at regelen i § 21-4 blir fulgt.¹⁴⁴

Enhver advokat plikter å utføre sitt virke i samsvar med god advokatskikk. Dette er regler som er tatt inn i medhold av domstolloven kapittel 11.¹⁴⁵ Forholdet til klienten reguleres i del 3. Her stadfestes utgangspunktet¹⁴⁶ om at en advokat plikter å fullføre et oppdrag man har

¹³⁸ Schei, Bind I, side 101

¹³⁹ Schei, Bind I, side 119

¹⁴⁰ NOU B side 673

¹⁴¹ NOU B side 947 h.sp.

¹⁴² Schei, Bind II side 789

¹⁴³ Schei, Bind II side 789

¹⁴⁴ Robberstad side 239

¹⁴⁵ Forskrift til domstolloven kapittel 11, kapittel 12 Regler for god advokatskikk

¹⁴⁶ Se pkt. 3.1.6 (1)

påtatt seg. Unntak følger dersom «klienten ikke vil følge advokatens råd i saken», jf. pkt. 3.1.6.

Dersom klient og advokat i slike tilfeller ikke enes om å opplyse om materialet, synes løsningen å være at advokaten sier fra seg oppdraget.¹⁴⁷ Advokater som utfører et oppdrag uten å ta hensyn til partens plikter etter § 21-4, risikerer ulike sanksjoner jf. nedenfor i pkt.7.

¹⁴⁷ Schei, Bind II, side 789 og Henry John Mæland, *Recent Development in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts*, pkt. II, side 73.

2 7 Sanksjoner ved brudd på sannhets- og opplysningsplikten

7.1 Mulige sanksjoner

Når partene står overfor en rettssak, er situasjonen ofte så tilspisset at man er lite interessert i at motparten skal få styrket sin sak. Mulighetene til å sanksjonere brudd på sannhets- og opplysningsplikten blir derfor nødvendig. Økt bevissthet omkring det at brudd på pliktene etter 5-3 og § 21-4 medfører konsekvenser, vil antakelig også ha en preventiv effekt. Slik får partene og deres advokater et insentiv til å etterleve pliktene.

Det har blitt pekt på at fraværet av adekvate sanksjoner i tvisteloven for håndheving av partenes sannhets- og opplysningsplikt, er et problem.¹⁴⁸ I forarbeidene¹⁴⁹ trekkes det imidlertid frem at flere av reglene om sakskostnader kommer til anvendelse ved brudd på reglene om sannhets- og opplysningsplikt. Etersom reglene om sakskostnader reiser egne problemstillinger, blir disse behandlet nedenfor i pkt.8.

Ved siden av betydningen for sakskostnadene, kan brudd på sannhets- og opplysningsplikten ha betydning for rettens bevisvurdering. Manglende overholdelse kan også resultere i straff etter domstolloven¹⁵⁰(dl.) og straffeloven (strl.).¹⁵¹ Prosessfullmektig i saken risikerer disiplinærreaksjon, rettergangsstraff og på nærmere vilkår også straff etter straffeloven.

7.1.1 Betydningen for bevisvurderingen

Som nevnt i pkt.2.1 over, følger prinsippet om fri bevisvurdering av tvisteloven § 21-2 første ledd. Etter første ledd skal retten ved en «fri bevisvurdering» fastlegge «det saksforhold» avgjørelsen skal treffes på. Det som finnes bevist, legger grunnlaget for rettsanvendelsen.¹⁵² En rekke materielle regler gir føringer for hva som kreves for å anse noe bevist etter den aktuelle materielle regelen. Men også uten at det følger av enkeltregler, vil det kunne

¹⁴⁸ Strandberg, 2011, side 181

¹⁴⁹ NOU B side 716, h.sp.

¹⁵⁰ Lov 13. august 1915 nr.5 Lov om domstolene

¹⁵¹ Lov 22.mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig Straffelov

¹⁵² Schei, Bind II side 777

oppstilles et skjerpet beviskrav. Situasjonen kan eksempelvis være de tilfellene der den bevismessige uklarheten har sammenheng med en parts adferd.¹⁵³ Et slikt tilfelle vil kunne være at parten lar være å gjøre oppmerksom på et bevis i tråd med sannhets- og opplysningsplikten, og at beviset senere har tapt sin bevisverdi. I praksis finnes tilfeller der en part har opptrådt klanderverdig i tilknytning til bevisføringen, og at dette etter omstendighetene også får betydning for forhold som ikke har direkte sammenheng med pliktbruddet.¹⁵⁴ Av forarbeidene¹⁵⁵ til § 21-4 fremgår at dersom det oppdages brudd på reglene om partenes sannhets og opplysningsplikt, vil en virkning kunne være å vektlegge dette i rettens bevisvurdering.

7.1.2 Rettergangsstraff

Bestemmelsene om rettergangsstraff finnes i domstoloven kapittel 10. Flere av reglene i kapitlet kan etter sin ordlyd anvendes ved brudd på sannhets- og opplysningsplikten.

Noen av reglene legger til grunn et selvstendig ansvar for advokater som handler i strid med, eller unnlater å handle i tråd med, det ansvar som kan utledes av sannhets- og opplysningsplikten.¹⁵⁶ Til illustrasjon kan nevnes domstoloven § 200 første ledd som retter seg mot «prosessfullmektig [...] som gjør sig skyldig i forsømmelig eller annet utilbørlig forhold under rettergang». Videre er «prosessfullmektig» omfattet av domstoloven § 202 andre ledd jf. første ledd som gjelder den som «åpenbart uten grunn har [...] latt det komme til søksmål».

For partenes vedkommende kan ordlyden i en rekke bestemmelser¹⁵⁷ om rettergangsstraff omfatte overtredelse av sannhets- og opplysningsplikten. I dl. § 210 første ledd er det nå inntatt en direkte henvisning til tvisteloven § 23-2. Denne endringen i domstoloven § 210 første ledd er ikke begrunnet i forarbeidene.¹⁵⁸ Derfor bør det muligens utvises noe forsiktighet ved bruk av denne for brudd på reglene om partsforklaring i § 23-2.¹⁵⁹ I kjennelsen LB-2013-110864¹⁶⁰ vurderte retten konsekvenser ved brudd på forklaringsplikten etter § 23-2. Til tross for pålegg fra retten om å svare på et nærmere angitt spørsmål, nektet

¹⁵³ Schei, Bind II side 778

¹⁵⁴ NOU B side 947, h.sp. med videre henvisning til Rt.1991 s. 1414

¹⁵⁵ NOU B side 947, h.sp.

¹⁵⁶ Schei, Bind II side 789

¹⁵⁷ For eksempel §§ 202 og 210 jf. §§ 205, 206, 207 og 209

¹⁵⁸ Schei Bind II, side 899 med videre henvisninger til Skoghøy side 656

¹⁵⁹ LB-2013-110864

¹⁶⁰ LB-2013-110864

parten i saken å gjøre dette. Konkret fant man at rettergangsstraff var en for streng reaksjon, og anså det tilstrekkelig å gi nektelsen betydning for bevisvurderingen.

7.1.3 Straffeloven §§ 163 og 166

Falsk forklaring er straffbart etter straffeloven §§ 163 og 166. Det følger av forarbeidene¹⁶¹ til tvisteloven at disse straffebudene kan være aktuelle ved brudd på sannhets- og opplysningsplikten etter § 21-4. Samtidig blir det presisert at § 21-4 favner langt bredere enn §§ 163 og 166.

Straffeloven § 163 gjelder i tilfeller der parten har avgitt forsikring.¹⁶² Straffebudet er derfor bare aktuelt ved partsforklaringer under forsikring som fastlagt i tvl. § 23-2 jf. § 24-8, fjerde ledd. Med «falsk» forklaring menes at man forklarer seg bevisst usant.¹⁶³ Dersom man formidler det man tror er rett, foreligger ingen «falsk» forklaring etter bestemmelsen.¹⁶⁴ I slike tilfeller mangler nødvendig skyld. Dersom en part holder tilbake informasjon som man forstår har betydning, er det «falsk» forklaring.¹⁶⁵

Regelen i straffeloven § 166 kommer til anvendelse i tilfellene der det ikke er avgitt forsikring. Både «[p]art» og «[r]etsfuldmægtig» er omfattet. Straffebudet retter seg mot den som gir «falsk [f]orklaring» for «[r]etten» jf. første ledd. Det er også straffbart dersom en part forsettlig gir prosessfullmektigen uriktige opplysninger som man vet at vedkommende vil bruke i et prosesskrift.¹⁶⁶ Også i teorien er det trukket linjer mellom straffeloven § 166 og tvisteloven § 21-4.¹⁶⁷ Fellestrekkene til § 21-4 om krav om «riktig og fullstendig» opplysning er tydelige.

7.2 Disiplinære reaksjoner overfor advokaten

¹⁶¹ NOU B side 947, v.sp.

¹⁶² Bestemmelsen er ikke videreført i ny straffelov

¹⁶³ Magnus Matningsdal, *Norsk spesiell strafferett*, Fagbokforlaget 2010, s. 473

¹⁶⁴ Matningsdal, s. 473

¹⁶⁵ Matningsdal, s. 475

¹⁶⁶ Matningsdal, s. 476

¹⁶⁷ Schei, Bind II side 952

Som nevnt i pkt.6 ovenfor, skal advokater handle i overensstemmelse med god advokatskikk. Det følger av formålsparagrafen i Advokatforskriften kapittel 12¹⁶⁸ at brudd på god advokatskikk gir grunnlag for «disiplinære følger» for advokaten.

Eksempler fra disiplinærutvalgene og disiplinærnemnden for advokatsaker belyser problemstillinger som kan oppstå. Saken inntatt i ADA-2012-D94¹⁶⁹ dreide seg om en advokat som hadde unnlatt å legge frem et brev med opplysninger av bevisverdi for saken. Motparten, som på et senere tidspunkt ble klageren, ble kjent med brevet ved en tilfældighet. Disiplinærnemnden fant at advokaten ved sin opptreden hadde brutt flere av reglene om god advokatskikk. Advokaten hadde blant annet overtrådt pkt.4.2 som stiller krav til «åpen og saklig bevisførsel». Også pkt.1.2 og 1.3 som henholdsvis gjelder plikten til å «fremme rett og hindre urett» samt å opptre «saklig og korrekt», var brutt. Disiplinærnemnden sluttet seg til disiplinærutvalgets begrunnelse i premissene. Tilbakeholdelsen av bevis var et brudd på advokatetiske retningslinjer, men «først og fremst en krenkelse av tvistelovens sannhets- og edisjonsplikt.»¹⁷⁰ Advokaten ble ilagt kritikk for sin opptreden.

Et annet eksempel på brudd på sannhets- og opplysningsplikten fra advokatens side, gir ADA-2013-15.¹⁷¹ Disiplinærutvalget fant at advokaten hadde handlet i strid med tvisteloven §§ 21-4 og 5-3 ved å holde tilbake opplysninger om en straffedom i en oppsigelsessak. Advokaten hadde derved overtrådt pkt.4.1 som fastsetter at advokater skal «opptre korrekt i forhold til prosesslovgivningen». Utvalget trakk også frem pkt.1.2, og pekte på at det i å «fremme rett og hindre urett» klart lå et krav om å presentere opplysninger enten de taler til gunst eller ugunst for egen klient. For de overtredelsene som var begått ble advokaten meddelt advarsel.

Disse eksemplene viser viktigheten av at advokater så vel som parter oppfyller sannhets- og opplysningsplikten. Som gjennomgangen viser, kan en advokat som velger ikke å etterleve plikten gjøre seg skyldig i en forsømmelse av både advokatetiske regler og tvistelovens regler.

¹⁶⁸ Pkt.1.1, 2.setning

¹⁶⁹ ADA-2012-D94, Disiplinærnemnden for advokater

¹⁷⁰ ADA-2012-D94, utvalgets begrunnelse

¹⁷¹ ADA-2013-15

8 Sakskostnader

Under utformingen av sakskostnadsreglene erkjente man at det til dels var motstridende hensyn som skulle ivaretas gjennom disse.¹⁷² Utgangspunktet er klart nok at den vinnende part skal få erstattet sine utgifter. Det er dette som korresponderer best med en rettferdig rettergang jf. tvisteloven § 1-1. I den enkelte sak kan forholdene likevel ligge slik an at begrunnelsen for hovedregelen ikke slår til. For slike tilfeller er reglene om sakskostnader en måte for, på nærmere vilkår, å kunne utjevne ressursmessig ubalanse som har oppstått.

8.1 Hovedregel og unntak etter § 20-2

Lovens utgangspunkt er at den som har «vunnet» saken har krav på «full erstatning» for sine saksomkostninger fra motparten jf. § 20-2 første ledd. Hva som skal til for å anse saken for «vunnet» følger av andre ledd. Hovedregelen er at den tapende part skal dekke de omkostningene som den vinnende part har hatt.¹⁷³

På nærmere angitte vilkår kan det gjøres unntak fra hovedregelen. Etter tredje ledd kan «motparten [...] helt eller delvis fritas» fra omkostningsansvaret dersom «tungtveiende grunner» gjør det rimelig. I «helt eller delvis» ligger at ansvaret for sakskostnader for den tapende part enten kan lempes eller falle helt bort.¹⁷⁴

Spørsmålet blir hva som kan omfattes av «tungtveiende grunner» jf. § 20-2 tredje ledd. Ordlyden «tungtveiende» peker på at det skal en del til. Det følger naturlig av tredje ledd at det gjøres unntak fra hovedregelen i første ledd. Forarbeidene understreker at det skal kreves en del før tredje ledd kommer til anvendelse.¹⁷⁵

Tredje ledd bokstavene a til c lister opp tilfeller som skal vektlegges i vurderingen av om «tungtveiende grunner» foreligger. Ved at tredje ledd er utformet med ordene «særlig legges vekt på», er det klart at de typetilfellene som nevnes ikke er uttømmende. At det delvis beror på rettens skjønn hva som spiller inn, er en endring fra tidligere rettstilstand.¹⁷⁶ Ettersom det skal legges «særlig vekt på» situasjoner som nevnt, kan ulike momenter spille inn.¹⁷⁷

¹⁷² NOU A, side 530

¹⁷³ Prp. side 278

¹⁷⁴ NOU B side 929, h.sp.

¹⁷⁵ NOU B side 929, h.sp.

¹⁷⁶ Schei, Bind I, side 704 jf. tvml. § 172 (2)

¹⁷⁷ For eksempel RG-2010-1176

Dersom det kan slås fast brudd på pliktene i kapittel 5, er det i følge forarbeidene en «meget sterk grunn»¹⁷⁸ til i ta i bruk tredje ledd.

Det følger uttrykkelig av tredje ledd bokstav a andre alternativ, at det skal legges vekt på om saken først ble «bevismessig avklart etter saksanlegget». I forarbeidenes¹⁷⁹ bemerkninger nevnes tilfeller der sakens faktiske side først ble avklart etter at sak ble reist. Så fremt dette ikke hovedsakelig skyldes den tapende part, kan dette tilsi at «tungtveiende grunner» foreligger.

Noe mer praktisk for brudd på sannhets- og opplysningsplikten er det forhold som reguleres av tredje ledd bokstav b. Etter denne kan ansvaret for den tapende part falle bort eller lempes hvis parten som har vunnet kan «bebreides at det kom til sak[...]». Dette alternativet bygger på de pliktene som partene gjensidig har etter kapittel 5. Forarbeidene¹⁸⁰ nevner dessuten tilfeller der den vinnende part ikke har bidratt til å forsøke å oppnå en minnelig ordning. Det er en innbyrdes sammenheng mellom plikten etter § 5-4 om å løse saken i minnelighet, og § 5-3 om å opplyse om viktige bevis. Dersom fraværet av minnelig løsning kan koples til mangelfull overholdelse av opplysningsplikten, kan det etter omstendighetene komme inn under tredje ledd bokstav b. Det er lagt til grunn i teorien at brudd på §§ 5-2 og 5-3 kan begrunne bruk av bokstav b.¹⁸¹ En naturlig og rimelig utjevning av slik opptreden, er at hele eller deler av omkostningsansvaret for den tapende part faller bort.

8.2 Sakskostnader uavhengig av utfallet etter § 20-4

Regelen i tvisteloven § 20-4 gir hjemmel for erstatning for sakskostnader uten hensyn til utfallet av saken. Paragrafens første ledd angir at parten helt eller delvis kan «tilkjennes» sakskostnader. Det ligger her en forskjell fra bruk av «fritas» i § 20-2 andre ledd, der resultatet blir at man slipper å innfri et erstatningsansvar man ellers ville hatt overfor motparten. At kostnadene «tilkjennes» slik det er angitt i § 20-4 første ledd, medfører at man kan kreve egne sakskostnader dekket av motparten.¹⁸²

¹⁷⁸ NOU B side 930, v.sp.

¹⁷⁹ NOU Bind B, side 929 h.sp. og Prp. side 445

¹⁸⁰ NOU B side 930 h.sp.

¹⁸¹ Schei, Bind 1, side 707

¹⁸² Schei, Bind 1, side 716

Etter § 20-4 bokstav c kan man få dekket sine utgifter av motparten dersom kostnadene «skyldes» motpartens «forsømmelser». Spørsmålet her blir således hva som ligger i vilkåret «forsømmelser» sett opp mot partenes sannhets- og opplysningsplikt.

Med «forsømmelser» forstås etter vanlig språkbruk kritikkverdige handlinger eller unnlater. Den tilsvarende bestemmelsen etter eldre rett¹⁸³ stilte relativt strenge subjektive vilkår for å anse regelen overtrådt. Selv om det ikke uttales direkte at terskelen er senket, følger det implisitt av forarbeidene at kravene nok er lavere etter dagens bestemmelse.¹⁸⁴ Det er tilstrekkelig for å konstatere brudd på bestemmelsen at det er utvist uaktsomhet.¹⁸⁵

Det er grunn til å merke seg at det økonomiske tapet må «skyldes» motpartens kritikkverdige opptreden. I dette ligger et krav om at tapet er foranlediget av den aktuelle handlingen- eller unnlatsen slik at det er årsakssammenheng mellom tapet og forsømmelsen.¹⁸⁶ Det er merutgiftene ved den relevante opptreden som skal dekkes.¹⁸⁷

Som eksempel på «forsømmelse» nevner forarbeidene den situasjon at en part har motsatt seg å fremlegge et dokument som gir faktiske opplysninger av betydning for saken.¹⁸⁸ Spørsmålet om anvendelsesområde for § 20-4 bokstav c har vært behandlet i rettspraksis. Saken Rt. 2009 s.1400¹⁸⁹ gjaldt visse faktiske opplysninger som den ankende part mente skulle vært formidlet tidligere. Retten uttalte at regelen «særlig [tar] sikte på merkostnader som skyldes kritikkverdige prosesshandlinger eller unnlater som innebærer at saken blir vidløftiggjort eller trukket i langdrag». Det ble også uttalt at bokstav c gjelder tilsvarende for handlinger og unnlater «forut for saksanlegg».¹⁹⁰

I tråd med det som fremgår av dommen, kan det være en forsømmelse dersom en part trener saken eller unnlater å legge frem relevant informasjon. Manglende overholdelse av partenes sannhets- og opplysningsplikt vil kunne innebære en slik trenering. Videre fremgår uttrykkelig av forarbeidene at brudd på § 5-3 bør få betydning for sakskostnadene, og forarbeidene omtaler dette som en naturlig og effektiv sanksjon.¹⁹¹

¹⁸³ Tvml. § 177

¹⁸⁴ Schei, side 719 med videre henvisninger til NOU B side 931

¹⁸⁵ Schei, side 719 med videre henvisninger til Rt. 2009 s. 380

¹⁸⁶ Schei Bind I side 719

¹⁸⁷ NOU B side 931, h.sp. og Rt. 2011 s. 1294 pkt.38

¹⁸⁸ NOU B side 931, h.sp.

¹⁸⁹ Rt. 2009 s. 1400

¹⁹⁰ Rt. 2009 s. 1400, pkt. 31

¹⁹¹ Prp. side 81

Det er langt på vei de samme hensyn som gjør seg gjeldende ved brudd på pliktene i kapittel 5 som for brudd på § 21-4. Gode grunner taler derfor for at unnlatelse av å opplyse om viktige bevis etter § 5-3 betraktes som en «forsømmelse». Ved departementets behandling av § 20-4 bokstav c fant man at den etter omstendighetene kan benyttes for pliktbrudd før sak reises etter blant annet § 5-3.¹⁹² Problemstillingen ble behandlet av Høyesteretts ankeutvalg i Rt. 2011 s.1294.¹⁹³ Spørsmålet var om det var adgang til å ta hensyn til generell kritikkverdig handlemåte i perioden før sak ved vurderingen av om det forelå «forsømmelser» jf. § 20-4 bokstav c. Ankeutvalget svarte benektende på dette. Det ble uttalt at § 20-4 bokstav c hovedsakelig skal sanksjonere forsømmelser under saken eller ved brudd på §§ 5-2 og 5-3. Det kan utledes av dette at handlinger eller unnlatelser som ikke har sammenheng med prosessuelle plikter, ikke er å regne som «forsømmelser» etter § 20-4 bokstav c.

De nettopp nevnte avgjørelsene ble gjentatt av ankeutvalget i Rt. 2013 s. 338. I saken ble det avklart at § 20-4 bokstav c ikke omfattet pliktbrudd og forsømmelser som har sammenheng med underliggende materielle forhold.¹⁹⁴ Sistnevnte avgjørelse underbygger således at regelen retter seg mot prosessuelle, og ikke materielle, pliktbrudd.

Å unnlate å etterleve sannhets- og opplysningsplikten etter tvisteloven §§ 21-4 og 5-3, er således å regne som en «forsømmelse» i henhold til § 20-4 bokstav c.

En part som har vunnet, har krav på «full erstatning» for sine sakskostnader. Hovedregelen om utmåling av sakskostnader følger av § 20-5 første ledd. Med «full erstatning» menes alle partens «nødvendige kostnader» ved saken som ikke særlige regler gir grunnlag for å unnta. Alle de utgiftene en part har som følge av oppfyllelse av sine plikter etter tvisteloven kapittel 5, er deler av sakskostnadene som kan kreves dekket i medhold av tvl. § 20-5.¹⁹⁵

Det følger av forarbeidene¹⁹⁶ at reglene om sakskostnader kan fungere handlingsdirigerende. I tilfeller der en vinnende part har blitt påført merkostnader som følge av motpartens forsømmelser, skal det svært mye til for at parten ikke skal få disse erstattet ved en vurdering etter § 20-5.¹⁹⁷ Det har blitt fremholdt at reglene om sakskostnader er en egnet

¹⁹² Prp. side 447

¹⁹³ Rt. 2011s. 1294, pkt. 36 og 37

¹⁹⁴ Rt. 2013 s. 338, pkt. 25

¹⁹⁵ Schei, Bind I, side 724

¹⁹⁶ NOU Bind A, side 531, v.sp.

¹⁹⁷ NOU B, side 931, h.sp.

sanksjon for brudd på de førprosessuelle pliktene, og at dette var en mer hensiktsmessig løsning enn at pliktene skulle fungere som prosessforutsetninger.¹⁹⁸

Som nevnt innledningsvis i pkt.8, er det flere hensyn som ligger bak reglene om sakskostnader. Sakskostnadsreglene er med på å påvirke hvorvidt en part evner å gå til retten med en sak, og hvilke prosesshandlinger og unnlaterer man foretar i den forbindelse. For parter i sin alminnelighet vil en erkjennelse av at brudd på prosessuelle plikter spiller inn for kostnadsfordelingen i saken, fungere preventivt. Tvistemålsutvalgets uttalte ønske om å fokusere på prosessøkonomi og utjevning av ulikheter hos partene, kan gjennomføres ved noe mer fleksibel bruk av sakskostnadsreglene. En innvending til dette er at for parter med særlig god økonomi, vil verken økte omkostninger for seg selv eller for motparten være noen alvorlig risiko. For en forretningsdrivende kan slike utgifter være del av den daglige drift, mens de for andre vil kunne være «meget følelige»¹⁹⁹ og i ytterste fall være et spørsmål om å være eller ikke være.

¹⁹⁸ Skoghøy, 2007, side 202

¹⁹⁹ NOU A, side 530, h.sp.

9 Litteraturliste

Lover

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

Lov 22.mai 1902 nr. 10 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) strl.

Lov 13. august 1915 nr.5 Lov om domstolene (domstolloven) dl.

Opphevede lover

Lov 13. august 1915 nr. 6 Lov om rettergangsmåten for tvistemål, (tvistemålsloven, opphevet) tvml.

Forskrifter

Forskrift til domstolloven kapittel 11, (Advokatforskriften)

Lovforarbeider

NOU 2001: 32 Bind A- Rett på sak

NOU 2001: 32 Bind B- Rett på sak

Ot.prp nr. 51 (2004-2005)

Juridiske bøker

Hov, Jo *Rettergang II*, Papinian 2010

Lie, Nils Erik *Parts- og vitneavhør i straffesaker og sivile saker*, 2.utgave 2012, Cappelen Damm Akademisk

Matningsdal, Magnus *Norsk spesiell strafferett*, Fagbokforlaget 2010

Mæland, Henry John *Kort Prosess*, 3.utgave, Justian, 2013

Robberstad, Anne *Sivilprosess*, 2.utgave, Fagbokforlaget, 2013

Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian og Øie, Toril M. *Tvisteloven Kommentارutgave*, Bind 1, 2.utgave, Universitetsforlaget, 2013

Schei, Tore, Bårdsen, Arnfinn, Nordén, Dag Bugge, Reusch, Christian og Øie, Toril M. *Tvisteloven Kommentارutgave*, Bind II, 2.utgave, Universitetsforlaget, 2013

Skoghøy, Jens Edvin A. *Tvisteløsning -Domstoler, søksmål, saksbehandling og bevis*, Universitetsforlaget, 2010

Strandberg, Magne *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget, 2012

Juridiske artikler

Bårdsen, Arnfinn og Nordén, Dag Bugge Nordén, *På talefot med tvisteloven*, Jussens Venner 2008 side 1-90

Eilertsen, Trond og Ristvedt, Per M., *Tvisteloven- sett fra et advokatperspektiv*, Tidsskrift for Forretningsjus nr. 1 2008, Gyldendal Akademisk

Monsen, Erik, *Bevistilgang til elektronisk lagret material*, Tidsskrift for forretningsjus 2007 side 194- 235

Mæland, Henry John, *Recent Development in the Relationship between Judge and Parties in Norwegian Courts*, (pkt. II, side 73) publisert i "Reforms of civil procedure in Germany and Norway" Edited by Volker Lipp and Halvard Haukeland Fredriksen, Mohr Siebeck 2011

Skoghøy, Jens Edvin A. *Ny tvistelov- noen hovedpunkter*, Lov og Rett side 195- 216

Strandberg, Magne *Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part*, Jussens Venner 2011 s.165-181

Rettsavgjørelser

Høyesterett, kjennelser

Rt. 2013 s. 338

Rt. 2012 s. 1819

Rt. 2011 s. 1294

Rt. 2011 s. 753

Rt. 2009 s. 334

Rt. 2009 s. 627

Høyesterett, dommer

Rt. 2012 s. 1985

Rt. 2011 s. 20

Rt. 2009 s. 1400

Rt. 1991 s. 1414

Lagmannsrettene, kjennelser

LB-2013-110864

LG-2012- 56976-1

LG- 2011- 79275

LB- 2010- 64451

LA-2008- 52830-1

Lagmannsrettene, dommer

RG-2010-1176

LB-2009-176026

Disiplinærutvalget/disiplinærnemnden for advokater

ADA-2013-15 Disiplinærutvalget for Aust- og Vest- Agder, Sør- Rogaland og Haugesund krets

ADA-2012-D94