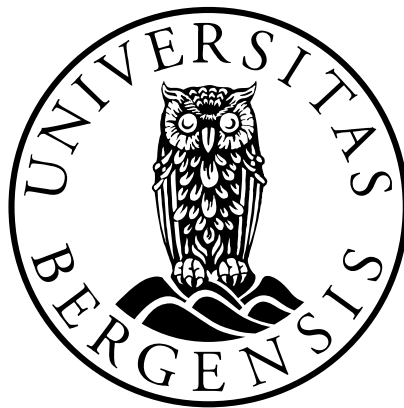


Spesifikasjon og forholdsmessighet i saker om bevistilgang.

En analyse av tvistelovens krav til spesifisering og forholdsmessighet ved begjæring om bevistilgang.

Kandidatnummer: 51

Antall ord: 14989.



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[30. mai 2016]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.....	4
1.2 Temaets aktualitet.....	5
1.3 Avgrensninger.....	5
1.4 Begrepsavklaring. Rekvirent og rekvisitus.....	6
1.5 Oversikt over fremstillingen.....	6
2 Særskilte rettskildespørsmål.....	7
2.1 Oversikt over rettskildebildet.....	7
2.2 Rettstilstanden etter tvistemålsloven.....	7
2.3 Hensynene bak kravene til spesifisering og forholdsmessighet.....	9
2.3.1 Generelt om bruken av hensyn.....	9
2.3.2 Hensynet til materielt riktige avgjørelser.....	9
2.3.3 Hensynet til likebehandling.....	11
2.3.4 Hensynet til proporsjonal kostnadsbruk.....	13
2.4 Tvistemålsutvalgets komparative perspektiv ved innføringen av tvisteloven.....	14
2.4.1 Innledning.....	14
2.4.2 Overgangen fra discovery til disclosure i engelsk sivilprosess.....	15
2.4.3 Forarbeidenes uklarhet ved omtalen av disclosure og discovery.....	15
3 Kravet til spesifisering.....	17
3.1 Innledning.....	17
3.2 Forholdet mellom tvisteloven § 26-6 (1) og (2).....	17
3.3 Klarhetskravet i tvisteloven § 26-6 (1).....	20
3.3.1 Hvor «klart» må bevisgjenstandene spesifiseres?.....	20
3.3.2 Forankringen av tilgang til bestemt kategori eller tema.....	21
3.4 Lemping av klarhetskravet etter tvisteloven § 26-6 (2).....	22
3.4.1 Det må være «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet i første ledd.	22
3.4.2 Det må være en «nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis».....	24
4 Kravet til forholdsmessighet.....	28
4.1 Innledning.....	28

4.2	Rett hjemmel for forholdsmessighetsvurderingen. Forholdet mellom tvisteloven §§ 21-8 og 26-5 (3).....	28
4.3	«Kostnader» som utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen etter tvisteloven § 26-5 (3).	31
4.3.1	Kostnader som et uttrykk for hensynet til proporsjonal kostnadsbruk.....	31
4.3.2	Forholdet til reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20.	31
4.3.3	Hvilken betydning har forskuttering av utgifter for forholdsmessighetsvurderingen?	33
4.3.4	Er partenes egen økonomi og ressurser et moment ved forholdsmessighetsvurderingen?	34
4.4	Betydningen til «tvisten» og «den mulige bevisverdien» etter tvisteloven § 26-5 (3)..	36
4.4.1	Tvistens betydning.	36
4.4.2	Den «mulige verdien av beviset».	39
4.5	Rettens adgang til å gi delvis medhold i kravet om bevistilgang.	41
4.6	Adgangen til å la den som krever bevistilgang selv finne frem det relevante.	41
5	Avslutning. Hvilke krav stilles til spesifikasjon og forholdsmessighet?	45
	Litteraturliste.	48
	Lovgivning, forarbeider og rettsavgjørelser.	49

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling.

Et grunnleggende formål med rettergangsreglene er å oppnå materielt riktige avgjørelser.¹ For å nå denne målsetningen må prosessreglene legges til rette for at domstolene kan bygge på et korrekt faktum. Norsk sivilprosess er en partsprosess,² noe som innebærer at det er partene som fører bevisene for retten jf. tvisteloven § 11-2 (2). Domstolen kan bare bygge avgjørelsen på de bevisene som føres jf. tvisteloven § 21-2 (2). For å nå målsetningen om materielt riktige avgjørelser må partene derfor gis tilgang til bevisene. Denne oppgaven gjelder prosessen med å få tilgang til bevis man selv ikke innehar, *bevistilgang*.

Tvisteloven inneholder flere regler som legger til rette for bevistilgang. Det følger av § 5-3 at man ved søksmålsvarsel skal opplyse om bevis man kjenner til. Videre er partene pålagt en gjensidig sannhets- og opplysningsplikt om bevis jf. § 21-4, mens § 21-5 slår fast at «*enhver*» plikter å gi forklaring om og tilgang til gjenstander som kan utgjøre bevis. I praksis må partene uansett opptre aktivt for å få tilgang til bevis. Denne avhandlingen gjelder muligheten for å *kreve* tilgang til bevis.

Tvisteloven oppstiller tre regelsett for å kreve tilgang til bevis.³ For det første kan en part kreve tilgang til realbevis etter reglene i kapittel 26. For det andre kan en part kreve bevisopptak i retts sak etter kapittel 27. For det tredje kan en part kreve bevissikring etter reglene i kapittel 28. Denne oppgaven gjelder retten til å kreve tilgang til realbevis etter reglene i kapittel 26.

Kapittel 26 oppstiller tre sentrale vilkår for bevistilgang. Det materialet det kreves tilgang til må kunne utgjøre bevis i saken jf. § 26-1, begjæringen om tilgang må spesifisere bevisene jf. § 26-6, og kostnadene forbundet med å stille realbeviset til rådighet må være forholdsmessige jf. § 26-5 (3). Formålet med denne avhandlingen er å undersøke kravene til spesifisering og forholdsmessighet. Oppgaven behandler ikke spørsmålet om en gjenstand kan utgjøre bevis særskilt. Muligheten for å avdekke et bevis inngår imidlertid i vurderingen av hvorvidt spesifikasjonskravet kan lempes, og dette vil bli behandlet. Problemstillingen er hvilke krav

¹ NOU 2001: 32 A s. 127.

² NOU A 136.

³ Maria Astrup Hjort, *Tilgang til bevis i sivile saker. Særlig om digitale bevis*, Oslo 2016 s. 14.

som stilles til spesifikasjon og forholdsmessighet ved begjæring om tilgang til realbevis etter tvisteloven kapittel 26.

1.2 Temaets aktualitet.

Tvisteloven endret tvistemålslovens krav til spesifikasjon og forholdsmessighet. På tross av endringen er det fremdeles usikkert når et krav om bevistilgang er tilstrekkelig spesifisert, når spesifikasjonskravet kan lempes, og når kostnadene forbundet med å stille bevis til rådighet er for høye. Rettstilstanden bidrar til at bevistilgang er tvisteskapende. Samtidig er bevistilgang i sin natur tvisteskapende, fordi parter ofte ikke *ønsker* å gi tilgang til bevis. For det første kan det få direkte betydning for deres mulighet til å vinne saken. For det andre knytter det seg gjerne kostnader til å stille bevis til rådighet. For det tredje ønsker partene sjelden å gi tilgang til gjenstander de selv anser som lite relevant for saken.

Litteraturen har foreløpig viet lite plass til å behandle temaet etter tvisteloven. De fleste standardverkene omtaler spesifikasjons og forholdsmessighetskravet i runde vendinger, og selv om det finnes mer dyptgående spesialbehandlinger er flere spørsmål ubesvart. At rettstilstanden er usikker, at bevistilgang er tvisteskapende, og at sentrale spørsmål er magert behandlet i litteraturen, gjør temaet aktuelt.

1.3 Avgrensninger.

Kravene til spesifikasjon og forholdsmessighet i kapittel 26 gjelder «realbevis» jf. § 26-1. Dette defineres i loven som *«personer og gjenstander (fast eiendom, løsøre, dokumenter, elektronisk lagret materiale mv.) hvor personen eller gjenstanden, eller dens egenskaper, tilstand eller innhold, inneholder informasjon som kan ha betydning for det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken»*. Negativt avgrenser definisjonen mot forklaringer fra parter, vitner og sakkyndige,⁴ slik at dette faller utenfor oppgaven.

Begjæring om tilgang til realbevis kan fremmes mot enhver person, og kravene til spesifikasjon og forholdsmessighet gjelder i alle tilfeller. Denne oppgaven gjelder muligheten

⁴ Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Norden, Christian Reusch, Toril M. Øye, *Tvisteloven Kommentartutgave Bind II*, 2. utgave 2013 s. 945.

for å kreve tilgang fra motparten i det materielle søksmålet, ikke fra tredjeperson der det stilles strengere krav til forholdsmessighet.⁵

Spørsmål om bevis tilgang kan oppstå i alle typer saker, men det avgrenses mot to. I indispositive saker har retten plikt til å sørge for at bevisføringen gir et forsvarlig avgjørelsesgrunnlag jf. tvisteloven § 21-3 (2), noe som medfører at spørsmålet om bevis tilgang må løses annerledes.⁶ Denne oppgaven gjelder bare bevis tilgang i dispositive saker, der partene har fri rådighet over saken. Videre gjelder oppgaven bevis tilgang i allmennprosess, ikke småkravprosess der muligheten for bevis tilgang er mer begrenset.

1.4 Begrepsavklaring. Rekvirent og rekvisitus.

En begjæring om bevis tilgang er rettet fra den ene parten i den materielle saken til den som har tilgang på bevisene. Verken tvisteloven eller forarbeidene viser til noen annen begrepsbruk enn vanlig betegnelse på avsender og mottaker. Begrepsbruken «den som begjærer bevis tilgang» og den som «mottar en begjæring om bevis tilgang» er imidlertid omstendelig. Videre er betegnelse «part» og «motpart» hovedsakelig forbeholdt partene i det materielle søksmålet, noe som gjør begrepsbruken uklar. Derfor brukes betegnelsen «rekvirent» om avsenderen av en begjæring, og begrepet «rekvisitus» om mottakeren av en begjæring.

1.5 Oversikt over fremstillingen.

Oppgaven er delt inn fire kapitler. Kravene til spesifisering og forholdsmessighet analyseres i oppgavens hoveddel, kapittel 3 og 4. I kapittel 5 vil oppgavens hoveddel oppsummeres, der hensikten er å gi et konsist svar på oppgavens problemstilling. Før hoveddelen vil oppgaven i kapittel 2 gjennomgå relevante rettskilder, og behandle tre særskilte rettskildespørsmål som nødvendigvis gjør en egen behandling. Kapittel 2 legger grunnlaget for oppgavens hoveddel.

⁵ NOU 2001: 32 B s. 980.

⁶ Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvisteløsning*, Oslo 2014 s. 571-572.

2 Særskilte rettskildespørsmål.

2.1 Oversikt over rettskildebildet.

De primære rettskildene for å tolke og anvende spesifikasjons og forholdsmessighetskravet er tvistelovens lovtekst, tvistelovens forarbeider og høyesterettspraksis. Verken lovteksten, forarbeidene eller høyesterettspraksis trekker opp klare rammer for vurderingene som skal foretas. Lovteksten er skjønnsmessig og den åpner derfor opp for flere tenkelige løsninger i en og samme sak. Forarbeidene gir veiledning for hvordan vurderingene skal foretas, men oppstiller ingen klare tilfeller for når en begjæring er tilstrekkelig spesifisert, eller noen klare grenser for når rådighetstillelse er uforholdsmessig. Samtidig gjør det faktum at tvisteloven ikke trådte i kraft før 1. januar 2008, og Høyesteretts begrensede overprøvingsmyndighet jf. tvisteloven § 29-3 (2), at det finnes få avgjørelser der Høyesterett har tatt stilling til regelsettet. Denne rettskildesituasjonen gjør det nødvendig med en særskilt behandling av enkelte rettskildespørsmål. Disse behandles i de følgende punktene 2.2, 2.3 og 2.4.

Det første spørsmålet gjelder rettstilstanden etter tvistemålsloven. En klargjøring av gjeldende rett etter tvistemålsloven er viktig for å forstå hva som ble endret ved innføringen av tvisteloven, og for å ta stilling til relevansen av tvistemålslovens rettspraksis. Sistnevnte behandles i punkt 3.2, med behandlingen i følgende punkt 2.2 som bakteppe.

2.2 Rettstilstanden etter tvistemålsloven.

Tvistemålsloven inneholdt regler om bevistilgang, men kravene til spesifikasjon og forholdsmessighet var annerledes enn etter tvisteloven. Spesifikasjonskravet fremgikk ikke direkte av loven, men Høyesterett utviklet tidlig et slikt krav og forankret det i tvistemålsloven § 253. Utviklingen av spesifikasjonskravet hadde sammenheng med bestemmelsene i §§ 250, 251 og 252, som påla rekvisitus å fremlegge skriftlige bevis. Begrunnelsen for utviklingen av spesifikasjonskravet var at den prosessuelle edisjonsplikten var, og er, begrenset til faktiske omstendigheter som kan utgjøre bevis i den underliggende

saken. Relevansvurderingen måtte derfor knyttes til en bestemt gjenstand. Denne begrunnelsen gjorde at spesifikasjonskravet lenge ble praktisert strengt.⁷

Frem mot vedtakelsen av tvisteloven ble kravet til spesifisering myket opp gjennom en gradvis utvikling i rettspraksis.⁸ Det ble i større grad akseptert at begjæringer anga en bestemt *kategori* og *tema* av gjenstander. Muligheten for å kreve bevis tilgang ble derfor utvidet i de tilfellene rekvirenten ikke klarte å angi det aktuelle beviset. Galleri Oslo-saken i Rt. 1998 s. 58 er et godt eksempel på dette. Begjæringen som var gjenstand for domstolenes vurdering spesifiserte her «*saksfremstilling og vedtak fra kredittmøte, styreutvalgs-, hovedstyre- og hovedkontrollkomitebehandling*» av rekviritus sitt engasjement «*i perioden 1998-1990*». Høyesteretts kjæremålsutvalg aksepterte begjæringen på bakgrunn av at det ikke var mulig å spesifisere hvert enkelt dokument, og at det ikke kunne utelukkes at dokumentene ville ha betydning som bevis. I tillegg ble det lagt vekt på at rekviritus ikke ville bli påført et urimelig tap ved å stille materialet til rådighet, noe som i dag skal vurderes etter tvisteloven § 26-5 (3). Videre ble det i If-saken, inntatt i Rt. 2004 s. 442, akseptert at begjæringen anga et beskrevet *tema*. Rekvirenten krevde og fikk tilgang til dokumenter knyttet til tidligere erstatningssaker for en advokat, som hadde ansvarsforsikring hos rekviritus, If.⁹ Det er spesielt Galleri Oslo-saken og If-saken som markerte en oppmykning av spesifikasjonskravet.¹⁰

Det forelå ingen selvstendig forholdsmissighetsbestemmelse i tvistemålsloven, og spørsmålet om det ble praktisert et slikt krav, og hvordan dette eventuelt ble forankret, er ikke omtalt i tvistelovens forarbeider, eller i juridisk teori om tvistemålsloven.¹¹ Dette må for det første ses i sammenheng med at tvistemålsloven ikke etablerte noen plikt for rekviritus til å utarbeide materiale eller sammenstillinger til bruk for saken.¹² Fremveksten av digitale bevis førte til at hovedregelen ble snudd i tvisteloven,¹³ og § 26-5 (2) forutsetter i dag at rekviritus må regne med utgifter i forbindelse med denne ytelsesplikten. At hovedregelen er snudd, skaper et

⁷ De sentrale avgjørelsene er Rt. 1936 s. 977, Rt. 1962 s. 188 og Rt. 1962 s. 367.

⁸ Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 812, Schei mfl., *Bind II*, s. 955, Hjort s. 43-46.

⁹ Kjennelsen behandles nærmere i punkt 3.3.1 og 3.4.2.

¹⁰ Per M. Ristvedt og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2015-2 s. 103-179 (s. 144).

¹¹ Se om mangelen på omtale i Jens Edvin A. Skoghøy, *Tvistemål*, Oslo 1998 s. 631 og *Tvistemål*, Oslo 2001 s. 623-629, og Tore Schei, *Tvistemålsloven med kommentarer av Tore Schei Bind II*, 1998 s. 769-771.

¹² Jf. Rt. 1965 s. 759 og Rt. 1989 s. 1385.

¹³ NOU B s. 979.

behov for å kunne begrense kostnadene forbundet med ytelsesplikten, noe som kommer til uttrykk i forholdsmessighetsregelen i tvisteloven § 26-5 (3) første punktum.

For det andre må mangelen på forholdsmessighetsregel ses i sammenheng med at spesifikasjonskravet lenge ble praktisert strengt. Der begjæringen først ble akseptert var bevisene identifisert, slik at rådighetstillegg sjeldent nødvendiggjorde stor kostnadsbruk. Forskjellen mellom tvistemålslovens strenge spesifikasjonskrav og tvistelovens lempeligere spesifikasjonskrav belyser sammenhengen mellom spesifikasjons- og forholdsmessighetskravet i tvisteloven.

2.3 Hensynene bak kravene til spesifikasjon og forholdsmessighet.

2.3.1 Generelt om bruken av hensyn.

Rettskildesituasjonen og lovtekstens utforming gjør at betydningen til de hensynene som ligger bak reglene øker. Dette appellerer til en grundig fremstilling av hensynene, slik at de kan anvendes som reelle hensyn ved tolkningen av lovteksten, og som et selvstendig argument i de konkrete vurderingene. Tvisteloven eller dens forarbeider formulerer ikke et bestemt overordnet hensyn for bevistilgang, men flere relevante hensyn som må avveies mot hverandre. De tre viktigste hensynene behandles i de følgende punktene 2.3.2, 2.3.3 og 2.3.4

2.3.2 Hensynet til materielt riktige avgjørelser.

Som beskrevet innledningsvis er et grunnleggende formål med rettergangsreglene å oppnå materielt riktige avgjørelser. Slik Mæland formulerer det er «*prosessrettens funksjon ... å stå til tjeneste for den materielle retten*».¹⁴ Hensynet til å sikre materielt riktige avgjørelser fremheves i forarbeidene som en sentral begrunnelse for reglene om bevis,¹⁵ og bevistilgang.¹⁶ Det er derfor ingen tvil om at hensynet utgjør en overordnet retningslinje for tolkningen av bevistilgangsreglene. Høyesterett har lagt til grunn at hensynet utgjør et

¹⁴ John Henry Mæland, *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, Bergen 2013 s. 17.

¹⁵ NOU A s. 454.

¹⁶ NOU A s. 465.

selvstendig rettslig argument.¹⁷ Verken forarbeidene eller Høyesterett utdyper imidlertid hva som ligger i hensynets innhold.

Hensynet til at behandlingen skal resultere i materielt riktig avgjørelse viser for det første til det endelige resultatet i saken, ikke saksbehandlingsfeil som er foretatt underveis i den prosessuelle behandlingen.¹⁸ For det andre knytter hensynet seg til en bestemt del av den materielle saken. En avgjørelse kan være uriktig fordi tolkningen av rettsregelen er feil, fordi subsumsjonen er feil, eller fordi det faktum som regelen subsumeres under er feil. Bevisretten gjelder det faktiske avgjørelsesgrunnlaget i saken jf. tvl. § 21-1, og skal ikke hindre at retten foretar en uriktig tolkning eller subsumsjon.¹⁹ Det overordnede målet er å få en dom som hviler på korrekte premisser.²⁰

At hensynet til materielt riktige avgjørelser gjelder det endelige resultat i saken, betyr likevel ikke at det bare gjelder resultatet av domstolsbehandling. Bevistilgang kan også begrunnes med at mulighetene for et rettferdig forlik øker med informasjonsutvekslingen mellom partene. Muligheten for et rettferdig forlik kan derfor ses på som en del av målet om å realisere den materielle retten, men fordi realiseringen skjer utenfor domstolene er dette en annen del av hensynet enn målsetningen om en riktig dom.²¹ At bevistilgang gjør at mulighetene for et rettferdig forlik øker, er for eksempel en av begrunnelsene for disclosure-systemet i engelsk sivilprosess.²² Samtidig koster prosesshandlinger penger, noe som etter omstendighetene kan skape muligheter for å misbruke bevisregelene. Faren for misbruk av bevisregelene utgjør derfor et motargument til hensynet til materielt riktige avgjørelser, og behandles nærmere i punkt 2.3.4.

Ideelt sett tilsier hensynet til materielt riktige avgjørelser at det gis tilgang til alle gjenstander som kan utgjøre bevis.²³ Derfor er det grunnlag for å lempe på spesifikasjonskravet dersom det er en «*nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis*». Vekten av hensynet vil avhenge av hvor uheldige virkninger som inntreffer dersom dommen blir materielt uriktig.

¹⁷ Jf. Rt. 2010 s. 774 (avsnitt 45) og Rt. 2014 s. 585 (Avsnitt 33).

¹⁸ Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, Bergen 2012 s. 172

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Hjort s. 71.

²¹ Strandberg, *Beviskrav i sivile saker*, s. 176-177.

²² John Sorabji, «Fact- Finding in Tort Litigation: Discovery, Disclosure, Proof- Taking», *The International Journal of Procedural Law*, Volume 3/ 2013/ 02 s. 295-309 (s. 298).

²³ Ved bevisføring er dette annerledes. En omfangsrik bevisføring kan skape forvirring og manglende konsentrasjon rundt sentrale beviser, noe som medfører at muligheten for en materielt riktig avgjørelse ikke nødvendigvis øker.

Desto større og viktigere interesser som står på spill, desto viktigere er det at dommen blir materielt riktig. Det er dette utslaget av hensynet til materielt riktige avgjørelser som dypest sett begrunner de fleste proporsjonalitetsvurderinger i tvisteloven. Hva angår bevis tilgang kommer dette til uttrykk i tvisteloven § 26-5 (3), der det fremgår at en tvist med stor betydning vil forsvare større utgifter med å stille bevis til rådighet.²⁴

2.3.3 Hensynet til likebehandling.

Hensynet til likebehandling fremgår av tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt, der det følger at «ulikheter i ressurser hos partene ikke [skal] være avgjørende for sakens utfall». Dette utdypes i forarbeidene, der det legges til grunn at «partene skal være utrustet med de samme befyelser i prosessen («equality of arms») og behandles likt»,²⁵ og at hensynet har «allmenn rekkevidde ... ».²⁶ Henvisningen til «equality of arms» gjelder EMK artikkel 6, som etter EMDs praksis innebærer at begge parter gis «a reasonable opportunity to present its case under conditions that do not place it at a substantial disadvantage vis-a-vis its opponent».²⁷ Essensen i hensynet til likebehandling er derfor at partene skal ha de samme faktiske muligheter for å legge frem sin sak.

Verken tvisteloven, forarbeidene eller høyesterettspraksis gir klart uttrykk for at hensynet til likebehandling kan tas til inntekt for lik tilgang til bevis. At partene skal kunne ha tilsvarende mulighet til å legge frem sin sak forutsetter imidlertid lik tilgang til bevis. Ulikheten i tilgangen til bevis representerer en forskjell i muligheten til å legge frem saken på en fullgod måte, og dermed også en ulikhet i partenes mulighet for å vinne saken. Dette har også sammenheng med at tvisteloven er organisert som en partsprosess,²⁸ noe som betyr at det er partene som fører bevisene for retten jf. tvisteloven § 11-2 (2). Partene vil bare føre de bevisene som taler til deres fordel. Ulikheten i tilgangen til bevis hindrer dermed at begge sider av saken kommer frem for domstolen, slik at hensynet til materielt riktige avgjørelser svekkes. Denne koblingen mellom partsprosessen, hensynet til likebehandling, og hensynet til materielt riktige avgjørelser, begrunner lik tilgang til bevis.

²⁴ Se nærmere om tvistens betydning i punkt 4.4.1.

²⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 34.

²⁶ NOU A s. 173.

²⁷ EMDs dom 3.mars 2000 i saken *Krcmar v. The Czech Republic*, avsnitt 39.

²⁸ NOU A s. 136.

Økonomisk likestilling er en forutsetning for lik tilgang til bevis, dersom det er økonomien som begrenser rekvirentens mulighet til å kreve tilgang. Et alternativ er derfor å begrense bevis tilgangen i alle tilfeller der en av partene er ressursvake.²⁹ Dette vil imidlertid føre til at de økonomiske forutsetningene *blir* avgjørende for tilgangen til beviser, i strid med tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt. En annen mulighet er å akseptere et kostnadsdrivende system, samtidig som den ressursvake parten subsidieres. Reglene om fri sakførsel er imidlertid ikke så vidtgående at de gir en ressursvak part de samme mulighetene som en ressurssterk part.³⁰

At subsidiering *kan* gi den ressursvake de samme mulighetene som den ressurssterke, betyr uansett ikke at det alltid vil gi lik tilgang til beviser.³¹ Der bevisene er skjevfordelt kan det nemlig like gjerne være den ressursvake parten som sitter på de fleste bevisene. I en slik situasjon vil likebehandling tilsi at den ressurssterke hjelpes for å utlikne ulikheten, men dette kan ikke gjøre gjennom økonomisk likestilling. Staten kan, dersom bevisene er skjevfordelt, heller ikke gi bevis til den parten som mangler beviser.

For å sikre reell likhet, kan man derfor ikke bare fokusere på målsetningen om like muligheter. Som fremhevet av Hjort, må løsningen være å anvende hensynet til likebehandling som et potensielt argument for utvidet bevis tilgang.³² Partene kan ved domstolenes hjelp kreve at skjevfordelingen utliknes gjennom bevis tilgang, slik at partene får tilnærmet lik mulighet for å vinne saken. Partenes økonomiske begrensninger og dets utslag i hensynet til likebehandling må på denne måten vurderes konkret i hver enkelt sak. Prosessen nedjusterer derfor ikke tilgangen til bevis generelt sett fordi det kan finnes ressursvake parter, men åpner opp for større tilgang til bevis i det enkelte tilfellet. Dette er et fokus på målsetningen om lik tilgang i *resultat*, ikke bare på ulikhetene i partenes utgangspunkt.

Det viktigste virkemiddelet for å sikre likebehandling er reglene om forholdsmessighet.³³ Som fremhevet av tvistemålsutvalget vil disse « ... *ha en effekt i retning av en mer prosessuell likestilling mellom partene*». ³⁴ Hensynet til likebehandling tilsier derfor at tvisteloven § 26-5 (3) tolkes slik at partene får den samme tilgangen til beviser, og at sakens behandling tilpasses

²⁹ Hjort s. 82.

³⁰ NOU A s. 173.

³¹ Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm 2010 s. 33-35.

³² Hjort s. 83.

³³ Tore Schei, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Norden, Christian Reusch, Toril M. Øye, *Tvisteloven Kommentartutgave Bind I, 2.* utgave 2013 s. 7.

³⁴ NOU A s. 143

partenes økonomi slik at man unngår den ressurssterke kan utnytte sin ressuroverlegenhet.³⁵ Dette behandles nærmere i punkt 4.3.4.

2.3.4 Hensynet til proporsjonal kostnadsbruk.

Tvisteloven bygger på en målsetning om proporsjonal kostnadsbruk.³⁶ Denne målsetningen går ut på at saksbehandlingen og kostnadene i en tvist skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning jf. tvisteloven § 1-1 (2) fjerde strekpunkt. I forarbeidene fremheves en dyr prosess som «*ille*» for partene, fordi det kan føre til at partene vegrer seg for å prøve materielle spørsmål for domstolene.³⁷ Et viktig skille i denne sammenheng er inndelingen i småkravsprosess og allmennprosess. Selv om denne avhandlingen gjelder allmennprosess belyser ulikheten i disse prosessene hensynet til proporsjonal kostnadsbruk.

Småkravsprosess innebærer som oftest at saken blir svakere opplyst, noe som gjør at risikoen for en materielt uriktig avgjørelse øker. At mange saker blir svakere opplyst innebærer imidlertid ikke at andelen realiserte rettigheter går ned.³⁸ Virkningen av et mindre kostnadskrevende prosesssystem er nemlig at flere får mulighet til å ta saker til domstolene, slik at flere gis mulighet til å realisere sine rettigheter. At flere saker blir svakere opplyst, slik at risikoen for en materielt uriktig dom øker, betyr derfor ikke at andelen materielt uriktige utfall av tvister nødvendigvis øker. Hensynet til realisering av rettigheter er en viktig side av hensynet til proporsjonal ressursbruk, selv om saken behandles etter allmennprosess. Det er derfor viktig å kartlegge hvilken type kostnadsbruk som representerer mulige begrensninger.

Det er sjeldent at rekvirentens forsøk på å spesifisere begjæring medfører høye kostnader. De fleste utgiftene knytter seg til rekvisitus arbeid med å stille bevisene til rådighet. Desto vagere rekvirenten angir bevisgjenstandene, desto mer arbeid må rekvisitus bruke på å lete etter bevis, sammenstille bevis, og sile ut irrelevant informasjon. Vurderingen av hvilke dokumenter man vil eller kan legge frem medfører også betydelig ressursbruk. Dersom det er snakk om store mengder dokumenter, vil disse ofte inneholde informasjon som er omfattet av bevisfritak som forretningshemmeligheter og/eller bevisforbud som taushetsplikt.

Vurderingene må i praksis gjøres av prosessfullmektig i samråd med klienten, og dette er

³⁵ Schei mfl., *Bind I*, s. 7.

³⁶ NOU A s. 131-133, og NOU B s. 651.

³⁷ Prp. s. 50.

³⁸ Magne Strandberg, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s.165-181 (s. 179-180).

krevenne øvelser som tar lang tid. Det er likevel øvelser som *må* gjennomføres, fordi ingen vil oversende dokumenter uten å ha lest dem og vurdert konsekvensene av fremleggelse. I tillegg til slike direkte utgifter, vil det påløpe en rekke indirekte kostnader forbundet med at rekvisitus må prioritere rådighetstilletsen til ulempe for vanlig arbeid.

Som avhandlingen vil belyse i punkt 4.3.2, fordeles utgiftene etter vanlige saksomkostningsregler, der taperen av det materielle kravet bærer omkostningene. Dersom man ikke setter en grense for kostnadsbruken kan dette skape situasjoner der rekvisitus ikke våger å ta kostnadsrisikoen forbundet med å bruke domstolene,³⁹ noe som i ytterste konsekvens gir rekvirenten mulighet til å tvinge frem et urettferdig forlik.⁴⁰ Faren for at rekvirenten kan misbruke bevisstilgangsreglene på denne måten, utgjør et motargument til hensynet til materielt riktige avgjørelser. Partene vil heller ikke bli likestilt dersom bevisstilgangsreglene legger til rette for at den ressurssterke kan overkjøre den ressursvake. Kostnadene forbundet med bevisstilgang må derfor ligge på et nivå som legger til rette for det motsatte, nemlig at sakene kan bli prøvd for domstolene,⁴¹ og at partene blir reelt likestilt.

Hensynet til proporsjonal kostnadsbruk, i form av målsetningen om realisering av rettigheter og behovet for å begrense bevisstilgangen, gir en overordnet retningslinje for tolkningen av spesifikasjons og forholdsmessighetskravet.⁴² Konkret for rådighetstilletsen er målsetningene kommet til uttrykk i tvisteloven § 26-5 (3) første punktum, som åpner opp for å nekte tilgang til relevante bevis.

2.4 Tvistemålsutvalgets komparative perspektiv ved innføringen av tvisteloven.

2.4.1 Innledning.

Det tredje rettskildespørsmålet gjelder tolkningen av forarbeidene. Da Tvistemålsutvalget tok stilling til hvilke bevisstilgangsregler som skulle innføres i tvisteloven var de angloamerikanske reglene om discovery og disclosure en sentral inspirasjonskilde.

Tvistemålsutvalget konkluderte på følgende måte:

³⁹ NOU A s. 132.

⁴⁰ Sorabji s. 299-300.

⁴¹ Prp. s. 50.

⁴² NOU B s. 649.

«Å skulle innføre *discovery* i norsk prosess i det omfang man kjenner dette særlig fra amerikansk rett, men også fra engelsk rett, kan etter utvalgets mening ikke komme på tale.»⁴³

Tvistemålsutvalget tar gjennom konklusjonen bare avstand fra *discovery*, ikke *disclosure*. Som oppgaven vil belyse i punkt 2.4.3 trekker imidlertid ikke forarbeidene ellers det samme skillet. Dette nødvendiggjør en undersøkelse av forskjellene mellom *discovery* og *disclosure*, fordi ulikheten mellom disse systemene har betydning for hvordan forarbeidene skal tolkes, noe som igjen har betydning for tolkningen av spesifikasjons og forholdsmessighetskravet.

2.4.2 Overgangen fra *discovery* til *disclosure* i engelsk sivilprosess.

Bevistilgang i engelsk sivilprosess ble tidligere utledet av «The Peruvian Guano Test».⁴⁴ Denne regelen ga anvisning på et svært lavt relevanskrav, noe som knapt satte grenser for hva rekvisitus skulle gjøre tilgjengelig for rekvirenten.⁴⁵ På bakgrunn av at regelen medførte uforholdsmessig kostnadsbruk, unødvendig oversendelse av materiale som ikke var relevant, og unødvendige forsinkelser, ble reglene endret ved Woolf-reformen og innføringen av Civil Procedure Rules i 1999.⁴⁶ Dette markerte overgangen fra rendyrket *discovery* til *disclosure*.⁴⁷

Etter såkalt «*post-issue disclosure*» plikter partene å opplyse om relevant informasjon jf. CPR r. 31.6, og rekvisitus plikter å foreta nødvendige undersøkelser for å finne frem til informasjonen jf. CPR r. 31.7. Et dokument som rekvisitus har opplyst om har rekvirenten krav på tilgang til («*to inspect*») etter CPR r. 31.3 (1). Det gjelder imidlertid en forholdsmessighetsbegrensning ved at rekvisitus er fritatt fra å legge frem materialet dersom det er «*disproportionate to the issues in the case*» etter CPR r. 31.3 (2) b. Dersom rekvirenten kan påvise at rekvisitus ikke har opplyst om alle relevante dokumenter kan han fremme en begjæring om tilgang til spesifikke dokumenter etter CPR r. 31.12. Det er derfor naturlig at Tvistemålsutvalgets konklusjon kun gjelder *discovery*. *Disclosure* har nemlig tydelige likhetstrekk med tvistelovens krav til spesifikasjon og forholdsmessighet.

2.4.3 Forarbeidenes uklarhet ved omtalen av *disclosure* og *discovery*.

⁴³ NOU A s. 465

⁴⁴ *Compagnie Fiancière et Commerciale du Pacifique v. The Peruvian Guano Company* [1882] 11 Q.B.D. 55.

⁴⁵ Sorabji s. 304.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Ian Dennis, *The Law of Evidence*, 5. utgave, London 2013 s. 350.

Likhetstrekkene mellom disclosure og tvistelovens regler uttrykkes ikke noe sted i forarbeidene. Disclosure omtales derimot som «*omstendelige*» på lik linje med discovery,⁴⁸ og spesifikasjonskravet lempes for å ivareta hensynene bak både discovery og disclosure.⁴⁹ Disse uttalelsene, kombinert med overskriftene i punkt 16.6.3 og 16.6.4, gir inntrykk av at discovery er ulike navn på tilnærmet samme system. Selv om Tvistemålsutvalget er bevisst på at Woolf-reformen medførte en endring i engelsk sivilprosess, får sammenblandingen av regelsettene ringvirkninger til odelstingsproposisjonen. Departementet viser nemlig til tvistemålsutvalgets gjennomgang, før de uttaler at lempningsregelen har «*til formål å legge til rette for opplysning av saken, men åpner ikke for et prinsipp om discovery/disclosure i norsk sivilprosess*».⁵⁰

Selv om Tvistemålsutvalgets konklusjon kun tar avstand fra discovery, er forarbeidene derfor ellers uklare. Det som tydelig er hensikten er å ta avstand fra discovery slik regelen er i amerikansk rett og var i engelsk rett. Det som kommer til uttrykk er imidlertid at lovgiver tar avstand fra både discovery og disclosure. Denne uklarheten etterlater et usikkert rettskildebidrag.

Forarbeidenes rettskildebidrag styrkes dersom man bare forholder seg til Tvistemålsutvalgets konklusjon. Konklusjonen gjelder bare discovery, og den gjelder kun discovery «slik man kjenner dette». Det er altså ikke detaljene i reglene man sikter til, men det inntrykk man har av discovery som en kostnadsdrivende prosess, der rekvisitus har en nokså ubetinget plikt til å oversende alle gjenstander som kan utgjøre bevis.⁵¹ I den grad man anvender discovery og disclosure som et fellesbegrep på slike regler, noe som egentlig er feil, må lovgiverviljen derfor anses som klar. Lovgiverviljen er at det ikke skal innføres et regelsett som pålegger rekvisitus en nokså ubetinget plikt til å oversende alle gjenstander som kan utgjøre bevis. Dersom man ved tolkningen av spesifikasjons og forholdsmessighetskravet står overfor et slikt tolkningsalternativ utgjør lovgiverviljen en skranke mot dette tolkningsalternativet.

⁴⁸ NOU A s. 464-465.

⁴⁹ NOU A s. 465.

⁵⁰ Prp. s. 467-468.

⁵¹ Sml. Schei mfl., *Bind II*, s. 953, som omtaler dette som et «*generelt discoveryprinsipp*».

3 Kravet til spesifisering.

3.1 Innledning.

Rekvirentens oppgave er å spesifisere kravet om tilgang til bevis, mens rekvisitus` oppgave er å stille bevisene til rådighet. For å vurdere hvilke krav som stilles til spesifisering og forholdsmessighet ved bevistilgang vil oppgaven i dette kapittelet isolere behandlingen av spesifikasjonskravet.

Twisteloven åpner ikke for bevistilgang på bakgrunn av et helt generelt krav om tilgang til enhver relevant informasjon. Rekvirenten må spesifisere hvilke bevis det kreves tilgang til for at rekvisitus sin rådighetsplikt skal inntre. Hovedregelen fremgår av § 26-6 (1), der det følger at:

«En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjensstander kravet gjelder.»

Begrunnelsen for klarhetskravet i første ledd svarer til begrunnelsen for at spesifikasjonskravet lenge ble tolket strengt under tvistemålsloven. Fordi rekvirenten ikke har rådighet over bevisene har han imidlertid ikke alltid kunnskap til å vite hvordan spesifikasjonen skal formuleres. Rekvirentens kunnskapsmangel betyr ikke at det ikke finnes bevis. Kravet til spesifisering kan derfor lempes etter § 26-6 (2), der det følger at:

«Retten kan lempe på kravet til spesifisering dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.»

Før vilkårene i § 26 (1) og (2) kan behandles nærmere er det nødvendig med en avklaring av det innbyrdes forholdet mellom lovens klarhetskrav og lempningsregelen. Denne avklaringen har betydning for hvilket vurderingstema som skal oppstilles, noe som har sammenheng med betydningen til rettspraksis etter tvistemålsloven.

3.2 Forholdet mellom tvisteloven § 26-6 (1) og (2).

Tvisteloven § 26-6 oppstiller et skarpt skille mellom klarhetskravet i første ledd og lempingsadgangen i andre ledd. Forarbeidene er klare på at man skal forholde seg til det lovtekniske skillet som er oppstilt.⁵² Holdt opp mot ordlyden tilsier dette at det *utelukkende* skal klarlegges om bevisgjensstandene identifiseres «klart» etter første ledd. Dersom dette ikke er tilfellet skal man ikke legge vilkåret i første ledd i strekk, men heller forankre kravet om bevis tilgang i andre ledd.

Samtidig fremgår det av forarbeidene at bestemmelsens første ledd skal tolkes i samsvar med den «nye og noe mer imøtekommende» rettspraksis etter tvistemålsloven.⁵³ Som beskrevet i punkt 2.2 var vurderingstemaet etter tvistemålsloven en sammenhengende vurdering av om rekvirenten fikk et krav på bevis tilgang. Dette vurderingstemaet inneholdt momentene som i dag fremgår av annet ledd. Dersom disse momentene skal tillegges betydning etter første ledd, vil vurderingen inneholde de samme momentene som fremgår av annet ledd, slik at man må se bort fra det lovtekniske skillet. Det er derfor et spenningsforhold mellom uttalelsene i forarbeidene. Det kan derfor ikke utelukkende bygges på forarbeidene ved vurderingen av om det skal oppstilles et lovteknisk skille, eller om vurderingstemaet etter tvistemålsloven skal videreføres.

Høyesterett har ikke tatt stilling til forholdet mellom første og annet ledd, eller drøftet uklarheten i forarbeidene på annen måte. Løsningen i standardverkene om sivilprosess er imidlertid utvetydig. Mæland legger til grunn at spesifikasjonskravet i første ledd skal tolkes «i samsvar med nyere og mer liberal rettspraksis til tvml. § 253», med henvisning til forarbeidene.⁵⁴ Tilsvarende legges til grunn av Schei mfl., som viser til at hensynet til korrekt opplysning av saken ligger bak både første og annet ledd,⁵⁵ og at vurderingstemaet i tvisteloven § 26-5 (3) inngår i vurderingen etter § 26-6 (1).⁵⁶ Skoghøy foretar en samlet gjennomgang av spesifikasjonskravet, der spørsmålet om forholdet mellom første og annet ledd ikke problematiseres.⁵⁷ Fellestrekket er at tvistemålslovens rettspraksis forutsettes å være relevant uten nærmere begrunnelse. Det trekkes derfor ikke et klart skille mellom klarhetskravet i første ledd og lempingsadgangen etter annet ledd.

⁵² NOU B s. 980, og Prp. s. 467.

⁵³ NOU B s. 980, og Prp. s. 467.

⁵⁴ Mæland s. 188.

⁵⁵ Schei mfl., *Bind II*, s. 957.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 811-814.

Teoriens standpunkter etterlater et uklart vurderingstema. Rettstilstanden øker risikoen for å komme til en uriktig avgjørelse, noe som illustreres gjennom vanskelighetene med å overføre tvistemålslovens vurderingstema til dagens lovtekst. Trekker man derimot et klart skille mellom første og annet ledd skaper man et skille mellom en objektiv hovedregel og en skjønnsmessig lempningsregel. Dette vil gi større klarhet rundt vurderingen som skal foretas, noe som vil gi større forutsigbarhet for rekvirenten. Samtidig vil det gi bedre forutberegnelighet for rekviritus, fordi vurderingen sender et klart signal om når rekviritus må regne med å stille bevis til rådighet, og når det er mer usikkert om lempingsvurderingen gir rekvirenten et krav på bevistilgang. Dermed gir det også bedre prosessøkonomi, ettersom rekviritus i større grad vil vite når arbeid med å stille bevis til rådighet er unødvendig i påvente av en nærmere vurdering av lemping, og når arbeidet eventuelt må iverksettes straks. Ettersom tvister om bevistilgang behandles over relativt lange tidsperioder forut for hovedforhandling, eller eventuelt forlik, bør ikke betydningen av en slik tidsmessig forutberegnelighet underdrives. Ønsket om å unngå unødvendig kostnadsbruk knyttet til rådighetstillegg av materiale med usikker relevans var en av de sentrale begrunnelsene bak innføringen av disclosure-systemet i engelsk rett,⁵⁸ og en tilsvarende begrunnelse taler for et klart skille mellom første og annet ledd. Reelle hensyn tilsier derfor at man bør følge den løsningen som kommer til uttrykk gjennom lovtekstens ordlyd.

I mangel av et prejudikat som tar stilling til spørsmålet, må det derfor anses som både forsvarlig og riktig å legge til grunn en løsning der det trekkes et skille mellom en objektiv hovedregel i første ledd og en skjønnsmessig lempingsvurdering i annet ledd.⁵⁹ Konsekvensen er at rettspraksis etter tvistemålsloven må tilpasses den nye lovteksten. Ettersom kravet til spesifisering i dag er lempet, må det som var tilstrekkelig spesifisering tidligere regnes som tilstrekkelig etter dagens regler. Rettspraksis etter tvistemålsloven gir derfor bidrag til tolkningen i form av det resultatet Høyesterett kom til, ikke det vurderingstemaet som førte til resultatet.

Denne konklusjonen har ingen umiddelbar betydning for *innholdet* i § 26-6 dersom det ved lempingsvurderingen etter annet ledd tas hensyn til nyere rettspraksis etter tvistemålsloven. Det fremgår imidlertid ingenting i forarbeidene som tilsier at rettspraksis etter tvistemålsloven er relevant for lempingsvurderingen, og muligheten for å lempe kravet er i tillegg utvidet

⁵⁸ Sorabji s. 305.

⁵⁹ Hjort s. 134, og Erik Monsen, «Bevistilgang til elektronisk lagret material», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2007-3 s.193-235 (s. 215).

sammenlignet med tvistemålsloven. Vurderingstemaet etter tvistemålsloven kan derfor ikke overføres til lempingsvurderingen i § 26-6 (2).

3.3 Klarhetskravet i tvisteloven § 26-6 (1).

3.3.1 Hvor «klart» må bevisgjenstandene spesifiseres?

Ettersom man skal forholde seg til det lovtekniske skillet i § 26-6, er spørsmålet etter første ledd *utelukkende* om begjæringen er tilstrekkelig spesifisert. Kravet til spesifisering skal verken relativiseres etter vanskelighetene med å spesifisere, eller etter muligheten for å avdekke et relevant bevis.

Ordlyden «klart» stiller et høyt krav til utformingen av begjæringen. Det høye kravet må forstås i lys av at begjæringen skal gi rekvisitus kunnskap om hvilke gjenstander det kreves tilgang til. Videre gjelder klarhetskravet for «*bevisgjenstander*». I den grad flere gjenstander er relevante for saken, kan det kreves tilgang til alle etter første ledd, uavhengig av om det angår to eller tusen gjenstander. Det er altså ikke omfanget av gjenstandene i begjæringen som er det sentrale for om klarhetskravet er oppfylt. At omfanget gjør det vanskeligere for rekvisitus å stille bevisene til rådighet er et spørsmål om forholdsmessighet, og ikke et spørsmål om spesifisering.

Selv om det kan kreves tilgang til flere gjenstander etter første ledd, er det et absolutt krav at begjæringen angir en gjenstand jf. HR-2012-1004-F (avsnitt 9). Begjæringen gjaldt her bare dokumentasjon av en bestemt påstand, noe som ikke var tilstrekkelig. Dette kravet må forstås i sammenheng med at det uten angivelse av noen gjenstand, materiale eller tema, er umulig å ta stilling til relevansen av begjæringens innhold. Det er derfor verken tilstrekkelig å angi hvor gjenstanden(e) finnes eller å kreve tilgang til korrespondanse mellom rekvisitus og tredjeperson uten nærmere spesifisering. Som beskrevet i punkt 2.4.2 må ikke rekvirenten angi en gjenstand for å få tilgang til gjenstander etter discovery-reglene. Dette fører til at rekvirenten får tilgang til langt flere gjenstander, noe som skaper en tids- og kostnadskrevende saksforberedelse. Det var slike konsekvenser man ønsket å unngå ved innføringen av tvisteloven.

Spørsmålet om tilgang til korrespondanse mellom rekvisitus og tredjeperson illustreres godt gjennom If- saken i Rt. 2004 s. 442. Saken gjaldt erstatningskrav mot en advokat, som hadde

ansvarsforsikring hos If. Rekvirenten krevde her tilgang til alle skadesaker hos If som gjaldt advokaten, og som kunne ha likhetstrekk med det materielle erstatningskravet. Høyesterett la til grunn at dokumentene kunne kreves fremlagt fordi kravet «*hvis dokumentene finnes - ikke kan skape nevneverdige tvil om hvilke dokumenter det dreier seg om, og at If i så fall vet dette*». Dette må forstås i sammenheng med at retten gjennom beskrivelsen fikk et grunnlag for å ta stilling til dokumentenes relevans for det materielle kravet, og at alle skadesakene kunne være relevante. Det er sannsynlig at dette resultatet i dag kunne vært forankret i første ledd, uten å trekke inn momentene i annet ledd.⁶⁰

I klarhetskravet etter første ledd ligger det derfor ikke bare at rekvisitus skal vite hvilke gjenstander det er snakk om. Det ligger også et krav om at de gjenstandene som identifiseres kan være relevant som «*bevisgjenstander*». At omfanget i seg selv ikke har betydning for vurderingen, åpner opp for at angivelse av en bestemt kategori eller et bestemt tema av gjenstander i prinsippet *kan* oppfylle klarhetskravet i første ledd.

3.3.2 Forankringen av tilgang til bestemt kategori eller tema.

Angivelse av en bestemt kategori eller et bestemt tema av gjenstander ble akseptert allerede i nyere rettspraksis etter tvistemålsloven. Tvisteloven er ment å utvide muligheten for å kreve tilgang til bevis, noe som tilsier at en begjæring om tilgang til en bestemt kategori eller tema av gjenstander vil passere kravet i § 26-6, enten etter første eller etter annet ledd. Det kan derfor fremstå som kunstig å forankre bevis tilgangen i den skjønsmessige regelen i andre ledd. Videre er begjæring om tilgang til en bestemt kategori eller tema et praktisk typetilfelle noe som tilsier at det er en god retts teknisk løsning å forankre kravet i første ledd.

Situasjonen vil imidlertid sjelden være slik at samtlige av de gjenstandene som finnes innenfor den angitte kategorien eller temaet er relevante for saken. Det praktiske typetilfellet er at rekvirenten krever tilgang til en bestemt kategori eller tema fordi rekvirenten tror eller vet at det finnes et eller flere bevis innenfor den bestemte kategorien eller temaet, men at rekvirenten ikke klarer å spesifisere de eller disse. Dersom man i en slik situasjon forankrer kravet om bevis tilgang i første ledd vil man legge ordlyden i første ledd i strekk, slik det i

⁶⁰ Ristvedt og Tørum s. 145.

punkt 3.2 er lagt til grunn at man ikke skal gjøre. Et krav om tilgang til bestemt kategori eller tema kan derfor ikke forankres i første ledd.⁶¹

Konsekvensen av dette er at klarhetskravet i første ledd i hovedsak fungerer som en skranke mot begjæringer der ingenting spesifiseres, slik at det heller ikke er grunnlag for å ta stilling til gjenstandens relevans. I prinsippet kan begjæringer som identifiserer utallige gjenstander passere, men da må alle gjenstandene regnes som relevante. Der spørsmålet om tilgang settes på spissen, fordi rekvirenten ikke evner å spesifisere relevante gjenstander, vil vurderingen bero på om klarhetskravet kan lempes etter annet ledd.

3.4 Lemping av klarhetskravet etter tvisteloven § 26-6 (2).

3.4.1 Det må være «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet i første ledd.

Hvorvidt det er «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet i første ledd skal vurderes ut fra rekvirentens muligheter til spesifisering, ikke rekvisitus eventuelle utfordringer med rådighetstilelsen. Det vil være «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet i første ledd dersom det er umulig for rekvirenten å spesifisere nærmere.⁶² Samtidig åpner «uforholdsmessig» for at spesifikasjonskravet kan lempes der det er vanskelig, men ikke umulig, å spesifisere gjenstandene klart. Det sentrale spørsmålet blir derfor når det er så vanskelig for rekvirenten å spesifisere de aktuelle bevisgjenstandene at det skal regnes som «uforholdsmessig».

En forutsetning for at rekvirentens mulighet til å oppfylle klarhetskravet skal være «uforholdsmessig» er at rekvirenten har uttømt de mulighetene som det er rimelig å forvente at han selv gjør bruk av. Et sentralt virkemiddel er muligheten for å stille spørsmål til rekvisitus jf. § 26-5 (2), der det fremgår at:

«For å gjennomføre plikten etter første ledd kan partene og andre pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse. De kan også pålegges å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander.»

⁶¹ Ristvedt og Tørum s. 149.

⁶² NOU B s. 980.

Etter ordlyden gjelder § 26-5 (2) gjennomføringen av edisjonsplikten i første ledd, men det følger av forarbeidene at muligheten til å stille spørsmål også gjelder selve begjæringen om bevis tilgang.⁶³ Formålet med bestemmelsen er å effektivisere reglene om bevis tilgang, og dermed ivareta hensynet til materielt riktige avgjørelser.⁶⁴ Dette står i motsetning til ordlyden i § 26-6 (1), som også gjelder «*spørsmål om realbevis*». Ordlyden i § 26-6 (1) tilsier at det gjelder et spesifikasjonskrav for spørsmålene. Formålet med § 26-5 (2) tilsier likevel at spesifikasjonskravet for spørsmålene ikke kan være like strengt som for begjæringen om bevis tilgang.⁶⁵ For å effektivisere reglene om bevis tilgang kan rekvirenten derfor begynne med relativt vage spørsmål og deretter spesifisere spørsmålene løpende, avhengig av svarene.⁶⁶ Dette er et eksempel på at tvisteloven legger opp til at partene i samarbeid skal finne ut av hvilke bevis det skal gis tilgang til, noe Westberg omtaler som et *kooperasjonsprinsipp*.⁶⁷

Det følger av forarbeidene at rekvirenten må spesifisere begjæringen så godt han klarer, selv om spesifikasjonen ikke oppfyller klarhetskravet i første ledd.⁶⁸ Dette innebærer at rekvirenten faktisk må stille spørsmålene for at for at det skal kunne regnes som «*uforholdsmessig*» å etterkomme klarhetskravet i første ledd, selv om spørsmålene ikke kan forventes å gi fullgode svar. Rekvirentens må foreta nødvendige undersøkelser for å gi så gode svar som mulig jf. § 26-5 (2), men dersom dette krever omfattende arbeid blir vurderingen om undersøkelsene er uforholdsmessige jf. § 26-5 (3).

Forarbeidene viser til at retten har en vid mulighet til å utøve skjønn,⁶⁹ og at en proporsjonalitetsvurdering står sentralt.⁷⁰ At retten har en vid mulighet til å utøve skjønn indikerer at det sjelden vil foretas bevisføring knyttet til hva rekvirenten har gjort for å etterkomme klarhetskravet, utover kravet om å stille spørsmål. Dette er naturlig, ettersom rekvirenten har få øvrige virkemidler for å etterkomme klarhetskravet.

Betydningen av at en proporsjonalitetsvurdering står sentralt ved lempingsvurderingen fremstår som noe usikker, ettersom dette allerede utgjør en selvstendig vurdering i § 26-5 (3).

⁶³ Prp. s. 468.

⁶⁴ Monsen s. 212.

⁶⁵ Ristvedt og Tørum, s. 133.

⁶⁶ Monsen s. 212.

⁶⁷ Westberg s. 126-130.

⁶⁸ NOU B s. 980.

⁶⁹ Prp. s. 468.

⁷⁰ NOU B s. 980.

Usikkerheten styrkes ved at Tvistemålsutvalget viser til at proporsjonalitetsvurderingen «*uttrykkelig [er] nevnt som et alternativ kriterium*»,⁷¹ før de deretter viser til at § 26-5 (3) kommer inn som en begrensning.⁷² Hva som da er det «*alternative kriterium*» blir derfor vanskelig å forstå.

Noe av uklarheten kan løses ved å undersøke årsakene til at rekvisitus påføres arbeid. Formålet med § 26-6 (2) er å imøtekomme rekvirentens behov for tilgang til bevis i en situasjon der rekvirenten ikke har tilstrekkelig kunnskap til å spesifisere bevis. Sett fra rekvisitus sitt perspektiv skaper uklarheten i begjæringen en økt arbeidsmengde. § 26-5 (3) gjelder enhver form for arbeidsmengde med å stille bevis til rådighet, uavhengig hva som er årsakene til arbeidsmengden. Dette tilsier at proporsjonalitetshenvisningen i forarbeidene gjelder situasjonen der rekvirenten ikke vet hva han leter etter, eller om det finnes beviser, men at han likevel sender en uspesifisert begjæring og håper å få noe tilbake. Denne situasjonen omtales ofte som en «*fisketur*», fordi rekvirenten «*fisker*» etter beviser.⁷³ Rekvisitus risikerer i en slik situasjon å kaste bort tid og ressurser på bevis som viser seg å være irrelevante. Dette resonnementet tilsier at § 26-6 (2), på bakgrunn av forarbeidenes proporsjonalitetshenvisning, bør leses som en skranke mot slike rene fisketurer. Dersom utfordringen med rådighetstillegg gjelder andre forhold enn manglende spesifisering, bør forholdsmessighetsvurderingen utelukkende skje etter § 26-5 (3).

Selv om § 26-6 (2) kan leses som en skranke mot rene *fisketurer*, vil kravet om at er «*uforholdsmessig*» å etterkomme klarhetskravet ofte være oppfylt. Dersom det i første omgang ikke kan konstateres at det er oppfylt, og rekvirenten deretter stiller spørsmålene, vil det uansett måtte regnes som oppfylt i neste omgang selv om spørsmålene ikke gir tilstrekkelige svar. Dette tilsier at tyngden i lempingsvurderingen hviler på vurderingen av om det er «*nærliggende at kravet kan gi tilgang til bevis*»

3.4.2 Det må være en «nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis».

Kravet om en «*nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis*» tilsier at det skal foretas en sannsynlighetsvurdering av hvorvidt bevis tilgang potensielt kan avdekke en eller

⁷¹ NOU B s. 980.

⁷² NOU B s. 981.

⁷³ Se for eksempel Ristvedt og Tørum s. 131.

flere gjenstander med relevans for saken. Fordi det ikke identifiseres en bestemt gjenstand, gis ikke retten det samme grunnlaget for relevansvurderingen som etter første ledd. Retten er derfor henvist til en hypotetisk vurdering, basert på den angitte kategorien eller temaet.

Da retten på dette stadiet er henvist til en hypotetisk vurdering av gjenstandenes relevans, styres relevansvurderingen av pretensjonslæren. Pretensjonslæren innebærer at retten ved avgjørelsen av et prosessuelt spørsmål skal legges partenes pretensjoner om det materielle spørsmål til grunn, slik at den prosessuelle avgjørelsen legger til rette for prøvingen av det materielle spørsmålet.⁷⁴ Et sentralt spørsmål ved lempingsvurderingen er *hvilken form* for begrensning pretensjonslæren setter for relevansprøvingen.

Spørsmålet om pretensjonslæren begrensning for prøvingen ble behandlet i Rt. 2013 s. 1719. Det materielle spørsmålet gjaldt garanti knyttet til flere obligasjonseieres lån til Thule Drilling AS. Tvisten om bevistilgang gjaldt provokasjoner som skulle få frem dokumentasjon på at obligasjonseierne hadde opptrådt illojalt, slik at en av partene, Norsk Tillitsmann ASA (NTM), ikke kunne kreve garantistene etter garantien som var gitt. For å ta stilling til om provokasjonene skulle etterkommes vurderte lagmannsretten om NTM skulle identifiseres med obligasjonseierne, noe som ville legge føringer for hvilke bevis som ble ansett som relevante, og dermed også for om NTM skulle pålegges å gjøre dokumentasjonen tilgjengelig. Høyesteretts ankeutvalg la til grunn at lagmannsretten ved å foreta denne vurderingen hadde tatt et uriktig rettslig utgangspunkt for hva som kan utgjøre bevis. Som grunnlag for standpunktet viste ankeutvalget til et sitat fra Schei mfl. i tilknytning til tvisteloven § 21-7, som lyder «*hva som kan utgjøre bevis, må i utgangspunktet bygge på partenes pretensjoner om rettsreglene og de øvrige anførsler*».⁷⁵ Innvendingen til ankeutvalget var altså at lagmannsretten skulle ha lagt til grunn rekvirentenes pretensjon, nemlig at NTM skulle identifiseres med obligasjonseierne, når de skulle prøve om dokumentasjon kunne utgjøre bevis.

Retten skal derfor foreta en fullstendig realitetsvurdering av om kravet kan gi tilgang til relevante beviser. Denne vurderingen skal imidlertid skje innenfor rekvirentens pretenderte hovedkrav, herunder innholdet i rettsreglene, påstandsgrunnlaget og andre omstendigheter som umiddelbart danner grunnlaget for rettsvirkningen (rettsfakta). Dersom en byggherre for eksempel pretenderer at en epostkorrespondanse mellom hovedentreprenøren og

⁷⁴ Inge Lorange Backer, *Sivilprosess*, Oslo 2015 s. 401.

⁷⁵ Schei mfl., *Bind II*, s. 796.

underentreprenøren er avgjørende for tolkningen av en kontrakt, skal dette legges til grunn uprøvd. Hvorvidt epostkorrespondansen, forutsatt at den finnes, *kan være* relevant for det materielle spørsmålet i saken skal imidlertid realitetsprøves.

Selv om retten skal foreta en realitetsvurdering, er konsekvensen av at rekvirentens påstandsgrunnlag skal legges uprøvd til grunn stor. Dersom påstandsgrunnlaget er vagt eller vidtrekkende, vil mange gjenstander kunne være relevant for saken. Dersom påstandsgrunnlaget derimot er mer konkretisert vil færre gjenstander fremstå som relevante. Denne sammenhengen kan illustreres gjennom følgende eksempel: Dersom byggherren hevder det foreligger et kontraktsbrudd mellom han og entreprenøren, vil det være en stor mengde gjenstander som kan være relevant for spørsmålet, slik at muligheten for å lempe på spesifikasjonskravet blir tilsvarende stor. Dersom byggherren konkretiserer dette påstandsgrunnlaget, og hevder at entreprenøren har brutt lojalitetsplikten i kontraktsforholdet fordi entreprenøren har unnlatt å opplyse om noe av betydning for samarbeidet, innskrenkes omfanget av hvilke gjenstander som kan være relevante for saken. Byggherren vil derfor kunne kreve tilgang til et større materiale dersom han fremsetter et vagt påstandsgrunnlag, enn dersom han fremsetter et mer konkret påstandsgrunnlag.

Muligheten for å fremsette et konkretisert påstandsgrunnlag øker frem mot hovedforhandling parallelt med konsentrasjonen av faktum og jussen. Likevel vil de fleste ha en formening om hvordan påstandsgrunnlaget skal formuleres allerede tidlig under saksforberedelsen. Situasjonen vil derfor ofte være slik at rekvirenten klarer å fremsette et konkret påstandsgrunnlag, selv om det er «*uforholdsmessig vanskelig*» å etterkomme klarhetskravet i første ledd. Fordi påstandsgrunnlaget har så stor betydning for relevansvurderingen *bør* det eksistere et krav om fremsettelse av konkretisert påstandsgrunnlag. Det er imidlertid få rettslige holdepunkter for at det kan oppstilles et slikt krav etter gjeldende rett. Kravet om at rekvirenten må spesifisere tilgangen så godt han klarer, gjelder selve begjæringen, ikke rekvirentens påberopte påstandsgrunnlag. Hensynet til proporsjonal kostnadsbruk underbygger eksistensen av et slikt krav, fordi fremsettelse av et påstandsgrunnlag skaper større klarhet rundt hvilke beviser som kan være relevante, slik at det også gir en bedre prosessøkonomisk løsning. Dette hensynet gir imidlertid ikke alene grunnlag for et slikt krav.

Selv om det ikke er krav om fremsettelse av et konkretisert påstandsgrunnlag, kan det være grunnlag for å prøve holdbarheten i rekvirentens påstandsgrunnlag, dersom dette fremstår som klart uholdbart. Høyesterett legger i Rt. 2013 s. 1719 inn en liten reservasjon gjennom

formuleringen om at pretensjonene «i utgangspunktet» skal legges til grunn, og ordlyden i § 26-6 (2) stenger ikke for en slik prøving. Til sammenligning legger ikke Høyesterett inn noen reservasjon ved vurderingen av om søksmålsbetingelsene i tvisteloven §§ 1-3 til 1-5 er oppfylt. I Rt. 2012 s. 1586 uttalte Høyesterett at «Ved avgjørelsen av om prosessforutsetningene er oppfylt, må retten legge til grunn det krav som pretendere å foreligge» (Avsnitt 34).⁷⁶ Dette tilsier at det er åpning for å prøve påstandsgrunnlaget ved krav om bevis tilgang, der påstandsgrunnlaget klart ikke kan føre frem. Slik prøving vil særlig være aktuelt dersom vagheten i påstandsgrunnlaget samtidig gjør at svært mange gjenstander fremstår som relevante bevis.

At det ikke eksisterer et krav om fremsettelse av konkretisert påstandsgrunnlag tilsier at terskelen i praksis ligger lavt for når det skal anses «nærliggende at kravet kan gi tilgang til bevis». Lempningsregelen åpner imidlertid bare for å fravike klarhetskravet i første ledd. Den åpner ikke for at rekvisitus skal oppfylle en begjæring som er så vag at det er umulig for retten å foreta noen relevansvurdering. Begrunnelsen for at spesifikasjonskravet lenge ble tolket strengt under tvistemålsloven er derfor fremdeles relevant. Konsekvensen av at det bare er åpning for å lempe selve klarhetskravet i første ledd, er at det fortsatt må gjelde et krav om at ikke er nevneverdig tvil om hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.⁷⁷ Dette var begrunnelsen for resultatet i Rt. 2004 s. 442, og det må fortsatt regnes som et vilkår for lemping av spesifikasjonskravet.⁷⁸ Det er derfor ikke grunnlag for å lempe på spesifikasjonskravet, dersom det er umulig for retten og rekvisitus å forstå hvilke bevisgjenstander det er snakk om. Dette vil typisk være situasjonen ved begjæring om tilgang til en bloc dokumentmasse.

Kravet om at det ikke kan være nevneverdig tvil om hvilke bevisgjenstander kravet gjelder, bøter imidlertid ikke på det faktum at kravet til relevans ligger lavt. At begge vilkårene for lemping ofte vil være oppfylt, tilsier at forholdsmessighetsvurderingen er det avgjørende for om rekvisitus får medhold i kravet om bevis tilgang.

⁷⁶ Sml. formuleringene i Skoghøy, *Tvistløsning*, s. 379.

⁷⁷ Ristvedt og Tørum s. 150. Se også prp. s. 468 der det uttales at «helt generelle krav om å legge frem relevante bevis i saken vil vanligvis ikke kunne etterkommes etter § 26-6 annet ledd».

⁷⁸ Ristvedt og Tørum s. 151.

4 Kravet til forholdsmessighet.

4.1 Innledning.

I dette kapittelet vil oppgaven belyse rettens mulighet til å nekte bevistilgang fordi rådighetsstillelse av bevis er uforholdsmessig. Dette spørsmålet aktualiseres i de tilfellene rekvirenten har krevd tilgang til bevis i samsvar med klarhetskravet i tvisteloven § 26-6 (1) eller lempingsadgangen i (2). Behandlingen i dette kapittelet skjer derfor med kapittel 3 som bakteppe.

Rådighetsstillelse av beviser gjelder gjennomføringen av rekvisitus edisjonsplikt. Denne reguleres trinnvis i tvisteloven § 26-5. Muligheten for å nekte bevistilgang fremgår av § 26-5 (3) første punktum, der det følger at:

«Retten kan nekte bevistilgang etter første og annet ledd hvis dette vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset, eller som parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv».

Forholdsmessighetsbegrensningen fremgår av første alternativ.⁷⁹ Vurderingen må ses i sammenheng med § 26-5 (2). Som beskrevet i punkt 2.2 forutsetter bestemmelsen at rekvisitus påføres kostnader i forbindelse med rådighetstillelsen.

Forholdsmessighetsbegrensningen representerer hensynet til proporsjonal kostnadsbruk, og utgjør et grunnlag for å nekte rekvirenten bevistilgang der rådighetstillelsen blir *for* dyr.

Forholdsmessighetsvurderingen er, og må være, skjønnsmessig. En viktig del av tolkningen knytter seg derfor til å avklare rammene for vurderingen, herunder hva som har betydning og hva som ikke har betydning for vurderingen. Denne vurderingen foretas i punktene 4.3.1-4.3.5. Før rammene kan trekkes opp må imidlertid forankringen av forholdsmessighetsvurderingen avklares.

4.2 Rett hjemmel for forholdsmessighetsvurderingen. Forholdet mellom tvisteloven §§ 21-8 og 26-5 (3).

⁷⁹ Når det videre vises til § 26-5 (3) første punktum er det første alternativ det siktes til.

Det må trekkes et skille mellom bevisføring og bevistilgang.⁸⁰ Dette skillet vises klart ved å sammenligne anvendelsesområdet for tvisteloven § 21-8, «*retten til å føre bevis*», med tvisteloven § 26-5 (3) som regulerer spørsmålet om å nekte «*bevistilgang*». Ordlyden tilsier klart at det er § 26-5 (3) som er riktig hjemmel for forholdsmessighetsvurderingen. Dette støttes av departementet, som viser til at «*bestemmelsen er et utslag av proporsjonalitetsgrunnsetningen som også gjelder for føring av bevis, jf. lovforslaget § 21-8. Bestemmelsen kommer særlig inn som en begrensning i forhold til omfanget av undersøkelser og bearbeiding som kan pålegges etter annet ledd*».⁸¹

Tvistemålsutvalget trekker ikke et like klart skille mellom §§ 21-8 og 26-5 (3). Det vises på den ene siden til at det er «*naturlig*» å ha med § 26-5 (3) første punktum på grunn av forskutteringshjemmelen i annet punktum,⁸² og at § 26-5 (3) første punktum kommer inn som en begrensning når begjæringen er forankret i tvisteloven § 26-6 (2).⁸³ På den annen side vises det til at retten kan nekte krav etter § 26-5 (1) og (2), etter den «*alminnelige*» proporsjonalitetsregel i § 21-8, og at § 26-5 (3) første punktum «*sier neppe mer enn det som vil følge av denne bestemmelsen*».⁸⁴ Tilsvarende legges til grunn av Schei mfl.⁸⁵ Videre vil de følgende avsnittene belyse at forholdsmessighetsvurderingen blir forankret i § 21-8 i flere kjennelser fra Høyesterett. Dette gir grunnlag for å undersøke forholdet mellom bestemmelsene nærmere.

En naturlig tolkning av § 21-8 markerer at det totale omfanget av bevisføringen skal veies opp mot tvistens betydning. Vurderingstemaet som oppstilles i § 26-5 (3) er at kostnadene knyttet til gjennomføringen av bevistilgang skal veies opp mot tvistens betydning og den mulige verdien av beviset. Å vurdere det totale omfanget av bevisføringen forutsetter at dommeren har en oversikt over hvilke bevis som ellers vil bli ført, noe som gjør at denne vurderingen ikke kan foretas før partene har sendt inn sine bevilbud. Bevilbudet kan ikke klarlegges før prosessen med bevistilgang er avsluttet. Dersom retten anvender § 21-8 for bevistilgang har den derfor to alternativer.⁸⁶ Den kan enten (i) drøfte vurderingstemaet i § 26-5 (3) med

⁸⁰ Hjort s. 20-22 og s. 155-161 viser til at tvisteloven bygger på et skarpt skille mellom bevistilgang og bevisføring. Backer s. 296 note 275 hevder det ikke er grunnlag for å trekke et så skarpt skille.

⁸¹ Prp. s. 467.

⁸² NOU B s. 980.

⁸³ NOU B s. 981.

⁸⁴ NOU B s. 980.

⁸⁵ Schei mfl., *Bind II*, s. 953

⁸⁶ Hjort s. 169.

hjemmel § 21-8, eller den kan (ii) foreta en hypotetisk vurdering av hvilke bevis som vil bli ført for retten ved hovedforhandling.

Høyesterett anser i stor grad § 21-8 som en generell forholdsmessighetsbegrensning, uten at ordlyden problematiseres.⁸⁷ I Rt. 2013 s. 817 viste ankeutvalget til § 21-8, og dens ordlyd som gir anvisning på en vurdering av «*omfanget av bevisføringen*», før de deretter foretok en konkret vurdering av om det var nærliggende at det aktuelle bevismaterialet ville ha bevisverdi, om tvisten hadde en høy økonomisk verdi, og om rådighetstillegg av bevisene var byrdefullt for rekvisitus (14). I Rt. 2013 s. 1719 uttalte ankeutvalget at den måtte «... *ta stilling om beviset skal avskjæres etter proporsjonalitetsvurderingen i § 21-8*» (avsnitt 34), selv om spørsmålet gjaldt bevis tilgang. I Rt. 2010 s. 946 opphevet ankeutvalget en kjennelse fra lagmannsretten fordi begrunnelsen var for knapp til å prøve om § 21-8 var tolket i samsvar med det vurderingstemaet som fremgår av § 26-5 (3) (avsnitt 19).

Hva som *kan* skje dersom man anvender § 21-8 ved bevis tilgang illustreres i Rt. 2008 s. 1653. Lagmannsretten hadde ved sin vurdering tatt utgangspunkt i ordlyden i § 21-8 og foretatt en hypotetisk vurdering av omfanget av bevisføringen. På dette grunnlag ble avgjørelsen opphevet, da Ankeutvalget viste til at det «*under ingen omstendighet [vil] være riktig å avvise den ankende parts provokasjon uten å avklare nærmere omfanget av dette arbeidet*» (avsnitt 27). Begrunnelsen for opphevelsen var altså at lagmannsretten hadde valgt alternativ (ii), å drøfte feil hjemmel i tråd med ordlyden, noe som førte til at de begrenset omfanget av bevisføringen før rekvirenten hadde fått tilgang til bevismaterialet, og mulighet til å ta stilling til hvilke bevis som skulle føres. Lagmannsrettens avgjørelse viser faren ved å anvende § 21-8 som hjemmel for forholdsmessighetsvurderingen ved bevis tilgang. Ankeutvalget viste imidlertid ikke til § 26-5 (3).

En av årsakene til at § 21-8 anvendes som en generell forholdsmessighetsbegrensning kan være presiseringen av at bevisavskjæring må holdes innenfor rammene av tvisteloven § 1-1. Dette fremgår ikke av § 26-5 (3). Tvisteloven § 1-1 kan, og bør, imidlertid innfortolkes i § 26-5 (3), ettersom formålsbestemmelsen gir generelle føringer for tolkninger i hele tvisteloven. Mangelen av den samme presiseringen som i tvl. § 21-8 bør derfor ikke regnes som avgjørende for hjemmels spørsmålet.

⁸⁷ Det eneste eksempelet på at Høyesterett anvender § 26-5 (3) er Rt. 2012 s. 440, men forholdet til § 21-8 ble ikke problematisert. Kjennelsen behandles nærmere i punkt 4.6.

Muligheten for å pålegge forskuttering av kostnader i § 26-5 (3) annet punktum er en viktigere presisering. Som oppgaven vil belyse i punkt 4.3.3, kan forskuttering gjøre rådighetstillegg mindre inngripende for rekvisitus. § 21-8 mangler en forskutteringsmulighet, og til forskjell fra forholdet mellom § 1-1 og § 26-5 (3), kan ikke forskuttering innfortolkes i § 21-8. Dersom retten anvender § 21-8 ved bevisilgang må den derfor i tillegg vise til § 26-5 (3) annet punktum. Dette tilsier at forholdsmessighetsvurderingen bør forankres i første punktum.

I mangel av et klart prejudikat fra Høyesterett bør ulikheten i vurderingstemaene og betydningen til § 26-5 (3) annet punktum regnes som avgjørende. Ved anvendelse av § 21-8 står man i fare for å anvende et galt og mangelfullt vurderingstema, og dermed også komme til et uriktig resultat. § 26-5 (3) første punktum utgjør derfor hjemmel for forholdsmessighetsvurderingen ved rådighetstillegg av bevis, mens § 21-8 (1) er hjemmel for forholdsmessighetsprøvingen av bevisføring.

4.3 «Kostnader» som utgangspunktet for forholdsmessighetsvurderingen etter tvisteloven § 26-5 (3).

4.3.1 Kostnader som et uttrykk for hensynet til proporsjonal kostnadsbruk.

Ordlyden «kostnader» sikter til de økonomiske utgiftene som rekvisitus vil måtte pådra seg for å etterkomme den begjæringen som er akseptert i medhold av § 26-6, slik at plikten i § 26-5 (1) og (2) kan gjennomføres. Dette er den samme typen kostnader som ble presentert i punkt 2.3.4. Som nevnt overfor, representerer begrensingen derfor hensynet til proporsjonal kostnadsbruk. En viktig rettesnor i denne sammenheng er reglene om fordeling av sakskostnader.

4.3.2 Forholdet til reglene om sakskostnader i tvisteloven kapittel 20.

Tvisteloven § 20-1 (2) forutsetter at partene kan inngå egne avtaler om saksomkostnader.⁸⁸ Ettersom vurderingen gjelder forholdsmessigheten av rekvisitus` utgifter, faller et argument om at disse er for høye bort dersom rekvirenten faktisk dekker disse fullt ut. En slik avtale bør

⁸⁸ Schei mfl., *Bind I*, s. 694.

derfor anses for å erstatte forholdsmessighetsvurderingen.⁸⁹ Det interessante spørsmålet er hvordan utgiftene fordeles der det ikke foreligger en slik avtale.

En tvist om bevis tilgang etter kapittel 26 utgjør ingen egen sak etter tvisteloven § 20-8.⁹⁰ Det skal derfor ikke utmåles noen egen kostnadsavgjørelse når retten avgjør tvisten om bevis tilgang,⁹¹ slik at kostnadsfordelingen først avgjøres når det avsies endelig dom. Utgangspunktet er at vinneren av realitetsspørsmålet i saken har krav på dekning av alle sakskostnader jf. tvisteloven § 20-2 (1).

Ved bevissikring etter tvisteloven kapittel 28 er dette annerledes. Utgangspunktet er her at rekvirenten må «dekke» kostnadene forbundet med tilgangen, med mindre bevissikring er nødvendiggjort av rekvisitus manglende samarbeid jf. § 28-5. At rekvirenten må «dekke» kostnadene tilsier at kostnadene ikke kan erstattes som sakskostnader etter kapittel 20. Ved bevis tilgang etter kapittel 26 må utgiftene derimot erstattes som sakskostnader.

Det finnes flere unntak fra utgangspunktet fra utgangspunktet etter § 20-2 (1), se tvisteloven §§ 20-2 (3) bokstav a-c, 20-3, 20-4 og 20-5 (1). Ingen av disse gir retten hjemmel til å fritta rekvisitus fra å dekke utgiftene forbundet med rådighetstillegg.⁹² Retten mangler derfor hjemmel til å legge kostnadene på rekvirenten når rekvirenten vinner saken. Konsekvensen av dette, og poenget i denne sammenheng, er at rekvisitus må dekke utgiftene forbundet med rådighetsstillegg dersom han taper saken. Dersom man aksepterer for høye kostnader forbundet med rådighetstillegg, kan dette føre til at parter ikke våger å gjennomføre hovedforhandling av frykt for konsekvensene.⁹³ Dette kan igjen føre til at utfallet av den materielle tvisten blir uriktig. Det bør derfor trekkes en grense for omfanget av rekvisitus' rådighetsplikt som ikke båndlegger hans mulighet til å realisere sine materielle rettigheter. Dette er særlig viktig der partene har ulike økonomiske forutsetninger.⁹⁴

⁸⁹ Monsen s. 219.

⁹⁰ Schei mfl., *Bind I*, s. 742.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Et selvstendig spørsmål er om tvisteloven §§ 20-4 bokstav c og/eller 20-5 (1) gir hjemmel for å fritta rekvisitus fra å dekke utgiftene dersom rådighetstillegg avdekker bevis uten bevisverdi. Oppgaven belyser ikke dette nærmere ettersom en *mulighet* for å pålegge rekvirenten å dekke utgiftene ved dom ikke har betydning for forholdsmessighetsvurderingen. Se imidlertid punkt 4.3.3, der forskutteringen i en slik situasjon *vil* få betydning for fordelingen av sakskostnader etter § 20-5 (1).

⁹³ NOU A s. 132.

⁹⁴ Se nærmere i punkt 4.3.4.

4.3.3 Hvilken betydning har forskuttering av utgifter for forholdsmessighetsvurderingen?

Det følger av tvisteloven § 26-5 (3) annet punktum at «*retten kan sette som vilkår at den som har begjært bevis tilgang, forskutterer utgiftene*». Ordlyden «*forskutterer*» holdt opp mot begrepet «*dekke*» i tvisteloven § 28-5, tilsier at forskuttering kun gir en midlertid dekning av rekvisitus utgifter. De forskutterte kostnadene inngår derfor i sakskostnadene, slik at rekvisitus må betale tilbake det forskutterte beløpet dersom rekvisitus taper den materielle saken. Dette tilsier at forskuttering ikke har betydning for forholdsmessighetsvurderingen.⁹⁵

Uttalelser i forarbeidene etterlater et annet inntrykk. Tvistemålsutvalget viser til at «*generelt vil det tale for at forskudd kreves jo større økonomisk byrde kravet medfører*»,⁹⁶ men at også «*andre forhold*» må kunne trekkes inn.⁹⁷ Departementet viser til at «*et vilkår om forskuttering av kostnadene vil være aktuelt i de tilfeller hvor det vil være lite rimelig å pålegge undersøkelses- eller bearbeidingsplikt etter annet ledd, men vil også kunne være aktuelt ellers ...*».⁹⁸ Disse formuleringene tilsier at det har stor betydning om rekvirenten pålegges å forskuttere kostnadene. Det er imidlertid ingen uttalelser i forarbeidene som tilsier at «*forskutterer*» skal tolkes på noen annen måte enn det som fremgår av ordlyden.

I ett tilfelle vil forskuttering likevel få stor betydning. Dersom retten ved avgjørelsen av bevis tilgang signaliserer at de vurderer den mulige bevisverdien som lav, men rekvirenten likevel ønsker tilgang, kan det for rekvirenten fremstå som en god løsning å tilby seg å forskuttere kostnadene. Det er ikke gitt direktiver for når retten kan pålegge forskudd,⁹⁹ noe som tilsier at retten kan pålegge rekvisitus å stille bevis til rådighet under vilkår at rekvirenten forskutterer på denne måten. Dersom det viser seg at bevisverdien er lav, men rekvirenten likevel vinner saken på grunn av andre forhold, gjaldt forskutteringen kostnader som ikke var «*nødvendige*» jf. tvisteloven § 20-5 (1). All den tid det var rekvirentens eget valg å forskuttere kostnadene, faller dette innenfor ordlyden «*partens ... kostnader*».¹⁰⁰ Forskutteringen vil derfor få betydning når sakskostnadene fordeles ved dom.

⁹⁵ Monsen s. 221

⁹⁶ NOU B s. 980.

⁹⁷ NOU b s. 980.

⁹⁸ Prp. s. 467

⁹⁹ NOU B s. 980.

¹⁰⁰ Der rekvirenten ikke har forskuttert utgiftene er dette mer tvilsomt, sml. beskrivelsen i note 92.

Dersom rådighetstilleggelsen avdekker bevis med bevisverdi, har forskuttering likevel ikke betydning for sakskostnadsfordelingen. Videre vil det, sett fra rekvisitus sitt perspektiv, uansett være en kostnadsmessig risiko forbundet med at prosessen fordyres. At forskuttering på denne måten kan få betydning ved domsavsigelse bør derfor ikke tillegges nevneverdig betydning ved forholdsmessighetsvurderingen.

På tross av at forskuttering inngår i sakskostnadene har det viktige funksjoner. For det første gir forskutteringen rekvisitus en likviditetsfordel, ved at han slipper å foreta arbeidet på kreditt. Dermed vil det påløpe færre indirekte kostnader knyttet til rådighetstilleggelsen. Dersom rekvisitus motsetter seg rådighetsplikt på grunn av at rådighetstilleggelsen gjør at han må prioritere bort sitt vanlige arbeid, vil forskuttering derfor ha betydning. Videre får rekvisitus en sikkerhet for dekning. Dersom det er usikkert om rekvirenten vil klare å betale sakskostnadene ved en dom i hans disfavør vil forskuttering derfor være viktig. Verken likviditets eller sikkerhetsfordelen omtales i forarbeidene, men disse virkningene av forskuttering kan i enkelte tilfeller utgjøre et argument for at rådighetstilleggelse er forholdsmessig.

4.3.4 Er partenes egen økonomi og ressurser et moment ved forholdsmessighetsvurderingen?

Partenes egen økonomi er i praksis styrende for hvilke konsekvenser som følger av en omfattende ressursbruk. Hensynet til proporsjonal kostnadsbruk tilsier at saken må tilpasses partenes økonomi. Der parter med noenlunde lik økonomi fremmer krav om bevis tilgang mot hverandre yter ikke hensynet til likebehandling et argument mot å tillegge partenes økonomi betydning for omfanget av rådighetsplikten. Partenes økonomi gir derfor utgangspunktet for kostnadsberegningen der parter med noenlunde lik økonomi fremmer krav om bevis tilgang mot hverandre. Vurderingene i dette punktet gjelder betydningen av forskjeller mellom partenes egen økonomi.

Begrepet «kostnader» i § 26-5 (3) gir ikke et klart svar, og spørsmålet er verken behandlet i forarbeidene,¹⁰¹ eller høyesterettspraksis. Spørsmålet er behandlet kort i underrettspraksis,¹⁰² men det oppstilles ikke et stringent argumentasjonsmønster, slik at argumentasjonsverdien er liten. I mangel av andre rettskilder står derfor hensynene til bevis tilgangsreglene sentralt ved

¹⁰¹ I NOU B s. 980 omtales partenes økonomi kun i relasjon til forskuttering av utgifter.

¹⁰² LG-2008-132615 og LB-2011-89050. Sistnevnte behandles nærmere i punkt 4.4.1.

vurderingen. På bakgrunn av de gjennomgåtte hensynene i punkt 2.3 bør partenes *ulike* økonomi tillegges betydning i to relasjoner. Det bør tillegges betydning der (i) en ressurssterk og en ressurs svak fremmer krav om bevis tilgang mot hverandre, og (ii) der en ressurs svak fremmer krav mot en ressurssterk rekvisitus, uten at den ressurssterke gjør det samme.

Der (i) en ressurssterk og en ressurs svak fremmer krav mot hverandre er det problematisk å pålegge den ressurssterke en større rådighetsplikt på grunn av økonomien. En slik forskjellsbehandling vil nemlig lede til at den ressurs svake får tilgang til flere bevis enn den ressurssterke. Tilsvarende blir resultatet dersom den ressurs svake pålegges en mindre rådighetsplikt på grunn av sin svake økonomi. Begge løsninger strider mot tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt. Når partene krever beviser fra hverandre må kostnadsbruken derfor måles etter den samme målestokken, selv om partene har ulike økonomiske forutsetninger. Det er her ikke snakk om å nedjustere bevis tilgangen generelt, fordi det kan finnes ressurs svake parter, men å vurdere likhetshensynets utslag i hver enkelt sak, som beskrevet i punkt 2.3.3.

Som beskrevet i punkt 2.3.4 må kostnadene forbundet med bevis tilgang ligge på et nivå som gjør at partene kan realisere sine rettigheter. Der partene krever beviser av hverandre bør saken derfor tilpasses den ressurs svakes økonomi, slik at den ressurssterke ikke kan utnytte sin ressurs overlegenhet. Kostnadene forbundet med begges rådighetsplikt bør derfor måles ut fra den ressurs svakes økonomi. Dermed legges det til rette for lik tilgang til bevisene, selv om tilgangen i det konkrete tilfellet kan bli mangelfull.

Der (ii) den ressurs svake begjærer bevis tilgang fra den ressurssterke, uten at den ressurssterke gjør det samme, bør kostnadsbruken beregnes ut fra den ressurssterkes økonomi.

Utgangspunktet der det bare er den ene parten som fremmer krav om bevis tilgang, er at partene har ulik tilgang til bevis. Et virkemiddel for å utlikne ulikheten i bevis tilgang er å korrigere partenes ulike forutsetninger, som beskrevet i punkt 2.3.3. Der en ressurs svak fremmer krav om bevis tilgang, uten at den ressurssterke gjør det samme, er dette et virkemiddel som gir likhet, i motsetning til situasjonen overfor (i), der man ved å måle kostnadsbruken ulikt på grunn av økonomi ville skapt ulikhet. Hensynet til likhet tilsier at skjevfordelingen i tilgangen til beviser utliknes, og at dette gjøres ved partenes ulike økonomiske forutsetninger tillegges betydning.

Der den ressurssterke fremmer krav om bevis tilgang, uten at den ressurs svake gjør det samme, bør partenes økonomi regnes som underordnet. Dersom rådighetsplikten tilpasses den

ressurssvakes økonomi vil økonomien nemlig begrunne at den ressurssterke får mindre tilgang til bevis enn den ressurs svake, i strid med tvl. § 1-1 (2) femte strekpunkt. Omfanget av rådighetsplikten kan heller ikke vurderes ut fra den ressurssterkes rekvirentens økonomi, fordi dette vil skape en rådighetsplikt der den ressurssterke kan utnytte sin ressursoverlegenhet.

Partenes *ulike* økonomi bør derfor bare tillegges betydning i situasjon (i) og (ii). I praksis er det likevel vanskelig å vurdere styrken i partenes økonomi, og man vil sjeldent se bevisføring knyttet til om partene har eller ikke har sterk/svak økonomi. I denne sammenheng vil det være uheldig dersom retten tillegger rekvisitus sin økonomi avgjørende vekt på tynt grunnlag. Antakelig er det derfor kun i situasjoner der styrkeforholdet er åpenbart at partenes økonomi vil tillegges betydning, men som beskrevet overfor mangler man et grunnlag for å vurdere domstolenes praksis. Partenes økonomi gir uansett kun et utgangspunkt. Omfanget av rådighetsplikten styres i ethvert tilfelle av tvistens betydning og den mulige bevisverdien.

4.4 Betydningen til «tvisten» og «den mulige bevisverdien» etter tvisteloven § 26-5 (3).

4.4.1 Tvistens betydning.

Det første momentet ved forholdsmessighetsvurderingen er «tvisten». Når det vises til «tvisten» er det *den betydningen tvisten har* som er det sentrale.¹⁰³ Hjort legger ubegrunnet til grunn at momentet også sikter til tvistens omfang.¹⁰⁴ Tvistens omfang vil ofte ha en sammenheng med tvistens betydning og motsatt, noe som tilsier at Hjorts synspunkt er riktig. Tvistens betydning og omfang gir uttrykk for at hensynet til en materielt riktig avgjørelse er viktigere i slike saker, enn i saker med liten betydning. I forarbeidene presiseres det at proporsjonalitetsprinsippet kan slå begge veier.¹⁰⁵ Det er altså ikke bare slik at tvistens manglende betydning kan begrunne at rådighetstilleggelse er uforholdsmessig. Tvistens betydning kan begrunne at rådighetstilleggelse er forholdsmessig, selv om den mulige bevisverdien isolert sett er lav.

¹⁰³ Monsen s. 221, med henvisning til § 21-8 (1) hvor det skal være et rimelig forhold mellom bevisføringen og «den betydning tvisten» har.

¹⁰⁴ Hjort s. 172.

¹⁰⁵ Prp. s. 36.

Først og fremst gjelder tvistens betydning og omfang partenes egne interesser. Her vil den økonomiske verdien av tvistegjenstanden spille den viktigste rollen, men også partenes øvrige interesser har betydning.¹⁰⁶ Der tvistegjenstandens verdi er høy er det denne, ikke partenes økonomi i seg selv, som er den sentrale begrunnelsen for at høy kostnadsbruk ved rådighetsstillelse kan forsvares.

Et eksempel på betydningen til tvistegjenstandens verdi kan hentes ut fra Borgarting lagmannsrett.¹⁰⁷ Sakens materielle spørsmål var om aksjeposter til en verdi av 1 900 000 kroner skulle tvangsinnløses. Kostnadene forbundet med å stille månedsvise regnskaper til rådighet ble estimert til å være omtrent 250 000 kr, altså mellom 10 og 15 % av tvistens verdi for partene. I tillegg ville det påløpe indirekte kostnader ved at selskapets alminnelige drift ville bli berørt av å stille bevisene til rådighet. Kostnadene forbundet med rådighetstillelsen sto derfor ikke i et rimelig forhold til aksjepostenes verdi, sett i lys av at bevisverdien fremsto som tvilsom. Domstolens premisser indikerer at rådighetstillelse kunne blitt regnet som forholdsmessig dersom aksjepostenes verdi var enda høyere, men den innbyrdes vektingen av momentene fremgår ikke klart. Det er derfor vanskelig å hente argumentasjonsverdi ut fra avgjørelsen.

Underrettspraksis illustrerer også betydningen av tvistens betydning for partene, utover tvistegjenstandens verdi. I en sak for Borgarting lagmannsrett var sakens materielle spørsmål om en arbeidstaker var urettmessig avskjediget som følge av påstander om personlige innkjøp på arbeidsgivers regning.¹⁰⁸ For å underbygge at innkjøpene ikke var et pliktbrudd ønsket arbeidstakeren tilgang til dokumenter som viste at flere andre ansatte hadde gjort lignende innkjøp. På tross av at bevisverdien til denne typen dokumenter fremstår som stor, ble det ikke sagt noe om bevisverdien. Fokuset ble derimot lagt på at sakens materielle spørsmål gjaldt belastende påstander, og at saken derfor hadde stor betydning for arbeidstakeren, altså rekvirenten. På dette grunnlag ble arbeidstakeren gitt full tilgang, selv om rådighetstillelse var tidskrevende og medførte tekniske utfordringer for arbeidsgiver.¹⁰⁹

Tvistens betydning og omfang gir ofte et sikkert holdepunkt for forholdsmessighetsprøvingen. Hovedkravet er nemlig klargjort ved saksanlegget jf. tvisteloven § 1-3, til forskjell fra den

¹⁰⁶ NOU B s. 949, i relasjon til § 21-8.

¹⁰⁷ LB-2008-80764-1.

¹⁰⁸ LB-2011-89050.

¹⁰⁹ Lagmannsretten viste i tillegg til at kostnadene kunne reduseres ved at rekvirenten selv gikk gjennom materialet. Betydning av en slik løsning er tvilsom, se nærmere i punkt 4.6.

mulige relevansen og bevisverdien til bevis. Dermed gis retten som oftest tilstrekkelig informasjon til å vurdere tvistens betydning og omfang. Det er likevel to spørsmål som nødvendiggjør en nærmere drøftelse. Det første spørsmålet er om andre interesser enn partenes er relevant i forholdsmessighetsvurderingen.

Ved bevisavskjæringsvurderingen etter § 21-8 er rettsavklaring for andre enn partene et relevant moment.¹¹⁰ Hva som ligger i momentet kan illustreres gjennom Rt. 1990 s. 874, som gjaldt rettslig interesse. En sterkt funksjonshemmet kvinne anla søksmål mot sin hjemkommune Fusa, og krevde dom for at vedtaket som nektet henne økonomisk støtte til å bo hjemme, var ugyldig. Kvinnen døde før saken kom opp for Høyesterett, men Høyesterett fremmet likevel saken. Årsaken til dette var at Norges Handikapforbund, som var hjelpeintervenient, hadde sterk interesse i utfallet og at saken samtidig hadde stor prinsipiell betydning for andre i lignende situasjon. Ettersom Tvistemålsutvalget viser til § 21-8 ved redegjørelsen for § 26-5 (3),¹¹¹ er det åpning for å legge vekt på en slik form for rettsavklaring for andre enn partene, slik Monsen legger til grunn.¹¹²

Det gjør seg imidlertid gjeldende ulike hensyn ved bevisføring og bevistilgang. Bevisføring belaster domstolene, og et veiledende hensyn ved bevisavskjæring er hensynet til fornuftig og rasjonell bruk av domstolsressursene.¹¹³ Dette hensynet yter liten motstand der saken har stor betydning utover partenes egne interesser, noe som betyr at rettsavklaring for andre enn partene utgjør et argument for å tillate bevisføring. Bevistilgang belaster derimot utelukkende partenes økonomi. Dette hensynet yter sterkere motstand mot å pålegge rekvisitus en større rådighetsplikt på grunn av andres interesse i saken. Som et klart utgangspunkt bør man derfor være forsiktig med å vektlegge andre interesser enn partenes egne ved vurderingen etter § 26-5 (3). Momentet er relevant, men det har liten vekt og kan ikke alene begrunne at rådighetstillegg er forholdsmessig.

Det andre spørsmålet er om tvistens betydning, der denne er veldig stor, kan begrunne at rekvirenten gis tilgang til så å si alt av gjenstander med et snev av bevisverdi.

Lovteksten stenger i seg selv ikke for at rekvirenten gis tilgang i en slik situasjon. Kjennelsen i Rt. 2014 s. 389, som gjaldt avskjedigelse av embetsdommer, signaliserer imidlertid at det

¹¹⁰ NOU B s. 949.

¹¹¹ NOU B s. 980

¹¹² Monsen s. 221.

¹¹³ NOU B s. 950

går en grense for rådighetstillets dersom de etterspurte gjenstandene ikke fremstår som sentrale for saken, selv om saken er svært viktig for en av partene.¹¹⁴ Videre vil man uten å trekke en grense nærme seg discovery, noe lovgiverviljen representerer en skranke mot. Det *må* derfor trekkes en grense. I mangel av et prejudikat som trekker grensen, må grensen avgjøres konkret ut fra en avveining mellom *hvor* store kostnader rådighetsstillelse medfører, *hvor* stor betydning tvisten har, og *hvor* lav den mulige bevisverdien er.

4.4.2 Den «mulige verdien av beviset».

Tvistens betydning må i ethvert tilfelle ses i sammenheng med «den mulige verdien av beviset». Verdien til et bevis må skilles fra vurderingen av relevans. Relevans viser til at en gjenstand *har* betydning for sakens materielle spørsmål, og vurderingen kan prinsipielt sett ha to utfall; enten er beviset relevant, eller så er gjenstanden ikke relevant som bevis. Bevisverdi knytter seg til *hvor stor* betydning det relevante beviset har for saken. Bevisverdi kan altså graderes, i motsetning til relevans. At en gjenstand kan være relevant som bevis fremstår derfor som en forutsetning for bevisstilgang, mens bevisverdien er styrende for hvor store ressurser som skal brukes for å stille det til rådighet. Forholdsmessighetsvurderingen vil imidlertid i mange tilfeller overta for spesifikasjonskravet som et grunnlag for å nekte bevisstilgang. Videre gir den utvidede muligheten for å lempe på spesifikasjonskravet i tvisteloven uttrykk for en sterk vektlegging av muligheten for at kravet kan gi tilgang til bevis. Dersom beviset ikke er identifisert, fordi spesifikasjonskravet er lempet etter § 26-6 (2), må det derfor også kunne legges vekt på hvor sannsynlig det er at kravet kan gi tilgang til relevante bevis.¹¹⁵

Der et relevant bevis har høy bevisverdi kan dette begrunne at store ressurser brukes for å stille det til rådighet, mens et relevant bevis med lav bevisverdi ikke kan forsvare den samme ressursbruken. Forholdsmessighetsvurderingen er derfor en fortsettelse av avveiningen mellom hensynet til materielt riktige avgjørelser og hensynet til proporsjonal kostnadsbruk. Dersom et bevis har høy bevisverdi vil det ha stor betydning for om avgjørelsesgrunnlaget er riktig, noe som igjen har stor betydning for om målsetningen om en materielt riktig avgjørelse kan nås. Dersom beviset har lav bevisverdi, vil det ha liten betydning for avgjørelsesgrunnlaget i

¹¹⁴ Se avsnitt 14.

¹¹⁵ Monsen s. 221-222.

saken. Rådighetstillegg av bevis med lav bevisverdi forutsetter derfor at tvistens betydning er stor og/eller at det kreves små kostnader for å stille det til rådighet.

Det er imidlertid vanskelig å vurdere verdien til et bevis som retten ikke har tilgang til. Samtidig styres verdien til et bevis av hvilke øvrige bevis som føres, og hvilket påstandsgrunnlag som gjøres gjeldende. Ettersom det på tidspunktet for vurderingen ikke er klart hvilke øvrige bevis som skal føres, hvilket konkrete påstandsgrunnlag som gjøres gjeldende og beviset heller ikke kan observeres, er retten henvist til en vurdering av den «mulige» verdien til beviset.

Vurderingen av den «mulige» bevisverdien skal realitetsprøves, med utgangspunkt i partenes pretensjoner om hovedkravet, som beskrevet i punkt 3.4.2. Realitetsprøvingen er imidlertid vanskelig, noe som gjør at vurderingen ofte vil hvile på et usikkert grunnlag. Det kan i enkelte tilfeller fremstå som åpenbart at et bevis har høy bevisverdi, for eksempel når beviset er identifisert men det er vanskelig å hente det ut. I andre tilfeller kan det være umulig å beregne verdien, fordi en beregning av verdien forutsetter at man har tilgang til beviset. Ofte står man derfor overfor en slags «høna og egget» situasjon, der beviset man ønsker tilgang til kan dokumentere at beviset har høy bevisverdi, samtidig som en slik slutning er umulig uten tilgang.¹¹⁶ Vurderingen beror derfor i stor grad på antakelser om hvor godt egnet gjenstanden, dersom den finnes, er til å belyse det påstandsgrunnlaget rekvirenten gjør gjeldende. At vurderingen i stor grad beror på antakelser er sannsynligvis årsaken til at retten sjeldent begrunner hvorfor de anser bevisverdien til et bevis som høy eller lav.

På tilsvarende måte som ved vurderingen av bevisverdi og relevans, vil det i mange tilfeller være vanskelig å forutberegne hvor store utgifter som kreves for å oppfylle rådighetsplikten. Det faktum at det eneste sikre holdepunktet man har er tvistens betydning, gjør at vurderingen blir skjønnsmessig og at det er vanskelig å oppstille klare retningslinjer. Tvistemålsutvalget tar konsekvensen av dette ved å vise til at det «*til syvende og sist må (...) være sentralt om det fremstår som urimelig hensett til tvisten å nekte tilgang til det materialet kravet om bevis tilgang gjelder*».¹¹⁷

¹¹⁶ Eksempelet er hentet fra Hjort s. 347.

¹¹⁷ NOU B s. 980. Dette uttales ved redegjørelsen for § 26-6 (2), men uttalelsen gjelder bevis tilgang generelt.

4.5 Rettens adgang til å gi delvis medhold i kravet om bevis tilgang.

Krav om bevis tilgang kan nektes i sin helhet etter forholdsmessighetsvurderingen skissert i punkt 4.1- 4.4. Tvistemålsutvalget åpner imidlertid opp for at retten kan bestemme mellomløsninger: « ... ofte vil ulempene ved å etterkomme et slikt krav kunne minskes vesentlig ved at kravet begrenses i omfang, og retten må i mange slike situasjoner kunne ta kravet om tilgang til realbevis til følge i mindre utstrekning enn det er begjært». ¹¹⁸ En slik løsning vil ofte ligge innenfor de fremsatte krav, og såfremt retten sikrer kontradiksjon har retten en nokså fri adgang til å pålegge rekvisitus en mindre rådighetsplikt enn det rekvirenten ønsker. ¹¹⁹ For rekvirenten vil dette være en bedre løsning enn at kravet nektes i sin helhet.

Som beskrevet i punkt 3.1 er det rekvirentens kunnskapsmangel om bevis materialet som gjør det vanskelig å spesifisere begjæringen i samsvar med klarhetskravet i § 26-6 (1). Tilgang til deler av materialet kan fylle deler av kunnskapshullet, slik at kravet i neste omgang kan spesifiseres nærmere. Som en del av denne prosessen kan nye spørsmål om bevisgjenstander stilles til rekvisitus. Retten kan derfor, gjennom å bestemme mellomløsninger, legge til rette for *kooperasjon* mellom rekvirenten og rekvisitus. ¹²⁰

4.6 Adgangen til å la den som krever bevis tilgang selv finne frem det relevante.

Grunnproblemet ved rådighetsstillelse er, som beskrevet overfor, at rekvisitus risikerer å oversende store mengder irrelevant informasjon, og at rekvisitus i denne sammenheng kan pådras store kostnader. Spørsmålet under dette punktet er om retten kan pålegge rekvisitus å gi adgang til alle aktuelle gjenstander, slik at rekvirenten selv kan finne frem det relevante.

En løsning der rekvisitus pålegges å oversende alle potensielle bevisgjenstander har klare likhetstrekk med discovery. På tross av dette, og uten å nevne lovgiver viljen, gir Høyesterett i Rt. 2012 s. 1440 uttrykk for at løsningen kan forankres i tvisteloven § 26-5 (2). Tilsvarende

¹¹⁸ NOU B s. 981.

¹¹⁹ NOU B s. 981.

¹²⁰ Sml. drøftelsen i punkt 3.4.1.

legges til grunn av Hjort,¹²¹ Backer,¹²² og Ristvedt og Tørum,¹²³ som alle henviser til Rt. 2012 s. 1440. Dette gir grunn til å undersøke kjennelsen nærmere.

Sakens materielle spørsmål var om Lodalen borrettslag hadde rett til å oppføre boliger på en festetomt, og ankemotpartene Øvre Lodalen boligutvikling og USBL Utbygging krevde i denne sammenheng tilgang til et historisk brevarkiv fra årene 1956- 1980. Tilgangen ble bestridt av borettslaget under henvisning til at kostnadene knyttet til gjennomgangen ikke sto i et rimelig forhold til muligheten for å finne bevis. Ankeutvalget la i sine premisser til grunn at (avsnitt 6):

Når det gjelder det historiske brevarkivet, er det uklart om brevarkivet inneholder bevisgjenstander utover det som allerede er fremlagt. Etter tvisteloven § 26-5 andre ledd første punktum kan imidlertid enhver «pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse». I medhold av denne bestemmelsen pålegger utvalget den ankende part å gi ankemotpartene tilgang til brevarkivet i det etterspurte omfanget. Utvalget kan ikke se at et slikt pålegg vil komme i strid med § 26-5 tredje ledd, da det er forutsatt at ankemotpartenes prosessfullmektig selv vil gjennomgå arkivet. Brevarkivet befinner seg etter det opplyste hos OBOS, men det forutsettes at den ankende part medvirker til at ankemotpartene får tilgang til arkivet

At § 26-5 (2) gir hjemmel til å pålegge rekvisitus slik oversendelse fremstår som tvilsomt.¹²⁴ Denne bestemmelsen gjelder plikt til å svare på spørsmål og «foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse», men ikke plikt til å stille beviser til rådighet. Både ordlyden og lovgiverviljen strider derfor mot Høyesterett sin tolkning av § 26-5 (2).

Standpunktet i Rt. 2012 s. 1440 er moderert i tre senere kjennelser fra Høyesterett. I Rt. 2012 s. 1819 var spørsmålet om rekvirenten skulle gis mulighet til å undersøke rekvisitus sitt hjem for å undersøke om det fantes bevismateriale. Ankeutvalget la i denne sammenheng til grunn at en slik undersøkelse må forankres i en klar lovbestemmelse, noe som ikke fantes.

Saksforholdet var litt annerledes enn Rt. 2012 s. 1140, all den tid hovedspørsmålet var om

¹²¹ Hjort s. 173.

¹²² Backer s. 292.

¹²³ Ristvedt og Tørum s. 157 og s. 163

¹²⁴ Skoghøy, *Tvisteløsning*, s. 814, som riktignok gir uttrykk for at retten kan bestemme en slik løsning.

edisjonsplikten omfattet tilgang til rekvisitus sitt private hjem.¹²⁵ Videre ble ikke Rt. 2012 s. 440 nevnt i ankeutvalgets premisser.¹²⁶ Standpunktet om at det ikke finnes lovhjemmel for at rekvirenten kan undersøke rekvisitus sitt hjem for å lete etter bevisgjenstander, må likevel anses for å moderere standpunktet om at retten kan bestemme discovery.

Den andre sentrale avgjørelsen er Rt. 2013 s. 1719.¹²⁷ Ankeutvalget sluttet seg til følgende uttalelse fra lagmannsretten (avsnitt 45):

«Tvisteloven herunder kapittel 26 som omhandler plikten til å utlevere eller på annen måte gi tilgang til dokumenter, gir ikke den som etterspør dokumenter, et rettskrav på å få gjennomgå en mengde dokumenter for selv å finne frem til dokumenter som kan tjene som bevis. Det vises her til utgangspunktet om spesifikasjon av realbevis/dokumenter, jf. tvisteloven § 26-6 første ledd.»

Rekvirenten har derfor ikke et rettskrav på å få gjennomgå rekvisitus sitt materiale. Standpunktet står i direkte motstrid med Rt. 2012 s. 1440, selv om denne ikke ble nevnt i ankeutvalgets premisser. Videre ble standpunktet i Rt. 2012 s. 1819 fulgt opp i Rt. 2014 s. 1084. Ankeutvalget la til grunn at (avsnitt 13):

«En part kan ikke pålegges å stille sitt hjem til disposisjon for befaringsbefaring av motpartens privatengasjerte sakkyndige uten klar lovhjemmel. Tvisteloven § 26-5 gir ikke slik hjemmel.»

Sakens materielle spørsmål gjaldt heving av et boligkjøp, og tvisten om bevis tilgang gjaldt spørsmålet om hvorvidt boligkjøperen måtte gi rekvirentens sakkyndige tilgang til huset for å undersøke de påberopte manglene. Saksforholdet var altså annerledes enn i Rt. 2012 s. 1140. Selv om verken denne, lovgiverviljen, eller Rt. 2013 s. 1719, ble nevnt i premissene bygger imidlertid avgjørelsen opp under standpunktet om at retten mangler lovhjemmel til å bestemme discovery.

Samlet sett står man derfor igjen med Høyesteretts kjennelse i Rt. 2012 s. 1440, som gir støtte for at retten *de lege lata* kan bestemme en løsning der rekvirenten gis mulighet til å gjennomgå materialet. Denne løsningen mangler støtte i lovteksten, den strider mot

¹²⁵ Se for eksempel Anne Robberstad, *Sivilprosess*, Oslo 2015 s. 252-253, som trekker følgende slutning fra kjennelsen: «Tilgangplikten etter § 26-5 (og § 21-5) gjelder ikke overalt».

¹²⁶ Den ble imidlertid påberopt av ankende part som HR-2012-1807.

¹²⁷ For en nærmere redegjørelse for kjennelsen, se punkt 3.4.2.

lovgiverviljen og den er korrigert i tre senere avgjørelser fra Høyesterett. Videre er en slik løsning heller ikke god, all den tid rekvisitus alltid vil, eller i hvertfall bør, sette seg inn i gjenstandens innhold før oversendelse. Uten å gjøre dette risikerer rekvisitus å røpe forretningshemmeligheter og å bryte taushetsplikt noe som medfører straffeansvar. Samtidig risikerer rekvisitus i praksis å tape saken, fordi han ikke kan motsette seg at rekvirenten legger frem et av de avdekkete bevisene tett opp mot hovedforhandling jf. tvisteloven § 9-16 (1) bokstav b. Rekvisitus vil derfor alltid pådra seg utgifter, selv om rekvirenten gis tilgang til samtlige bevisgjenstander. Samlet sett er det dermed ingen tvil om at det ikke er adgang til å la rekvirenten gjennomgå rekvisitus` gjenstander, slik at rekvirenten selv kan finne frem det relevante.

5 Avslutning. Hvilke krav stilles til spesifikasjon og forholdsmessighet?

Problemstillingen i denne oppgaven er hvilke krav som stilles til spesifikasjon og forholdsmessighet ved begjæring om tilgang til realbevis etter tvisteloven kapittel 26. Disse kravene er belyst i kapittel 3 og 4, med kapittel 2 som bakteppe.

Ved vurderingen etter tvisteloven 26-6 (1) skal vurderingstemaet etter tvistemålsloven ikke videreføres. Dette innebærer at spesifikasjonskravet i utgangspunktet er strengt. Hver enkelt bevisgjenstand må identifiseres «klart». Dersom rekvirenten ikke gjør dette, er spørsmålet om klarhetskravet kan lempes etter § 26-6 (2).

For å lempe på klarhetskravet må to vilkår være oppfylt. Det må for det første være «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet i første ledd. Vurderingen er i praksis om rekvirenten har stilt spørsmål til rekvisitus om bevisgjenstander. Har han gjort dette, har han brukt sitt eneste virkemiddel for å spesifisere nærmere, og det vil være «uforholdsmessig» å etterkomme klarhetskravet. Det må videre være en «nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis». Ved vurderingen er retten bundet av rekvirentens pretensjoner jf. Rt. 2013 s. 1719. Dette har store konsekvenser, fordi relevansvurderingen må knyttes opp mot rekvirentens påstandsgrunnlag. Dersom rekvirenten fremmer et vagt eller vidtrekkende påstandsgrunnlag vil mange gjenstander derfor fremstå som relevante.

Ofte vil begge vilkår være oppfylt, slik at muligheten for å lempe klarhetskravet er stor. Den vide lempingsadgangen svekker betydningen til det strenge klarhetskravet i første ledd. Dette gjør at den sentrale vurderingen ved bevis tilgang er om rådighetstillegg av bevis er forholdsmessig.

Forholdsmessighetsvurderingen skal foretas etter tvisteloven § 26-5 (3). Bestemmelsen gir grunnlag for å nekte tilgang til relevante bevis der kostnadene forbundet med å stille bevisene til rådighet er *for høye*. Kostnadsbetraktningen påvirkes av flere forhold.

For det første mangler retten hjemmel til å pålegge rekvirenten å dekke kostnadene. Rådighetstillegg av bevis legger derfor kostnadene på den som taper saken. Forskuttering har i denne sammenheng begrenset betydning, ettersom det forskutterte beløpet uansett inngår i sakskostnadene. Kostnadene forbundet med rådighetstillegg må derfor ligge på et nivå som

ikke båndlegger partenes mulighet til å realisere sine rettigheter. I forlengelsen av dette bør det tas hensyn til partenes ulike økonomiske forutsetninger. Beregningen av partenes økonomi er imidlertid vanskelig, slik at det antakelig bare vil tillegges betydning der styrkeforholdet mellom partene er åpenbart.

Kostnadene skal i ethvert tilfelle vektas mot tvistens betydning og den mulige bevisverdien til beviset. Tvistens betydning gir ofte et sikkert holdepunkt for vurderingen. Desto større betydning tvisten har, desto viktigere er det at rekvirenten gis tilgang til bevis som kan belyse saken. Den mulige bevisverdien gjelder bevisets potensielle betydning for sakens materielle spørsmål. Poenget er ganske enkelt at et bevis med høy bevisverdi vil belyse saken, slik at det er viktig at rekvirenten gis tilgang. Den innbyrdes vektingen av momentene er imidlertid vanskelig, og som nevnt mangler det prejudikat som oppstiller retningslinjer for vurderingen. Det er derfor vanskelig å svare på hvor grensen for rådighetsstillelse skal trekkes.

Selv om det er vanskelig å trekke grensen, har denne oppgaven vist at det likevel *må* trekkes en grense for omfanget av rådighetsplikten. Kombinasjonen av en vid lempingsadgang, og en manglende grense for rådighetsstillelse, vil nemlig i praksis bety at man får discovery, noe lovgiverviljen representerer en skranke mot. Lovgiverviljen representerer samtidig en skranke mot løsninger der rekvisitus pålegges å gi adgang til samtlige aktuelle gjenstander, slik at rekvirenten selv kan finne frem bevis. Dette er fulgt opp av Høyesterett, selv om lovgiverviljen ikke nevnes.

Tvisteloven endret reglene om bevis tilgang, og kravet til spesifisering og forholdsmessighet utgjorde en viktig del av endringen. Målsetningen var å gi regler som ivaretok hensynet til materielt riktige avgjørelser på «enklere måte og på en måte som ikke i særlig grad er kostnadsdrivende eller har andre negative virkninger» enn de angloamerikanske reglene om discovery og disclosure.¹²⁸ Tvistelovens regler er definitivt mindre kostnadsdrivende enn discovery, og de er sannsynligvis både enklere og mindre kostnadsdrivende enn disclosure. De kan imidlertid verken regnes som enkle eller lite kostnadsdrivende, og det er ingen tvil om at de har andre negative virkninger. Kombinasjonen av en vid adgang for å lempe på klarhetskravet, og mangelen på klare grenser for når rådighetsstillelse er uforholdsmessig, skaper en uklar rettstilstand. Dette gir lite forutberegnelighet for partene, noe som gjør at

¹²⁸ NOU A s. 465.

regelsettet er tvisteskapende. Slik rettstilstanden er nå, er det derfor ikke grunnlag for å si at Tvistemålsutvalget har nådd sin målsetning.

Litteraturliste.

Bøker:

- Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Norden, Christian Reusch og Toril M. Øie, *Tvisteloven Kommentartutgave*, Bind I og II, 2. utgave (2013).
- Schei, Tore, *Tvistemålsloven med kommentarer av Tore Schei*, Bind II, 2. utgave (1998).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, 2. utgave (Oslo 2014).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål*, 2. utgave (Oslo 2001).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvistemål* (Oslo 1998).
- Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker. Særlig om digitale bevis* (Oslo 2016).
- Mæland, John Henry, *Kort prosess. En innføring i den sivile rettergang etter tvisteloven*, 3. utgave (Bergen 2013).
- Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess* (Oslo 2015).
- Westberg, Peter, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* (Stockholm 2010).
- Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker* (Bergen 2012).
- Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 3. utgave (Oslo 2015).
- Dennis, Ian, *The law of evidence*, 5. utgave (London 2013).

Artikler:

- Monsen, Erik, «Bevistilgang til elektronisk lagret material», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 3, 2007 s. 193-235.
- Ristvedt, Per M. og Amund Bjøranger Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2, 2015 s. 103- 179.
- Strandberg, Magne, «Fordeler og ulemper med partsprosessen, særlig med tanke på rollefordelingen mellom dommer og part», *Jussens Venner*, 2011 s. 165-181.
- Sorabji, John, «Fact-finding in Tort Litigation: Discovery, Disclosure, Proof-Taking», *The International Journal of Procedural Law*, volume 3/ 2013/ 02 s. 295-309.

Lovgivning, forarbejder og rettsavgjørelser.

Lovgivning:

Tvisteloven. Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister.

Tvistemålsloven. Lov 17. august 1915 nr. 6 om rettergangsmåten for tvistemål.

Forarbejder:

NOU 2001: 32 Bind A, Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

NOU 2001: 32 Bind B, Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven).

Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Høyesterettsavgjørelser:

Rt. 1936 s. 977.

Rt. 1962 s. 188.

Rt. 1962 s. 367.

Rt. 1965 s. 759.

Rt. 1989 s. 1385.

Rt. 1990 s. 874.

Rt. 1998 s. 58.

Rt. 2004 s. 442.

Rt. 2008 s. 1653.

Rt. 2010 s. 774.

Rt. 2010 s. 946.

Rt. 2012 s. 1440.

Rt. 2012 s. 1819.

Rt. 2012 s. 1586.

HR-2012-1004-F.

Rt. 2013 s. 817.

Rt. 2014 s. 389

Rt. 2013 s. 1719.

Rt. 2014 s. 1084.

Rt. 2014 s. 585.

Øvrige rettsavgjørelser:

EMDs dom 3.mars 2000 i saken *Krcmar v. The Czech Republic*.

Compagnie Fiancière et Commerciale du Pacifique v. The Peruvian Guano Company [1882]
11 Q.B.D. 55.

LB-2008-80764-1.

LG-2008-132615.

LB-2011-89050.