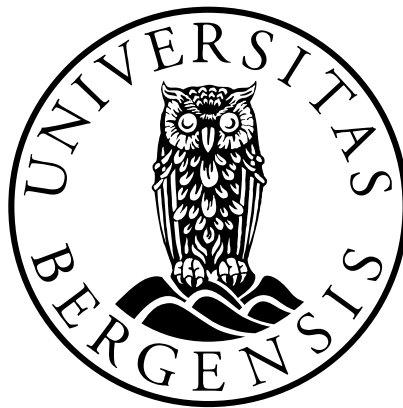


Spesifikasjonskravet ved bevistilgang

Hva kreves for at en begjæring om bevistilgang før og under rettssak er tilstrekkelig spesifisert?

Kandidatnummer: 63

Antall ord: 14 653



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2022

Innholdsfortegnelse

1. Innledning	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Ytterligere avgrensninger og avklaringer	4
1.3 Rettskildebildet og rettskildebruken	5
2. Generelt om bevis	8
2.1 Terminologi	8
2.2 Grunnleggende utgangspunkter om bevis	10
2.3 Grunnleggende om edisjonsplikten	13
2.4 Nærmere om spesifisering av begjæring om bevistilgang	14
2.4.1 Innholdet i § 26-6 første ledd	14
2.4.1.1 Bakgrunn og formål	15
2.4.1.2 Betydningen av HR-2019-997-A og øvrig rettspraksis	16
2.4.2 Innholdet i § 26-6 annet ledd	19
3. Bevissikring utenfor rettssak	23
3.1 Bakgrunn og formål	23
3.2 Når kan bevis sikres?	24
3.2.1 Grunnvilkåret	25
3.2.2 Det første tilleggsvilkåret: Beviset står i fare	25
3.2.3 Det andre tilleggsvilkåret: Særlig viktig	26
3.3 Hvordan gjennomføres bevissikring?	26
3.3.1 Generelt – Bevissikringens faser	26
3.3.2 Må motparten varsles?	28
3.4 Nærmere om spesifisering av bevissikringsbegjæring	29
3.4.1 Innledning	29
3.4.2 Betydningen av tvl. § 27-2 annet ledd	30
3.4.3 Betydningen av tvl. § 26-6	31
3.4.3.1 Når må begjæringen være tilstrekkelig spesifisert?	33
3.4.3.2 Hvilke krav stilles?	34
3.4.3.3 En dynamisk størrelse	36
3.4.3.4 Spesifikasjonskravet ved sikring uten varsel til motpart	39
4. Oppsummering & konklusjon	40
5. Kilderegister	42

1. Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgaven er: «Spesifikasjonskravet ved bevistilgang». Den nærmere problemstillingen er: «Hva kreves for at en begjæring om bevistilgang før og under rettssak er tilstrekkelig spesifisert?». I det følgende vil jeg begrunne hvorfor jeg har valgt dette temaet og denne problemstillingen.

Blant de overordnede formålene som tvisteloven oppstiller, angir tvl. § 1-1 første ledd annet punktum at:

«[Tvisteloven] skal ivareta den enkeltes behov for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister [...]».

Formålet er basert på at det ikke er tilstrekkelig at en part har rettslig grunnlag for sin ønskede virkning. En part må også *påvise* et faktisk grunnlag for å få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister. Derfor er en part avhengig av at retten bygger på et faktum som parten ønsker skal være grunnlaget for avgjørelsen, og derfor er reglene om bevis viktige.¹ I forlengelse av dette angir tvistelovsutvalget at reglene om bevis må forstås på bakgrunn av den grunnleggende målsetningen om å fremme materielt riktige avgjørelser.²

Siden sakens bevis kan være avgjørende for en part, er det naturlig at parten ønsker å fremskaffe sentrale bevis for å kunne føre en god sak. Det klare utgangspunkt er at det er den enkelte parts ansvar å få opplyst saken fra sin side.³ Realiteten er imidlertid at parten ikke alltid sitter med de aktuelle bevisene i sin sak, og i mange tilfeller vil bevisene befinne seg hos motpart eller en tredjeperson.⁴ Lovgiver har anerkjent at dette kan være tilfellet. Derfor har en av de større endringene med tvisteloven vært å bearbeide regler som både forplikter og pålegger motpart, og eventuelle tredjeparter, å gi tilgang til bevis.⁵ Når Høyesterett uttaler at: «Bevistilgang er en forutsetning for rettighetshåndhevelse ved søksmål», er det dessuten ikke

¹ Se NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 454.

² Ibid.

³ Se Ristvedt & Tørum (2016) s. 109 med nærmere henvisninger.

⁴ Se Hjort (2016) s. 13.

⁵ Dette ses nærmere på i punkt 2.2.

tvilsomt at disse reglene spiller en sentral rolle for at en part skal kunne materialisere sine rettigheter.⁶ At reglene om bevis tilgang er av sentral betydning for at en part skal kunne materialisere sine rettigheter, er grunnen til at jeg har valgt bevis tilgang som tema for fremstillingen.

I tvisteloven er det hovedsakelig tre fremgangsmåter en part kan benytte for å kreve at en motpart eller eventuell tredjepart gir tilgang til bevis: Reglene om tilgang til realbevis etter kapittel 26, reglene om bevisopptak i rettssak etter kapittel 27, og reglene om bevissikring utenfor rettssak etter kapittel 28.⁷ I denne fremstillingen velger jeg å avgrense mot reglene om bevisopptak, siden det er reglene etter kapittel 26 og 28 som oftest benyttes i praksis. I tillegg er det slik at reglene om bevis tilgang etter kapittel 26 anvendes under verserende rettssaker, mens reglene om bevis tilgang etter kapittel 28 anvendes utenfor rettssaker. Forskjellen mellom regelsettenes anvendelsesområde gir derfor grunnlag til å vurdere om spesifikasjonskravet skal forstås annerledes, avhengig av om en begjæring om tilgang til bevis reises *før* eller *under* en rettssak.

Det er flere ulike krav som må innfris for å få tilgang til bevis. Jeg har imidlertid valgt å fokusere på spesifikasjonskravet – kravet om at en part skal spesifisere sin begjæring om tilgang til bevis, slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder, jf. tvl. § 26-6 første ledd. For det første velger jeg dette siden spesifikasjonskravet er et grunnleggende og praktisk vilkår. Spesifikasjonskravet legger føringer på partens begjæring om bevis tilgang, og er derfor en sentral forutsetning for å få tilgang til bevis. For det andre velger jeg å fokusere på spesifikasjonskravet, fordi vilkåret var av stor betydning da tvistelovsutvalget drøftet hvordan norsk sivilprosess skulle effektivisere målsetningen om å fremme materielt riktige avgjørelser.⁸ Det kunne også vært hensiktsmessig å se hen til øvrige vilkår for bevis tilgang, særlig kravet til bevis tilgangen skal være relevant og proporsjonal, men av hensyn til fremstillingens omfang, avgrenser jeg mot en grundigere gjennomgang av øvrige vilkår.

1.2 Ytterligere avgrensninger og avklaringer

Av hensyn til å konsentrere oppgaven mest mulig etter det som er nødvendig og av interesse for fremstillingen, blir det hensiktsmessig å klargjøre noen avgrensninger.

⁶ Se Rt. 2010 s. 774 avsnitt 57.

⁷ Se Hjort (2016) s. 14.

⁸ Se NOU 2001: 32 A Rett på sak s. 465. Dette ser vi nærmere på i punkt 2.3.1.1.

Det skal først og fremst avgrenses mot å trekke inn komparative betraktninger til andre rettskulturer. I tillegg skal det også avgrenses mot å trekke inn hvilken betydning overordnede regelverk har for problemstillingen, herunder EMK og Grunnloven. Dette begrunnes også av hensyn til fremstillingens omfang.

I vanlige sivile rettssaker, herunder dispositive saker, har partene selv plikt og ansvar til å kunne angi avgjørelsesgrunnlaget, jf. tvl. § 11-2 annet ledd første punktum. Ved indispositive saker har partene fremdeles fri rådighet, men etter § 21-3 annet ledd får retten en «plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig faktisk avgjørelsesgrunnlag». Partenes behov for bevisatilgang vil være til stede for begge sakstypene, men vurderingen vil likevel stille seg annerledes når retten også pålegges et ansvar for avgjørelsesgrunnlaget i saken.⁹ Denne fremstillingen vil derfor forutsette at det er tale om dispositive saker.

Det finnes flere typer bevis som kan trekkes frem i en sivilrettslig sak, men siden reglene om bevisatilgang gjelder «realbevis» - personer og gjenstander -, vil fremstillingen ha disse bevisstypene i fokus. Imidlertid ønsker jeg å snevre fremstillingen til å kun omfatte «gjenstander» etter tvl. § 26-1, siden det er denne type bevis som vanligvis er gjenstand for saker om bevisatilgang. § 26-1 legaldefinerer «gjenstander» som «fast eiendom, løsøre, elektronisk lagret materiale mv». Det bemerkes at elektronisk lagrede dokumenter også utgjør «gjenstand» i lovens forstand, se HR-2019-997-A avsnitt 28.

1.3 Rettskildebildet og rettskildebruken

I denne fremstillingen skal jeg trekke frem aktuelle rettskilder for å redegjøre for spesifikasjonskravet under verserende rettssak og utenfor rettssak etter gjeldende rett – de lege lata. Dette skal besvares etter alminnelig norsk rettskildelære og metode. For denne fremstillingen vil det være hensiktsmessig å fremsette enkelte betraktninger om rettskildene for temaet og problemstillingen.

Siden oppgaven knytter seg til et sivilprosessuelt tema, er det naturlig at tvisteloven vil være en sentral rettskilde for fremstillingen. Tvisteloven trådte i kraft 1. januar 2008 og er relativt ny. Dette styrker den rettskildemessige tyngden loven vil ha ved tolkning av spesifikasjonskravet. Likeså er det nærliggende å trekke inn både utredningen til tvisteloven og proposisjonen, NOU 2001: 32 Rett på sak og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005).

Spesifikasjonskravet i § 26-6 er i utgangspunktet kort utformet, noe som kan tilsi et behov for

⁹ Se Hjort (2016) s. 14-15.

å søke ytterligere presisering av lovgivers vilje og veiledning i forarbeidene. I likhet med tvisteloven er også lovens forarbeider nye. Dette styrker deres rettskildemessige relevans i fremstillingen. På bakgrunn av dette vil lovgivers formål og legislative hensyn gjennomsyre det rettskildemessige grunnlaget for problemstillingen.

Imidlertid vil den omstendighet at tvisteloven er ny, medføre at det generelt sett kan være begrenset med rettspraksis om temaet. Det kan tenkes at praksis tilknyttet tvistemålsloven vil være av betydning også for reglene om bevis tilgang etter tvisteloven. Når det gjelder tolkning av spesifikasjonskravet i bevissikringssaker, vil Rt. 2006 s. 626, som er behandlet etter tvistemålslovens § 271 a, være av sentral betydning for fremstillingen, se punkt 3.4.3. Dette begrunnes i at tvistelovens regler om bevis tilgang utenfor rettssak i kapittel 28 på mange måter er en videreføring av denne regelen, som forsvarer den rettskildemessige relevansen¹⁰. Imidlertid kan ikke dette forsvares i samme grad når det gjelder regler om bevis tilgang under verserende rettssak, siden det her har skjedd større endringer siden tvistemålsloven¹¹. Imidlertid har Høyesterett nylig avlagt en kjennelse i HR-2019-997-A som reiser prinsipielle uttalelser om spesifikasjonskravet under rettssak, som vil være sentral for fremstillingen, se punkt 2.4.1.2. Siden det generelt sett er få høyesterettsavgjørelser om spesifikasjonskravet ved bevis tilgang, vil både Rt. 2006 s. 626 og HR-2019-997-A gjennomgås grundig og tildeles betydelig plass i fremstillingen.

Det vil i tillegg være aktuelt å se til juridisk litteratur for å besvare problemstillingen. Her vil jeg benytte et rikelig omfang av juridisk litteratur. Jeg vil først og fremst benytte Schei mfl., «*Tvisteloven. Kommentartutgave*» (2013) siden denne rettskilden kan fungere som et bidrag til å nærmere forstå lovgivers vilje. Videre vil Hjorts avhandling «*Tilgang til bevis i sivile saker: særlig om digitale bevis*» (2016), være av god betydning for fremstillingen, siden det er den mest spesialiserte avhandlingen om dette temaet. Skoghøys «*Tvisteløsning*» (2022), Backers «*Norsk sivilprosess* (2020), og Hovs «*Rettergang i sivile saker*» (2019) vil også trekkes inn for å at fremstillingen skal sikre et bredt og variert omfang av juridiske rettskilder. Hertil vil også enkelte juridiske artikler og tidsskrifter om temaet benyttes.

Siden bestemmelsen om spesifikasjonskravet i tvl. § 26-6 er knapp og i stor grad baserer seg på rettsanvenderens konkrete vurdering, vil hensyn få en betydelig verdi i fremstillingen. Hensyn er en rettskildefaktor som vanligvis må benyttes varsomt i rettslig argumentasjon.

¹⁰ Se Hjort (2016) s. 57 og 267.

¹¹ Se Hjort (2016) s. 57.

Fremstillingen vil likevel rette seg primært mot legislative hensyn, siden lovgiver og Høyesterett tar i stor grad bruk av hensyn som fremgår av lovens forarbeider, for å klarlegge innholdet i reglene om bevistilgang og spesifikasjonskravet. Med dette vil lovgivers hensyn ha rettskildemessig tyngde og være en viktig rettskildefaktor for å besvare problemstillingen.

2. Generelt om bevis

2.1 Terminologi

I denne oppgaven vil det være behov for å presentere definisjoner og forklaringer av ulike begreper. Dette er en forutsetning for forståelsen av fremstillingen.

Det mest sentrale begrepet for forståelsen av fremstillingen er «bevis». Dette begrepet benyttes noe ulikt i flere sammenhenger, men det er naturlig at begrepets betydning og bruk i juridiske sammenhenger, er det som er relevant for denne fremstillingen. Begrepet «bevis» er ikke definert i tvisteloven, siden tvistelovsutvalget ikke fant dette nødvendig.¹² Likevel velger tvistelovsutvalget å forklare bevis som:

«[...] all informasjon som kan bidra til å belyse saksforholdet i en rettssak, i utgangspunktet kan være bevis, og at bevismidlene er en fellesbetegnelse på alt som er bærer av denne informasjonen, enten det er forklaringer, dokumenter eller andre gjenstander».¹³

Skoghøy bidrar med en forklaring på at «[m]ed «bevismidler» menes de kilder som retten kan bygge på ved avgjørelsen av hva som er riktig faktum».¹⁴

Fellestrekket for de ovennevnte forklaringene, er at bevis er et middel som etter sin art bærer informasjon som *kan* bidra til å underbygge en påstand.¹⁵ I rettslige sammenhenger knytter påstandene seg til rettslige tvister.

Det er heller ikke uten videre opplagt hva som menes med begrepet «bevistilgang». Begrepet ble tross alt først introdusert i tvisteloven, men er ikke definert i verken tvisteloven selv eller dens forarbeider.¹⁶ I kommentarutgaven til Tvisteloven nevnes begrepet som en «[...] betegnelse på det å stille informasjon til rådighet [...]».¹⁷ Begrepet «bevistilgang» i seg selv gir uttrykk for det å *ha* tilgang til bevis. Når det imidlertid ses hen til hvordan begrepet brukes i tvisteloven og øvrige rettskilder, kan det være rom for å hevde at begrepet «bevistilegnelse»

¹² Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 943.

¹³ Ibid.

¹⁴ Se Skoghøy (2022) s. 751.

¹⁵ Det foreligger riktignok en diskusjon i juridisk teori om hvorvidt definisjonen av bevis i seg selv har et krav om relevans, se Hjort (2016) s. 17. Jeg anser det ikke som nødvendig for fremstillingen å trekke fremme denne teoretiske diskusjonen, men støtter meg dessuten til Hjorts synspunkt om dette, se *ibid.*

¹⁶ Se Schei mfl., (2013) s. 790.

¹⁷ Ibid.

er mer treffende, siden det legger opp til at det skjer en konvertering av en parts rådighet; parten *tilegner* seg bevis, noe som forutsetter at parten ikke rådet over det aktuelle beviset før et visst skjæringspunkt. Denne forståelsen treffer også godt med den forståelsen Hjort legger til grunn i sin avhandling, der hun forstår bevistilgang som:

«det at en part tilegner seg bevis som han ikke har hånd om i utgangspunktet, uavhengig av hvilken fremgangsmåte han benytter».¹⁸

Jeg er enig i denne forståelsen og legger den følgelig til grunn for min egen fremstilling. Når jeg videre i denne fremstillingen benytter termene «bevistilgang» og «regler om bevistilgang», skal de forstås som overordnede samlebegrep som omhandler alle typer tilfeller der en part tilegner seg bevis, derav både bevistilgang *før* retts sak og *under* retts sak.

For å skille mellom regelsettene, vil jeg i denne fremstillingen omtale reglene om bevistilgang *før* retts sak som «bevissikring» og «regler om bevissikring». Når jeg omtaler reglene om bevistilgang *under* retts sak, vil jeg benytte begrepene «edisjonsplikten» og «regler om edisjonsplikten». «Edisjonsplikt» er en betegnelse som verken har blitt brukt i tvistemålsloven eller tvisteloven, men som likevel har betegnelsen rådet lenge i juridisk teori.¹⁹

Edisjonsplikten kan enkelt forstås som den plikt en part har om å stille potensielle bevis til rådighet for rekvirenten, og er vanligvis brukt til omtalen av reglene i tvl. §§ 26-4-26-6.²⁰

Når bevistilgangsbegrepet har blitt gjort rede for, er det hensiktsmessig å introdusere en totrinnsmodell for bevis i en retts sak. Denne totrinnsmodellen er ikke definert i tvisteloven, men en slik modell er likevel en fordel å benytte, siden den etablerer at begrepene «bevistilgang» og bevisføring» kan plasseres i to ulike faser i en retts sak. Tvistelovens forarbeider erkjenner at det eksisterer et slikt skille, og i HR-2020-2469-A avsnitt 41, anerkjenner også Høyesterett at det er et skille mellom spørsmålet om hvordan bevis skal *føres* og spørsmålet om en part skal få *tilgang* til bevis.

Den første fasen er *bevistilgang*, som omhandler partenes rettigheter til å tilegne seg bevis de ikke har hånd om, og den andre fasen er *bevisføring*, som omhandler partenes rettigheter til å

¹⁸ Se Hjort (2016) s. 18. Hjort bryter opp begrepet bevistilgang enda grundigere i sin fremstilling, men dette faller utenfor hva som er en nødvendig forutsetning for denne fremstillingen.

¹⁹ Se Hjort (2016) s. 90. Hjort mener at edisjonsplikten blir upresist, og velger i stedet å bruke termin «rådighetsstillelse». Til tross for hennes gode begrunnelse, velger jeg likevel å benytte edisjonsplikten i min fremstilling siden dette er en mer etablert term i juridisk teori og dermed mer praktisk.

²⁰ Se Øyen (2020) s. 139.

føre bevis for retten.²¹ Det er heller ingen definisjon i loven om begrepet «bevisføring». Backer definerer bevisføring som «fremlegging av konkrete bevismidler for retten».²² Regler om bevisføring handler om hvilke av de bevisene som parten rår over som kan benyttes i den aktuelle rettssaken.²³

Tvisteloven benytter ingen konsekvente termer ved omtale av den som begjærer tilgang til bevis og den det begjæres bevis fra.²⁴ Det er ikke tilstrekkelig å benytte termene «part» for den som begjærer bevis tilgang og «motpart» for den begjæringen retter seg mot, siden en begjæring om bevis tilgang også kan rettes mot tredjepersoner. Det vil derfor være enklere for fremstillingen å benytte termen «rekvirent» om den som begjærer bevis tilgang, og «rekvisitus» for den som har hånd om det aktuelle beviset og som bevis tilgangsbegjæringen rettes mot.²⁵

2.2 Grunnleggende utgangspunkter om bevis

Det er behov for å gjøre rede for noen kurante prinsipper og utgangspunkter for bevis i norsk sivilprosess for å dekke forutsetningene for fremstillingen videre.

Når det gjelder bevisreglenes anvendelsesområde i sivilprosess, fremgår det av tvl. § 21-1 at «[r]eglene om bevis gjeldet det faktiske avgjørelsesgrunnlaget». Med dette setter tvisteloven rammer for at bevisreglene ikke skal få anvendelse på materiale som belyser innholdet av rettsregler, men kun for fastleggelsen av det faktum avgjørelsene skal bygges på²⁶.

Videre fordres det et spørsmål om *hvem* som har ansvaret for bevisene i en rettssak. Dette besvares i tvisteloven gjennom § 11-2 andre ledd første setning, som fastslår at «[p]artene har hovedansvaret for å sørge for bevisføring».²⁷ Selv om ordlyden kun omtaler «bevisføring» og ikke gir anvisning på hvem som har hovedansvaret for å *fremskaffe* bevis, er det imidlertid ikke tvilsomt at denne hovedregelen også omfatter at partene også har hovedansvaret for å

²¹ Se Hjort (2016) s. 13.

²² Se Backer (2020) s. 309.

²³ Se Hjort (2016) s. 20.

²⁴ Se for eksempel tvl. § 28-3 andre ledd «den begjæringen direkte retter seg mot» og fjerde ledd tredje setning «[d]en som har framsatt begjæringen».

²⁵ Se Hjort (2016) s. 22. Til støtte for begrepsbruken kan det vises til HR-2019-439-A som eksempel på en autoritativ kilde som selv benytter «rekvirent» for å omtale den begjærende part i saken.

²⁶ NOU 2001:32 B Rett på sak s. 943. Det bemerkes at finnes unntak fra dette i tvl. § 11-3, men ikke hensiktsmessig for fremstillingen å gå nærmere inn på dette.

²⁷ Når tvisteloven og dens forarbeider benytter termen «partene», skal dette klart nok siktes til partene som tvister mot hverandre.

fremskaffe bevis.²⁸ Mens det er partene som i utgangspunktet har ansvaret for å fremskaffe og føre bevis, er det retten som har det frie ansvaret for bedømme bevisene og avgjøre hvilket saksforhold som skal legges til grunn for avgjørelsen, jf. § 21-2 første ledd.

Ved spørsmålet om *hvilke* bevis partene kan fremskaffe og føre for saken, regulerer tvl. § 21-3 første avsnitt første setning «[p]artene har rett til å føre de bevis de ønsker». Denne bestemmelsen kodifiserer det veletablerte prinsippet om partenes frie bevisføring.²⁹ Prinsippet innebærer et utgangspunkt om at partene skal få anledning til å legge frem det materialet de selv ønsker for å fastlegge de faktiske forholdene i saken. Selv om bestemmelsen, i likhet med § 11-2 andre ledd første setning, kun omtaler «bevisføring» og ikke fremskaffelsen av bevis, er det også her ingen tvil om den frie bevisføringsretten også gjelder partenes fremskaffelse av bevis. Følgelig er det et utgangspunkt om at partene har mulighet til å fremskaffe og føre de bevis parten selv ønsker, med forutsetning om at det er *bevis* etter tvistelovens forstand.

Det følger videre i bestemmelsens første ledd andre setning at unntak i partenes bevisføringsrett «følger av §§ 21-7 og 21-8, kapittel 22 og øvrige bevisregler i loven her». Ordlyden gir her en anvisning til begrensningene i partenes frie bevisføring etter § 21-7 om alminnelige begrensninger i retten til å føre bevis, § 21-8 om begrensninger ut fra proporsjonalitet og kapittel 22 om bevisforbud og bevisfritak. Det kan tolkes ut fra ordlyden «og øvrige bevisregler i loven her», at oppregningen ikke er uttømmende, noe som dessuten kommer frem i kommentarutgaven til tvisteloven også.³⁰

Blant unntakene fra utgangspunktet om partenes frie bevisføringsrett, er det av særlig interesse for fremstillingen at det nevnes i proposisjonen til tvisteloven som eksempel at «det er gitt flere regler om parters plikt til å gi tilgang bevis, jf. Særlig § 21-4 og § 21-5».³¹ Denne uttalelsen gir uttrykk for at lovgiver anser regler som pålegger og forplikter en part til å gi tilgang til bevis, som unntak fra prinsippet om fri bevisføring. Fra rekvisitus' perspektiv, vil plikter og pålegg om å gi tilgang til bevis til rekvirenten, innskrenke rekvisitus' frie bevisføringsrett. Fra rekvirentens perspektiv, vil rekvirentens begjæring om å pålegge rekvisitus til å gi tilgang til bevis, være et utslag av rekvirentens frie bevisføringsrett. På

²⁸ For eksempel kan det ses til Schei mfl., (2013) s. 391 som forutsetter at dette også omfatter fremskaffelse av bevis, og NOU 2001:32 A Rett på sak s. 460 som skriver at [...] det er partene som må fremskaffe bevis og føre dem [...].»

²⁹ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 453.

³⁰ Se Schei mfl., (2013) s. 784.

³¹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 453.

denne måten kan partenes frie bevisføringsrett være et middel som både utvider, men også innskrenker deres handlefrihet i en rettslig prosess.

Siden lovgiver anser tvl. §§ 21-4 og § 21-5 som unntak fra den frie bevisføringsretten, er det aktuelt å se nærmere på disse reglene. Tvl. § 21-4 første ledd angir at partene har plikt til å «sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst», og angir videre i neste setning at parten «skal» gjøre dette ved å «tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten» og har plikt til å gi «bevistilgang i henhold til § 21-5». Ordlyden gir uttrykk for at bestemmelsen må forstås i sammenheng med § 21-5, som også proposisjonen til loven angir.³² Tvl. § 21-5 knesetter den allmenne plikten om at «enhver» må «gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis i en rettssak». Sammenholdt, gir bestemmelsene uttrykk for en avskjæring av partenes frie bevisføringsrett, ved at de er forpliktet til å uoppfordret utlevere bevis, for å sørge for at saken blir fullstendig opplyst og oppnår materielt riktig resultat. Det er med disse to bestemmelsene tvisteloven fremsetter partenes generelle og allmenne plikter til å gi tilgang til, og få tilgang til, bevis.

Prinsippene etter §§ 21-4 og 21-5 gir imidlertid ingen garanti for at en rekvisitus uoppfordret gir tilgang til alle relevante bevis, og i praksis vil det være slik at en rekvirent først oppfordrer tilgang til bevis, en såkalt «bevisprovokasjon».³³ Dersom rekvisitus nekter å gi tilgang til bevis, kan rekvirenten begjære at retten pålegger rekvisitus å gi tilgang til bevis etter tvl. § 26-7.³⁴ Det er bevismidlets art som nærmere avgjør hvordan bevistilgangen skal gis, der tvisteloven skiller blant annet mellom bevistilgang til personer i § 26-4 og bevistilgang til gjenstander i § 26-5.³⁵ Selv viser lovens proposisjon til at § 21-5 må leses i sammenheng med reglene om bevistilgang, og viser videre til § 26-5, som regulerer bevistilgang til gjenstander.³⁶ Det er bevistilgang til gjenstander som er mest relevant for fremstillingen, og det skal derfor ses nærmere på dette i punkt 2.3. I tillegg viser utredningen til tvisteloven at opplysningsplikten etter § 21-4 også vil gjelde før en sak reises.³⁷ Utredningen viser ikke her til en direkte hjemmel for dette, men etter lovens systematikk er det god grunn til å tro at denne uttalelsen gir uttrykk for at reglene om bevissikring utenfor rettssak er utslag av dette, som vi skal se nærmere på i punkt 3.

³² Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454.

³³ Se Ristvedt & Tørum (2016) s. 106.

³⁴ Se Skoghøy (2022) s. 841-842 med også nærmere henvisninger.

³⁵ Se Skoghøy (2022) s. 841, Schei mfl., (2013) s. 790 og Hov (2019) s. 212.

³⁶ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454.

³⁷ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 947

2.3 Grunnleggende om edisjonsplikten

Det er tvl. § 26-5 første ledd som hjemler edisjonsplikten i norsk sivilprosess. Av denne bestemmelsen kommer det frem at

«[e]nhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie».

Med «enhver» tolkes ordlyden dithen at denne utleveringsplikten også omfatter tredjepersoner, og ikke kun de som er formelle parter i saken.³⁸ Bestemmelsen angir videre at edisjonsplikten gjelder «gjenstander», som blir legaldefinert i tvl. § 26-1 som «fast eiendom, løsøre, elektronisk lagret materiale mv». Det bemerkes at elektronisk lagrede dokumenter også utgjør «gjenstand» i lovens forstand, se HR-2019-997-A avsnitt 28. Når bestemmelsen uttrykker at edisjonsplikten omfatter det rekvisitus «har hånd om eller kan skaffe til veie», er dette ment som en viss oppmykning av vilkåret om rådighet og umiddelbar tilgang, som fulgte av besittelseskravet etter tvistemålsloven.³⁹

Videre stiller edisjonsplikten etter § 26-5 tre hovedvilkår: Krav til relevans etter § 21-7, spesifisering etter § 26-6 og forholdsmessighet etter § 26-5 tredje ledd.⁴⁰ Ettersom fremstillingens problemstilling knytter seg til spesifikasjonskravet, er det hensiktsmessig å se til innholdet og forståelsen av dette kravet, se punkt 2.4. Likevel er det hensiktsmessig å kjenne til det mest kurante og sentrale ved de relevanskravet og proporsjonalitetskravet, så det skal gjøres kort rede for disse.

Tvl. § 21-7 regulerer relevanskravet og angir at partene bare kan føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning av den avgjørelsen som skal treffes. Slik Høyesterett angir i HR-2019-997-A i avsnitt 56, må beviset være relevant ved å være «bærer av informasjon av relevante faktiske omstendigheter», og denne forståelsen vil også gjelde regler om bevis tilgang. Relevanskravet overlapper i stor grad med spørsmålet om hva som kan utgjøre bevis, slik det skal forstås etter punkt 2.1.⁴¹ Dersom et bevis ikke er relevant, kan retten nekte at rekvirenten får tilgang til det. Hvorvidt et bevis er relevant, må etter en konkret vurdering avgjøres på grunnlag av de krav som reist i saken, partenes påstandsgrunnlag og partenes

³⁸ Se Schei mfl., (2013) s. 950.

³⁹ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 979.

⁴⁰ Se HR-2019-997-A der Høyesterett oppstiller dette som tre hovedvilkår for edisjonsplikten etter § 26-5 i avsnitt 29.

⁴¹ Se Hjort (2016) s. 113.

pretensjoner om rettsregler.⁴² Det er på bakgrunn av dette nødvendig at rekvirenten konkretiserer hva bevisene som vedkommende begjærer tilgang til, skal underbygge.⁴³

Etter § 26-5 tredje ledd første setning kan retten nekte tilgang til bevis etter en forholdsmessighetsvurdering. Etter denne regelen må retten vurdere om bevistilgang «vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset», eller at «parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang selv». Tilgangen til bevis må derfor som hovedregel ikke medføre store kostnader, med mindre det vurderes som rimelig i forhold til tvistens verdi og den mulige bevisverdien. Regelen er utslag av at lovgiver ønsket ved utarbeidelsen av tvisteloven at det skulle være en forholdsmessighet mellom betydningen av tvisten og omkostningene ved behandlingen av denne.⁴⁴

2.4 Nærmere om spesifisering av begjæring om bevistilgang

2.4.1 Innholdet i § 26-6 første ledd

Kravet til spesifisering er nedfelt i tvl. § 26-6. Av bestemmelsens første ledd kommer det frem at «[e]n begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder». Bestemmelsens andre ledd regulerer adgangen til å lempe spesifikasjonskravet, som vil omtales nærmere i punkt 2.4.2.

«Realbevis» legaldefineres i § 26-1, og omfatter både personer og gjenstander som er definert etter denne bestemmelsen, se punkt 2.3.1. Ordlyden gir uttrykk for at det gjelder et spesifikasjonskrav for «begjæring om tilgang til [...] realbevis». Dette er en henvisning til pålegg om å stille gjenstander til rådighet etter § 26-5 første ledd, og pålegg om å «utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander», se § 26-5 andre ledd andre punktum. Ordlyden angir også at det gjelder et spesifikasjonskrav for «spørsmål om realbevis», som er en henvisning til § 26-5 andre ledd første punktum, som regulerer retten til å pålegge partene og andre til «å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse».

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det må komme tydelig frem av bevisbegjæringen hvilke bevis det kreves tilgang til. Det må således spesifiseres slik at det er «klart», som tilsier

⁴² Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 949.

⁴³ Se HR-2019-997-A avsnitt 60-61.

⁴⁴ Se Hjort (2016) s. 166.

et strengt kravt. Ordlyden gir likevel ingen nærmere veiledning om graden av klarhet som kreves og heller ikke på hvilke måter begjæringen skal spesifiseres. Men for å få en nærmere forståelse av innholdet i spesifikasjonskravet etter første ledd, er det hensiktsmessig å se hen til bakgrunnen og formålet med kravet.

2.4.1.1 Bakgrunn og formål

§ 26-6 første ledd var tidligere omtalt som et individualiseringskrav forankret i tvistemålsloven § 253 første ledd. Formålet med å kreve at en rekvirent må spesifisere de bevis det ønskes tilgang til, er dels for at rekviritus skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt og dels for å gi retten mulighet til å vurdere at kravet om bevistilgang gjelder dokumenter som kan utgjøre bevis i saken.⁴⁵ I utredningen til tvisteloven angis det at vilkåret tidligere ble tolket strengt i praksis.⁴⁶ Hjort har sett til høyesterettsavgjørelser fra 1962 til 1998, og viser i sin avhandling til at det ble praktisert en forholdsvis streng norm.⁴⁷

På den ene siden kan det å operere med et altfor strengt krav til spesifisering øke risikoen for at parten som fremsetter begjæringen ikke får tilgang til potensielt relevante og avgjørende bevis.⁴⁸

På den andre siden kan et altfor svakt krav til spesifisering medføre at rekvirenten får et urimelig stort rom til å få tilgang til motpartens bevis, og kan dra på «fisketur» etter potensielle bevis og informasjon rekviritus råder over.⁴⁹ Denne bemerkningen knytter seg i stor grad til den sentrale drøftelsen av om det angloamerikanske systemet med «Discovery & Disclosure» skulle innføres i norsk sivilprosess ved utformingen av tvisteloven.⁵⁰

Slik Høyesterett påpeker i HR-2019-997-A, er dette en ordning der partene som et utgangspunkt har plikt til å informere og legge frem alt som kan tenkes å være relevant for saken.⁵¹ Konklusjonen i utredningen til tvisteloven var at den angloamerikanske ordningen ikke kunne ha den samme rollen i norsk sivilprosess som i engelsk eller amerikansk rett, siden en slik ordning vil bryte «fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer

⁴⁵ Schei mfl., (2013) s. 955.

⁴⁶ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak, s. 980.

⁴⁷ Se Hjort (2016) s. 43.

⁴⁸ Se Ristvedt & Tørum s. 111

⁴⁹ Se Ristvedt & Tørum (2016) s. 131.

⁵⁰ Dette blir drøftet i NOU 2001: 32 A Rett på sak punkt 16.6.

⁵¹ Se dommens avsnitt 30. Dommen vil omtales nærmere i punkt 2.4.1.2.

effektiv også kostnadseffektiv – sivilprosess».⁵² Det kan til dette tenkes at et altfor lempelig spesifikasjonskrav ville nettopp føre til en mer ineffektiv og dyr behandling av sivile saker.

Likevel erkjente lovgiver at den angloamerikanske ordningen med «discovery and disclosure» sikret partene tilgang til hele bevisbildet i saken, som kan ivareta at en sak får et riktig materielt resultat.⁵³ Siktemålet for lovgiver ble dermed å ivareta de viktige hensyn fra det angloamerikanske systemet, trolig hensynet til materielt riktig resultat, «på en måte som ikke i særlig grad er kostnadsdrivende og har negative virkninger».⁵⁴

Siden tvistemålslovens individualiseringskrav tidligere var tolket strengt, ble det naturlig at en av flere løsninger på denne problemstillingen nemlig var at spesifikasjonskravet skulle lempes i forhold til tvistemålslovens krav om individualisering.⁵⁵ Skoghøy trekker frem at det tidligere strenge individualiseringskravet ble betydelig modifisert i løpet av de siste 15 år av tvistemålsloven funksjonstid.⁵⁶ I utredningen har lovgiver en intensjon om at spesifikasjonskravet skal «forstås i samsvar med den nyere – noe mer imøtekommende – rettspraksis».⁵⁷ Hjort mener at utviklingen i rettspraksis nå har havnet på et punkt der spesifikasjonskravet fører en mer løsningsorientert og fleksibel norm.⁵⁸

Det har med dette vært lovgivers hensikt at det tidligere individualiseringskravet, og nå spesifikasjonskravet, skal praktiseres mindre strengt enn tidligere, slik at det ikke i «urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken».⁵⁹ På denne måten har utformingen av spesifikasjonskravet vært en viktig del av lovgivers målsetning om å fremme materielt riktig avgjørelser i norsk sivilprosess.

2.4.1.2 Betydningen av HR-2019-997-A og øvrig rettspraksis

At bakgrunnen til tvl. § 26-6 og dens formål har betydning for innholdet av spesifikasjonskravet, trekkes også frem i HR-2019-997-A. Dette er en høyesterettsavgjørelse som reiser flere prinsipielle avklaringer og er av stor rettskildemessig betydning for forståelsen av spesifikasjonskravet. Under saksforberedelsen hadde rekvirenten, Infor, fremsatt en begjæring om edisjonsplikt til en svært omfattende mengde dokumenter, som for det meste var elektronisk lagret. Felleskjøpet fremla noen av de etterspurte dokumentene, men

⁵² Se NOU 2001:32 A Rett på sak, s. 98 og 465.

⁵³ Se NOU 2001:32 B Rett på sak, s. 465.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Se Skoghøy (2022) s. 847.

⁵⁷ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak, s. 980.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

motsatte seg fremleggelse av de øvrige dokumentene. Lagmannsretten hadde gitt medhold i Infors pålegg.

Spørsmålet for Høyesterett var om kravene til relevans, spesifisering og proporsjonalitet, samt bevisforbud tilknyttet advokatenes taushetsplikt etter tvl. § 22-5, var korrekt behandlet av lagmannsretten. Det er Høyesteretts uttalelser tilknyttet kravet til spesifisering som er av betydning for fremstillingen.

Fra avgjørelsens avsnitt 68 viser Høyesterett til Rt. 1998 s. 583 og Rt. 1999 s. 493 som to eksempler fra rettspraksis på vurdering av det daværende individualiseringskravet, men som har videreført relevans til nåværende spesifiseringskrav.

Først viser Høyesterett til at Rt. 1998 s. 583 dannet et utgangspunkt for vurderingen om at en begjæring om fremleggelse måtte gjelde et bestemt angitt dokument, uten at det var nødvendig å liste opp hvert enkelt bevis hvis det var tale om et betydelig antall dokumenter som måtte utgjøre bevis.⁶⁰ Høyesterett viser deretter til Rt. 1999 s. 493, der fremleggelsen ikke knyttet seg til en enkelt saksmappe som inneholdt de dokumentene rekvirenten begjærte om. Årsaken til dette var naturligvis fordi rekvirenten selv ikke hadde innsyn eller tilgang til rekvisitus' dokumenter, og kunne derfor ikke vite hva rekvisitus hadde av dokumenter og hva de inneholdt. Begjæringen ble derfor ansett av Høyesterett som veldig generell. Konklusjonen ble at spesifiseringskravet ikke var oppfylt, og det tyder på at Høyesterett la avgjørende vekt på at begjæringen la opp til en «nokså ubestemt leting etter eventuelle dokumenter av interesse», som ville føre til at rekvisitus måtte gå gjennom alle arkiver for å finne eventuelle dokumenter.⁶¹

Den siste kjennelsen Høyesterett viser til i HR-2019-997-A i forbindelse med spesifiseringskravet, er Rt. 2007 s. 920. Denne avgjørelsen viser også til utgangspunktene som kom frem av Rt. 1998 s. 583 og Rt. 1999 s. 493 som fremlagt i det ovennevnte avsnittet. Etter det gjengir avgjørelsen det som tidligere er omtalt i forarbeidene, nemlig at formålet med spesifiseringskravet er at motparten skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt, men også slik at det ses hen til rekvirentens mulighet til å spesifisere begjæringen for å hindre at kravet stilles så høyt at det hindrer kartlegging av de faktiske forhold i saken. Imidlertid konkluderer Høyesterett i Rt. 2007 s. 920 med at begjæringen var tilstrekkelig spesifisert, og begrunner konklusjonen med at begjæringen «ikke kan skape nevneverdig tvil om hvilke

⁶⁰ Se HR-2019-997-A avsnitt 68.

⁶¹ Se Rt. 1999 s. 493 på side 495, eventuelt slik HR-2019-997-A siterer dommen på avsnitt 68.

dokumenter det dreier seg om».⁶² Den siterte begrunnelsen kan gi grunnlag for å generelt oppstille et spørsmål om bevis tilgangsbegjæringen skaper nevneverdig tvil om hvilke bevis det kreves tilgang til.

Det er imidlertid etter den ovennevnte gjennomgangen i HR-2019-997-A at Høyesteretts dom skiller seg ut fra tidligere praksis og tilføyer noe nytt til vurderingen. Høyesterett mener at det i den konkrete saken er en rekke punkter i begjæringen til rekvirenten som er vidt formulert. Høyesterett angir videre at lagmannsretten har tatt et uriktig rettslig utgangspunkt, da de forstår det slik at lagmannsretten tar utgangspunkt i at «man skal finne alle dokumenter som *kan tenkes* å være relevante».⁶³ Etter dette trekker frem en svært viktig uttalelse på dette punkt i avsnitt 73:

«Men som jeg tidligere har fremhevet, har lovgiver nettopp ikke ønsket en prosessordning som tillater bevispålegg tilsvarende «disclosure» og «discovery», hvor man plikter å fremlegge alt som kan tenkes å ha bevisverdi. Dette hovedsynspunktet må også gjelde i saker som gjelder store verdier. Godtar man så vide formuleringer som i vår sak, legges det til rette for ordninger som har sterke likhetstrekk med «disclosure» og «discovery».

I denne uttalelsen trekker Høyesterett frem lovgivers vilje om at «discovery & disclosure» ikke skal få plass i norsk sivilprosess, og dermed benytter det som et tak for hvor generelt og vidt utformet bevis tilgangsbegjæring kan være, i saker med stort bevismateriale. På denne måten tildeler Høyesterett disse legislative hensynene en sentral plass i spesifikasjonsvurderingen. Med dette foretar Høyesterett et grep der de stiller spørsmål om de konkrete formuleringene i saken kan gi grunnlag for å legge til rette for ordninger som har sterke likhetstrekk med «discovery & closure». Vurderingen løftes dermed opp til et plan over den konkrete saken, og utfordres med en problemstilling om hvilke følger det vil få å tillate dette generelt.

På bakgrunn av hele punkt 2.4.1, skal spesifikasjonskravet etter § 26-6 første ledd på den ene siden være lempeligere og rimeligere å anvende enn tidligere praksis, slik at det ikke i urimelig grad blir til hinder for korrekt opplysning av saken. På den annen side, må kravet til spesifikasjon ikke utvides for mye slik at altfor vide formuleringer som overordnet tilrettelegger for ordninger lik den ineffektive angloamerikanske ordningen «discovery &

⁶² Se Rt. 2007 s. 920 avsnitt 66.

⁶³ Se HR-2019-997-A avsnitt 72.

disclosure». Konklusjonen blir at de ovennevnte rettskildene tilsier at en rettsanvender må foreta en konkret vurdering av kravet til spesifisering slik at det plasseres et sted mellom disse to ytterpunktene.

2.4.2 Innholdet i § 26-6 annet ledd

Tvl. § 26-6 annet ledd gir retten adgang til å lempe på spesifikasjonskravet etter første ledd «dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis». Bestemmelsen ble først innført i tvisteloven og er ny.⁶⁴ Bestemmelsen er myntet på tilfellene der en rekvirent utformer en begjæring som ikke er tilstrekkelig spesifisert etter bestemmelsens første ledd, og spørsmålet blir om kravet kan lempes slik at det likevel kan være tilstrekkelig etter bestemmelsenes andre ledd.⁶⁵ Dette gir uttrykk for et skarpt lovteknisk skille mellom spesifikasjonskravet i første ledd som et utgangspunkt, og en lempningsregel i andre ledd som et skjønnsmessig unntak.⁶⁶ I utredningen til tvisteloven angis det at § 26-6 andre ledd gir retten en «skjønnsmessig adgang» til å lempe fra kravet etter spesifisering i første ledd.⁶⁷ I proposisjonen til tvisteloven kommer det frem at bestemmelsens andre ledd har som formål å legge til rette for opplysning av saken og på denne måten ivareta de gode hensynene fra den angloamerikanske prosessordningen «discovery & closure».⁶⁸ Bestemmelsens andre ledd oppstiller to kumulative vilkår som må være innfridd.

Det første vilkåret krever at spesifikasjonskravet etter første ledd må være «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme». Det er klart at ordlyden oppstiller en forholdsmessighetsvurdering retten må foreta, der det legges vekt på hvilke muligheter rekvirenten har til å spesifisere begjæringen om bevistilgang. Ordlyden gir ingen veiledning om hvilke forhold som gjør det uforholdsmessig vanskelig for rekvirenten å etterkomme kravet i første ledd, som tilsier at dette må avgjøres etter en skjønnsmessig vurdering av den konkrete saken. I utredningen til tvisteloven kommer det frem at uforholdsmessighetskriteriet omfatter en «umulighet» for å etterkomme kravet, men likevel angis det at rekvirenten «må gi en så nøyaktig beskrivelse som det etter forholdene er rimelig å kreve».⁶⁹ På denne måten stiller lovgiver på den ene siden et krav om umulighet, men på den andre siden et krav om rimelighet. Dette er uheldig,

⁶⁴ Se Schei mfl., (2013) s. 955.

⁶⁵ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 980.

⁶⁶ Se Ristvedt & Tørum, 2016, s. 143, som trekker ut det samme av bestemmelsens systematikk.

⁶⁷ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 980.

⁶⁸ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 208 og s. 467-468.

⁶⁹ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 980.

da det fremstår som at det er uklart for lovgiver selv hvor strengt dette vilkåret skal forstås. Betydningen av at det her oppstilles en forholdsmessighetsvurdering innad i spesifikasjonskravet, skal omtales nærmere etter neste avsnitt.

Det andre vilkåret krever at det er en «nærliggende mulighet» for at kravet kan gi tilgang til bevis. Ordlyden trekker i retning av at retten må vurdere sannsynligheten for at begjæringen vil gi tilgang til bevis. Selv angis det i lovens utredning at vurderingstemaet ikke er presist og at det vil være vanskelig for retten å vurdere dette.⁷⁰ Likevel angis det i samme åndedrag at det må i vurderingen «være sentralt om det fremstår som urimelig hensett til tvisten å nekte tilgang til det materialet kravet om bevis tilgang gjelder».⁷¹ I likhet med det forrige kumulative vilkåret, stilles det dermed en rimelighetsvurdering også til dette vilkåret.

Lovgiver uttaler generelt at «[e]n proporsjonalitetsvurdering vil ofte stå sentralt ved vurderingen etter [andre ledd]».⁷² I forbindelse med dette, mener Hjort at dette vil først og fremst utvanne spesifikasjonskravet i § 26-6 første ledd [...]. Uttalelsen gjør det hensiktsmessig å reise en problemstilling om hvilken betydning dette har for samspillet mellom bestemmelsens første og andre ledd. Til denne problemstillingen er følgende uttalelse fra lovens utredning sentral:

«Det er utvalgets mening at individualiseringskravet i bestemmelsen skal forstås i samsvar med den nyere – noe mer imøtekommende – rettspraksis. Er dette ikke mulig, er man utenfor området for (1), og kravet om tilgang til bevis må i tilfelle forankres i den skjønnsmessige regel i (2)».⁷³

For det første angir uttalelsen at bestemmelsens første ledd skal forstås i samsvar med den nyere, og da mer imøtekommende forståelsen som benyttes i rettspraksis. Forarbeidenes omtale av en mer imøtekommende forståelse av spesifikasjonskravet er en henvisning til uttalelsen forarbeidene har i sitt tidligere avsnitt om at praksisen «i de senere år har åpnet noe for at vilkåret skal ses i forhold til de *mulighet* for individualisering som foreligger, slik at individualiseringskravet ikke i *urimelig* grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken».⁷⁴ Et eksempel på dette er fra Rt. 1992 s. 962, der Høyesterett på s. 965 ga tilslutning til lagmannsrettens uttalelse om at man i vurderingen av individualiseringskravet «må legge

⁷⁰ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 980.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Ibid, mine kursivering.

vekt på om en nærmere konkretisering er *mulig* og i hvilken grad man kan forvente at regnskapet skal utgjøre bevis i saken». ⁷⁵ Enda et eksempel kan hentes fra Rt. 2004 s. 442, der Høyesterett uttalte at individualiseringskravet «må videre ses i lys av *muligheten* for å foreta en nærmere individualisering». ⁷⁶ På bakgrunn disse uttalelsene fra utredningen og høyesterettsavgjørelsene, er det naturlig å sitte igjen med en forestilling om at spesifikasjonskravet skal relativiseres etter de konkrete *muligheter* rekvirenten faktisk har for å spesifisere sin begjæring.

Det at rekvirentenes mulighet for individualisering skal vektlegges i spesifikasjonsvurderingen, er imidlertid det § 26-6 annet ledd gir uttrykk for å vurdere i en proporsjonalitetsvurdering, jf. det første kumulative vilkåret «dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme». Når lovgiver deretter gir anvisning på et system der § 26-6 andre ledd er ment å være en skjønnsmessig regel i forhold til bestemmelsens første ledd, skaper dette en tvetydighet, fordi lovgiver allerede har tillagt tilnærmet samme betingelser for skjønn i bestemmelsens første ledd. Slik Monsen også anser det, fører dette til at det oppstår en betydelig grad av overlapping mellom reglene, siden spesifikasjonsvurderingen i første ledd skal etter forarbeidene legge vekt på momenter som uansett fremgår av ordlyden i bestemmelsens andre ledd. ⁷⁷ Ristvedt og Tørum mener, i likhet med Monsen, at dette fører til et punkt der hovedregelen i første ledd og unntaket i andre ledd smelter sammen til den samme vurderingen. ⁷⁸

På bakgrunn av dette fører denne tvetydigheten til at rettsanvenderen står igjen med et uklart nedslagsfelt ved spørsmålet om hvilken regel som skal anvendes for å forankre de mer skjønnsmessige vurderingene i spesifikasjonsvurderingen. At Høyesterett fattet en prinsipiell avgjørelse i HR-2019-997-A om spesifikasjonskravet i § 26-6, kunne vært en god anledning til å avklare denne tvetydigheten, men Høyesterett benyttet seg ikke av denne muligheten.

Selv trekker Monsen frem at «[d]en mest hensiktsmessige løsningen synes å være å følge systematikken som lovteksten legger opp til, nemlig å foreta den skjønnsmessige avveiningen på basis av regelen i [andre ledd]». ⁷⁹ Ristvedt og Tørum bygger tilsynelatende videre på

⁷⁵ Se Monsen (2007) s. 215 benytter samme avgjørelse som eksempel på den mer «imøtekommende» rettspraksis, med mine kursiveringer. Se også Skoghøy (2022) s. 874, der han tar til orde for at utviklingen startet med denne dommen, som også Høyesterett i HR-2021-1279-U i avsnitt 24 viser til.

⁷⁶ Se Monsen (2007) s. 216, mine kursiveringer.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Se Ristvedt & Tørum (2016) s.144. Jeg stiller meg mer enig med Ristvedt og Tørum som formulerer dette som et problem om at første og annet ledd «smelter sammen», enn Hjorts formulering om at første ledd blir utvannet.

⁷⁹ Se Monsen (2007) s. 216.

Monsens synspunkt, og tar til orde for en løsning på dette uklare forholdet mellom første og andre ledd. Først må de nye og liberale avgjørelsene trekkes inn med varsomhet ved fastleggelsen av § 26-6 første ledd.⁸⁰ Til gjengjeld må § 26-6 andre ledd være mer reservert for de bredere vurderingene, slik at lempningsregelen faktisk benyttes som hjemmel for å ivareta hensynet til sakens opplysning.⁸¹ Jeg synes dette er løsningen som samsvarer best med systematikken som loven selv legger opp til, men som også får ivaretatt lovgivers overordnede ønske om et mer liberalt spesifikasjonskrav. Dette vil føre til et smalere nedslagsfelt for første ledd, men overordnet sett vil bestemmelsen i større grad være i tråd med dens egen systematikk, og til slutt være enklere å bruke.

⁸⁰ Se Ristvedt & Tørum (2016) s. 145.

⁸¹ Ibid.

3. Bevissikring utenfor rettssak

3.1 Bakgrunn og formål

Tvl. § 1-3 første ledd angir som et utgangspunkt at det kan reises en sak for domstolene om «rettskrav». Bestemmelsen gir her en anvisning på det blant annet ikke kan anlegges en sak om faktiske omstendigheter, med mindre det foreligger hjemmel for noe annet.⁸² Reglene om bevissikring er imidlertid et tiltak om faktiske omstendigheter som kan iverksettes *før* rettssak. Bevissikring er et tiltak som retten kan beslutte etter begjæring fra en part, og kan innebære å foreta rettslig avhør av parter og vitner, samt gi tilgang til og foreta undersøkelser av realbevis, jf. tvl. § 28-1, jf. § 28-3.

Tvistemålsloven hadde regler om bevisopptak før rettssak, som var hjemlet i §§ 267-271 a.⁸³ Dagens regler om bevistilgang utenfor rettssak i tvisteloven skal i stor grad videreføre disse reglene, men også utvide anvendelsesområdet, herved ved å innføre en mer generell adgang til bevistilgang utenfor rettssak.⁸⁴

Tvistelovsutvalget mente at tvistemålslovens regler om bevisopptak var for snevre, og mente at det burde vært en generell adgang til å sikre bevis som ellers kan gå tapt eller blir vesentlig vanskelig å føre.⁸⁵ Blant annet nevner utvalget et eksempel om tilfeller når det er nærliggende risiko for at personer ikke vil kunne gi forklaring under en eventuell senere rettssak på grunn deres av helsemessige årsaker.⁸⁶ Utvalget trekker også frem at det bør være grunnlag for bevissikring i tilfeller der det er nærliggende risiko for at bevismidlet kan forsvinne, spesielt der det er tale om realbevis som har risiko for å endres over tid eller endre egenskaper som kan være viktige i tvisten.⁸⁷ Disse formålene har til felles at de skal fungere som mekanismer for en part som ønsker å ivareta sin rettslige posisjon, ved at reglene sikrer bevisene vedkommende senere ønsker å føre i en rettssak. På denne måten vil reglene bidra til å fremme den grunnleggende målsetningen om å fremme materielt riktige avgjørelser.

Imidlertid understreker utvalget at dette ikke er det eneste formålet bak bevissikringsreglene. Reglene har også som formål at partene skal sikre seg muligheten til å vurdere sin rettslige

⁸² Se Skoghøy (2022) s. 687.

⁸³ Se Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 470.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 987.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

posisjon ved å få tilgang til bevis en ellers ikke kunne hatt. Her trekker utvalget frem at et overordnet mål med tvisteloven, er å legge til rette for løsninger gjennom forhandlinger *før* det er reist sak.⁸⁸ Dette kommer av målsettingen om å effektivisere den sivile rettsprosessen, slik at det brukes mindre ressurser og kostnader på dette. For at dette formålet skal realiseres, trekker utvalget frem at reglene må være slik at partene har et ordentlig grunnlag som de kan forhandle med, som må oppnås ved et krav om åpenhet om faktiske forhold av betydning også før saker reises for domstolen.⁸⁹ En part som ikke kjenner til viktige faktiske forhold i sin sak, og dermed ikke kan vurdere sin rettslige posisjon, blir stilt overfor et valg om å reise sak på et uholdbart faktisk grunnlag eller avstå fra å reise sak.⁹⁰ Videre uttaler utvalget at:

«Like viktig er at manglende mulighet for tilgang til bevis kan medføre at partene ikke forsøker å nå frem til en minnelig ordning gjennom forhandlinger, eller at forhandlinger og forhandlingsresultat blir preget av at en av partene ikke kjenner det som burde vært en viktig faktisk premiss for den avtale som inngås. Ved å få tilgang til bevis i slike situasjoner vil parten samtidig sikre beviset for sin rettslige posisjon om det skulle komme til sak».

Med dette, er det tydelig at bevissikringsreglene har to hovedformål som reglene forsøker å ivareta. For det første skal bevissikringsreglene ivareta at en part kan sikre sin rettslige posisjon. For det andre skal bevissikringsreglene sikre at part kan ha mulighet til å vurdere sin rettslige posisjon i større grad *før* en sak reises. Høyesterett angir at reglene om bevissikring må tolkes på bakgrunn av disse formålene, se Rt. 2010 s. 774 avsnitt 31.

3.2 Når kan bevis sikres?

Det er tvl. § 28-2 som nærmere regulerer hva som skal til for at en part skal få rett til å sikre bevis før en sak er reist. Bestemmelsen anses for å regulere de materielle vilkårene for bevissikring. Det kommer frem av bestemmelsen at:

«Bevissikring kan begjæres når beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper, og det enten er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket, eller av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist».

⁸⁸ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 988.

⁸⁹ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 989.

⁹⁰ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 987.

I det følgende skal det gis en kortfattet redegjørelse av vilkårene som reises i bestemmelsen.

3.2.1 Grunnvilkåret

Det første vilkåret for at en part skal få sikret bevis før en sak er reist, er at «beviset kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper». Tvistelovsutvalget omtaler dette som bestemmelsens «grunnvilkår».⁹¹ Bestemmelsen inneholder flere elementer.

Det første elementet i grunnvilkåret som kan trekkes frem, er at det må gjelde et «bevis».⁹² Det avgrenses følgelig mot øvrige faktiske omstendigheter enn de faktiske omstendighetene som har en sammenheng med en underliggende materiell sak. En særskilt utfordring ved denne vurderingen i bevissikringssaker, er at retten vanligvis har lav kunnskap om den underliggende saken, fordi den enda ikke er reist og det er et fravær av en adekvat fremstilling av saken fra to eller flere parter.⁹³

Videre kreves det at beviset «kan få betydning i en tvist hvor den som setter fram begjæringen, vil kunne bli part eller partshjelper». Dette reiser først og fremst det alminnelige kravet om at det må foreligge en rettslig interesse etter tvl. § 1-3.⁹⁴ At beviset kan få «betydning», innebærer at beviset må være av en viss verdi for den angitte tvisten. Ordlyden krever riktignok at rekvirenten må sannsynliggjøre at beviset kan få betydning i en tvist, men krever ikke at rekvirenten også må sannsynliggjøre at det underliggende materielle kravet, jf. HR-2014-962-U.⁹⁵

Etter hovedvilkåret, reiser bestemmelsen frem to alternative tilleggsvilkår som må være oppfylt.

3.2.2 Det første tilleggsvilkåret: Beviset står i fare

Det første tilleggsvilkåret i bestemmelsen er at det «er en nærliggende risiko for at beviset vil gå tapt eller bli vesentlig svekket». Dette vilkåret svarer i stor grad til det som tidligere fulgte av tvistemålsloven § 267 første ledd, men er endret til mer moderne språkbruk.⁹⁶ Dette

⁹¹ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 987.

⁹² Se fremstillingens punkt 2.1 for forståelsen av «bevis».

⁹³ Se Hjort (2016) s. 240.

⁹⁴ Se NOU Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 987. Det er ikke behov for fremstillingen å gå nærmere inn på kravet om rettslig interesse.

⁹⁵ Før denne høyesterettsavgjørelsen ble denne problemstillingen reist frem i Sveaas, Nils Kristian og Arendt, Torstein, "Bevissikring utenfor rettsak - må hovedkravet sannsynliggjøres?", Tidsskrift for forretningsjus 2010, Vol. 16, Utg.1, s. 18-33.

⁹⁶ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 988.

tilleggsvilkåret er bygd opp på tre elementer: det stilles to alternative konsekvenser og et felles krav om at det må påvises en «nærliggende risiko» for at disse konsekvensene kan inntre.⁹⁷ Det er naturlig å knytte dette tilleggsvilkåret opp mot forarbeidenes formål med at bevissikringsreglene skal ivareta at en part kan sikre sin rettslige posisjon, se fremstillingens punkt 3.2.1.

3.2.3 Det andre tilleggsvilkåret: Særlig viktig

Det andre alternative tilleggsvilkåret som bestemmelsen reiser, er at det «av andre grunner er særlig viktig å få tilgang til beviset før sak er reist». Dette alternativet fulgte ikke av tvistemålsloven. At det skal være «særlig viktig» å få tilgang til beviset gir anvisning til en streng vurderingsnorm.⁹⁸ Det er naturlig å knytte dette tilleggsvilkåret opp mot forarbeidenes formål med at bevissikringsreglene skal ivareta en parts mulighet til å vurdere sin rettslige posisjon *før* en sak reises. I proposisjonen til tvisteloven, angis det at dette tilleggsvilkåret tilsvarer § 27-1 annet ledd om bevisopptak under rettssak, men at «det ennå ikke er kommet til sak, kan gi grunn til å tolke vilkåret etter § 28-2 strengere».⁹⁹

3.3 Hvordan gjennomføres bevissikring?

3.3.1 Generelt – Bevissikringens faser

Siden bevissikring er et unikt virkemiddel i sivilprosessen, finner jeg det hensiktsmessig å trekke frem enkelte generelle regler og praktiske bemerkninger om hvordan bevissikring gjennomføres. I sin avhandling, velger Hjort å dele bevissikringsprosessen i fire faser: begjæringsfasen, sikringsfasen, sorteringsfasen og utleveringsfasen.¹⁰⁰ Jeg slutter meg til denne oppdelingen siden den vil være av sentral betydning for punkt 3.4.3.2.

I den første fasen, begjæringsfasen, sender rekvirenten inn en begjæring om bevissikring til retten, som retten må vurdere om innfrir kravene til bevissikring. Tvl. § 28-3 første ledd første setning fastslår hovedregelen om at rekvirenten må rette begjæringen «for den domstol der sak i tilfelle kunne vært reist». Ordlyden sikter her til den korrekte domstol for den underliggende materielle saken. I tilfeller der bevisene som ønskes å sikres ikke er hos motparten i den underliggende saken, angir § 28-3 annet ledd at både rekvisitus, men også «den som det er nærliggende at en eventuell sak vil bli reist mot», skal angis som motparter.

⁹⁷ Dette tilsvarer hvordan Hjort bryter opp dette tilleggsvilkåret, se Hjort (2016) s. 249.

⁹⁸ Se NOU 2001:32 B Rett på sak s. 988.

⁹⁹ Se Ot.prp. nr. 51 ss.

¹⁰⁰ Se Hjort (2016) s. 201.

Tar ikke retten begjæringen til følge, stopper behandlingen der, med mindre rekvisenten anker avgjørelsen.

Dersom bevissikringsbegjæringen tas til følge, er den neste fasen sikringsfasen. Det er her bevisene faktisk sikres. Hverken tvisteloven eller forarbeidene gir noen anvisning om den praktiske iverksettelsen av sikringen, og *hvem* som har mandat til å sikre bevisene. Det har blitt utviklet en praksis for at namsfogden foretar sikringen og oppbevarer det sikrede materialet.¹⁰¹ Dersom det er tale om sikring av digitale bevis, blir bevissikringen gjerne foretatt ved speilkopiering, siden det ofte dreier seg om store mengder data som ikke gjør det realistisk å gjennomgå alt manuelt, se HR-2019-439-A avsnitt 46. I Rt. 2006 s. 626 i avsnitt 5 forklares speilkopiering som:

«Speilkopiering går kort forklart ut på å bruke et spesielt utviklet dataprogram til å kopiere alle data som finnes på ett medium, over på et annet medium. Et medium brukes da om en hvilken som helst bærer av digital informasjon, for eksempel en harddisk, en diskett, en CD-ROM eller en mobiltelefon».

I utgangspunktet vil rekvisitus og eventuelt motparten i den underliggende saken, varsles før sikringen skal skje. Imidlertid åpner § 28-3 tredje til sjette ledd opp for bevissikring kan unntaksvis skje uten varsel til motparten, som likevel i praksis har blitt den vanlige sikringsmetoden.¹⁰² Etter at beviset har blitt sikret fra rekvisitus, oppbevares materialet enten hos namsmannen eller retten. På dette stadiet kan rekvisitus, og eventuelt motparten i den underliggende saken, få mulighet til å imøtegå bevissikringen i en etterfølgende muntlig behandling, slik at sikringen eventuelt kan bli reversert.¹⁰³

Dersom kjennelsen om bevissikring opprettholdes, går saken over til sorteringsfasen. Vanligvis vil det etter sikringen være sikret et overskuddsmateriale, og i denne fasen vil det avklares og avgrenses i hva rekvisenten faktisk skal få tilgang til.¹⁰⁴ Her kan det være anledning til å enten sile ut sikret materiale som ikke er relevant for saken, eller materiale som er ilagt bevisforbud eller bevisfritak etter tvistelovens kapittel 22. Etter sorteringen er fullført,

¹⁰¹ Se Hjort (2016) s. 201-202 og Schei mfl., (2016) s. 990.

¹⁰² Se Hjort (2016) s. 202 med nærmere henvisninger.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ Ibid.

trer man inn i utleveringsfasen. Retten vil avsi kjennelse om hva rekvirenten skal få tilgang til, og rekvirenten vil til slutt få utlevert det sorterte utvalget av det sikrede materialet.¹⁰⁵

3.3.2 Må motparten varsles?

Som et utgangspunkt, skal rekvisitus, og eventuelt motparten i den underliggende saken, varsles om at rekvirenten har reist en begjæring om bevissikring og at det vil inntre. Den mest sentrale og praktiske unntaksregelen er § 28-3 fjerde til sjetten ledd. Tvl. § 28-3 fjerde ledd første setning krever at rekvirenten må på vise at «det er grunn til å frykte at varsel til motparten vil kunne hindre at beviset sikres». Denne regelen viderefører tvml. § 271 a, som tok sikte på å gjennomføre aktuelle bestemmelser i TRIPS-avtalen i norsk rett.¹⁰⁶

Tvistelovutvalget angir at regelen er myntet på situasjoner der selve varselet til motparten vil umuliggjøre gjennomføringen, og at sikring uten varsel derfor blir nødvendig for å oppnå målet om å sikre bevis.¹⁰⁷ Dette vil gjerne være tilfeller der et varsel om at bevissikringsbegjæring vil provosere rekvisitus til å gjøre bevisene utilgjengelige for rekvirenten, ved å manipulere, destruere eller forspille beviset, før bevissikringen iverksettes. På denne måten vil et varsel før sikringen gjennomføres kunne undergrave muligheten til å sikre beviset.¹⁰⁸ Derfor er denne regelen særlig praktisk til bevissikring av digitale bevis, siden slike bevis er enkle å slette eller endre.

Selv om dette er ment som en unntaksregel for bevissikringssaker, har det snarere blitt praktisert som en hovedregel.¹⁰⁹ En begrunnelse for at det har utviklet seg en slik praksis, er at denne regelen skiller seg fra andre fremgangsmåter for å få tilgang til bevis i sivile saker, når det kan fås tilgang til bevis uten at rekvisitus får anledning til å motarbeide det.¹¹⁰ Følgelig er bevissikring uten varsel til motpart et unikt og sterkt virkemiddel sammenlignet med de øvrige bevisstilgangsreglene, der en rekvirent med denne regelen i hånd kan være bedre vernet utenfor rettssak, enn under rettssak.¹¹¹ En annen begrunnelse er at vilkåret for å sikre bevis uten varsel til motparten, er allerede svært sammenfallende med tilleggsvilkårene i § 28-2, se punkt 3.2.2.¹¹²

¹⁰⁵ Slik det er forklart i HR-2019-439-A i avsnitt 49 og Hjort (2016) s. 202.

¹⁰⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005).

¹⁰⁷ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 989.

¹⁰⁸ Se Hjort (2016) s. 202.

¹⁰⁹ Ibid med nærmere henvisninger.

¹¹⁰ Se Hjort (2016) s. 271.

¹¹¹ Se Hjort (2016) s. 199.

¹¹² Se Hjort (2016) s. 272-273. Til støtte for dette, trekker Hjort frem at dette vilkåret sjeldent blir problematisert.

3.4 Nærmere om spesifikasjon av bevissikringsbegjæring

3.4.1 Innledning

Som vi har sett i punkt 2.3.1, stilles det tre hovedvilkår ved edisjonsplikten: krav til relevans, spesifikasjon og proporsjonalitet. Etter gjennomgangen av bevissikringsreglene i punkt 3, viser det seg at kapittel 28 ikke oppstiller egne krav om relevans, spesifikasjon eller proporsjonalitet. Når begge regelsettene har til felles at de regulerer en parts mulighet til å få tilgang til bevis, er det påfallende at kapittel 28 har et fravær av bestemmelser som regulerer krav til relevans, spesifikasjon og proporsjonalitet. Særlig blir dette påfallende når disse tre kravene bærer stor tyngde i vurderingen om en rekvirent skal få tilgang til bevis under verserende saker, og det er ingen grunnlag for at de samme hensynene ikke bør også gjøre seg gjeldende også når det kreves sikret bevis utenfor en verserende sak.

Det fremgår imidlertid av tvl. § 28-4 at «reglene om tilgang til realbevis og bevisopptak i rettssak [gjelder] tilsvarende så langt de passer». Ordlyden sikter her til blant annet reglene i tvistelovens kapittel 26, og som inneholder kravene til relevans, spesifikasjon og proporsjonalitet også skal anvendes i bevissikringstilfeller. Bestemmelsen utfylles ytterligere ved at tvistelovutvalget angir at hele kapittel 28 skal anvendes i lys av «de alminnelige reglene om bevis».¹¹³ Det sentrale prinsippet er at «[d]et kan ikke kreves tilgang til bevis som ikke kan fremlegges i verserende sak».¹¹⁴ På bakgrunn av dette skal reglene om bevissikring utenfor rettssak også omfattes av de øvrige reglene om bevis i tvisteloven, deriblant kravene til relevans, spesifikasjon og proporsjonalitet for regler om bevistilgang.

Når det gjelder om kravene som stilles til begjæringen om bevissikring, viser tvistelovutvalget i merknad til § 28-4 til «[26-6] for utformingen av begjæring om tilgang til realbevis med krav til spesifikasjon mv. og [27-2 (2)] for begjæring om bevisopptak gir her et supplement».¹¹⁵ Det kommer ikke tydelig frem hvordan disse to hjemlene fungerer som supplement til bevissikringsreglene. I det følgende skal vi derfor se hvilken betydning disse hjemlene har for utformingen av begjæring om bevissikring.

¹¹³ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 988.

¹¹⁴ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 990.

¹¹⁵ Ibid. Hakeparentesene erstatter forarbeidenes bruk av tvistemålslovens bestemmelser med tvistelovens tilsvarende bestemmelser.

3.4.2 Betydningen av tvl. § 27-2 annet ledd

Tvl. § 27-2 er en bestemmelse som regulerer begjæring om bevisopptak og rettens avgjørelse knyttet til dette virkemiddelet.¹¹⁶ Den ovennevnte forarbeidsuttalelsen henviser til bestemmelsens annet avsnitt. Blant de tre setningene i annet avsnitt, er det avsnittets andre setning som kan ha en relevans til spesifisering av bevissikringsbegjæringen, siden det regulerer hvilke krav som stilles til innholdet av begjæringen. Det fremgår der at «[b]egjæringen skal begrunnes og bevilbudet klarlegges i henhold til § 21-6 annet ledd». Det første elementet i ordlyden om at «[b]egjæringen skal begrunnes» knytter seg til et krav om at rekvirenten må begrunne hvorfor det er behov for bevilgang i saken. Det andre elementet i ordlyden knytter seg til innholdet av bevilbudet med en ytterligere henvisning til § 21-6 andre ledd, som bestemmer at «[p]arten skal angi hva beviset skal godtgjøre og skal kort redegjøre for viktig informasjon som vil bli gitt ved beviset [...]».

Hjort stiller seg kritisk til hvilken betydning tvl. § 21-6 annet ledd, jf. § 27-2 annet ledd, skal ha for spesifikasjonsvurderingen for bevissikringsaker.¹¹⁷ Hjort gir uttrykk for at bestemmelsen heller er myntet på tilfeller der parten ønsker å føre bevis, framfor å be om tilgang til bevis, og derfor treffer dårlig for spesifikasjonsvurderingen for begjæring om bevissikring.¹¹⁸ Som et argument mot Hjorts kritikk, må det være av stor rettskildemessig betydning at det uttales i forarbeidene at «[k]ravene til redegjørelse for bevilbudet gjelder også i de tilfellene parten fremsetter begjæring til retten for å få tilgang til et bevis», med krysshenvisning til tvl. § 27-2 (2).¹¹⁹ Når uttalelsen er tydelig på at denne delen av bestemmelsen også skal kunne anvendes i spørsmål om bevilgangstilfeller likeså med bevisføringstilfeller, bør ikke dette være tvilsomt.

Dessuten kan det reises spørsmål om henvisningen til § 21-6 annet ledd, jf. § 27-2 annet ledd, i det hele tatt er ment å være et supplement for kravet til *spesifikasjon*. Når det gjelder kravet i § 21-6 annet ledd om at parten skal angi hva beviset skal godtgjøre, presiserer forarbeidene til bestemmelsen at dette innebærer at parten må «si hvilken del av sakens faktum beviset knytter seg til».¹²⁰ Dette kravet innebærer dermed at parten må trekke frem en sammenheng mellom beviset og sakens faktum. Dette minner sterkt om relevanskravet som oppstilles ved bevis, og kan derfor tyde på at det er *dette* kravet som siktes til når forarbeidene i § 28-4 henviser til tvl.

¹¹⁶ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 469.

¹¹⁷ Se Hjort (2016) s. 265.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ Se NOU 2001: 32 B Rett på sak s. 948.

¹²⁰ Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454.

§ 27-2 annet ledd. Til støtte for dette synspunktet, vises det til at § 21-7 andre ledd hjemler 21-6 andre ledd som grunnlag for å avskjære bevis.

Tvl. § 27-2 annet ledd vil på bakgrunn av dette snarere være av betydning for rekvirentens oppgave om å godtgjøre relevansen til bevissikringsbegjæringen, enn å være av betydning for selve spesifikasjonsvurderingen. Konklusjonen er at bestemmelsen fremdeles er et supplement til begjæringen om bevissikring, men ikke til kravet om spesifikasjon, og vil derfor ikke være av betydning for spesifikasjonsvurderingen.

3.4.3 Betydningen av tvl. § 26-6

Som vi så i punkt 3.4.1, viser tvistelovutvalget til § 26-6 om kravet til spesifikasjon som et supplement til bevissikringsreglene, uten å gjøre det klart *hvordan* spesifikasjonskravet skal vurderes i bevissikringssaker. Det fremgår hverken av ordlyden i § 26-6 og lovgivers merknader til denne bestemmelsen om spesifikasjonskravet skal tolkes annerledes når det rettes en begjæring om bevissikring, enn når det rettes en begjæring om bevistilgang. Uten andre holdepunkter, vil det være naturlig å forstå fraværet av en slik veiledning, i retning av at spesifikasjonskravet skal i utgangspunktet forstås og anvendes på lik måte i bevissikringssaker, som i bevistilgangssaker. I det tilfellet, trekkes inn de samme betraktninger som gjort rede for i fremstillingens punkt 2.4.

Det kan imidlertid være aktuelt å trekke fram § 26-6 andre ledd som hjemler adgang til å lempe spesifikasjonskravet dersom det er «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme» og det er «en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis». Her oppstilles to kumulative vilkår som må være innfridd for at spesifikasjonskravet skal kunne lempes. Heller ikke her gir ordlyden noen direkte føringer på om det har en betydning for vurderingen om begjæringen rettes utenfor rettssak eller under en verserende sak. Imidlertid er ordlyden i det første vilkåret utformet vidt, da det ikke er satt noen begrensninger på grunnlaget for at spesifikasjonskravet kan være «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme». Hjort tar til orde for at denne § 26-6 annet ledd kan gi adgang for å lempe kravet til spesifikasjon ikke bare for den enkelte begjæring, men også på et mer overordnet nivå når det gjelder spesifikasjon ved bevissikring.¹²¹ Bevissikringstilfeller er tross alt en annen situasjon enn bevistilgangstilfeller, nettopp fordi begjæringene settes frem utenfor sak og før motparten er involvert. Det er også en rekke hensyn som gjør seg mer gjeldende i bevissikringssaker, enn i bevistilgangstilfeller.¹²² Dette er gir anledning til å reise spørsmålet om det å fremsette en

¹²¹ Se Hjort (2016) s. 266.

¹²² Se punkt 3.1.

begjæring om bevissikring, er et forhold som kan gi grunnlag for å lempe spesifikasjonskravet i § 26-6.

Rt. 2006 s. 626 er den mest sentrale høyesterettsavgjørelsen om spesifikasjonskravet ved bevissikring.¹²³ Denne avgjørelsen gjelder behandling av en sak om bevissikring av datalagret materiale etter tvistemålsloven § 271 a. Slik det er redegjort for tidligere, bygger bevissikringsreglene i stor grad på særlig tvistemålsloven § 271 a.¹²⁴ Selv om det i den konkrete saken ble benyttet det som er dagens regel om bevissikring uten varsel til motpart etter § 28-3 fjerde til sjette ledd, gjelder uttalelsene spesifikasjonskravet både uten og med varsel til motpart. På bakgrunn av dette kan det med rimelighet legges til grunn at høyesterettsavgjørelsen bidrar til forståelsen av dagens bevissikringsregler, særlig om spesifikasjonskravet. Det vil derfor være hensiktsmessig å foreta en grundig gjennomgang av de relevante uttalelsene fra denne avgjørelsen. I neste avsnitt vil jeg gjøre rede for sakens bakgrunn, før jeg går nærmere inn på avsnittene som er av særlig interesse for fremstillingen.

Rt. 2006 s. 626 handler om at Normarc Flight Inspection System AS (heretter: Normarc) fikk mistanke om at en eller flere av deres tidligere ansatte hadde kopiert og tatt med seg datalagret materiale fra Normarc til deres nyopprettede konkurrent Norwegian Special Mission AS (heretter: Norwegian SM).¹²⁵ Tingretten tok først bevissikringsbegjæringen til følge i en kjennelse, men begjæringen ble senere opphevet ved muntlig forhandling begrunnet i at begjæringen ikke var tilstrekkelig spesifisert. Normarc anket denne avgjørelsen til lagmannsretten og fremsatte samtidig en subsidiær og en atter subsidiær påstand med sikte på å spesifisere kravet om bevissikring ytterligere. Lagmannsretten opprettholdt tingrettens avgjørelse begrunnet i at kravet til spesifisering måtte være oppfylt *før* namsmannen foretok bevissikring, noe den opprinnelige begjæringen ikke var etter tvistemålsloven § 253. Lagmannsretten tok derfor ikke stilling til om de subsidiære påstandene tilfredsstilte spesifiseringskravet. Normarc anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett om lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling.

I kjennelsens avsnitt 31 angir Høyesterett at saken reiser to hovedproblemstillinger for tolkningen av tvistemålsloven § 271 a. Den første hovedproblemstillingen reiser spørsmålet om hvilket *tidspunkt* rekvirenten må spesifisere bevissikringsbegjæringen. Den andre

¹²³ Se Hjort (2016) s. 266.

¹²⁴ Det kan også vises til at tvistelovens kommentarutgave viser til denne avgjørelsen når det gjelder spesifikasjonskravet i bevissikringssaker, se Schei mfl., (2013) s. 987.

¹²⁵ For å holde en konsekvent omtale av partene, benyttes samme omtale av partene slik Høyesterett gjør i dommen.

hovedproblemstillingen reiser spørsmålet om *hvilke krav* som stilles til spesifiseringen av bevissikringsbegjæringen. I det følgende vil jeg først gjøre rede for den første hovedproblemstillingen om tidspunkt, og deretter den andre problemstillingen om hvilke krav som stilles.

3.4.3.1 Når må begjæringen være tilstrekkelig spesifisert?

Når det gjelder avgjørelsens første hovedproblemstilling, konkluderer Høyesterett med at lagmannsretten har bygd sin kjennelse på en uriktig tolkning av loven. Høyesterett trekker dette frem i avgjørelsens avsnitt 32, og forstår at lagmannsrettens har vurdert det slik at «spesifiseringen må foreligge før namsmannen sikrer bevisene, slik at Normarcs senere spesifiseringer i de subsidiære påstandene for lagmannsretten er uten betydning». Dette knytter seg til den ovennevnte bakgrunnen i saken, der Normarc anket tingrettens kjennelse til lagmannsretten og fremsatte subsidiære påstander med sikte på å spesifisere kravet om bevissikring. Høyesterett mener dermed at Lagmannsretten har tolket loven slik at det er kun bevissikringsbegjæringen som forelå *før* sikringen som er den *eneste* begjæringen som er gjenstand for spesifikasjonsvurderingen. En slik tolkning vil innebære at en rekvirent ikke vil kunne spesifisere begjæringen sin fortløpende i samsvar med sakens fremgang. I avsnitt 33 viser Høyesterett til hvordan Norwegian SM har resonnert til denne anførselen i lagmannsretten. Høyesterett slår ned på at lagmannsrettens tolkning av en uttalelse i forarbeidene ikke er holdbar etter alminnelige rettergangsregler og en tolkning av tvangfullbyrdelsesloven § 15-10.¹²⁶

Høyesterett legger deretter til grunn at «[o]gså i kjæremålsadgangen for lagmannsretten må det – ut fra alminnelige regler – være adgang til å foreta en nærmere spesifisering eller begrensning av begjæringen». Med dette konkluderer Høyesterett at rekvirenten også skal ha mulighet til å foreta en nærmere spesifisering etter at bevissikringen er foretatt. Det kan være rimelig å forstå Høyesterett slik at en rekvirent skal kunne modifisere den begjæringen som forelå ved sikringsfasen også senere i prosessen, med den følge at modifiseringene *vil* være av betydning for spesifikasjonsvurderingen. Her erkjenner Høyesterett at det foreligger flere faser i bevissikringsprosessen. At Høyesterett her åpner opp for at det er flere tidspunkt for når begjæringen om bevissikring må være tilstrekkelig spesifisert, er en sentral forutsetning for det vi skal se nærmere på i punkt 3.4.3.3.

¹²⁶ Jeg går ikke i dybden på dette siden denne delen av vurderingen til Høyesterett faller utenfor fokuset i denne fremstillingen.

3.4.3.2 Hvilke krav stilles?

Før det ses nærmere på Høyesteretts gjennomgang av hvilke krav som stilles til begjæringen om bevissikring, er det av rettskildemessig betydning å ta i betraktning de forbeholdene som fremlegges i avgjørelsens avsnitt 34. Der klarlegger Høyesterett at konklusjonen på den første hovedproblemstillingen ikke gjør det nødvendig for sakens utfall å se nærmere på den andre hovedproblemstillingen. Når Høyesterett uttaler at de likevel velger å kommentere dette spørsmålet kort, er de følgende uttalelsene obiter dicta, slik at de er av lavere rettskildemessig betydning enn ratio decidendi-uttalelser. Likevel må det trekkes frem at avgjørelsen er enstemmig og at dette er den eneste gangen Høyesterett uttaler seg på dette punktet om spesifikasjonskravet ved bevissikring. Med dette i bakgrunn, må uttalelsene fremdeles bære en rettskildemessig tyngde for forståelsen av spesifikasjonskravet ved bevissikring. Til støtte for denne vurderingen av uttalelsenes prejudikatsverdi, vises det til både Hjort og Skoghøy som trekker frem disse uttalelsene i dommen for å klarlegge forståelsen av spesifikasjonskravet ved bevissikring.¹²⁷

Høyesterett er uenige med Lagmannsrettens synspunkt om at spesifikasjonskravet er det samme som individualiseringskravet etter tvistemålsloven § 253. I avsnitt 35 uttaler Høyesterett at det «ikke [er] riktig uten videre å stille de samme kravene ved begjæring om bevissikring etter § 271 a som ved begjæring om innsyn [etter tvistemålsloven § 253]». Siden tvl. § 26-6 er en videreføring av individualiseringskravet etter tvistemålsloven § 253, kan uttalelsene gi bidrag til forståelsen av samspillet mellom dagens regler om bevissikring og tvl. § 26-6.¹²⁸

Imidlertid må det være verdt å merke at lempingsadgangen i § 26-6 annet ledd er ny med tvisteloven, og et slikt grunnlag forelå derfor ikke i tvistemålsloven. Uttalelsen gir dermed uttrykk for at det ikke uten modifikasjoner kan stilles de samme kravene til spesifisering av en begjæring om bevilgning, som det kan stilles til en begjæring om bevissikring. Uttalelsen gir dermed uttrykk for at det *kan* være forskjell mellom spesifikasjonskravet for bevilgning og spesifikasjonskravet for bevissikring, slik at det er av betydning hvilket av disse virkemidlene som benyttes når spesifikasjonskravet skal tolkes.

I avgjørelsens avsnitt 36 angir Høyesterett hva som må være av betydning for spesifikasjonskravet. Det første Høyesterett løfter frem, er at formålene bak begjæring om bevissikring og begjæring om bevilgning må få betydning for hvilke krav som stilles til

¹²⁷ Se Hjort (2016) s. 266-271 & Skoghøy (2017) s 691-692.

¹²⁸ Se NOU 2001:32 B Rett på sak, s. 980 og Schei mfl., (2013) s. 955.

spesifisering av bevisbegjæringen.¹²⁹ Dette følger de opp med å trekke frem at formålet med bevissikringsbegjæring er å «gi en mulighet for retten til å vurdere om bevis skal tillates sikret for å hindre at det blir slettet, gjemt bort eller liknende». I den forbindelse må også det andre hovedformålet bak bevissikringsreglene, om at en part skal kunne få mulighet til å vurdere sin rettslige posisjon før en sak, også trekkes frem.¹³⁰ Det vil være naturlig å forstå dette som at spesifikasjonskravet må justeres etter hvorvidt det ivaretar formålet med bevissikringsbegjæringen i den konkrete saken. Høyesterett løfter også frem at «praktiske hensyn [må] få betydning for hvor strengt spesifiseringskravet skal stilles», og trekker frem noen forhold. Det er ikke rimelig å forstå dette som en uttømmende angivelse av praktiske forhold, men snarere de som har vært aktuelle å trekke frem i den konkrete avgjørelsen.

Det første forholdet som nevnes i avsnitt 36, er at dersom bevissikringen gjelder elektronisk lagrede data, så kan det være vanskelig å komme langt i spesifiseringen. Dette gir uttrykk for at spesifikasjonskravet kan lempes i slike tilfeller fordi det er begrenset hvor godt en rekvirent kan spesifisere bevissikringen. Imidlertid utfyller ikke Høyesterett med en nærmere forklaring på hvorfor elektronisk lagrede data vanskeliggjør det å komme langt i spesifisering. Et synspunkt som kan trekkes inn til støtte for Høyesteretts uttalelse, er at elektronisk lagrede data er en svært omfattende plattform for å oppbevare bevis. Det kan derfor tenkes at det som et utgangspunkt vil være utfordrende for en utenforstående å kunne spesifisere beviset blant det gigantiske elektroniske materie.

Videre angir Høyesterett at dersom sikringen skjer «ved speilkopiering av data, mister heller ikke den saksøkte tilgangen til materialet». Her er ikke Høyesterett tydelige på hvilken betydning speilkopiering av data har for spesifikasjonskravet ved bevissikring. Det er likevel mest naturlig å forstå uttalelsen som et praktisk argument; rekvisitus mister ikke sin tilgang til materialet ved speilkopiering, noe som gjør bevissikring av digitalt materiale gjennom speilkopiering mindre inngripende og derfor tillater en lavere terskel ved spesifisering. Å trekke inn et praktisk argument, slik Høyesterett gjør her, sammenfaller godt med vilkåret etter § 26-6 annet ledd, om at spesifikasjonskravet kan lempes dersom det «er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme». Vilkåret er utformet vidt, og derfor kan slike praktiske betraktninger trekkes inn som moment for å lempe spesifikasjonskravet.

¹²⁹ I dommen omtaler Høyesterett «begjæring om innsyn», men dette er ekvivalenten til dagens begjæring om bevis tilgang etter § 26-6.

¹³⁰ Avgjørelsen var truffet før dagens bevissikringsregler, som begrunner hvorfor Høyesterett ikke selv trakk dette frem. Det er ingen gode grunner for at dette hovedformålet ikke er vel så gjeldende for spesifikasjonskravet.

Høyesterett avslutter avsnitt 36 i avgjørelsen med å angi at «[i] tilfeller der det bevismessig er på det rene at det er foretatt ulovlig kopiering, bør da ikke kravet til spesifisering stilles så strengt at man blir avskåret fra å vite hva som er ulovlig kopiert». Dette er et svært konkret forhold som nevnes for forståelsen av spesifikasjonskravet ved bevissikring. Til bruk på et generelt plan, kan det utledes av uttalelsen at: sannsynligheten for at det materielle kravet foreligger er av betydning for hvilke krav som stilles til spesifisering av bevissikringsbegjæringen. Hjort forstår dette slik at Høyesterett tar utgangspunkt i et gradert krav til spesifisering, slik at en stor sannsynlighet for at rekvirenten har et materielt krav, fører til at kravene til spesifiseringen nedjusteres.¹³¹ Det kan også her trekkes koblinger til denne uttalelsen og lempingsadgangen i § 26-6 annet ledd. Etter § 26-6 annet ledd kan spesifikasjonskravet lempes dersom «det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis». Dette sammenfaller godt med bemerkningene Høyesterett trekker frem her. For å oppsummere de krav som stilles til spesifikasjonskravet ved bevissikring, angir Høyesterett først og fremst at det ikke uten videre kan stilles de samme krav til spesifisering av en begjæring om bevissikring, som de krav som stilles til spesifisering av en begjæring om bevis tilgang. Høyesterett trekker frem at formålet med bevissikring og praktiske hensyn vil være av betydning i denne vurderingen. Blant praktiske hensyn, kan bevissikring av elektronisk lagrede data tale for lemping av spesifikasjonskravet. De øvrige betraktningene, om at spesifikasjonskravet ikke må være urimelig å etterkomme og at sannsynligheten for sikring av bevis justerer spesifikasjonskravet, sammenfaller godt med lempingsgrunnlagene i § 26-6 annet ledd. At Høyesterett tar indirekte bruk av de samme grunnlagene for å lempe spesifikasjonskravet i § 26-6 annet ledd, kan i dag gi grunnlag for en tolkning om at § 26-6 annet ledd er en hjemmel som er mer aktuell å benytte i bevissikringssaker, enn i bevis tilgangssaker. I sin avhandling deler Hjort samme tolkning av Høyesterettsavgjørelsen.¹³² En fordel med denne tolkningen, er at den vil bidra til å skape et klarere nedslagsfelt for anvendelsen § 26-6 annet ledd i bevissikringssaker, som vi har sett i punkt 2.4.2, er uklart og overlappende i bevis tilgangssaker.

3.4.3.3 En dynamisk størrelse

Som vi så i punkt 3.4.3.1, åpner Høyesterett i Rt. 2006 s. 626 opp for at det er flere tidspunkt for når begjæringen om bevissikring må være tilstrekkelig spesifisert. Denne forutsetning må tas i betraktning når vi ser til avgjørelsens avsnitt 37, der Høyesterett introduserer en ny

¹³¹ Se Hjort (2016) s. 268.

¹³² Ibid.

dimensjon til spesifikasjonsvurderingen. Høyesterett uttaler først at «[h]va det *etter* den innledende sikringen [...] skal gis innsyn i, må bestemmes som ledd i den etterfølgende kontradiktoriske behandlingen».¹³³ Høyesterett erkjenner at det er et skille mellom hvilke krav som stilles til spesifisering av begjæring om bevissikring som fremsettes på sikringstidspunktet, og hvilke krav som stilles til spesifiseringen når det blir spørsmål om hva rekvirenten faktisk skal få innsyn i *etter* at bevissikringen har skjedd, herunder i sorteringsfasen.¹³⁴ Slik Hjort utleder fra denne uttalelsen, legger Høyesterett opp til at det er to forskjellige spesifikasjonsvurderinger som er aktuelle i en bevissikringssak; en i sikringsfasen og en i sorteringsfasen.¹³⁵ På denne måten introduserer Høyesterett at spesifikasjonskravet ved bevissikring er en dynamisk størrelse som avhenger av *når* i prosessen vurderingen foretas. Til dette bygger Høyesterett videre i avsnitt 37 på at kravet til spesifisering i sorteringsfasen vil generelt sett skjerpes sammenlignet med kravet til spesifisering i sikringsfasen. Høyesterett angir at det likevel må ses til blant annet to momenter i denne vurderingen.

Det første momentet er «i hvilken grad spesifisering er mulig». Dette momentet kan knyttes nært opp mot det Høyesterett tidligere nevner i avsnitt 36 om at praktiske hensyn må få betydning for hvor strengt spesifikasjonskravet skal stilles. Det kan nå forankres i vilkåret «uforholdsmessig vanskelig å etterkomme» i § 26-6 annet ledd. Siden Høyesterett grovt sett trekker frem det samme synspunktet igjen her, men likevel angir at spesifikasjonskravet er skjerpet på dette tidspunktet, kan det tyde på at Høyesterett anser at rekvirenten generelt sett har bedre en mulighet til å spesifisere bevisene når de er sikret, og spørsmålet blir snarere om å spesifisere sorteringen av det allerede sikrede materialet. Dette kan også begrunnes i at det er større rom for kontradiksjon etter bevisene har blitt sikret, siden motpartene har anledning til å begjære etterfølgende muntlig forhandling, jf. § 28-3 fjerde ledd siste setning. Her har rekvirenten også muligheten til å pålegge rekvisitus å svare på spørsmål om bevisene som er sikret, som i utgangspunktet bør gjøre styrke rekvirentens mulighet til å foreta nærmere spesifisering, jf. § 26-5 annet ledd.

Det andre momentet Høyesterett angir er «hvor nærliggende det er at det foreligger bevismateriale som det er grunn til å sikre». Dette momentet sammenfaller med det Høyesterett allerede uttaler om at spesifikasjonskravet justeres etter sannsynligheten for at det

¹³³ Mine kursiveringer.

¹³⁴ Se punkt 3.3.1 om fasene i bevissikringsprosessen.

¹³⁵ Se Hjort (2016) s. 270, etter sitering av Rt. 2006 s. 626 avsnitt 37.

materielle kravet foreligger, som nå kan forankres i vilkåret «det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis» etter § 26-6 annet ledd. Imidlertid utdypes Høyesterett at «[j]o mer nærliggende det er, jo større grunn vil det også være til å pålegge saksøkte plikter for å bidra til å klarlegge hva det skal gis innsyn i [...]». Her gir Høyesterett uttrykk for at dersom det er nærliggende at bevissikringen vil sikre bevismateriale for saken, styrker det rekvisitus' plikt til å bidra til å opplyse saken. Selv om tvl. § 21-4 ikke var utformet på avgjørelsestidspunktet, kan uttalelsen i dag knytte forholdet mellom tvl. § 21-4 og spesifikasjonskravet ved bevissikring tettere opp mot hverandre. Med tvistelovens regler, kan det også tillegges til uttalelsen at § 26-5 annet ledd om å pålegge rekvisitus til å foreta utarbeidelser og svare på spørsmål, vil være aktuell å trekke frem dersom det er nærliggende at bevissikringen vil sikre bevismateriale for saken.

Selv angir Høyesterett eksempler på rekvisitus' bidrag til spesifiseringen, blant annet «ved å angi hva som må unntas på grunn av taushetsplikt eller taushetsrett». Dette kan trekke i retning av at spesifikasjonsvurderingen i sorteringsfasen blir en øvelse i å negativt avgrense tilgangen til rekvirenten, slik at vurderingen snarere blir å vurdere hva rekvirenten *ikke* skal få tilgang til blant det sikrede materialet. Hjort forstår dette som at spesifikasjonsbyrden i sorteringsfasen i realiteten flyttes fra rekvirenten til rekvisitus, der rekvisitus i sorteringsfasen får ansvaret for å spesifisere hva rekvirenten *ikke* skal få tilgang til.¹³⁶ En slik drastisk endring av spesifikasjonsbyrden vil jeg mene er å tillegge Høyesteretts uttalelse mer enn det som kan være tiltenkt, men stiller meg enig i at dette innebærer at rekvisitus i større grad må angi hva rekvirenten *ikke* skal få tilgang til. Jeg mener derfor at det snarere vil være rimeligere å forstå Høyesterett slik at spesifikasjonsvurderingen i sorteringsfasen vil heller få et mer betydelig preg av rekvisitus plikt til å bidra til spesifiseringen, enn å hevde at hovedansvaret flyttes til rekvisitus.

Det essensielle å trekke ut fra dette punktet, er at en rekvirent må spesifisere begjæring om bevissikring på to ulike tidspunkt, en gang før bevisene sikres, og en gang etter bevisene er sikret og materialet skal sorteres. Den første runden med spesifikasjon av begjæringen om bevissikring vil ha som mål å sette rammer for hva som skal sikres. I den siste runden med spesifisering av begjæringen om bevissikring, vil kravet til spesifikasjon ha som mål å klarlegge hva rekvirenten faktisk skal få tilgang til. Her vil spesifikasjonskravet generelt sett

¹³⁶ Se Hjort (2016) s. 270-271. Høyesterett gir selv ikke eksplisitt uttrykk for en slik ansvarsoverføring, men Hjorts uttalelse må med rimelighet forstås som at dette er hva Hjort mener Høyesteretts uttalelse i realiteten medfører i denne delen av bevissikringsprosessen.

skjerpes, men til gjengjeld vil rekvisitus trolig være mer oppfordret til å bidra til spesifisering. Dette er et dynamisk element som ikke finner sted i spesifikasjonskravet ved bevistilgangssaker.

3.4.3.4 Spesifikasjonskravet ved sikring uten varsel til motpart

Det er et forhold som skiller seg særlig ut ved spesifisering av begjæring om bevissikring. Slik det er gjennomgående omtalt, har spesifikasjonskravet som hovedformål å gjøre det klart *overfor rekvisitus* hvilke bevisgjenstander rekvirenten ønsker tilgang til. Dette stiller seg imidlertid annerledes når det er tale om å spesifisere en begjæring om bevissikringen uten varsel til motpart etter § 28-3 fjerde ledd. Ved dette tilfellet, blir rekvisitus først kjent med sikringen enten samtidig eller først etter at den er foretatt, og da blir det av mindre interesse for rekvirenten å klargjøre overfor rekvisitus hva som skal sikres.¹³⁷

Ved bevissikring uten varsel til motpart, vil formålet med spesifisering skiftes fra å gjøre det klart for rekvisitus hva som skal sikres, over til et formål om å gjøre det klart *overfor namsmannen* hva som skal sikres.¹³⁸ Denne vendingen av spesifikasjonskravet vil kun gjelde i sikringsfasen. Etter at bevisene har blitt sikret, blir rekvisitus involvert i prosessen i sorteringsfasen, slik at hensynet til at rekvisitus skal være klar over hva som ønskes å sikres, kommer tilbake på dette stadiet. Men det er ikke nødvendigvis slik at hensynet kommer tilbake med samme styrke, slik vi har sett i punkt 3.4.3.3, vil vurderingen på dette stadiet i større grad basere på seg at rekvisitus skal avgrense hva rekvirenten skal få tilgang til, for å sortere ut det sikrede materialet.

¹³⁷ Se Hjort (2016) s. 266.

¹³⁸ Ibid.

4. Oppsummering & konklusjon

For at tvisteloven skal oppnå sitt overordnede formål om at den enkelte skal få håndhevet sine rettigheter og løst sine tvister, har det vært sentralt å fremme målsetningen om generelt materielt riktige avgjørelser ved utformingen av loven. Et virkemiddel for å få realisert dette, har vært å utvide rekvirentens adgang til å begjære tilgang til bevis, og her har bearbeiding av spesifikasjonskravet vært sentral.

Et av tiltakene for å oppnå dette, har vært å fortsette utviklingen av et spesifikasjonskrav som skal praktiseres mindre strengt, slik at det ikke i urimelig grad blir til hinder for målsetningen om å fremme materielt riktige avgjørelser. Imidlertid presiserte Høyesterett i avgjørelsen HR-2019-997-A at spesifikasjonskravet må benyttes som et middel mot at rekvirentens muligheter til bevistilgang, ikke utvides i så stor grad at det medfører en overordnet tilrettelegging av ordninger som ligner den angloamerikanske ordningen om «discovery and disclosure» i norsk sivilprosess. Presiseringen ble begrunnet i at en slik ordning vil bryte fundamentalt med lovgivers tungtveiende hensyn om en effektiv og overkommelig behandling av sivile saker. Rettsanvenderen må derfor i en konkret vurdering av spesifikasjonskravet hensynta disse to ytterpunktene, slik at kravet stiller seg et sted mellom disse.

Tvisteloven innførte en lempingsadgang til spesifikasjonskravet i bestemmelsens annet ledd for å i større grad legge til rette for opplysning av saken og fremme målsetningen om materielt riktige avgjørelser. I utgangspunktet inviterer bestemmelsens utforming til et metodisk grep der første ledd fungerer som et enkelt utgangspunkt, og annet ledd gir adgang til å lempe kravet ved å trekke inn mer skjønnsmessige vurderinger. Når lovgiver imidlertid har angitt at spesifikasjonskravet i første ledd i større grad skal bære preg av en skjønnsmessig vurdering, oppstår det en tvetydighet mellom første og annet ledds anvendelsesområde, som fører til at rettsanvenderen står igjen med et uklart nedslagsfelt for § 26-6 annet ledd. At Høyesterett ikke benyttet anledningen i HR-2019-997-A til å avklare dette, er uheldig, men løsningen med å følge bestemmelsens systematikk er trolig det grepet som har sterkest rettskildemessig grunnlag for seg.

Når merknadene til reglene om bevissikring viser til § 26-6 for utformingen av begjæringen av bevissikring, tilsier det at spesifikasjonskravet i utgangspunktet skal forstås på samme måte. Likevel er situasjonen en annen ved bevissikring, siden det begjæres om tilgang *utenfor* en sak, og vi har sett at Høyesterett har erkjent at det ikke uten videre kan stilles samme krav

til spesifisering av en begjæring om bevissikring, som ved edisjonsplikten. Her har Rt. 2006 s. 626 vært sentral for fremstillingen.

Først kan det være rimelig å forstå avgjørelsen i Rt. 2006 s. 626, som at Høyesterett erkjenner at det foreligger flere faser i bevissikringsprosessen, og at rekvirentens mulighet til å modifisere begjæringen etappevis i tråd med sakens fremdrift, har betydning for spesifikasjonsvurderingen. Videre vil både formålet bak bevissikring og praktiske hensyn være av betydning i vurderingen. På mange måter trekker Høyesterett frem argumenter som i stor grad sammenfaller med lempingsadgangen i § 26-6 annet ledd, som kan gi grunnlag for at denne regelen får et klarere nedslagsfelt for bevissikringsaker, enn ved saker om edisjonsplikten. Til slutt åpner Høyesterett for at rekvirenten må spesifisere begjæringen om bevissikring både før bevisene skal sikres, og foreta en mer skjerpet spesifisering etter materialet er sikret ved spørsmålet om hvilke bevis rekvirenten faktisk skal få tilgang til. Dette er også unikt for bevissikringsaker, til sammenligning med edisjonsplikten. At bevissikring uten varsel til motpart fører til at hovedhensynet om at rekvirenten skal spesifisere begjæringen slik at det er klart for rekvisitus hva som skal sikres, til at hovedformålet i sikringsfasen er at det skal være klart for namsmannen hva som skal sikres, er også noe som må tas til etterretning.

På bakgrunn av dette, kan det konkluderes med at det ikke nødvendigvis er kurant å vurdere spesifikasjonskravet. Det er mange konkrete og overordnede hensyn dette vilkåret skal ivareta. Det gjenstår fortsatt en uklarhet i samspillet mellom anvendelsen av spesifikasjonskravet etter § 26-6 første og annet ledd. Når det gjelder spesifikasjonskravet ved bevissikring, har lovgiver på mange måter abdisert sitt embete om å veilede på dette punkt. Riktignok har Høyesterett bidratt med å legge føringer her, men rent rettskildemessig skulle dette helst vært en del av en begrunnelse som var avgjørende for saken. For at regler om bevis tilgang faktisk skal realisere sitt mål om å fremme materielt riktige avgjørelser, har spesifikasjonskravet fremdeles ytterligere behov for avklaring, slik at det kan bli enkelt og effektivt å vurdere.

5. Kilderegister

Norske lover

- Lov 13. august 1915 nr. 6 nr.om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven – tvml.)
- Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.)

Internasjonale konvensjoner

- Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, Marokko, 15. April. 1994 (TRIPS-avtalen).

Norske lovforarbeider

- NOU 2001: 32 Bind A og B Rett på sak - Lov om tvisteløsning (tvisteloven)
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov og mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)

Norske Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1992 s. 692
- Rt. 1998 s. 583
- Rt. 1999 s. 493
- Rt. 2004 s. 442
- Rt. 2006 s. 626
- Rt. 2007 s. 920
- Rt. 2010 s. 774
- HR-2014-962-U
- HR-2019-439-A
- HR-2019-997-A
- HR-2020-2469-A
- HR-2021-1279-U

Litteratur

- Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, Universitetsforlaget 2020.
- Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker: særlig om digitale bevis*, Universitetsforlaget 2016.
- Hov, Jo, *Rettergang i sivile saker*, Calax AS 2019.
- Monsen, Erik, "Bevistilgang til elektronisk lagret material" *Tidsskrift for forretningsjus* 2007, Vol. 13, Utg. 3, s. 193-234.
- Ristvedt, Per M., og Tørum, Amund Bjøranger, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery» *Tidsskrift for forretningsjus* 2016, Vol. 21, Utg. 2, s. 105-178.
- Schei, Tore, mfl., *Tvisteloven. Kommentaarutgave*, Bind 2, 2. Utgave, Universitetsforlaget 2013.
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 4. Utgave, Universitetsforlaget 2022.
- Sveaas, Nils Kristian og Arendt, Torstein, "Bevissikring utenfor rettssak - må hovedkravet sannsynliggjøres?", *Tidsskrift for forretningsjus* 2010, Vol. 16, Utg.1, s. 18-33.
- Øyen, Ørnulf «Tvisteloven og bevisretten – en oversikt», *Jussens Venner* 2020, Vol. 55, Utg. 3, s. 129-162.