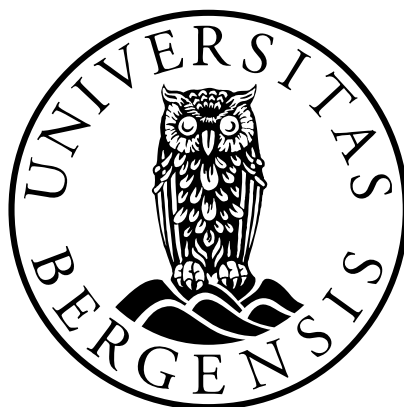


Spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6

Ved elektronisk lagret materiale

Kandidatnummer: 89

Antall ord: 14 457



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema og problemstilling.....	4
1.2 Avgrensninger	5
1.3 Begrepsavklaringer	6
1.4 Metode og kildebruk.....	7
1.5 Fremstillingen videre	9
2 Spesifikasjonskravets bakgrunn og utvikling.....	11
2.1 Fra tvistemålsloven til tvisteloven.....	11
2.2 De angloamerikanske ordningene «discovery» og «disclosure».....	12
3 De ulike elementene i tvl. § 26-6	14
3.1 Lovbestemmelsens oppbygning	14
3.2 Klarhetskravet.....	15
3.3 Gjenstandsbegrepet.....	16
4 Muligheter for bevis tilgang der spesifikasjonskravet ikke er oppfylt.....	17
4.1 Innledning.....	17
4.2 Rekvirentens adgang til å stille spørsmål om mulige bevis.....	17
4.3 Rekvirentens adgang til å gå skrittvis frem	20
4.4 Rettens adgang til å lempe på spesifikasjonskravet.....	22
5 Den konkrete vurderingen av spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd.....	25
5.1 Innledning.....	25
5.2 Rekvirenten vet ikke hva som finnes av bevis	25
5.3 Rekvirenten ber om «eventuelle» dokumenter	27
5.4 Rekvirenten viser til saksmappe eller lagringssted.....	28
5.5 Rekvirenten angir hva dokumentene gjelder	30
5.6 Vanskeligheter for rekviritus med å oppfylle pålegget	31
5.7 Begjæringer som krever tolkning og utøvelse av skjønn	32
5.8 Oppsummering	33
6 Forholdet mellom spesifikasjonskravet og forholdsmessighetskravet.....	35
6.1 Kort om proporsjonalitet og forholdsmessighet i bevis tilgangsretten.....	35

6.2	Skal mengden materiale det begjæres tilgang til, vektlegges under spesifikasjonsvurderingen?	36
6.3	Skal det at rekvirenten bidrar til fremleggelsen, vektlegges under spesifikasjonsvurderingen?	39
7	Har spesifikasjonskravet noen selvstendig betydning?	42
8	Avslutning	45
	Litteraturliste	47

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

En part som ønsker å få et krav avgjort av domstolene, må føre bevis som understøtter hans forståelse av de faktiske forhold. Relevant informasjon vil imidlertid ofte befinne seg hos motparten eller en tredjeperson. Under rettergangen er partene pålagt en grunnleggende sannhets- og opplysningsplikt, jf. tvisteloven § 21-4, som inneholder en plikt til å opplyse om og tilby bevis.¹ I tillegg inneholder tvl. § 5-3 en plikt til å opplyse om viktige bevis ved saksanlegg. Opplysningsplikten kan imidlertid komme i strid med partenes egeninteresser i saken. Reglene om bevis tilgang er derfor svært viktige i praksis, og en forutsetning for rettighetshåndhevelse for domstolene.²

Tvisteloven § 26-5 første ledd fastsetter en plikt for enhver til å stille gjenstander til rådighet som bevis. Det oppstilles tre hovedkrav for pålegg om bevis tilgang:³ For det første må beviset være «bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter».⁴ Relevanskravet følger av tvl. § 21-5, jf. § 21-1 og § 21-7. Videre må begjæringen om tilgang spesifiseres, jf. tvl. § 26-6, slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder. Til sist oppstilles et krav til forholdsmessighet, jf. tvl. § 26-5 tredje ledd.

Spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 gjelder ved begjæring om tilgang til realbevis. Etter at informasjonsteknologien (IT) begynte å dominere i det praktiske liv, er det en naturlig konsekvens at begjæring om bevis tilgang i stadig større grad vil gjelde elektronisk lagret materiale. Data blir kontinuerlig generert, kommunisert og lagret, og lagringskapasiteten har reelt sett ingen fysiske begrensninger. Bruk av e-post og videochattjenester har i stor grad erstattet kommunikasjon via brev og telefon, og kommunikasjonen skjer både hyppigere og mindre formelt. Den som sitter på informasjonen, har ikke nødvendigvis oversikt over hva som er lagret, og selv med utstrakte muligheter for søk og sortering kan prosessen med å fremlegge bevis medføre betydelig tidsbruk og økte kostnader. Dette illustreres av en avgjørelse fra 2019, der det ble krevd tilgang til omfattende mengder elektronisk lagret

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

² Rt. 2010 s. 774 avsnitt 57.

³ HR-2019-997-A avsnitt 29.

⁴ Rt. 2013 s. 817 avsnitt 9 og HR-2019-997-A avsnitt 56.

materiale. Selv om materialet kunne søkes frem, ville arbeidet med å oppfylle pålegget ta 12 måneder, kreve ti årsverk og koste 11,7 millioner kroner.⁵

Til tross for at begjæringer om bevistilgang fremsettes svært ofte i det praktiske rettsliv, gir tvisteloven og forarbeidene begrenset veiledning for den nærmere tolkningen av spesifikasjonskravet.⁶ Den som ønsker tilgang til elektronisk lagret materiale, møter derfor enkelte særlige problemstillinger. Lagringsmulighetene og det enorme omfanget av materiale det i utgangspunktet kan begjæres tilgang til, skaper en risiko for at sentrale bevis drukner i mengden. Samtidig er gjenstandsbegrepet i tvl. § 26-5 første ledd mindre egnet for elektronisk lagret materiale. I tillegg må spesifikasjonskravet anvendes på en måte som tar hensyn til de praktiske utfordringene med å spesifisere, sortere ut og fremlegge materialet.

Oppgaven omhandler innholdet i og omfanget av spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 ved begjæring om tilgang til elektronisk lagret materiale. Problemstillingen som reises, er hvordan spesifikasjonskravet skal tolkes og anvendes der bevismaterialet i hovedsak er lagret elektronisk.

1.2 Avgrensninger

Fremstillingen begrenses til å behandle spesifikasjonskravet ved begjæring om bevistilgang under dispositive saker for de alminnelige domstolene, der partene har fri rådighet over sakens gjenstand. I indispositive saker har retten en særlig plikt til å sørge for et forsvarlig faktagrunnlag, jf. tvl. § 21-3 andre ledd. Vurderingen av bevistilgang stiller seg derfor annerledes, selv om partene har ansvaret for bevisføring og behov for bevistilgang også i slike saker. Videre begrenses fremstillingen til saker etter reglene om allmennprosess, fordi reglene om småkravsprosess legger opp til rimeligere og hurtigere saksbehandling med en mer begrenset bevisføring, og dermed en mer begrenset bevistilgang.

I fremstillingen skilles det ikke mellom bevistilgang overfor private og det offentlige, såfremt begjæringen er forankret i tvisteloven kapittel 26. Dersom et dokumentbevis befinner seg hos et offentlig organ, kan parten tidvis komme lenger ved å påberope seg offentlighetsloven eller forvaltningslovens bestemmelser, men kravene til spesifisering stiller seg annerledes der slike

⁵ HR-2019-997-A avsnitt 49.

⁶ Se for eksempel Backer (2020) s. 323, som skriver at det er «nokså uklart hvilket krav det stilles til spesifisering».

regler påberopes.⁷ Det kan imidlertid oppstå behov for bevis tilgang etter tvistelovens bestemmelser også i saker der det offentlige er part, eksempelvis ved brudd på arkiveringsregler eller for informasjon som faller utenfor arkiveringsplikten.

Virkningene av manglende oppfyllelse av pålegg om bevis fremleggelse behandles ikke. Selv om fremleggelsespålegg i dispositive saker ikke kan tvangsfullbyrdes, kan manglende oppfyllelse anses som fravær i saken eller få andre konsekvenser for parten ved at det tillegges betydning i bevisvurderingen.⁸ Problemstillingen oppstår imidlertid først etter at spesifikasjonskravet er oppfylt, og den begjærende part er gitt medhold i kravet om bevis tilgang.

Spesifikasjonskravet gjelder også ved begjæring om svar på spørsmål og utarbeidelse av sammenstillinger og utdrag etter tvl. § 26-5 andre ledd. Fremstillingen begrenser seg til å behandle begjæring om pålegg om å svare på spørsmål der spesifikasjonskravet for bevis tilgang etter tvl. § 26-5 første ledd ikke er oppfylt. Plikten til å utarbeide sammenstillinger kan ses som en alternativ form for bevis tilgang, og spesifikasjonskravet er i stor grad sammenfallende som ved ordinær bevis tilgang etter første ledd.⁹

1.3 Begrepsavklaringer

Begrepene bevis og bevis tilgang er ikke definert i tvisteloven, selv om begrepene benyttes. Et *bevis* kan defineres som «opplysninger som tilsier at et bestemt faktum foreligger eller ikke foreligger.»¹⁰ Ordlyden *bevis tilgang* impliserer at partene får tilgang til bevis de ikke har hånd om, slik at disse kan føres for retten. Bevisene skal bidra til å sannsynliggjøre fakta som er relevante for utfallet av saken, og fremlegges i form av et *bevismiddel*. Bevismiddelet er det medium som bærer den konkrete informasjonen.¹¹ Elektronisk lagret materiale inngår i kategorien *realbevis*, jf. tvl. § 26-1.

⁷ Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker §§ 18 og 19 og lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd § 3. Se Schei mfl. (2019), lovkommentar til tvl. § 26-6, note 3, om forholdet mellom tvl. § 26-6 og fvl. §§ 18 og 19.

⁸ Tvl. § 16-7 andre ledd og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 478.

⁹ Ved pålegg om utarbeidinger kan særlig forholdsmessigheten av pålegget der materialet er lagret digitalt, være problematisk. Se Hjort (2016) s. 129–133 for en behandling av temaet.

¹⁰ Robberstad (2013) s. 234.

¹¹ Strandberg (2012) s. 50.

Anmodninger om tilgang til bevis fremsettes ofte som *provokasjoner* til motparten. Begrepet benyttes ikke i tvisteloven, men er innarbeidet i det praktiske rettsliv. Dersom provokasjonen avslås, kan parten kreve bevis tilgang etter tvistelovens regler, i form av en *begjæring om bevis tilgang*.¹² Plikten til å fremlegge skriftlige bevis etter pålegg fra retten betegnes ofte som *edisjonsplikten*.¹³ Begrepet er imidlertid fraværende i tvisteloven, og benyttes derfor ikke i fremstillingen. For å forenkle fremstillingen vil begrepet *rekvirent* brukes om den som begjærer bevis tilgang, og begrepet *rekvisitus* om den begjæringen retter seg mot, enten dette er motparten eller en tredjeperson.¹⁴ Der begrepene *parten* og *motparten* benyttes, er dette i relasjon til fremleggelsestvisten, og ikke den underliggende tvisten.

Spesifikasjonskravet drøftes her i relasjon til elektronisk lagret materiale. Ordlyden «elektronisk lagret materiale» i tvl. § 26-1 gir ingen annen avgrensning enn at materialet må befinne seg på et elektronisk lagringsmedium. Forarbeidene definerer ikke begrepet, men bruker det synonymt med «elektronisk lagret informasjon».¹⁵ Informasjonen kan eksempelvis være lagret på datamaskinens harddisk, en tilknyttet nettverksserver (herunder såkalt «skylagring»), eller på backup-bånd og speildisker, både hos brukeren og/eller en ekstern tjenestetilbyder.

Elektronisk lagring kan skje både gjennom analoge og digitale lagringsteknikker.¹⁶ Digitale lagringsteknikker har i hovedsak overtatt for analoge, og bevis tilgang til digitalt materiale er derfor det mest aktuelle. Fremstillingen vil ta utgangspunkt i formuleringen «elektronisk lagret materiale» i tvl. § 26-1, med fokus på de særlige problemstillingene tilknyttet materiale som er lagret digitalt.

1.4 Metode og kildebruk

Fremstillingen er hovedsakelig av rettsdogmatisk karakter, og bygger på tradisjonell juridisk metode. Likevel er det enkelte særtrekk. Selv om tvl. § 26-6 har vært i kraft i 13 år, er det begrenset med høyesterettspraksis som i særlig grad behandler bestemmelsen. I tillegg er

¹² Bevis tilgang kan også skje gjennom bevisopptak og sikring (tvl. kapittel 27–28 A), som ikke behandles her.

¹³ Tradisjonelt skilles det mellom en materiell og prosessuell edisjonsplikt, men førstnevnte faller utenfor fremstillingen. Se om skillet i NOU 2001: 32 s. 977 og Hjort (2016) s. 41 flg.

¹⁴ Begrepene lånt fra Hjort (2016) s. 22.

¹⁵ NOU 2001: 32 s. 977 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 466.

¹⁶ Analog elektronikk er elektroniske systemer med kontinuerlige endringer i strøm og spenning, mens digital elektronikk har informasjonen lagret binært som tallverdiene 1 og 0. Digital elektronikk åpner dermed for særlige muligheter til å komprimere informasjon.

problemstillingene rundt elektronisk lagrede bevis i liten grad drøftet i forarbeidene, og ikke drøftet særskilt under spesifikasjonskravet. Dette skaper noen rettskildemessige utfordringer.

Et første spørsmål er hvilken betydning overordnede normer i Grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon har for retten til bevis tilgang.¹⁷ Verken Grunnloven eller EMK inneholder eksplisitte bestemmelser om bevis tilgang, men Grl. § 95 og EMK art. 6 berører problemstillingen. Grunnloven § 95 om retten til en rettferdig rettergang er knapp i sin ordlyd, og bestemmelsen skal tolkes i lys av EMDs praksis.¹⁸ Fra retten til en «fair trial» etter EMK art. 6 kan det utledes et krav til «equality of arms» og en rett til «access to court».¹⁹ For at tilgangen til domstolene skal være reell, må parten ha en viss mulighet for tilgang til bevis av betydning for saken, selv om de er i en annens besittelse.²⁰ Denne retten er imidlertid ikke ubegrenset, og statene er gitt atskillig skjønnsmyndighet blant annet hva gjelder kravet til spesifikasjon.²¹ Tvisteloven anses å gå lenger i å gi partene bevis tilgang enn hva som kreves etter EMDs praksis.²² Grunnloven § 95 og EMK art. 6 setter dermed ikke begrensninger for tolkningen og anvendelsen av spesifikasjonskravet i den sammenheng det drøftes her.²³

Spesifikasjonskravet er utviklet gjennom rettspraksis, og denne praksisen er rikholdig etter tvistemålsloven.²⁴ Det lovtekniske skillet i tvisteloven § 26-6 mellom hovedregelen i første ledd og lempningsadgangen i andre ledd, sammen med liberaliseringen av kravet som forutsettes i forarbeidene,²⁵ gjør imidlertid at avgjørelser fra tvistemålsloven ikke ukritisk kan legges til grunn for forståelsen av kravet.

I hvilken grad avgjørelser fra tvistemålsloven har betydning for tolkningen av spesifikasjonskravet etter tvisteloven, beror på i hvor stor grad tvisteloven endrer kravets innhold. I forarbeidene er det benyttet formuleringer som at kravet er «noe mindre strengt», «bør lempes» og at det åpnes for «noe større grad» av dokumentinnsyn sammenlignet med

¹⁷ Kongeriket Norges grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.) og Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953, (Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen – EMK).

¹⁸ Dokument 16 (2011–2012) s. 122 og HR-2020-2079-P avsnitt 18.

¹⁹ Se bl.a. *Golder v. United Kingdom* [P], no. 4451/70, Series A no. 18, 21 February 1975 para. 36 og *Voloshyn v. Ukraine* [J], no. 15853/08, 10 October 2013, para. 31.

²⁰ NOU 2001: 32 s. 174.

²¹ Loc. cit.

²² Hjort (2016) s. 103.

²³ For en grundigere drøftelse av Grl. § 95 og EMK artikkel 6 sin betydning ved spørsmål om bevis tilgang, se Hjort (2016) s. 100 flg.

²⁴ Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven – tvml.).

²⁵ NOU 2001: 32 s. 465.

tvistemålsloven, men også at kravet videreføres «slik [det] er tolket i nyere rettspraksis».²⁶ Bruken av eldre rettspraksis varierer også i juridisk teori.²⁷

Etter tvisteloven er det foreløpig kun to avgjørelser fra Høyesterett der spesifikasjonskravet behandles særskilt, slik at praksis i stor grad skriver seg fra lagmannsrettene.²⁸ Høyesterett har imidlertid benyttet rettspraksis fra tvistemålsloven ved vurderinger etter tvisteloven.²⁹ For å avklare innholdet av spesifikasjonskravet tar fremstillingen utgangspunkt i disse avgjørelsene, i den grad de gir uttrykk for rettstilstanden i dag, sammen med praksis fra lagmannsretten etter tvisteloven. Lagmannsrettspraksis brukes i hovedsak som illustrasjonsmateriale, men også for å underbygge at momenter som ble vektlagt under tvistemålsloven, fremdeles kan ha relevans i praksis.

Lovteksten og forarbeidene, sammen med den begrensede rettspraksisen, etterlater et skjønn for den nærmere tolkningen av spesifikasjonskravet. Hensynsbetraktninger benyttes derfor i fremstillingen for å avklare spesifikasjonskravets nærmere innhold. Norsk sivilprosess er basert på enkelte grunnprinsipper og målsetninger som skal bidra til en rettferdig, forsvarlig og tillitsskapende rettsbehandling, og flere av disse er sentrale for spørsmålet om bevisstilgang.³⁰ Kun prinsippene som tjener fremstillingens formål trekkes inn i vurderingen. Den terminologiske diskusjonen om begrepet «hensyn» eller «prinsipp» er mest korrekt, og hvor mange hensyn eller prinsipper som fortjener en slik betegnelse, behandles ikke.³¹

1.5 Fremstillingen videre

For å avklare spesifikasjonskravets innhold, er det sentralt å se på regelens tilblivelse og utvikling. Dette utgjør bakteppet for den rettsdogmatiske fremstillingen av regelens ulike vilkår og elementer i kapittel 3. Behovet for at saken skal bli forsvarlig opplyst tilsier at rekvisiten gis visse muligheter for bevisstilgang også der begjæringen i første omgang ikke er

²⁶ NOU 2001: 32 s. 116 og 465 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 467.

²⁷ Hjort (2016) s. 134 mener at avgjørelsene fra tvistemålsloven i liten grad er relevant. Schei mfl. (2019), lovkommentar til tvl. § 26-6, benytter i større grad avgjørelser fra tvistemålsloven under drøftelsen av spesifikasjonskravet. Mæland (2013) s. 188 legger seg et sted imellom, og uttaler under henvisning til forarbeidene at kravet skal tolkes i samsvar med nyere praksis rundt tvml. § 253.

²⁸ HR-2019-997-A og HR-2012-1004-F. Sistnevnte gjaldt begjæring om dokumentasjon av en rettslig påstand, noe som ikke tilfredsstilte spesifikasjonskravet.

²⁹ HR-2019-997-A avsnitt 68–69.

³⁰ For en fremstilling av sivilprosessens grunnprinsipper se bl.a. Pedersen og Skoghøy (2020) s. 203 flg., Robberstad (2013) s. 6 flg., Backer (2020) s. 96 flg. og Hjort (2016) s. 64 flg.

³¹ Se om diskusjonen i Hjort (2016) s. 65–66 og Backer (2020) s. 96.

tilstrekkelig spesifisert. Disse fremgangsmåtene presenteres i kapittel 4. Anvendelsen av spesifikasjonskravet analyseres i lys av enkelte typetilfeller i kapittel 5. Deretter vil enkelte særskilte problemstillinger, knyttet til forholdet mellom spesifikasjonskravet og forholdsmessighetskravet, drøftes i kapittel 6. Dette foranlediger en vurdering av hvilken selvstendig betydning spesifikasjonskravet har i dag, som behandles i kapittel 7.

2 Spesifikasjonskravets bakgrunn og utvikling

2.1 Fra tvistemålsloven til tvisteloven

Reglene om tilgang til skriftlige bevis fulgte tidligere av tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2, som var atskillig enklere og mer begrenset enn tvistelovens regler. Grunnvilkårene var at dokumentet kunne tjene som bevis i saken, jf. tvml. § 189 nr. 1, og at informasjonen ikke var unntatt etter reglene om vitnesbyrd, jf. § 250 første ledd og enkelte ulovfestede regler.³²

Tvistemålsloven inneholdt ikke noe eksplisitt krav til individualisering, men kravet ble tidlig utviklet av Høyesterett med utgangspunkt i tvml. § 253.³³ Etter bestemmelsen måtte den som krevde et bevis fremlagt, «saavidt mulig opgi innholdet av det». Det ble derfor krevd at begjæringen gjaldt ett eller flere bestemt angitte dokumenter, og tilgang *en bloc* til en samling av dokumenter ble nektet.³⁴ Avgjørelsene om bevis tilgang omhandlet normalt spørsmålet om bevisets relevans og individualisering, og kravet ble avslått dersom begjæringen ikke var tilstrekkelig individualisert til at domstolen kunne avklare om dokumentet hadde bevisverdi.³⁵

De senere årene før tvisteloven viste Høyesterett derimot en mer fleksibel tilnærming, der det særlig ble vektlagt hvilke muligheter for individualisering som forelå i den konkrete sak.³⁶ Hensynet til sakens opplysning og kostnadene ved å gi bevis tilgang ble i større grad trukket inn i vurderingen, og det ble ansett som tilstrekkelig dersom dokumentene var beskrevet slik at det fremgikk rimelig klart hvilke dokumenter kravet gjaldt.³⁷ Det var likevel ubestridt at såkalte «fisketurer» etter relevante bevis ikke var tillatt.³⁸

Tvistemålsutvalget ønsket større åpenhet om og tilgang til bevis enn tvistemålsloven åpnet for.³⁹ For å oppnå dette ble partenes sannhets- og opplysningsplikt lovfestet i tvl. § 21-4, plikten til å svare på spørsmål i tvl. § 26-5 andre ledd, og spesifikasjonskravet ble til en viss

³² Se bl.a. Rt. 1977 s. 363 og Rt. 1980 s. 711.

³³ Rt. 1936 s. 977.

³⁴ Se for eksempel Rt. 1936 s. 977, Rt. 1959 s. 379, Rt. 1962 s. 188 og Rt. 1962 s. 367.

³⁵ Se Rt. 1959 s. 379 og Rt. 1962 s. 367.

³⁶ Se for eksempel Rt. 1992 s. 962 og Rt. 2001 s. 1113.

³⁷ Rt. 1998 s. 58.

³⁸ Se bl.a. Rt. 1999 s. 493 der tilgang ble nektet fordi begjæringen fremsto som en «nokså ubestemt leting etter eventuelle dokumenter av interesse».

³⁹ NOU 2001: 32 s. 465.

grad liberalisert og lovfestet i tvl. § 26-6. Disse elementene illustrerer et skifte av fokus fra partenes frihet til å disponere over saken, til målsetningen om å komme frem til flest mulig materielt riktige avgjørelser.⁴⁰

Ved vurderingen av hvor strengt spesifikasjonskravet i tvisteloven skulle være, tok Tvistemålsutvalget utgangspunkt i den mer fleksible tilnærmingen i Høyesterett de senere årene før tusenårsskiftet.⁴¹ Utvalget ønsket å lempe på kravet sammenlignet med tvistemålsloven, men samtidig ivareta hensynene som taler mot en for vidtgående dokumenttilgang.⁴²

2.2 De angloamerikanske ordningene «discovery» og «disclosure»

Et sentralt spørsmål for Tvistemålsutvalget var hvor langt reglene om bevis tilgang skulle gå for å oppnå målsetningen om flest mulig materielt riktige avgjørelser. De angloamerikanske ordningene «discovery» og «disclosure» ble drøftet inngående, men utvalget fant at det ikke var ønskelig med en tilsvarende ordning i norsk rett, fordi slike vidtgående regler ville «bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også kostnads-effektiv – sivilprosess.»⁴³ For å avklare spesifikasjonskravets innhold og rekkevidde er det derfor relevant å se på disse ordningene, og hvor langt de rekker.

Begrepet «discovery» brukes i amerikansk sivilprosess om adgangen og metodene en part, eventuelt potensiell part, har til å oppnå tilgang til bevis av betydning for sin sak.⁴⁴ Ordningen avklarer tvistespørsmål og gir tilgang til bevismateriale, men medfører også økte omkostninger og forsinker sakens fremdrift. Reglene rekker svært langt, og har blitt tolket vidt i rettspraksis.⁴⁵ De vanligste formene for «discovery» er skriftlige spørsmål til motparten som besvares under ed, anmodninger om å imøtekomme påstander eller fakta, anmodninger om fremleggelse av dokumenter eller fysiske bevis, og utspørring av vitner under ed foran en protokollfører.⁴⁶

⁴⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 170 og Hjort (2016) s. 73.

⁴¹ NOU 2001: 32 s. 980.

⁴² Ibid. s. 465.

⁴³ NOU 2001: 32 s. 465 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 208.

⁴⁴ NOU 2001: 32 s. 461.

⁴⁵ Loc. cit.

⁴⁶ Larson (2018).

I engelsk rett ble «discovery»-systemet erstattet med et nytt system kalt «disclosure» i 1999. De nye reglene skiller mellom retten til å opplyse om bevis, «disclosure», og retten til å gi tilgang til bevis, «inspection», selv om de som regel er sammenfallende.⁴⁷ Utgangspunktet er at partene etter rettens beslutning skal informere motparten om alt som kan tenkes å være relevant for saken, uavhengig av om informasjonen er til støtte for parten selv eller motparten.⁴⁸ I tillegg skal partene foreta rimelige undersøkelser for å finne relevante dokumenter.⁴⁹ Dette innebærer at alt partene har hånd om som kan utgjøre bevis, gjennomgås og undersøkes, og motparten gis anledning til innsyn i dokumentene og å ta kopier av det han mener har verdi for saken.

Twistemålsutvalget lot seg inspirere av den engelske ordningen, men ønsket ikke å gå like langt. Det ble vektlagt at den norske ordningen også i høy grad skal ivareta hensynet til prosessøkonomi og hurtighet, og at det derfor burde gis regler som sikrer innsyn og åpenhet rundt bevisene, men som unngår de største ulempene.⁵⁰ Spesifikasjonskravet må tolkes i lys av dette, særlig hva gjelder lempningsadgangen i tvl. § 26-6 andre ledd.⁵¹

⁴⁷ NOU 2001: 32 s. 463 og Hjort (2016) s. 64.

⁴⁸ CPR 31.6.

⁴⁹ CPR 31.7.

⁵⁰ NOU 2001: 32 s. 142 og 455.

⁵¹ NOU 2001: 32 s. 465.

3 De ulike elementene i tvl. § 26-6

3.1 Lovbestemmelsens oppbygning

Twisteloven § 26-6 regulerer hvordan en part må utforme en begjæring om tilgang til bevis han selv ikke har hånd om, og er styrende for hvor tett tvistelovens modell ligger opp mot de angloamerikanske ordningene med «discovery» og «disclosure». Bestemmelsen består av en hovedregel i første ledd og en adgang til lemping av kravet i andre ledd:

- (1) En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder
- (2) Retten kan lempe på kravet til spesifisering dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis

Hovedregelen i første ledd viderefører individualiseringskravet etter tvml. § 253 første ledd, slik bestemmelsen var tolket i nyere rettspraksis før tvisteloven.⁵² Begrepet «spesifiseres» belyser imidlertid i større grad at det sentrale er at materialet som sådan defineres, heller enn at hvert enkelt dokument angis bestemt. Formålet tilsier en slik tolkning: Spesifikasjonskravet skal dels gi rekvisitus tilstrekkelig grunnlag for å vite hvilket materiale han pålegges å gi tilgang til, og dels gi retten mulighet til å vurdere om begjæringen gjelder materiale som kan utgjøre bevis i den konkrete saken.⁵³

Lempningsregelen i § 26-6 andre ledd var ny med tvisteloven, og er begrunnet i behovet for at saken skal bli forsvarlig opplyst.⁵⁴ Bestemmelsen gir retten adgang til å lempe på spesifikasjonskravet dersom dette er «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme» og det er en «nærliggende mulighet» for at kravet kan gi tilgang til bevis. Etter lovbestemmelsens oppbygning må man først ha konkludert med at spesifikasjonskravet i første ledd ikke er oppfylt, og deretter vurdere om de kumulative vilkårene for lemping i bestemmelsens andre ledd er oppfylt. Ordlyden «kan» innebærer at domstolene er gitt en skjønnsmyndighet ved avgjørelsen av lempningsspørsmålet, selv om vilkårene for lemping er oppfylt.⁵⁵

⁵² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 467.

⁵³ Schei mfl. (2019) lovkommentar til § 26-6, note 2.1.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 467.

⁵⁵ Schei mfl. (2019) lovkommentar til § 26-6, note 4.

3.2 Klarhetskravet

Begjæringen om bevis tilgang skal gjøre det «klart» hvilke bevisgjensstander kravet gjelder, jf. tvl. § 26-6 første ledd. Begrepet «klart» er synonymt med «tydelig» eller «åpenbart», noe som tilsier at det ikke skal være tvil om hvilket elektronisk materiale som omfattes.⁵⁶

Klarhetsbegrepet kan likevel sies å være en glideskala, fra noe som lett kan forstås, til noe som ikke er mulig å misforstå. At kravet er relativt illustreres av at det må ses i lys av muligheten for å foreta en nærmere individualisering, og at det ikke kan stilles så høyt at det kan hindre klarlegging av faktiske forhold av betydning for saken.⁵⁷ Høyesterett har brukt formuleringer som «rimelig klart» og «ikke [...] nevneverdig tvil», men også påpekt at det tidvis stilles «beskjedne krav til spesifisering» ut fra sakens omstendigheter.⁵⁸ Samlet sett tilsier dette at det vanskelig kan gis noe definitivt svar på hvor spesifisert en begjæring må være for at bevis tilgang gis i den enkelte sak, men at vurderingen må foretas konkret.

Tvistemålsutvalget la til grunn at tvl. § 26-6 første ledd opprettholder kravet til spesifisering «for begjæringer det er mulig å spesifisere slik», men at kravet skal forstås i samsvar med nyere og noe mer imøtekommende praksis.⁵⁹ Et krav om fullstendig angivelse av det aktuelle beviset vil hindre en best mulig saksopplysning, men utvalget ønsket samtidig ikke å åpne for en ubestemt leting etter bevis. Kravet må videre ses i sammenheng med tvl. § 26-6 andre ledd: Lempningsadgangen der det er uforholdsmessig vanskelig å angi materialet tilstrekkelig klart, tilsier at klarhetskravet i bestemmelsens første ledd må anvendes noenlunde strengt.

Klarhetskravet tilsier dermed at det bestemt må angis hvilket materiale rekvirenten krever tilgang til. Dette lar seg forholdsvis enkelt gjøre der parten kjenner til bevis som befinner seg hos motparten eller en tredjeperson. Bevis tilgangsreglene er imidlertid også innrettet mot å avdekke bevis som ikke er kjent for begge parter. I slike tilfeller er det vanskelig for den begjærende part å angi klart hvilket materiale han ønsker fremlagt, og han må forsøke å spesifisere begjæringen så langt som mulig.

⁵⁶ Definisjon hentet fra Det norske akademis ordbok, <https://naob-no/ordbok/klar>.

⁵⁷ Jf. bl.a. NOU 2001: 32 s. 980 og HR-2019-997-A med henvisning til Rt. 2007 s. 920.

⁵⁸ Rt. 2004 s. 1467 avsnitt 23, Rt. 2004 s. 442 avsnitt 31 og Rt. 1998 s. 484, på s. 487.

⁵⁹ NOU 2001: 32 s. 980.

3.3 Gjenstandsbegrepet

Klarhetskravet knytter seg til «hvilke bevisgjensstander kravet gjelder», jf. § 26-6 første ledd. Ordlyden «bevisgjensstander» er imidlertid mindre egnet for elektronisk lagret materiale. Informasjon som er lagret elektronisk, er vanskelig å avgrense som en konkret mengde, og kan være spredt på flere filer og lagringsenheter. Mens fysiske gjensstander har en definert avgrensning, vil elektronisk materiale være en mer ubestemt samling av informasjon. Informasjonen som etterspørres, trenger heller ikke å være knyttet til en fysisk informasjonsbærer.⁶⁰

Reglene om bevis tilgang er begrunnet i ønsket om at rettsbehandlingen skal resultere i et materielt riktig resultat.⁶¹ Flere og sikrere bevis øker sannsynligheten for at det faktum retten legger til grunn, stemmer overens med virkeligheten, noe som taler for en vidtrekkende bevis tilgang.⁶² For at målsetningen om at flest mulig materielt riktige avgjørelser skal oppnås, må gjenstandsbegrepet tolkes på en måte som tar hensyn til at elektronisk lagrede bevis ikke nødvendigvis utgjør en gjenstand slik begrepet benyttes i dagligtalen. Tvistemålsutvalget presiserte nettopp at gjenstandsbegrepet skal tolkes vidt, og at det ikke er begrenset til fysiske gjensstander.⁶³ Dette innebærer at spesifiseringen ofte må rette seg til informasjonen eller materialet som sådan, heller enn en klar angivelse av mediet informasjonen befinner seg på.

Formålet bak spesifikasjonskravet er som nevnt at motparten skal vite hvilket materiale han må fremlegge for å oppfylle pålegget, og at retten skal kunne vurdere om kravene til relevans og forholdsmessighet er oppfylt. En vid forståelse av gjenstandsbegrepet er ikke til hinder for at spesifikasjonskravet oppfyller dette formålet. En beskrivelse av den konkrete informasjonen rekvirenten ønsker fremlagt, vil ofte gi motparten tydeligere anvisninger om hvilket materiale han må fremlegge enn at rekvirenten angir hvilket lagringsmedium informasjonen befinner seg på. I tillegg kan retten vurdere om den konkrete informasjonen som etterspørres, er egnet til å belyse sakens faktiske sider.

⁶⁰ Se Hjort (2016) s. 117–120 for en analyse av gjenstandsbegrepet ved digitale bevis.

⁶¹ Se bl.a. NOU 2001: 32 s. 650 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 36.

⁶² Se mer utfyllende om prinsippet i Hjort (2016) s. 68–70, Robberstad (2013) s. 11–13 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 203 flg.

⁶³ NOU 2001: 32 s. 977.

4 Muligheter for bevis tilgang der spesifikasjonskravet ikke er oppfylt

4.1 Innledning

Bevistilgangsreglene skal blant annet bidra til å hindre at bevis som er kjent, holdes skjult for motparten. Dersom begge partene vet hvilke potensielle bevis den andre sitter på, skaper ikke spesifikasjonskravet særskilte problemer. Spesifikasjonskravet kan imidlertid innebære at en part som mangler tilstrekkelig kjennskap til bevismateriale hos motparten, ikke får tilgang til bevis av betydning for saken. Hensynet til en mest mulig fullstendig saksopplysning tilsier at rekvirenten bør ha visse muligheter for bevis tilgang også der han ikke har tilstrekkelig kjennskap til bevismaterialet til å oppfylle spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd.

Tvisteloven åpner for tre ulike fremgangsmåter for bevis tilgang etter tvl. § 26-5 første ledd der rekvirenten ikke kan spesifisere materialet i tilstrekkelig grad. Parten kan stille spørsmål til motparten om mulige bevisgjenstander, han kan gå skrittvis frem med mer begrensede begjæringer, og retten kan anvende lempningsregelen i tvl. § 26-6 andre ledd. De tre fremgangsmåtene vil bli presentert og drøftet i punkt 4.2 til 4.4.

4.2 Rekvirentens adgang til å stille spørsmål om mulige bevis

Der tilstrekkelig spesifisering ikke er mulig, typisk fordi rekvirenten ikke kjenner til materialet, kan han benytte adgangen til å få svar på spørsmål i tvl. § 26-5 andre ledd første punktum. Bestemmelsen fastsetter at partene og andre, «for å gjennomføre plikten etter første ledd», kan «pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse».

Bestemmelsen kan ses som et utslag av sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4, og er ment å tilrettelegge for større åpenhet om bevismateriale partene har hånd om.⁶⁴ Pålegg om å besvare spørsmål kan særlig komme til hjelp der rekvisitus avslår provokasjonen som en «fisketur» etter relevante bevis. Rekvirenten kan i slike tilfeller stille spørsmål om materialet,

⁶⁴ NOU 2001: 32 s. 979 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 467.

herunder spørsmål som forutsetter undersøkelser. Basert på svarene han får, kan han i større grad spesifisere en begjæring om tilgang til de aktuelle bevisene, dersom tilgang fremdeles er nødvendig.

Et pålegg om å svare på spørsmål forutsetter på samme måte som for begjæringer om bevis tilgang at spørsmålene gjelder *bevisgjenstander*, og en part kan ikke i medhold av bestemmelsen kreve svar på generelle spørsmål.⁶⁵ Dette er naturlig, all den tid bestemmelsen er ment å effektivisere retten til bevis tilgang som følger av § 26-5 første ledd.⁶⁶

Problemstillingen rundt gjenstandsbegrepet i tvl. § 26-6 første ledd gjør seg imidlertid gjeldende også ved spørsmål om elektronisk lagret materiale. Spørsmål som ikke er knyttet til en bestemt gjenstand, kan lett flyte over til mer generelle spørsmål om informasjonen som ønskes, noe som igjen kan skape en uklar grense mot partsforklaringer.⁶⁷

Den utvidede tolkningen av gjenstandsbegrepet i tvl. § 26-6 første ledd, sammen med formålet med å effektivisere bevis tilgangsreglene, tilsier at ordlyden «om han kjenner til bevisgjenstander» må tolkes vidt.⁶⁸ Dette kan illustreres av en sak for Gulating lagmannsrett som gjaldt anke over pålegg om å redegjøre for de ankende parters tilhørighet og aktivitet i en fagforening.⁶⁹ Pålegget gjaldt utarbeidelse av en sammenstilling etter § 26-5 andre ledd andre punktum, men også denne plikten knytter seg til «bevisgjenstander», og begge bestemmelsene er ment å effektivisere bevis tilgangen etter § 26-5 første ledd. De konkrete opplysningene fantes ikke i form av dokumenter eller elektronisk lagrede opplysninger. Lagmannsretten fant likevel at dette ikke var avgjørende, og mente at partene kunne fremskaffe de aktuelle opplysningene uten nevneverdig arbeid, for deretter å utarbeide en skriftlig redegjørelse i tråd med tingrettens pålegg.

Bestemmelsen må dermed tolkes slik at spørsmål om elektronisk lagret informasjon må godtas, også der spørsmålene ikke retter seg mot et konkret lagringsmedium. Dersom parten får svar på mer generelle spørsmål om elektronisk lagret materiale, har han et bedre grunnlag for å stille mer konkrete spørsmål om kjennskap til bevisgjenstander eller bestemt informasjon.

⁶⁵ LB-2018-104478.

⁶⁶ NOU 2001: 32 s. 970.

⁶⁷ Se mer om problemstillingen i Hjort (2016) s. 120.

⁶⁸ I samme retning Monsen (2007) s. 214.

⁶⁹ LG-2013-5970.

Spesifikasjonskravet gjelder også ved spørsmålsstillelse etter tvl. § 26-5 andre ledd. Dette følger av ordlyden «for å gjennomføre plikten etter første ledd», og at spesifikasjonskravet etter § 26-6 gjelder «en begjæring om tilgang til *eller spørsmål om* realbevis» (min kursivering). I forarbeidene blir det fremhevet at spørsmålene må konkretiseres «så langt praktisk mulig», eksempelvis gjennom å angi en kategori av dokumenter.⁷⁰ Tilsvarende som ved krav om bevis tilgang, må spørsmålene dermed spesifiseres slik at motparten vet hva han skal svare på, og retten kan vurdere om kravene til relevans og forholdsmessighet er oppfylt.

Samtidig er det ofte behov for en del bakgrunnskunnskap for å kunne spesifisere spørsmål om elektronisk lagrede bevis. Dersom retten til å stille spørsmål rent faktisk skal kunne effektivisere bevis tilgangen, og dermed bidra til det faktiske avgjørelsesgrunnlaget, må plikten til å besvare spørsmål gå noe lenger enn plikten til å gi tilgang.⁷¹ Dette tilsier at klarhetskravet må tolkes noe lempeligere ved spørsmålsstillelse. På den annen side er det begrenset hvor mye man kan slippe opp på klarhetskravet uten å nærme seg en ordning med «disclosure» og «discovery». Den begjærende part må ha visse holdepunkter for at det finnes relevante bevis hos motparten, men tvl. § 26-5 andre ledd kommer til hjelp der han ikke er sikker, eller ikke har tilstrekkelig kjennskap til å spesifisere beviset i tilstrekkelig grad.⁷² Dersom spørsmålene forutsetter undersøkelser, bør rekvirenten i tillegg spesifisere undersøkelsene så langt som mulig, eksempelvis ved å angi lagringsmedium eller stikkord for søket.

I Rt. 2007 s. 920 krevde rekvirenten fremlagt flere kontoutskrifter fra flere konti i forskjellige banker. For enkelte uspesifiserte konti var spesifikasjonskravet ikke oppfylt, fordi han ikke hadde sannsynliggjort at slike konti faktisk fantes.⁷³ Dersom et tilsvarende sakskompleks hadde kommet opp under tvisteloven, kunne rekvirenten benyttet muligheten til å stille spørsmål om kontoen, og deretter spesifisere en begjæring om fremlegging av kontoutskriften.

Plikten som kan pålegges parten etter tvl. § 26-5 andre ledd første punktum, går ut på å svare på spørsmål og «foreta» undersøkelser. Høyesterett har imidlertid i medhold av bestemmelsen

⁷⁰ NOU 2001: 32 s. 981.

⁷¹ Ristvedt og Tørum (2015) s. 133.

⁷² Ristvedt og Tørum (2015) sin betegnelse av bestemmelsen som en «fiskerett» på s. 132 må derfor i det minste modifieres. Rekvirenten kan for eksempel ikke spørre generelt om motparten sitter på relevante bevis.

⁷³ Rt. 2007 s. 920 avsnitt 49.

pålagt en part å gi motparten tilgang til sitt historiske brevarkiv for en periode på 24 år.⁷⁴ Innehaveren av brevarkivet anførte at kostnadene ved å gjennomgå arkivet var til hinder for en slik plikt, jf. forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 21-8 og § 26-5 tredje ledd, og spesifikasjonskravet synes ikke å ha vært omtvistet. Det er likevel ikke uten videre åpenbart at tvl. § 26-5 andre ledd hjemler en plikt til å la motparten lete gjennom materiale man sitter på. Ordlyden «foreta» i tvl. § 26-5 andre ledd tilsier at det er den begjæringen rettes mot, som pålegges en aktivitetsplikt. Det er derfor tatt til orde for at ankeutvalgets henvisning til tvl. § 26-5 andre ledd, neppe kan være riktig.⁷⁵ Et pålegg om å gi motparten adgang til å gjennomgå et arkiv er svært likt å gi tilgang til bevis for at vedkommende selv kan lete frem hva som er relevant, slik som ordningene «disclosure» og «discovery» legger opp til.

4.3 Rekvirentens adgang til å gå skrittvis frem

En annen mulighet der rekvirenten ikke tilfredsstillter spesifikasjonskravet for den samlede informasjonen han ønsker fremlagt, er å gå skrittvis frem med ulike begjæringer.⁷⁶ Dersom retten finner at en fremsatt begjæring om bevis tilgang ikke er tilstrekkelig spesifisert, kan den begrense kravet i omfang, og slik sett finne frem til en «mellomløsning».⁷⁷ Eksempelvis kan en begjæring om fremleggelse av all intern kommunikasjon begrenses til å omfatte kommunikasjonen mellom enkelte nøkkelpersoner, eller kommunikasjon innenfor et gitt tidsrom. Rekvirenten kan deretter følge opp et slikt begrenset pålegg med en ny begjæring fra en annen synsvinkel.

Disposisjonsprinsippet i tvl. § 11-2 første ledd gjelder imidlertid også for prosessuelle spørsmål, og eventuelle mellomløsninger fra rettens side må fremholdes for partene for å sikre kontradiksjon.⁷⁸ Når pålegget er etterkommet og bevisene fremlagt, vil rekvirenten ha bedre forutsetninger for å fremsette nye spesifiserte begjæringer dersom dette er nødvendig. En slik gradvis fremgangsmåte vil også til en viss grad avklare hvor nærliggende det er at ytterligere fremleggelseskrav vil avdekke relevante bevis. Fremgangsmåten kan dermed være

⁷⁴ Rt. 2012 s. 1440.

⁷⁵ Ristvedt og Tørum (2015) s. 159.

⁷⁶ Fremgangsmåten er presentert i HR-2019-997-A avsnitt 74.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 468 og HR-2019-997-A avsnitt 77.

⁷⁸ NOU 2001: 32 s. 981. Disposisjonsprinsippet innebærer at partene definerer innholdet og omfanget av den konflikten domstolene skal løse. En plikt til å gi motparten tilgang til bevis begrenser disposisjonsprinsippets rekkevidde, fordi reglene griper inn i partenes rådighet over tvisten.

kostnadsbesparende, ved at rekvisitus ikke må gjennomgå og sortere store mengder materiale som viser seg å være unødvendig for bevisføringen.

Det foreligger foreløpig ingen avgjørelser fra Høyesterett etter tvisteloven som benytter en slik fremgangsmåte, men enkelte avgjørelser fra tvistemålsloven kan være illustrerende. Saken i Rt. 1990 s. 1034 (365-90) gjaldt en tvist om bevistilgang i en ankesak om det økonomiske oppgjøret i forbindelse med bygging av en demning. Konkret ble det krevd tilgang til ankemotpartens regnskap for årene 1986 og 1987. De ankende parter hevdet at motparten ikke hadde ført eget prosjektregnskap, og at tvistegenstanden ville fremgå som en del av hele regnskapet. Kjæremålsutvalget vektla at ankemotparten hadde sagt seg villig til å gi innsyn i bestemte utgiftsbilag, og uttalte at de begjærende parter «kunne knytte eventuelle fremleggelseskrav til de enkelte utgiftsposter de bestrider eller anser uklare.»⁷⁹ Det var derfor ikke grunnlag for et pålegg om fremleggelse av hele regnskapet.

En slik skrittvis fremgangsmåte hindrer at det påløper unødvendige ressurser og omkostninger til søk etter uspesifisert materiale, uten at saksopplysningen hindres gjennom et rent avslag på den opprinnelige begjæringen. På den måten kan man få frem de sentrale bevisene, uten at det åpnes for «fisking» etter alt av relevans. Slike fisketurer kan fort bli kostnadskrevende, dersom rekvisitus må tolke begjæringen og lete seg frem til bevisene motparten etterspør, og eventuelt bruke betydelige ressurser på å sortere ut og sensurere informasjon.

På den annen side er det også ulemper ved en slik fremgangsmåte som gjør den mindre hensiktsmessig i praksis. Særlig tidsaspektet kan stå i veien for en gradvis avklaring av relevante bevis. Hensynet til en rask og effektiv saksbehandling er sentralt etter tvisteloven, jf. tvl. § 1-1 første ledd. Selv om dette må avveies mot hensynet til en forsvarlig saksbehandling, er det generelt viktig å få sakene raskt avgjort.⁸⁰ Retten er derfor pålagt en plikt til aktiv saksstyring, jf. tvl. § 11-6, og det er fastsatt frister for avsluttet saksforberedelse og avholdelse av hovedforhandling, jf. tvl. §§ 9-10 og 9-4 andre ledd bokstav h. Fremleggelsespålegg gis normalt en frist på to uker, og flere etterfølgende begjæringer kan derfor ta lang tid.

I lys av dette er det viktig at begjæringer om bevistilgang fremsettes tidlig. I praksis er det en reell fare for at tiden løper ut før rekvirenten rekker å fremsette flere begrensede begjæringer. Dette gjør det desto viktigere å treffe med begjæringen i første omgang. En part som har

⁷⁹ Rt. 1990 s. 1034 (365-90), på s. 1037.

⁸⁰ Schei mfl. (2019), lovkommentar til § 1-1, note 2.

valget mellom å fremsette flere påfølgende begrensede begjæringer, og å fremsette en noe videre begjæring i første omgang, kan derfor stå i et vanskelig dilemma.

4.4 Rettens adgang til å lempe på spesifikasjonskravet

Lempningsregelen i tvl. § 26-6 andre ledd gir domstolen en skjønnsmessig adgang til å lempe på spesifikasjonskravet oppstilt i § 26-6 første ledd. Bestemmelsen forutsetter at spesifikasjonskravet er «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme», og at det er en «nærliggende mulighet» for at kravet vil gi tilgang til bevis. Ifølge forarbeidene skal avveiningen av hensynet til en mest mulig fullstendig saksopplysning og hensynet til de prosessøkonomiske utfordringene forbundet med en generell «discovery»-adgang skje gjennom denne regelen.⁸¹ I tillegg presiseres det at regelen kommer inn der «nøyaktig spesifisering» ikke er mulig.⁸² Det er derfor forbausende at bestemmelsen er nærmest fraværende i rettspraksis etter tvisteloven.⁸³

Lempning av spesifikasjonskravet forutsetter at rekvirenten har spesifisert beviset så nøyaktig som det etter forholdene er rimelig å kreve.⁸⁴ Dette kan innebære at han først må henvises til å stille spørsmål etter tvl. § 26-5 andre ledd, eller å begrense kravet i omfang. Eksempelvis kan han angi ulike dokumentkategorier så nøyaktig som mulig for en avgrenset tidsperiode. I tillegg kreves det etter omstendighetene en nærmere beskrivelse av hva bevisene skal underbygge.

Hvorvidt det er en «nærliggende mulighet» for at kravet vil gi tilgang til bevis, er et mindre håndfast vurderingstema. Tvistemålsutvalget la til grunn at det ved bedømmelsen er sentralt om det fremstår som urimelig hensett til tvisten å nekte tilgang til det materialet kravet gjelder.⁸⁵ Dette gir inntrykk av at det skal foretas en mer skjønnsmessig vurdering av om spesifikasjonskravet skal lempes, alle forhold tatt i betraktning. Selv om en slik tolkning gir

⁸¹ NOU 2001: 32 s. 465.

⁸² NOU 2001: 32 s. 107.

⁸³ Etter søk på lovdata er bestemmelsen foreløpig ikke anvendt av Høyesterett, og kun påberopt i åtte publiserte avgjørelser for lagmannsretten: LG-2021-13219, LB-2020-86196, LB-2020-123289, LB-2016-136511-1, LB-2014-108782, LB-2011-18235, LG-2008-132615 og LH-2017-73203. Lemping ble kun foretatt i LB-2014-108782 ved krav om tilgang til regnskapsdokumenter og øvrige dokumenter over en tiårsperiode. Lagmannsretten vektla «søksmålets karakter, problemstillinger og anførsler med særlig vekt på at dokumentasjonen må ses i sammenheng over tid.» I LG-2008-132615 henviser retten til bestemmelsen, men presiserer ikke om avgjørelsen ble fattet med hjemmel i første eller andre ledd.

⁸⁴ NOU 2001: 32 s. 980.

⁸⁵ Loc. cit.

domstolene mulighet til å vurdere hver sak konkret og gi bevistilgang dersom forholdene tilsier det, svekker tolkningen forutberegneligheten for partene.

Avveiningen av vanskelighetene med å etterkomme spesifikasjonskravet mot sannsynligheten for å finne bevis gir i stor grad uttrykk for en forholdsmessighetsvurdering. Dersom pålegget vanskelig kan føre til bevistilgang av betydning, vil det etter ordlyden begrense fremleggelsesplikten. Samtidig fremholdt Tvistemålsutvalget at det at saken er av stor betydning for partene, isolert sett taler for at kravet tas til følge.⁸⁶ Bestemmelsen gir dermed en stor fleksibilitet i bevistilgangsreglene. For at spesifikasjonskravet skal oppfylle sitt formål må det likevel ikke være betydelig tvil om hvilke bevisgjenstander saken gjelder, og begjæringen må fremdeles være tilstrekkelig klart avgrenset til at retten kan vurdere kravene til relevans og forholdsmessighet.⁸⁷

Ut fra oppbygningen av tvl. § 26-6 må man, som nevnt i punkt 3.1, først ha konkludert med at spesifikasjonskravet i første ledd ikke er oppfylt, og deretter vurdere om vilkårene for lemping er oppfylt. Høyesterett synes likevel å trekke inn sannsynligheten for å finne bevis og vanskeligheter ved spesifiseringen under spørsmålet om spesifikasjonskravet etter første ledd er oppfylt.⁸⁸ En konsekvens av dette blir at det skapes et uklart skille mellom hovedregelen og lempningsregelen. Under tvistemålsloven berodde spørsmålet om bevistilgang på en form for samlet vurdering, siden spesifikasjonskravet ble innfortolket i tvml. § 253, og det ikke forelå noen lempningsregel.⁸⁹ Nå som loven legger opp til en vurdering i to ledd, bør det derimot skilles tydeligere mellom vurderingsmomentene.

Selv om lempningsregelen har vært lite fremme i rettspraksis etter tvisteloven, er det flere ganger den tilsynelatende kunne vært anvendt. I Rt. 2012 s. 1440 ble ankemotparten i medhold av tvl. § 26-5 andre ledd gitt tilgang til motpartens historiske brevarkiv for perioden 1956–1980.⁹⁰ Utvalget fant at pålegget ikke var i strid med forholdsmessighetsvurderingen i tvl. § 26-5 tredje ledd, fordi ankemotpartens prosessfullmektig ville gjennomgå arkivet.⁹¹ Spesifikasjonskravet er ikke en del av premissene, men etter lovens oppbygning burde bevistilgangen heller vært forankret i § 26-5 første ledd, jf. § 26-6 andre ledd.⁹² Det var ikke

⁸⁶ NOU 2001: 32 s. 980.

⁸⁷ Ristvedt og Tørum (2015) s. 150.

⁸⁸ Se for eksempel HR-2019-997-A avsnitt 74.

⁸⁹ Se bl.a. Rt. 1992 s. 962 og Rt. 2004 s. 442.

⁹⁰ Se kapittel 4.2.

⁹¹ Rt. 2012 s. 1440 avsnitt 6.

⁹² Jf. også Skoghøy (2017) s. 848 og Ristvedt og Tørum (2015) s. 159.

spesifisert hvilken informasjon rekvirenten ønsket tilgang til eller hvilke temaer som skulle belyses, og et krav om tilgang *en bloc* til motpartens arkiv synes ikke å tilfredsstillere spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd.

Retten kan også under lempningsregelen etterkomme kravet om bevis tilgang i mindre utstrekning enn hva som kreves, og dermed minske ulempene for den pålegget retter seg mot. Dette kan særlig være hensiktsmessig der begjæringen gjelder en mengde elektronisk lagrede dokumenter, og rekvisitus må søke gjennom større mengder materiale som er spredt på flere lagringsmedier. Selv om det er vanskelig for rekvirenten å spesifisere begjæringen ytterligere, kan et mer begrenset fremleggelseskrav bidra til å avdekke relevante bevis, uten å medføre de største ulempene.

Som redegjort for i punkt 3.2 tilsier lovbestemmelsens oppbygning at vurderingen må forankres i § 26-6 andre ledd dersom det er nødvendig å delvis tilsidesette spesifikasjonskravet i § 26-6 første ledd for å avdekke relevante bevis. Den begrensede bruken av bestemmelsen i rettspraksis gir likevel grunn til å tro at Høyesterett heller kommer til å strekke på spesifikasjonskravet i første ledd ut fra mulighetene for å spesifisere materialet nærmere.⁹³ Dette er på linje med rettspraksis under tvistemålsloven, og unngår en dobbeltbehandling av forholdsmessigheten av pålegget etter tvl. § 26-6 andre ledd og § 26-5 tredje ledd. Selv om vurderingene etter de to bestemmelsene er ulike i sin ordlyd, må sannsynligheten for å avdekke relevante bevis ses i lys av den mulige verdien av beviset, som igjen må ses i lys av tvistens betydning. Det blir gjennom dette en viss grad av overlapp mellom vurderinger etter § 26-6 andre ledd og § 26-5 tredje ledd.

Likevel kan det å legge spesifikasjonskravet i første ledd «på strekk», gjøre at lempningsregelen i andre ledd får en mer begrenset betydning, i strid med lovgivers anvisninger. Det ser ut til at tankegangen bak tvml. § 253 er videreført, selv om systemet er et annet. Uttalelsene fra Tvistemålsutvalget om at lempningsregelen spiller inn der nøyaktig spesifisering ikke er mulig, tilsier at bestemmelsen burde ha vært brukt i langt større utstrekning.

⁹³ Se HR-2019-997-A avsnitt 77, der førstvoterende uttaler at lagmannsretten skulle vurdert begrensninger for å presisere bevispåleggene, når det var lagt til grunn at nærmere beskrivelser av dokumentene ikke var mulig. Lempningsregelen i tvl. § 26-6 andre ledd ble ikke gått nærmere inn på.

5 Den konkrete vurderingen av spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd

5.1 Innledning

Dersom rekvirenten har dokumentnummer og/eller dato, angir en konkret fil, eller oppgir kontonummeret til en konto det begjæres utskrift av, er det klart at spesifikasjonskravet i tvisteloven § 26-6 første ledd er oppfylt. Spørsmålet er imidlertid hvor den nedre grensen for kravet går, typisk der rekvirenten ikke vet sikkert om dokumentasjonen finnes, eller hva den nærmere inneholder. Hvor strengt spesifikasjonskravet er, kan ses i lys av enkelte typetilfeller. Typetilfellene er valgt og systematisert av pedagogiske grunner, ut fra tilfeller som kommer opp mer eller mindre hyppig i tingretts- og lagmannsrettspraksis. Det bemerkes likevel at de ikke nødvendigvis lar seg identifisere klart i praksis, og ofte forekommer i kombinasjon.

5.2 Rekvirenten vet ikke hva som finnes av bevis

Ordlyden «hvilke bevisgjenstander kravet gjelder» tilsier at bevis tilgang er ment for konkrete gjenstander rekvirenten kjenner til, og at han ikke kan fremsette en vag erklæring i håp om å finne relevante bevis. Høyesterett har etter tvistemålsloven blant annet nektet tilgang der begjæringen gir inntrykk av en «nokså ubestemt leting etter eventuelle dokumenter av interesse».⁹⁴ Synspunktet er opprettholdt etter tvisteloven. I HR-2019-997-A uttalte Høyesterett at lagmannsretten «synes å ta utgangspunkt i at man skal finne alle dokumenter som *kan tenkes* å være relevante. (...) Dette er et uriktig rettslig utgangspunkt».⁹⁵

Lagmannsrettene har i flere saker avslått begjæringer på tilsvarende grunnlag. I en sak for Gulating lagmannsrett der den underliggende tvisten gjaldt tilbakekall av legelicens, krevde rekvirenten fremlagt tidligere vedtak om tilbakekall fra årene 2010 til 2020.⁹⁶ Retten fant begjæringen motivert av et ønske om å undersøke om det forelå vedtak som ga grunnlag for en anførsel om usaklig forskjellsbehandling, og nektet tilgang. I en sak for Borgarting

⁹⁴ Rt. 1999 s. 493, på s. 495.

⁹⁵ HR-2019-997-A avsnitt 72.

⁹⁶ LG-2020-177170.

lagmannsrett gjaldt tvisten tilgang til blant annet dokumenter som gjaldt arbeidsgivers håndtering av intern og ekstern informasjon i forbindelse med en oppsigelse.⁹⁷ Retten avslø begjæringen, fordi den fremsto «motivert av et ønske om å avdekke forhold som man per i dag ikke har kjennskap til, og heller ikke begrunnet mistanke om.»

Felles for avgjørelsene er at rekvirenten synes å «fiske» etter relevante bevis som kan benyttes til å bygge opp saken. Reglene om bevis tilgang er ment å bidra til å avdekke faktiske forhold av betydning for en verserende sak, og ikke til å lete etter informasjon i håp om å kunne gjøre gjeldende et krav.

Det er likevel ikke et absolutt krav for bevis tilgang at rekvirenten vet sikkert at bevis materialet eksisterer.⁹⁸ I Rt. 2004 s. 442 gjaldt den underliggende tvisten krav mot forsikringsselskap under en advokats ansvarsforsikring. Rekvirenten krevde fremlagt dokumenter i alle skadesaker forsikringsselskapet hadde på advokaten som kunne ha likhetspunkter med ankesaken. Kjæremålsutvalget uttalte at det

«finner det klart at pålegget – hvis dokumentene finnes – ikke kan skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om, og at If i så fall vet dette. Noe nærmere krav til individualisering kan ikke kreves så lenge If ikke har gitt nærmere opplysninger».⁹⁹

Tilsvarende ble lagt til grunn i Rt. 2007 s. 920. I saken krevde rekvirenten fremlagt blant annet korrespondanse mellom motparten og et selskap som omhandlet to andre selskap i perioden fra 1999 og fremover. Utvalget fant begjæringen tilstrekkelig individualisert, og at pålegget ikke skapte nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det omhandlet, dersom dokumentene fantes.¹⁰⁰ Begge avgjørelsene ble avsagt etter tvistemålsloven, men siden tvisteloven var ment å gi økt tilgang til dokumentbevis, må det antas at bevis tilgang ville blitt tilkjent også etter tvisteloven.

Dersom rekvisitus bestrider at materialet finnes, har imidlertid rekvirenten bevisbyrden for at beviset eksisterer.¹⁰¹ Dette kan særlig være vanskelig der opplysningene er lagret digitalt. I

⁹⁷ LB-2016-8194.

⁹⁸ Dette til forskjell fra rettsoppfatningen før tusenårsskiftet. Mæland (1990) skriver på s. 10 at «[e]disjonsplikten oppstår derimot først når den andre parten er kjent med at dokumentet eksisterer [...]»

⁹⁹ Rt. 2004 s. 442 avsnitt 31.

¹⁰⁰ Rt. 2007 s. 920 avsnitt 66.

¹⁰¹ Se bl.a. Rt. 2007 s. 920, LB-2016-8194 og LB-2020-47782.

tilfeller der store mengder informasjon er komprimert og lagret på ulike enheter, vet ikke nødvendigvis eieren hvilken dokumentasjon som ligger lagret, eller hvor den befinner seg. Selv om det kan foretas automatiserte søk i materialet, kan dette ta lang tid og kreve betydelige ressurser. Rekvirenten må derfor spesifisere informasjonen som ønskes fremlagt så langt det lar seg gjøre, eksempelvis ved å konkretisere hva informasjonen skal underbygge, eller gi eksempler på filtyper. Han kan også benytte muligheten til å stille spørsmål etter tvl. § 26-5 andre ledd, og retten kan pålegge motparten å undersøke om den konkrete informasjonen finnes, og hvor den i så fall befinner seg.

5.3 Rekvirenten ber om «eventuelle» dokumenter

En vanlig formulering der rekvirenten ikke vet sikkert at bevismaterialet eksisterer, er at han ber om tilgang til «eventuelle» dokumenter innenfor et nærmere angitt tema. I tidligere rettspraksis under tvistemålsloven ble det lagt til grunn at slike begjæringer ikke oppfylte individualiseringskravet.¹⁰² Utviklingen frem mot tvisteloven tilsier imidlertid at også slike begjæringer kan aksepteres. Til illustrasjon kan saken i Rt. 2004 s. 442 nevnes, der kravet ble tatt til følge selv om det ikke var konkret angitt hvilke og hvor mange dokumenter kravet gjaldt.

Praksis rundt «eventuelle» dokumenter skriver seg i hovedsak fra lagmannsrettene. I en sak for Borgarting lagmannsrett ble fremleggelseskravet til diverse kommunikasjon og «eventuelle referater ol.» relatert til en avtaleinngåelse, ansett tilstrekkelig spesifisert.¹⁰³ Begjæringen gjaldt korrespondansen mellom bestemte selskap og personer knyttet til en konkret avtaleinngåelse, og tidsrommet var klart avgrenset. I en annen sak for Borgarting lagmannsrett krevde rekvirenten fremlagt blant annet referater og statusrapporter med «eventuelle underlag» og «eventuell annen dokumentasjon».¹⁰⁴ Motparten ble ikke hørt med at begjæringen var utilstrekkelig spesifisert. Dokumentene inngikk i konkrete mapper i en bestemt digital portal, og rekvirenten hadde angitt temaet dokumentene gjaldt, hvilken mappe de var lagret i, og i de fleste tilfeller vist til bestemte dokumenttyper.

Avgjørelsene illustrerer at begjæringer lettere etterkommes dersom rekvirenten angir hvor informasjonen er lagret, hva den inneholder, og hva slags type dokumenter han ønsker. På den

¹⁰² Se for eksempel Rt. 1994 s. 932 og Rt. 1998 s. 484.

¹⁰³ LB-2016-136511-1.

¹⁰⁴ LB-2020-86196.

måten får motparten tydeligere anvisninger om hva han plikter å fremlegge, og han kan eventuelt benekte at dokumentene eksisterer. I tillegg kan retten prøve om de eventuelle dokumentene er relevante i saken.

En begjæring om tilgang til eventuelle dokumenter kan for eksempel være aktuelt der elektronisk materiale har blitt slettet. I utgangspunktet innebærer sletting kun at dataene blir frigjort for overskriving, og først når dataene er overskrevet mange ganger, vil det for alle praktiske formål være umulig å gjenfinne informasjonen.¹⁰⁵ Frem til dette tidspunktet kan informasjonen hentes frem med gjenopprettingsprogrammer, eventuelt med eksperthjelp. Dette vil imidlertid normalt være kostnadskreven, og kan derfor stå i et spenningsforhold til forholdsmessighetskravet i tvl. § 26-5 tredje ledd.¹⁰⁶

5.4 Rekvirenten viser til saksmappe eller lagringssted

Som nevnt innledningsvis, er det ikke nødvendig å spesifisere hvert enkelt dokument dersom materialet som helhet er tilstrekkelig spesifisert. Høyesterett har blant annet ansett det tilstrekkelig å identifisere en konkret saksmappe, fremfor hvert enkelt dokument i mappen.¹⁰⁷

Dette kan likevel stille seg annerledes der materialet er lagret elektronisk. For eksempel vil en digital mappe opprettet i forbindelse med en avtaleinngåelse, typisk inneholde en mengde ulikeartede dokumenter, der store deler av informasjonen er uten relevans eller unntatt fremleggelsesplikten. Det kan dermed grense til tilfellene der parten krever fremlagt *en bloc* alle dokumenter som har tilknytning til et saksforhold eller som kan tenkes å være relevante. I slike tilfeller vil det være vanskelig for retten å prøve om de ulike delene av materialet er relevante i den aktuelle saken.¹⁰⁸ Dette tilsier at rekvirenten ikke nødvendigvis bare kan vise til mappen, og i mange tilfeller må spesifisere nærmere hvilken informasjon han ønsker fremlagt.

Avgjørelsen i LB-2020-86196 illustrerer dette. Dersom rekvirenten kun hadde vist til den digitale portalen, eventuelt diverse mapper i portalen, måtte rekvisitus likevel gå gjennom et stort antall filer for å finne dokumenter av interesse. Siden begjæringen var innsnevret til

¹⁰⁵ Mer detaljert i Monsen (2007) s. 199–201 og Hjort (2016) s. 36–37.

¹⁰⁶ Se Monsen (2007) s. 203–204 for en drøfting av forholdsmessighetsvurderingen på slettet materiale.

¹⁰⁷ Rt. 1998 s. 583, på s. 586.

¹⁰⁸ Se Rt. 1994 s. 932, på s. 934, der den tvilsomme bevisverdien ble brukt som begrunnelse for å nekte tilgang. Saken gjaldt gjennomgang av fysiske arkiver, men tilsvarende problemstilling kan oppstå ved elektronisk lagret materiale.

dokumenttyper, og temaet for dokumentene var angitt, fikk rekvisitus en klar angivelse av hvilke dokumenter som falt innenfor pålegget.

Hvor den aktuelle informasjonen er lagret, kan også påvirke hvor strengt spesifikasjonskravet er i den enkelte saken. I en sak for Agder lagmannsrett krevde entreprenøren fremlagt en rekke dokumenter for å belyse om byggherren regelmessig anga høyere mengder injeksjon/sikring enn hva som faktisk kom til utførelse.¹⁰⁹ Retten uttalte seg ikke særskilt om spesifikasjonskravet, men vektla at dokumentene ikke fantes på ett sted, og at det ville medgå store ressurser til å fremskaffe opplysningene. Begjæringen ble derfor avslått. I avgjørelsen fra Borgarting lagmannsrett fremgikk det derimot klart hvor dokumentene lå, og de var sortert i mapper og undermapper.¹¹⁰ Begge avgjørelsene illustrerer betydningen av at rekvisitus skal settes i stand til å vite hva han må fremlegge.

Selv om angivelse av lagringsstedet kan være et argument for at spesifikasjonskravet er oppfylt, må det som hovedregel anses utilstrekkelig å utelukkende angi lagringsstedet. Eksempelvis kan det ikke bes om tilgang til alle filer på en harddisk eller all korrespondanse i en elektronisk postkasse.¹¹¹ Selv om motparten vet hva han må gi tilgang til for å oppfylle pålegget, kan retten vanskelig vurdere materialets relevans som bevis. Bevistilgangsreglene er ment å avdekke gjenstander som kan utgjøre bevis i saken. Selv om det ikke er til hinder for fremleggelse at materialet inneholder opplysninger ut over det som er relevant for bevisføringen, vil medhold i slike begjæringer normalt ha for sterke likhetstrekk med «discovery».

Er det samlet sett klart hvor materialet befinner seg, og hvilket tema det omhandler, vil det derimot normalt anses tilstrekkelig. Det er derfor antatt at spesifikasjonskravet er oppfylt dersom det angis en bestemt program- eller datafil, eller flere bestemte filer vedrørende et konkret saksforhold.¹¹²

Ved vurderingen av om angivelsen av en elektronisk saksmappe er tilstrekkelig, må det blant annet vektlegges om en nærmere konkretisering er mulig, og i hvilken grad det kan forventes at dokumentene vil utgjøre bevis i saken.¹¹³ Som hovedregel må det kreves at begjæringen

¹⁰⁹ LA-2008-52830-1.

¹¹⁰ LB-2020-86196.

¹¹¹ I NOU 2001: 32 s. 980 presiseres det at det som «klar hovedregel» ikke kan kreves fremlagt all korrespondanse mellom en part og en tredjeperson.

¹¹² Monsen (2007) s. 211.

¹¹³ Se bl.a. HR-1989-460-K og Rt. 2007 s. 920 avsnitt 65.

angir hvilken type dokumenter som ønskes fremlagt, og innholdet av materialet.¹¹⁴ For eksempel kan en begjæring om tilgang til en elektronisk mappe i et byggeprosjekt spesifiseres til beregningsunderlag og tegninger, og en e-postkorrespondanse mellom motparten og en tredjepart spesifiseres til korrespondanse som omhandler fremdriften.¹¹⁵

5.5 Rekvirenten angir hva dokumentene gjelder

En begjæring som i utgangspunktet er vidt formulert, kan snevres inn ved å angi hvilket tema materialet gjelder. På den måten kan motparten avgrense søket for å finne frem til den aktuelle dokumentasjonen. Dette fordrer imidlertid at temaet er noenlunde konkret og avgrenset. En for generell angivelse av temaet kan være problematisk, og trekker i retning av at spesifikasjonskravet ikke er oppfylt. I HR-2019-997-A krevde rekvirenten blant annet fremlagt «ethvert skriftstykke som gjelder Felleskjøpets valg av Infor som leverandør». Selv om det trolig ville være mulig for motparten å finne frem til de aktuelle dokumentene, om enn etter et omfattende søk, kunne rekvirenten konkretisert kravet ytterligere. Blant annet kunne selskapet spesifisert hvilken informasjon det var ute etter, og hva denne skulle underbygge. I tillegg kunne det vist til enkelte dokumenttyper, heller enn «ethvert skriftstykke». Da ville motparten lettere kunne snevre inn søket for å oppfylle pålegget, og retten ville fått bedre mulighet til å vurdere om dokumentene var egnet til å belyse sakens faktiske omstendigheter.

Høyesterett har presisert at det kan være nødvendig å angi hva materialet skal underbygge, der dette ikke sier seg selv.¹¹⁶ Samtidig er det utilstrekkelig å utelukkende angi hva dokumentene skal godtgjøre. Dette illustreres av en sak for Borgarting lagmannsrett som gjaldt erstatningskrav etter markedsføring og investeringsrådgivning.¹¹⁷ Saksøkerne krevde fremlagt dokumentasjon på hvilke investeringer långiverne hadde foretatt de siste fem årene, og hvordan disse hadde slått ut. Retten fant at spesifikasjonskravet ikke var oppfylt, siden det ikke var spesifisert hvilke dokumenter som krevdes fremlagt, men kun hva disse skulle underbygge.

Begrunnelsen er i tråd med formålet om å hindre såkalt «fisking» etter bevis. Dersom parten kun angir hva materialet skal underbygge, kan dette fremstå som leting etter informasjon for å

¹¹⁴ Monsen (2007) s. 211.

¹¹⁵ Se for eksempel Rt. 2002 s. 976 (216-2002), som gjaldt tilgang til e-postkorrespondanse rundt nærmere angitte tema over en periode på to år.

¹¹⁶ HR-2019-997-A avsnitt 61.

¹¹⁷ LB-2020-123289.

støtte opp under hans påstandsgrunnlag. En nærmere spesifisering vil i mange tilfeller være mulig, for eksempel gjennom å vise til bestemte dokumenttyper innenfor et gitt tidsrom.

Når dokumenter av en bestemt kategori etterspørres, vil spesifikasjonskravet lettere anses oppfylt hvis kravet er avgrenset til en konkret tidsperiode. Høyesterett har blant annet akseptert krav om fremleggelse av regnskapsmateriale for en periode på åtte år.¹¹⁸ Det er i slike tilfeller ikke til hinder for fremleggelse at dokumentene kan inneholde opplysninger ut over det som er relevant for bevisføringen.¹¹⁹ Selv om dokumentene strekker seg over en lengre tidsperiode, kan også en mer generell angivelse av hva dokumentene gjelder være tilstrekkelig, såfremt rekvisitus fortrinnsvis enkelt kan oppfylle pålegget.¹²⁰

5.6 Vanskeligheter for rekvisitus med å oppfylle pålegget

I juridisk teori er det tatt til orde for at det kan ses hen til hvor byrdefullt en fremleggelse vil være for den kravet er rettet mot, dersom det er betydelig tvil om spesifikasjonskravet er oppfylt.¹²¹ Under henvisning til Rt. 2010 s. 946 uttaler Backer at arbeidet med å etterkomme provokasjonen kan tas hensyn til ved fastleggingen av spesifikasjonskravet.¹²² Avgjørelsen omhandlet imidlertid forholdsmessigheten av pålegget, og spesifikasjonskravet synes ikke å ha vært omtvistet. Det er vanskelig å se at loven legger opp til en slik vektlegging av fysiske og økonomiske vanskeligheter for rekvisitus ved vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt, og momentet er heller ikke nevnt i forarbeidene.¹²³

I senere rettspraksis etter tvistemålsloven vektla Høyesterett tidvis vanskelighetene rekvisitus kunne få med å oppfylle pålegget.¹²⁴ Tvistemålsutvalgets uttalelse om at spesifikasjonskravet skal forstås i samsvar med nyere rettspraksis, kan tilsi at også dette er ment videreført.¹²⁵

Imidlertid presiseres det videre i forarbeidene at spesifikasjonskravet må anvendes på en slik måte at det ikke i urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken.¹²⁶ Fokuset

¹¹⁸ Rt. 1997 s. 736.

¹¹⁹ Rt. 1997 s. 736, på s. 738.

¹²⁰ Se for eksempel LB-2017-97846 der det ble pålagt fremleggelse av regnskap over en periode på 12 år.

¹²¹ Backer (2020) s. 323 og Schei mfl. (2019), lovkommentar til tvisteloven § 26-6, note 2.6, med henvisning til Rt. 1998 s. 58.

¹²² Backer (2020) s. 323.

¹²³ I NOU 2001: 32 s. 980 henvises det til Schei (1998) s. 780–783 for forståelsen av individualiseringskravet, men henvisningen er generell, og Schei uttaler kort på s. 782 at en byrdefull fremleggelse er noe det «nok» kan ses hen til ved «betydelig tvil» om kravet er oppfylt.

¹²⁴ Se for eksempel Rt. 1994 s. 932 og Rt. 1999 s. 493.

¹²⁵ NOU 2001: 32 s. 980.

¹²⁶ Loc. cit.

er dermed på vanskelighetene for den som fremsetter begjæringen, og ikke den begjæringen fremsettes mot.

Dersom begjæringen er såpass ubestemt at det er vanskelig for rekvisitus å vite hva han må fremlegge, trekker dette klart i retning av at spesifikasjonskravet ikke er oppfylt. Et av formålene bak spesifikasjonskravet er nettopp at rekvisitus skal kunne vite hvilket materiale han må fremlegge for å oppfylle pålegget. Hvis vanskelighetene dreier seg om arbeid eller omkostninger ved å fremlegge materialet, er det heller et argument mot at det bør gis tilgang i det *omfanget* som er begjært.

Selv om momentet ble vektlagt i rettspraksis under tvistemålsloven, bar vurderingene preg av en helhetsvurdering av om bevistilgang skulle gis i den konkrete saken.¹²⁷ Verken første eller andre ledd i tvl. § 26-6 åpner uttrykkelig for å vektlegge hvor mye arbeid og kostnader som påføres rekvisitus. Etter lovens system skal slike ulemper vurderes etter forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 25-6 tredje ledd.¹²⁸ Rettsanvendelsen blir klarere dersom det skilles mellom disse ulike vurderingene. Hvis det er betydelig tvil om spesifikasjonskravet er oppfylt, kommer lempningsadgangen i tvl. § 26-6 andre ledd til hjelp, samtidig som at rekvirenten kan benytte seg av adgangen til å stille spørsmål om materialet, jf. tvl. § 26-5 andre ledd.

5.7 Begjæringer som krever tolkning og utøvelse av skjønn

En streng forståelse av ordlyden «slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder», tilsier at motparten ut fra begjæringen skal forstå hvilket materiale som må fremlegges, uten å måtte foreta noen nærmere vurderinger. En uspesifisert begjæring som åpner for tolkning, kan oppfattes som et forsøk på «fisking» etter mulige bevis. Samtidig har begjæringer blitt ansett tilstrekkelig spesifisert også der motparten må utøve en viss grad av skjønn. Høyesteretts uttalelser om at pålegget må gjøre det «rimelig klart» hvilket materiale som omfattes, tilsier at et visst rom for skjønn ikke er til hinder for et fremleggelsespålegg.¹²⁹

¹²⁷ Se bl.a. Rt. 1998 s. 58.

¹²⁸ Se HR-2019-997-A avsnitt 74 der det at påleggene ville kunne føre til urimelige resultater for den pålegget rettet seg mot ble behandlet under forholdsmessighetsvurderingen. Se også LB-2020-123289.

¹²⁹ Rt. 2004 s. 1467 avsnitt 23.

Dette kan illustreres av en sak for Hålogaland lagmannsrett, der tingretten hadde pålagt den ene parten å fremlegge blant annet all korrespondanse som kunne «kaste lys over» selskapets kjennskap til tidspunktet for overdragelsen av en kjøpsavtale.¹³⁰ Lagmannsretten erkjente at pålegget innebar at det måtte utøves en viss grad av skjønn, men temaet for skjønnet var relativt begrenset. Et annet punkt i kjennelsen ble ikke ansett tilstrekkelig spesifisert, der pålegget gjaldt all korrespondanse, både internt i selskapet og med eventuelle utenforstående, som «for øvrig [kunne] kaste lys over» hvilken kunnskap selskapet hadde om overdragelsen. Dette bar preg av å være en helgardering, og det var uklart hva slags informasjon rekvirenten trodde fantes.

Twistemålsutvalget presiserte at det må tas hensyn til hvilken grad av spesifisering som er mulig i den enkelte sak.¹³¹ En konsekvens av dette er at pålegg om bevisfremleggelse tidvis etterlater noe grad av skjønn. Det sentrale er da at skjønnet ikke blir så stort at motparten selv må lete seg frem til hvilken informasjon han anser relevant for å oppfylle kravet. Dersom slike begjæringer fører frem, er vi nært opp til situasjonen der rekvirenten gis medhold uten å vite hva han leter etter.

5.8 Oppsummering

Hvilken grad av spesifisering som kreves, må etter dette ses i lys av sakens konkrete omstendigheter, herunder partenes kjennskap til materialet, begrunnelsen bak begjæringen og hvor materialet befinner seg. Dersom materialet er lagret på ett eller flere bestemte steder, eller allerede sortert ut til en viss grad, vil spesifiseringskravet lettere anses oppfylt. Det sentrale er i hvilken grad rekvisitus forstår hva som skal fremlegges, og at retten stilles i stand til å vurdere hvorvidt materialet som kreves fremlagt, er bærer av informasjon om faktiske omstendigheter av betydning for partenes påstandsgrunnlag. For å oppnå dette må rekvirenten spesifisere begjæringen så langt det er mulig.

De gjennomgåtte tilfellene der spesifiseringskravet har blitt ansett problematisk, har til felles at det fremstår som at rekvirenten ikke vet sikkert hva han krever tilgang til, eller hva dette skal brukes til. Det er ikke tilstrekkelig at motparten vet hva slags materiale det er snakk om, eller hvor det er lagret. Eksempelvis kan et krav om all kommunikasjon mellom to eller flere

¹³⁰ LH-2017-73203.

¹³¹ NOU 2001: 32 s. 980.

parter være tilstrekkelig klart til at rekvisitus vet hvilken korrespondanse han skal finne frem, men retten kan vanskelig vurdere materialets relevans.¹³² For å unngå at bevistilgangsreglene blir for vidtrekkende, med de prosessøkonomiske ulempene dette medfører, må slike begjæringer avslås, spesifiseres ytterligere, eller forankres i tvl. § 26-6 andre ledd.

Tvistemålsutvalgets uttalelse om at spesifikasjonskravet ikke må stilles så høyt at det i urimelig grad hindrer en korrekt opplysning av saken, kan tolkes som at spesifikasjonskravet må vike der det er nødvendig for å finne relevante bevis.¹³³ En slik tolkning av tvl. § 26-6 første ledd vil imidlertid langt på vei bortfortolke spesifikasjonskravet. Forholdet mellom hovedregelen i tvl. § 26-6 første ledd og lempningsregelen i tvl. § 26-6 andre ledd tilsier at det er grenser for hvor langt man kan gå i å myke opp kravet etter første ledd.¹³⁴ Dersom det er nødvendig å delvis tilsidesette spesifikasjonskravet for å finne relevante bevis, må vurderingen forankres i andre ledd.

¹³² NOU 2001: 32 s. 980.

¹³³ Loc. cit.

¹³⁴ Schei mfl. (2019), lovkommentar til tvl. § 26-6, note 2.1.

6 Forholdet mellom spesifikasjonskravet og forholdsmessighetskravet

6.1 Kort om proporsjonalitet og forholdsmessighet i bevis tilgangsretten

Et sentralt hensyn i norsk sivilprosess er proporsjonalitetsprinsippet, som handler om at bruken av tid og penger i saksbehandlingen må stå i et rimelig forhold til tvistens omfang og dens betydning. Prinsippet kommer til uttrykk i tvl. § 1-1 andre ledd fjerde strekpunkt, § 21-8 og § 26-5 tredje ledd, og innebærer at hensynet til en grundig behandling ikke alltid kan slå gjennom.¹³⁵ Særlig tvl. § 26-5 tredje ledd har stor betydning for adgangen til bevis tilgang, og en nær sammenheng med spesifikasjonskravet. En svakt spesifisert begjæring om bevis tilgang kan medføre unødig mye arbeid for rekvisitus, og dermed stå i spenning til proporsjonalitetsprinsippet, med den konsekvens at bevis tilgang ikke gis.

Forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd gir domstolene en skjønnsmessig kompetanse til å nekte bevis tilgang dersom kostnadene fremstår uforholdsmessig i lys av tvistens betydning og den mulige verdien av beviset. I lovutredningen ble det forutsatt at bestemmelsen ville få størst betydning ved krav om bearbeidelse og sammenstillinger etter tvl. § 26-5 andre ledd andre punktum.¹³⁶

Likevel er det klart at kostnadene også ved ordinær tilgang til elektronisk lagret materiale etter tvl. § 26-5 første ledd kan bli betydelige, fordi det ofte krever omfattende arbeid knyttet til søking og konvertering. Dette gjelder særlig der lagring har skjedd ubevisst, informasjonen er spredt på forskjellige enheter, eller materialet er slettet og må hentes frem og sorteres med eksperthjelp. Det vil i slike tilfeller være ressurskrevende å få frem den relevante informasjonen, og konsekvensen er at det kan bli vanskeligere å få tilgang til elektronisk lagret informasjon enn informasjon som finnes i papirform.¹³⁷ Bevis som er lagret elektronisk,

¹³⁵ Se mer utfyllende om prinsippet i Hjort (2016) s. 86–87, Backer (2020) s. 100 og Pedersen og Skoghøy (2020) s. 211–212.

¹³⁶ NOU 2001: 32 s. 980.

¹³⁷ Hjort (2016) s. 87.

kan derfor stille svakere i forholdsmessighetsvurderingen enn hva som er tilfellet for fysiske gjenstander.

6.2 Skal mengden materiale det begjæres tilgang til, vektlegges under spesifikasjonsvurderingen?

Kravet til spesifikasjon og kravet til forholdsmessighet er to prinsipielt forskjellige vurderinger. Mens tvl. § 26-6 oppstiller krav til selve begjæringen om bevistilgang, omhandler forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd kostnadene ved gjennomføring av bevistilgangen. Verken tvl. § 26-6 første eller andre ledd legger etter ordlyden opp til en vurdering av mengden bevis som kreves fremlagt, eller hvilke kostnader som påløper. Samtidig kommer forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd inn som en begrensning uavhengig av om begjæringen er forankret i tvl. § 26-6 første eller andre ledd.¹³⁸

I avgjørelsen i HR-2019-997-A kommer likevel Høyesterett med uttalelser som tilsier at det ikke er et så skarpt skille mellom de to vurderingene. Den underliggende tvisten gjaldt erstatning i forbindelse med heving av kontrakt om levering av et forretningssystem, og rekvirenten krevde fremlagt en omfattende mengde elektronisk lagrede dokumenter knyttet til avtaleinngåelsen, motpartens medvirkning til prosjektet og erstatningsutmålingen. Lagmannsretten hadde lagt til grunn at det ikke var mulig for rekvirenten å gi en nærmere beskrivelse av de etterspurte dokumentene, og at det ikke var tvilsomt hvilke dokumenter som var omfattet.¹³⁹

Høyesterett fant at lagmannsretten gjennom dette synes å gi uttrykk for at rekvisitus skulle finne alle dokumenter som kunne *tenkes* å være relevante, siden det var benyttet svært generelle karakteristikk, bygget på at ytterligere spesifisering ikke var mulig.¹⁴⁰ Høyesterett uttalte i den forbindelse at «[v]ed bedømmelsen må man ta i betraktning at provokasjonene her gjelder en meget betydelig dokumentmengde.»¹⁴¹ Førstvoterende påpekte at selv om det er slik at det meste kan søkes frem, bare man søker lenge nok, ville et pålegg i tråd med

¹³⁸ NOU 2001: 32 s. 981.

¹³⁹ LE-2018-76187.

¹⁴⁰ HR-2019-997-A avsnitt 72.

¹⁴¹ HR-2019-997-A avsnitt 73.

begjæringen tilrettelegge for ordninger med sterke likhetstrekk med «discovery» og «disclosure», utover det lovgiver har ment.

Formuleringene som var benyttet i begjæringen, var blant annet «ethvert skriftstykke», «all kommunikasjon» og «all dokumentasjon». At slike generelle karakteristikk ikke oppfyller spesifikasjonskravet, er i tråd med tidligere praksis, der det ikke tillates leting etter eventuelle dokumenter av interesse.¹⁴² I tillegg vil slike formuleringer gjøre det vanskelig for rekvisitus å vite hvilke dokumenter han må fremlegge for å oppfylle pålegget, og for retten å avgjøre om relevanskravet og forholdsmessighetskravet er oppfylt.

Uttalelsen reiser imidlertid spørsmål om man også skal trekke inn mengden beviser som kreves fremlagt ved vurderingen av om spesifikasjonskravet er tilfredsstillt. Ordlyden i tvl. § 26-6 første ledd gir ikke anvisning på en slik vurdering, og det sentrale er om det er klart hva som kreves fremlagt. Det er da tilsynelatende ikke til hinder for fremleggelse at kravet omfatter et stort antall dokumenter, så lenge det fremgår klart hvilket materiale begjæringen gjelder. Uttalelsen gir likevel uttrykk for at mengden bevis som etterspørres, også skal tillegges betydning ved vurderingen av om begjæringen er tilstrekkelig spesifisert. Dette nødvendiggjør en analyse av grensen mellom spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 og forholdsmessighetskravet i tvl. § 26-5 tredje ledd.

Siden tvistemålsloven ikke hadde noe eksplisitt krav til spesifisering eller forholdsmessighet, fløt de to vurderingene i noen grad sammen i rettspraksis.¹⁴³ Enkelte avgjørelser gir likevel uttrykk for at de to vurderingstemaene skal holdes atskilt. I Rt. 2004 s. 442 ba rekvisenten om tilgang til dokumenter i alle skadesaker og innmeldte saker et forsikringsselskap hadde på en advokat, som hadde likhetspunkter med tvistesaken. Spesifikasjonskravet ble ansett oppfylt, selv om det potensielt kunne dreie seg om en betydelig mengde dokumenter. Det sentrale var at pålegget ikke kunne skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreide seg om.¹⁴⁴ Tilsvarende er det lagt til grunn i juridisk teori at det ikke er til hinder for fremleggelse at begjæringen gjelder et stort antall dokumenter, dersom kravet til individualisering først er oppfylt.¹⁴⁵

¹⁴² Se for eksempel Rt. 1998 s. 583.

¹⁴³ Se for eksempel Rt. 1991 s. 183 (54-91), på s. 184, der kjæremålsutvalget sa seg enig i at «det ikke kan tillegges avgjørende betydning at det her dreier seg om en stor mengde dokumenter, eller at arbeidet med fremleggelsen kan medføre slike kostnader som den kjærende part har antydnet».

¹⁴⁴ Rt. 2004 s. 442 avsnitt 31.

¹⁴⁵ Schei (1998) s. 783.

Lovfestingen av forholdsmessighetsvurderingen i tvl. § 26-5 tredje ledd og spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 tilsier at lovgiver ønsket et skille mellom de ulike vurderingene. Dette innebærer at større mengder dokumentasjon i utgangspunktet ikke er til hinder for et fremleggelsespålegg, og at vurderingen av mengden materiale må foretas uavhengig av vurderingen av spesifikasjonen. På den annen side er det enkelte vurderingsmomenter som går igjen i flere bestemmelser i tvisteloven, noe som skaper en viss grad av overlapp. Både tvl. § 26-5 tredje ledd og tvl. § 21-8 legger opp til en vurdering av saksgangens kostnader opp mot verdien av beviset og tvistens betydning.¹⁴⁶ I tillegg legger tvl. § 26-6 andre ledd opp til en vurdering av sannsynligheten for å avdekke bevis ved et lempet spesifikasjonskrav, noe som igjen må ses i lys av bevisets betydning og hvilke interesser tvisten gjelder.

Spesifikasjonskravet – og adgangen til lemping av dette – er et utslag av avveiningen mellom hensynet til en best mulig opplysning av saken og de prosessøkonomiske ulempene med en «discovery»-løsning. Lovgiver trakk frem nettopp kostnadene med «discovery»-systemet under vurderingen av hvor langt tvisteloven skulle gå i retten til bevistilgang.¹⁴⁷ Gjennom at rekvirenten pålegges å konkretisere hva han er ute etter, heller enn at han får tilgang til alt som kan være relevant, bidrar spesifikasjonskravet til at slike prosessøkonomiske ulemper unngås. Hvorvidt kostnadene med bevistilgang blir store i den enkelte sak, er et moment som mer naturlig bør håndteres under forholdsmessigheten av pålegget.

Mengden bevis som etterspørres, særlig når det gjelder elektronisk lagret materiale, kan imidlertid ha betydning for hvor strengt spesifikasjonskravet skal være i den konkrete sak. Blant annet kan Backer forstås i denne retningen når han skriver at dersom «det [er] å vente at dokumentmengden blir stor, kan det skjerpe kravet til spesifisering».¹⁴⁸ Poenget er da ikke at mengden dokumenter er et moment i vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt, men at det kreves en særlig grad av spesifisering for å unngå «fisking» etter bevis i de tilfellene begjæringen retter seg til en mengde dokumenter.

Dersom begjæringen retter seg til omfattende mengder materiale, vil det være vanskelig for retten å vurdere om bevisene er relevante, uavhengig av om motparten forstår hva han skal legge frem for å oppfylle pålegget. Førstvoterendes uttalelse i HR-2019-997-A om at det må tas i betraktning at provokasjonen gjelder en betydelig dokumentmengde, kan slik sett forstås

¹⁴⁶ Ordlyden «tvisten» i § 26-5 tredje ledd må forstås som tvistens betydning.

¹⁴⁷ NOU 2001: 32 s. 98, 142 og 465.

¹⁴⁸ Backer (2020) s. 323.

som at begjæringen ikke er tilstrekkelig spesifisert dersom de etterspurte dokumentene kunne vært spesifisert i større utstrekning. Denne tolkningen underbygges av førstvoterendes etterfølgende uttalelse om at «det meste kan søkes frem, bare man søker lenge nok».¹⁴⁹ I tillegg til at motparten skal forstå hvilket materiale som skal fremlegges, må det vektlegges om rekvirenten har spesifisert begjæringen til det han reelt sett tror kan utgjøre relevante bevis for sin sak. En slik tolkning hindrer en bevistilgang med for sterke trekk av «discovery», uten at kostnadene ved bevisfremleggelsen trekkes inn under spesifikasjonskravet.

Mengden bevis det kreves tilgang til er trukket frem under drøftelsen av spesifikasjonskravet i senere praksis for lagmannsretten. En sak for Borgarting lagmannsrett omhandlet et krav om fremleggelse av et stort antall mapper i en digital prosjektportal.¹⁵⁰ Retten påpekte at saken ikke kunne sammenlignes med HR-2019-997-A, siden dokumentmengden var «vesentlig mer beskjeden» og dokumentene inngikk i konkrete mapper i en bestemt digital portal. Når uttalelsene i HR-2019-997-A klart synes å forutsette at mengden dokumenter har betydning for bevistilgangen, og uttalelsen er fulgt opp av lagmannsrettene, synes det dermed avgjort at momentet har betydning. Begge avgjørelsene kan imidlertid forstås som at momentet har betydning for hvilken grad av spesifisering som kreves i den enkelte sak. En slik forståelse ivaretar formålet bak spesifikasjonskravet, og opprettholder det lovtekniske skillet mellom tvl. § 26-6 og § 26-5 tredje ledd.

6.3 Skal det at rekvirenten bidrar til fremleggelsen, vektlegges under spesifikasjonsvurderingen?

Under forholdsmessighetsvurderingen i tvl. § 26-5 tredje ledd første punktum skal kostnadene ved bevistilgang holdes opp mot tvistens betydning og den mulige bevisverdien. Etter andre punktum kan retten sette som vilkår at rekvirenten forskutterer utgiftene. Kompetansen gjelder ved bevistilgang både etter første og andre ledd, og tilsier at slik forskuttering har betydning for hvorvidt pålegget anses forholdsmessig. Kostnadene ved bevistilgangen vil imidlertid inngå i tvistens totale kostnader, som dermed kan kreves erstattet etter reglene om sakskostnader.¹⁵¹ Hvem som forskutterer utgiftene, har ikke betydning for hvem som til slutt

¹⁴⁹ HR-2019-997-A avsnitt 73.

¹⁵⁰ LB-2020-86196.

¹⁵¹ Tvl. kapittel 20.

sitter med kostnadene, med mindre rekvirenten har avgitt et dispositivt utsagn om å ikke kunne kreve dem erstattet som sakskostnader.

Nyere rettspraksis synes i større grad å overlate til rekvirenten å undersøke og sortere ut informasjonen, og dermed avhjelpe de prosessøkonomiske ulempene med å gi tilgang til omfattende dokumentasjon.¹⁵² Begrunnelsen bak dette er trolig at nettokostnadene ved å lete frem og sortere ut materialet vil bli lavere, fordi rekvisitus da slipper å tolke begjæringen for å hente ut det han tror rekvirenten er ute etter.

I juridisk teori er det imidlertid tatt til orde for at hvorvidt den begjærende part bidrar til fremleggelsen også har betydning ved vurderingen av om spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 er oppfylt. Backer skriver at det kan tas hensyn til omfanget av arbeid med å etterkomme pålegget, men at «[d]ette argumentet bortfaller hvis den som begjærer tilgang, selv vil gjennomgå materialet, og det må anses akseptabelt».¹⁵³ En slik forståelse følger ikke av lovteksten eller forarbeidene til tvl. § 26-6.

Det kan være problematisk å vektlegge at rekvirenten selv gjennomgår materialet ved vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt. En vurdering av «den mulige verdien av beviset» etter tvl. § 26-5 tredje ledd forutsetter at bevisene det kreves tilgang til er spesifisert. Dersom rekvirentens bidrag vektlegges i retning av at spesifikasjonskravet er oppfylt, samtidig som at det vektlegges i retning av at bevistilgangen er forholdsmessig, er rettstilstanden et skritt videre i retning av «discovery».¹⁵⁴ Rekvirenten vil da i realiteten få adgang til å lete frem relevant materiale, heller enn å begjære tilgang til nærmere spesifisert materiale.

Samtidig er det å la den begjærende part lete gjennom materialet mindre praktisk der omfattende mengder informasjon er lagret elektronisk. Ofte vil fragmenter av relevant informasjon være lagret på forskjellige steder på ulike lagringsmedier. Det vil normalt være vanskelig for andre enn den som sitter på informasjonen – ofte med eksperthjelp – å finne frem bevisene. I tillegg er informasjonen ofte sammenblandet med annen informasjon som er irrelevant for tvisten eller unntatt fra innsyn. I saken i HR-2019-997-A ble rekvirentens tilbud

¹⁵² Se for eksempel Rt. 2012 s. 1440, avsnitt 6–7, der det vektlegges at ankemotpartens prosessfullmektig ville gjennomgå arkivet.

¹⁵³ Backer (2020) s. 323.

¹⁵⁴ Jf. også Ristvedt og Tørum (2015) s. 160.

om å medvirke ved gjennomføringen ikke tillagt vekt, nettopp fordi materialet omfattet forretningshemmeligheter og var underlagt taushetsplikt.¹⁵⁵

Rekvirentens tilbud om å medvirke ved gjennomføringen kan være relevant under forholdsmessighetsvurderingen i tvl. § 26-5 tredje ledd, dersom det påvirker kostnadene ved bevisstilgangen. Det er likevel få rettskildemessige holdepunkter for at et tilsvarende moment er relevant for spesifikasjonskravet. Å trekke inn momentet ved vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt, vil bidra til en utvanning av kravet, og en ordning som et stykke på vei tilsvarende «discovery». Et tydeligere skille mellom de to vurderingsmomentene gir en klarere rettstilstand, og unngår at samme moment trekkes inn flere steder i vurderingen av bevisstilgang.

En sak for Borgarting lagmannsrett som gjaldt omfanget av retten til konkursbeslag, illustrerer den trinnvise vurderingen loven legger opp til.¹⁵⁶ Boet krevde fremlagt blant annet samtlige revisorbrev, korrespondanse og øvrige dokumenter fra selskapets tidligere revisor over en periode på ti år. Sakens karakter og nødvendigheten av at dokumentasjonen måtte ses i sammenheng over tid gjorde at spesifikasjonskravet ble lempet etter tvl. § 26-6 andre ledd. Lagmannsretten fant videre at kostnadene ved å finne frem dokumentene kunne bli betydelige, men at de var rimelige og nødvendige for saken. Pålegget var derfor forholdsmessig. Etter først å ha konkludert med at bevisstilgang måtte gis, fant retten det hensiktsmessig at boet skulle gjennomgå dokumentene for deretter å legge frem det de anså relevant. En slik trinnvis vurdering er i tråd med lovens system, og skaper et tydelig skille mellom de ulike vurderingsmomentene.

¹⁵⁵ HR-2019-997-A avsnitt 83.

¹⁵⁶ LB-2014-108782.

7 Har spesifikasjonskravet noen selvstendig betydning?

De ulikeartede momentene som vektlegges under klarhetskravet og den uklare grensen mot forholdsmessighetsvurderingen gjør det naturlig å stille spørsmål om hvilken selvstendig betydning spesifikasjonskravet har i dag. Monsen skriver at det er «grunn til å tro at spesifikasjonskravet vil få betraktelig mindre praktisk betydning enn det har hatt gjennom tvistemålsloven.»¹⁵⁷ Dette begrunner han med lempningsadgangen i tvl. § 26-6 andre ledd, lovfestingen av forholdsmessighetsbegrensningen i § 26-5 tredje ledd og muligheten for spørsmålsstillelse etter § 26-5 andre ledd.

Jeg kan dels si meg enig i synspunktet, men mener det må modifieres. Gjennom pålegg om å svare på spørsmål eller å utarbeide sammenstillinger etter tvl. § 26-5 andre ledd, kan rekvisitus bidra til bevisfremleggelsen ved at rekvirenten i neste omgang har tilstrekkelig informasjon til å spesifisere en begjæring. På den måten gis rekvirenten mulighet til å få tilgang til bevis også der spesifikasjonskravet for å få beviset stilt til rådighet ikke er oppfylt. Videre må kravet til spesifisering ses i lys av mulighetene for å spesifisere begjæringen nærmere, noe som åpner for en relativisering av spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 første ledd. Når det i tillegg foreligger en lempningsadgang etter tvl. § 26-6 andre ledd, blir det en form for dobbel adgang til lemping av kravet. På den annen side vil den begrensede bruken av lempningsregelen i rettspraksis svekke betydningen av en slik dobbel lempningsadgang.

Under tvistemålsloven åpnet individualiseringskravet for en slags helhetsvurdering, der både forholdsmessighetsbetraktninger og byrdene for den begjæringen rettet seg mot, ble trukket inn. Individualiseringskravet var derfor ofte avgjørende for om bevistilgang ble gitt. Etter tvisteloven gjør flere av de samme vurderingsmomentene seg gjeldende, men etter andre bestemmelser. En naturlig konsekvens av dette er at spesifikasjonskravet isolert sett får mindre selvstendig betydning utenfor de tilfellene der begjæringen er vag og generelt utformet.

Utviklingen i rettspraksis med å trekke inn mengden bevis det begjæres tilgang til i vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt, er i større grad med på å utvanne spesifikasjonskravet. Gjennom dette skapes en uklar grensedragning mellom spesifikasjons-

¹⁵⁷ Monsen (2007) s. 217 med tilslutning av Hjort (2016) s. 135.

kravet og forholdsmessighetskravet. For å unngå en slik utvanning bør førstvoterendes uttalelse i HR-2019-997-A tolkes som at mengden materiale har betydning for hvor strengt spesifikasjonskravet skal være i den konkrete saken. Dette underbygges av uttalelsen fra Borgarting lagmannsrett om at «[e]t strengere individualiseringskrav (...) vil kunne hindre fremleggelse av relevante dokumenter, og dermed en korrekt opplysning av saken.»¹⁵⁸ Selv om spesifikasjonskravet også i slike tilfeller relativiseres i lys av den enkelte sak, opprettholdes kravet som et selvstendig steg i vurderingen av om bevis tilgang skal gis.

Samtidig påvirkes spesifikasjonskravet av at domstolene i liten grad anvender lempningsregelen i tvl. § 26-6 andre ledd, og heller ikke skiller klart mellom hovedregelen og lempningsregelen. I en sak for Gulating lagmannsrett hadde tingretten pålagt saksøkte å fremlegge «fullstendig dokumentasjon over alle transaksjoner mellom SSM og (til eller fra) ITI, Kåre Syltebø eller Sigve Austheim eller selskaper hvor disse har direkte eller indirekte eierinteresser med angivelse av beløp, hva beløpet gjelder og når betaling fant sted».¹⁵⁹

Saksøkte anførte blant annet at begjæringen ikke var tilstrekkelig spesifisert og fremstod som et «skudd i blinde», med henvisning til Rt. 1999 s. 493. Lagmannsretten fant derimot at et strengere krav til spesifisering ville innebære «en reell fare for hindring av nødvendig klarlegging av faktum av betydning for saken». Retten viste til tvl. § 26-6 første og andre ledd, og uttalte at bevisfremleggelsesplikten rekker «vesentlig lenger» etter dagens bestemmelser enn etter tvistemålsloven. Det ble imidlertid ikke presisert om beslutningen ble hjemlet i første eller andre ledd. En slik form for helhetsvurdering av om tilgang bør gis, skaper et uklart skille mellom hovedregelen og lempningsadgangen. Lovbestemmelsen legger opp til at slike helhetsvurderinger skal foretas etter tvl. § 26-6 andre ledd gjennom at retten er gitt en skjønnsmyndighet til om kravet skal lempes, selv om de kumulative vilkårene for lemping er oppfylt.

Et viktig poeng i denne sammenheng er forarbeidenes direktiv om liberalisering av spesifikasjonskravet.¹⁶⁰ Tvistemålsutvalget fant at «det må lempes på spesifikasjons- eller individualiseringskravet», men presiserte ikke om dette var ment gjort gjennom tvl. § 26-6 i sin helhet, eller om bestemmelsens andre ledd utgjør denne lempingen.¹⁶¹ Proposisjonen er klarere på dette når den foreslår å «videreføre gjeldende regler om spesifisering» i

¹⁵⁸ LB-2020-86196.

¹⁵⁹ LG-2008-132615.

¹⁶⁰ Se bl.a. NOU 2001: 32 s. 116 og 465.

¹⁶¹ NOU 2001: 32 s. 977.

bestemmelsens første ledd.¹⁶² Dette må forstås som at spesifikasjonskravet er strengt, med mindre de kumulative vilkårene i andre ledd er oppfylt. Praksis reflekterer imidlertid ikke dette.

Likevel er det klart at spesifikasjonskravet fremdeles har en stor betydning i det praktiske rettsliv. Selv om spørsmålet om tilgang skal gis beror på en konkret vurdering, er spesifikasjonskravet sentralt for å hindre en for vidtgående bevis tilgang med trekk av «discovery» og «disclosure». Monsen uttaler at spørsmålet ved generelle og ubestemte begjæringer ikke er om begjæringen er tilstrekkelig spesifisert, men heller om bevis tilgang i den konkrete sak vil være uforholdsmessig tyngende.¹⁶³ Jeg må si meg uenig i uttalelsen. Dersom begjæringen er for generell, kan ikke domstolene vurdere om materialet som kreves fremlagt, er relevant for saken. Videre kan domstolen vanskelig foreta en vurdering av om kostnadene ved bevis tilgangen er uforholdsmessig, dersom det ikke er spesifisert hvilke bevis det kreves tilgang til. Selv om spesifikasjonskravet i dag må sies å være mindre strengt enn hva lovgiver forutsatte ved vedtakelsen av tvisteloven, er ikke dette ensbetydende med at kravet har liten selvstendig betydning.

¹⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 204.

¹⁶³ Monsen (2007) s. 217.

8 Avslutning

Lempningsadgangen i tvl. § 26-6 andre ledd, adgangen til å gå skrittvis frem, og adgangen til spørsmålsstillelse etter tvl. § 26-5 andre ledd, skulle i teorien gjøre det unødvendig å myke opp spesifikasjonskravet i for stor grad. Gjennom en streng anvendelse av hovedregelen i tvl. § 26-6 første ledd ivaretas de fordelene systemet gir, uten at prosessordningen i for stor grad blir tilsvarende «discovery» og «disclosure». Spørsmålet er om dette har lyktes i praksis.

Rettspraksis under tvistemålsloven bygget på en form for helhetsvurdering av om bevistilgang skulle gis. Rettstilstanden i dag synes til en viss grad å bevege seg tilbake til denne helhetsvurderingen, der spesifikasjonskravet dels flyter sammen med de øvrige vilkårene for bevistilgang. Dette gjelder særlig dersom mengden materiale eller rekvirentens eventuelle bidrag vektlegges i vurderingen av om spesifikasjonskravet er oppfylt.

Som redegjort for i kapittel 3 er klarhetskravet relativt, og vurderingen må foretas konkret ut fra mulighetene for nærmere spesifisering, partenes kjennskap til materialet og hvor materialet befinner seg. Det er anvendelsen av disse momentene som avgjør hvorvidt rettstilstanden blir forutsigbar for de involverte partene. Dersom spesifikasjonsvurderingen knyttes til faste momenter som er anvendt i tidligere rettspraksis, skapes en fleksibilitet i rettsanvendelsen, samtidig som partene vet hvilke vurderingsmomenter de har å forholde seg til.

For at forholdet mellom tvl. § 26-6 første og andre ledd skal bli tilstrekkelig klart, bør domstolene i mindre grad trekke inn vurderingsmomenter fra rettspraksis etter tvistemålsloven i vurderinger etter tvl. § 26-6 første ledd. Tvistemålsutvalget presiserte nettopp at spesifikasjonskravet i første ledd opprettholdes «for begjæringer det er mulig å spesifisere slik».¹⁶⁴ Under lempningsregelen kan likevel hensynet til sakens opplysning trekkes inn i en vurdering av hvorvidt det å nekte bevistilgang vil være rimelig, og man kan slik sett finne frem til den mest rimelige løsningen i saken. En mer utstrakt bruk av lempningsregelen vil tydeliggjøre hvorfor spesifikasjonskravet delvis tilsidesettes i den enkelte sak. Dette vil gi en klarere rettstilstand enn om spesifikasjonskravet utvannes gjennom bruken av tvl. § 26-6 første ledd på en stadig lempeligere måte.

¹⁶⁴ NOU 2001: 32 s. 980.

Tvistemålsutvalgets utredning ble publisert i 2001, og den hurtige teknologiske utviklingen innebærer at lovgiver vanskelig kunne se for seg de krevende problemstillingene som kan oppstå ved bevilgang til elektronisk lagret materiale. I tillegg til at problemstillingene rundt elektroniske bevis i liten grad ble drøftet, forutsatte lovgiver at forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd ville ha begrenset betydning ved bevilgang etter tvl. § 26-5 første ledd.¹⁶⁵ Utviklingen viser derimot at forholdsmessighetsbegrensningen i tvl. § 26-5 tredje ledd synes å få en stadig større betydning etter tvisteloven, mens spesifikasjonskravet havner i bakgrunnen.

¹⁶⁵ NOU 2001: 32 s. 979.

Litteraturliste

Lover mv.

Norske lover

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker
Offentlighetsloven	Lov 19. mai 2006 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd
Tvisteloven	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Tvistemålsloven	Lov 13. august 1915 nr. 6 om rettergangssåten for tvistemål

Internasjonale konvensjoner

EMK	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4 November 1950, entered into force 3 September 1953, (Den europeiske menneskerettskonvensjonen)
-----	--

Utenlandske lover

Storbritannia

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

Forarbeider og stortingsdokumenter

NOU 2001: 32	Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
Ot.prp. nr. 51 (2004–2005)	Om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Dokument 16 (2011–2012)

Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Litteratur

Backer (2020)

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

Hjort (2016)

Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker: Særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget, Oslo 2016

Larson (2018)

Aaron Larson, *Conducting Discovery in a Civil Lawsuit*, Expertlaw, 7. mai 2018, <https://www.expertlaw.com/library/civil-litigation/conducting-discovery-civil-lawsuit>

Monsen (2007)

Erik Monsen, *Bevistilgang til elektronisk lagret material*, Tidsskrift for forretningsjus 03/2007, s. 193–234

Mæland (1990)

Henry John Mæland, *Fremleggelse av dokumentbevis i tvistemål*, Jussens venner 01/1990, s. 6–22

Mæland (2013)

Henry John Mæland, *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave, Justian, Bergen 2013

Pedersen og Skoghøy (2020)

Jussi Erik Pedersen og Jens Edvin A. Skoghøy, *Grunnleggende sivilprosess*, Universitetsforlaget, Oslo 2020

Ristvedt og Tørum (2015)

Per M. Ristvedt og Amund Bjøranger Tørum, *Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og*

edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»,
Tidsskrift for forretningsjus 02/2015, s. 105–178

- Robberstad (2013) Anne Robberstad, *Sivilprosess*, 2. utgave,
Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke AS, Oslo 2013
- Schei (1998) Tore Schei, *Tvistemålsloven: lov om
rettergangsmåten for tvistemål av 13. august nr. 6,
1915: med kommentarer*, 2. utgave, Tano
Aschehoug, Oslo 1998
- Schei mfl. (2019) Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén,
Christian H. P. Reusch og Toril M. Øie,
Tvisteloven, kommentarutgave, Elektronisk utgave,
Oslo, Skien og Strasbourg, Ajourført 1. desember
2019
- Skoghøy (2017) Jens Edvin Skoghøy, *Tvisteløsning*, 3. utgave,
Universitetsforlaget, Oslo 2017
- Strandberg (2012) Magne Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*,
Fagbokforlaget, Bergen 2012

Rettspraksis

Norges Høyesterett

Rt. 1936 s. 977 (U)

Rt. 1959 s. 379 (U)

Rt. 1962 s. 188 (U)

Rt. 1962 s. 367 (U)

Rt. 1977 s. 363 (U)

Rt. 1980 s. 711 (U)

Rt. 1990 s. 1034 (365-90) (U)

Rt. 1991 s. 183 (54-91) (U)

Rt. 1992 s. 962 (U)

Rt. 1994 s. 932 (U)

Rt. 1997 s. 736 (U)

Rt. 1998 s. 58 (U)

Rt. 1998 s. 484 (U)

Rt. 1998 s. 583 (U)

Rt. 1999 s. 493 (U)

Rt. 2001 s. 1113 (U)

Rt. 2002 s. 976 (216-2002) (U)

Rt. 2004 s. 442 (U)

Rt. 2004 s. 1467 (U)

Rt. 2007 s. 920 (U)

Rt. 2010 s. 774 (A)

Rt. 2010 s. 946 (U)

Rt. 2012 s. 1440 (U)

Rt. 2013 s. 817 (U)

HR-1989-460-K

HR-2012-1004-F

HR-2019-997-A

HR-2020-2079-P

Norske lagmannsretter

LA-2008-52830-1

LG-2008-132615

LB-2011-18235

LG-2013-5970

LB-2014-108782

LB-2016-8194

LB-2016-136511-1

LH-2017-73203

LB-2017-97846

LE-2018-76187

LB-2018-104478

LB-2020-47782

LB-2020-86196

LB-2020-123289

LG-2020-177170

LG-2021-13219

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen

Golder v. United Kingdom, no. 4451/70, Series A no. 18, 21 February 1975

Voloshyn v. Ukraine, no. 15853/08, 10 October 2013