



UiT Norges arktiske universitet

Det juridiske fakultet

Sannhets- og opplysningsplikten i sivile saker etter tvisteloven § 21-4

Eirin Kristine Jenssen

Masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, mai 2023

Innholdsfortegnelse

1	<i>Innledning</i>	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Metode	4
1.3	Historikk	4
1.4	Sentrale grunnprinsipper	6
1.4.1	Innledende bemerkninger.....	6
1.4.2	Den materielle sannhets prinsipp.....	6
1.4.3	Disposisjons- og forhandlingsprinsippet.....	7
1.4.4	Proporsjonalitetsprinsippet	8
1.5	Avgrensninger og veien videre	8
2	<i>Rettslige utgangspunkter</i>	9
2.1	Innledende bemerkninger	9
2.2	Tvistelovens regulering av partenes sannhets- og opplysningsplikt	10
2.2.1	Tvl. § 21-4 første ledd.....	10
2.2.2	Tvl. § 21-4 annet ledd.....	10
2.3	Sannhets- og opplysningsplikts anvendelsesområde	12
2.4	Forholdet mellom tvl. § 21-4 og tvl. §§ 21-5 og 26-5	13
3	<i>Sannhets- og opplysningsplikts rekkevidde</i>	15
3.1	Utgangspunktet er at sannhets- og opplysningsplikten er vidtrekkende	15
3.2	Retten til privatliv, hjem og korrespondanse som begrensning	17
3.3	Forholdsmessighet som begrensning	19
3.4	Rettsvirkninger av brudd på sannhets- og opplysningsplikten	22
4	<i>Selvinkrimineringsvern som begrensning</i>	24
4.1	Introduksjon av problemstilling	24
4.2	Bevisfritaket i tvl. § 22-9 for opplysninger som kan medføre straff	25
4.3	Unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd	27
4.4	Selvinkrimineringsvernet etter EMK	29

4.5	Vil rettens forklaringspålegg etter tvl. § 22-9 annet ledd innebære en krenkelse av det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet?	34
5	<i>Prosessfullmektigens forpliktelser ved praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten</i>	38
5.1	Innledende bemerkninger	38
5.2	Etiske utfordringer for prosessfullmektigen.....	38
5.3	Forholdet mellom opplysningsplikten og prosessfullmektigens taushetsplikt.	42
5.3.1	Innledende bemerkninger.....	42
5.3.2	Går taushetsplikten foran opplysningsplikten?	42
5.3.3	Har prosessfullmektigen handlingsalternativer som kan medføre at opplysningsplikten overholdes?	44
6	<i>Fungerer partenes sannhets- og opplysningsplikt etter sitt formål?</i>	47
6.1	Oppgavens funn	47
6.2	Rettspolitisk vurdering av sannhets- og opplysningsplikten	48
6.2.1	Innledende bemerkninger.....	48
6.2.2	Er innholdet i sannhets- og opplysningsplikten i tråd med sitt formål?.....	48
6.2.3	Praktiseres sannhets- og opplysningsplikten etter sitt formål?	50
	<i>Referanseliste.....</i>	54

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for denne oppgaven er sannhets- og opplysningsplikten i sivile saker etter lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (heretter tvl.) § 21-4. Utgangspunktet etter tvl. § 21-4 er at partene har en generell plikt til både uoppfordret å opplyse om, og – så fremt man har hånd om dem – gi tilgang til viktige bevis.¹ Oppgavens problemstilling er hvor langt sannhets- og opplysningsplikten strekker seg, og hvilke begrensninger den er underlagt. Tvl. § 21-4 lyder:

«(1) Partene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst. De skal gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle plikten, og har plikt til å gi forklaringer og bevistilgang i henhold til § 21-5.

(2) En part skal også opplyse om viktige bevis som parten ikke har hånd om, og som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med. Dette gjelder uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den annen part.»

Bestemmelsen oppstiller henholdsvis en sannhetsplikt og en opplysningsplikt.

Sannhetsplikten som fremgår av første ledd første punktum, innebærer plikt til å snakke sannferdig og gi et korrekt bilde av de faktiske forhold i saken. Opplysningsplikten omfatter en plikt til både å opplyse om og å tilby relevante bevis for retten, se bestemmelsens første ledd annet punktum. Sannhets- og opplysningsplikten er dermed en gjensidig plikt for partene til å sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst på eget initiativ. I tillegg har partenes prosessfullmektiger en avledet plikt til å oppfylle tvl. § 21-4.²

Sannhets- og opplysningsplikten er en grunnleggende og sentral plikt i forbindelse med bevisførsel i sivile saker. Tvl. § 21-4 er plassert i tvisteloven kapittel 21 *Alminnelige regler om bevis*, og gjelder dermed for alle instanser. Oppgavens problemstilling har vedvarende aktualitet for rettsanvendere, ettersom alle aktørene i forbindelse med en rettssak vil måtte forholde seg til sannhets- og opplysningsplikten, enten det er på forberedelsesstadiet eller

¹ Hjort (2016) s. 94.

² Se punkt 2.3 for sannhets- og opplysningspliktens anvendelsesområde.

under rettssaken. Hensikten med oppgaven er å gi en rettsdogmatisk fremstilling av rekkevidden av sannhets- og opplysningsplikten, herunder også dens begrensninger.

Ifølge forarbeidene må tvl. § 21-4 ses i sammenheng med den allmenne forklarings- og bevisplikten i tvl. § 21-5 og tvistelovens øvrige bevisregler, særlig tvl. § 26-5 om bevisbegjæring.³ Disse bestemmelsene sier noe om hva som kreves av partene etter tvl. § 21-4, og er dermed relevante for oppgavens problemstilling. Forholdet mellom tvl. § 21-4 og tvl. §§ 21-5 og 26-5 vil klargjøres i punkt 2.4.

1.2 Metode

Oppgaven vil basere seg på alminnelig juridisk metode. Jeg kommer til å benytte alminnelige rettskilder i analysene, i tråd med alminnelige rettskildeprinsipper.⁴ I all hovedsak skal jeg anvende retten slik den eksisterer etter gjeldende rett - *de lege lata*.⁵ Jeg kommer også i siste kapittel til å omtale hvordan retten bør være i et rettspolitisk perspektiv - *de lege ferenda*.⁶

Oppgaven aktualiserer også menneskerettslige spørsmål, og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) står da særlig sentralt. Jeg kommer her til å ta utgangspunkt i Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) sin alminnelige metode.⁷ Ved anvendelsen av konvensjonen skal norske domstoler benytte de samme tolkningsprinsipper som EMD.⁸ Dette innebærer at konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og konvensjonsorganenes avgjørelser vil stå særlig sentralt.

1.3 Historikk

Tvisteloven trådte i kraft i 2008 og var på mange måter en videreføring av flere av de regler som hadde blitt utviklet gjennom rettspraksis etter tvistemålsloven. Tvisteloven medførte likevel en utvidelse og tydeliggjøring av sannhets- og opplysningsplikten.

³ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454.

⁴ Erik Boe (2012) s. 109.

⁵ Boe (2012) s. 59.

⁶ Boe (2012) s. 59.

⁷ Wienkonvensjonen art. 31 og 32, Bankovic m.fl. mot Belgia og andre stater.

⁸ *Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn* [J], 2016, no. 18030/11, avsnitt 118 flg. og Rt. 2000 s. 996, s. 1007.

Under tvistemålsloven hadde retten en viss mulighet til å ta initiativ til å innhente bevis, forutsatt at ingen av partene motsatte seg det.⁹ Ellers sto partene ganske fritt og hadde selv ansvar for bevisførselen. Dette innebar at bevis ble fremlagt i tråd med egne interesser. Partenes ansvar for bevisføringen etter tvistemålsloven var imidlertid ikke helt fri, da det eksisterte et generelt prosessuelt redelighetsprinsipp i tvistemålsloven § 111.¹⁰ Etter bestemmelsen skulle partene gi en fullstendig og utvetydig framstilling av sakens faktum, og hadde plikt til å framstille *sin* sak sannferdig.

Twistelovens regulering skulle medføre en utvidelse og tydeliggjøring av sannhets- og opplysningsplikten.¹¹ Departementet uttalte i forarbeidene at bestemmelsens hovedformål var å uttrykke det redelighetsprinsipp som dels hadde kommet til uttrykk i tvistemålsloven § 111.¹² Tvistemålsutvalget bemerket at bestemmelsen kanskje ikke ville gå særlig mye lenger enn det sannhetskrav som tidligere gjaldt i prosessen etter tvistemålsloven. Likevel ble sannhets- og opplysningsplikten innskjerpet i form av en eksplisitt lovregulering. Tvistemålsutvalget fremholdt at lovreguleringen var viktig for å skape bevissthet om partenes gjensidige plikt til å medvirke til at avgjørelsen får et riktig faktisk grunnlag.¹³

Sannhets- og opplysningsplikten ble også innskjerpet ytterligere ved at partenes plikt til å opplyse om bevis etter tvl. § 21-4 gjelder uavhengig av om de er til støtte for egen eller motpartens sak. Dette var nytt i forhold til eldre rett, ettersom det under tvistemålsloven var usikkert hvor langt opplysningsplikten gikk med hensyn til å opplyse om bevis til støtte for motpartens sak.¹⁴ I tillegg ble adgangen til å begjære bevis fremlagt etter tvl. § 26-5 utvidet i forbindelse med tvisteloven.¹⁵ Dette medførte en indre sammenheng mellom bestemmelsene, ettersom bevis som partene ikke hadde fremlagt kunne begjæres fremlagt etter tvl. § 26-5.

⁹ Tvistemålsloven §§ 86 annet ledd første punktum og 190 annet ledd.

¹⁰ Tvistemålsloven § 111.

¹¹ NOU 2001:32 B s. 947.

¹² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454.

¹³ NOU 2001:32 B s. 946.

¹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 204.

¹⁵ Tvml. §§ 250 første ledd og 251 nr. 2.

Det fremgår videre av forarbeidene at sannhets- og opplysningsplikten ble inntatt etter inspirasjon fra prosessordningen «discovery og disclosure».¹⁶ Den angloamerikanske prosessordningen «discovery» and «disclosure» innebærer en ubetinget plikt til å legge frem all relevant dokumentasjon som motparten har.¹⁷ Tankegangen til tvistemålsutvalget var at en sannhets- og opplysningsplikt basert på åpenhet ville føre til at bevis som ellers hadde blitt skjult, ble ført, med den virkning at saken får riktig materielt utfall.¹⁸

1.4 Sentrale grunnprinsipper

1.4.1 Innledende bemerkninger

Ved praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten befinner man seg i en prinsippkollisjon. Disposisjons- og forhandlingsprinsippet tilsier at partene selv bestemmer over tvisten og hvilke bevis de ønsker å føre, mens den materielle sannhets prinsipp tilsier på sin side at sannhets- og opplysningsplikten skal praktiseres ubegrenset. De to prinsippene vil dermed måtte avveies mot hverandre. I tillegg må sannhets- og opplysningsplikten avveies mot proporsjonalitetsprinsippet, som fungerer som et bakteppe for praktisering av plikten. Her skal disse sivilprosessuelle grunnprinsippene gjennomgå i lys av oppgavens tema, ettersom prinsippene legger føringer for rekkevidden av sannhets- og opplysningsplikten.

1.4.2 Den materielle sannhets prinsipp

Den materielle sannhets prinsipp innebærer en målsetning om at alle rettsavgjørelser skal få et materielt riktig resultat. Et materielt riktig resultat i sivilprosessuell kontekst betyr at retten har avsagt en korrekt dom som bygger på et korrekt faktisk grunnlag.¹⁹ Idealet er at både faktumet og bevisene retten bygger på skal være materielt riktig, og at retten skal anvende gjeldende rett korrekt. Prinsippet ivaretar blant annet et sentralt formål bak tvisteloven, som er tillitsskapende behandling av rettstvister.²⁰

Sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4 er ifølge forarbeidene utslag av hensynet til åpenhet i prosessen, slik at man kan bygge avgjørelsen på et riktig faktisk grunnlag og

¹⁶ NOU 2001:32 A s. 465.

¹⁷ Strandberg (2012) s. 126–127.

¹⁸ NOU 2001:32 A s. 465.

¹⁹ Hjort (2016) s. 13.

²⁰ Tvl. § 1-1 første ledd.

dermed oppnå et materielt riktig resultat.²¹ Et styrende hensyn ved utformingen av alle reglene om bevis i tvisteloven, var at bevisreglene generelt måtte fremme materielt riktige avgjørelser.²² Målsetningen om materielt riktig resultat var altså det grunnleggende hensynet bak lovgivers innføring av sannhets- og opplysningsplikten.

Prinsippet om materielt riktig resultat har stor betydning for reglene om bevis tilgang. Høyesterett har uttalt at hensynet til materielt riktige avgjørelser står sterkt, og at partene har et ansvar for å medvirke til å sikre at saken blir best mulig opplyst.²³ Dette innebærer at partene har et generelt ansvar for å medvirke til rettens materielt riktige resultat gjennom å oppfylle sannhets- og opplysningsplikten.

I seg selv trekker den materielle sannhets prinsipp i retning av en ubegrenset plikt til å opplyse saken. *Hjort* har tatt til orde for at hensynet til materielt riktig resultat taler for en vid tilgang til bevis, ettersom tilgang til bevis er et viktig verktøy i streben etter sanne domspremisser.²⁴ Rettsavgjørelser bygger på et konkret faktum som er sannsynliggjort av partene gjennom bevisførsel. At partene plikter å opplyse om relevante omstendigheter bidrar dermed til å forbedre avgjørelsesgrunnlaget for retten, slik at forholdene ligger til rette for at retten kan avsi materielt riktige rettsavgjørelser. Sannhets- og opplysningsplikten fungerer følgelig som et verktøy for å oppnå målsetningen om et materielt riktig resultat.

Som jeg skal komme nærmere inn på senere i oppgaven får imidlertid ikke den materielle sannhets prinsipp gjennomslag fullt ut, ettersom sannhets- og opplysningsplikten er underlagt en rekke begrensninger.

1.4.3 Disposisjons- og forhandlingsprinsippet

Disposisjonsprinsippet innebærer at det er partene selv som har rådighet over tvisten, ved at retten i sin avgjørelse må holde seg innenfor de rammene for saken som partene selv trekker opp. Disposisjonsprinsippet har nær sammenheng med forhandlingsprinsippet. Kjernen av

²¹ NOU 2001:32 B s. 946 og Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 205.

²² NOU 2001:32 A s. 464

²³ HR-2019-997-A avsnitt 33.

²⁴ *Hjort* (2016), s. 71.

forhandlingsprinsippet er at det er partenes hovedansvar å legge frem sin sak og presentere sine bevis, og prinsippet er en forlengelse av disposisjonsprinsippet.²⁵

Opplysning og fremleggelse av bevis i tråd med sannhets- og opplysningsplikten gjelder ifølge tvl. § 21-4 annet ledd uavhengig av om beviset er til støtte for egen sak. Dette innebærer at parten vil ha objektiv plikt til å opplyse saken som vil gå på bekostning av egen rådighet over tvisten. Sannhets- og opplysningsplikten utgjør dermed en begrensning i disposisjons- og forhandlingsprinsippet. At lovgiver likevel har valgt å innføre tvl. § 21-4, tyder på at lovgiver har vektet de ulike prinsippene og ansett målsetningen om materielt riktig resultat som viktigere enn utgangspunktene som følger av disposisjons- og forhandlingsprinsippet. Gjennom tvisteloven skjedde det dermed et skifte av fokus fra partenes frihet til å disponere over saken, til målsetningen om å komme frem til flest mulig materielt riktige avgjørelser.²⁶

1.4.4 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er et sentralt prinsipp innenfor sivilprosessen som kommer til uttrykk i formålsbestemmelsen til tvisteloven, og er begrunnet i hensynet til prosessøkonomi.²⁷ Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at det skal være forholdsmessighet mellom saksbehandlingen og sakskostnadene på den ene siden og tvistens betydning på den andre siden. Dersom en part hadde hatt en ubegrenset plikt til å føre bevis, ville kostnadene ved rettergang blitt skyhøye, noe som igjen ville påvirket partens rettsikkerhet og mulighet til å få avgjort sine rettstvister. Proporsjonalitetsprinsippet får betydning for pliktens rekkevidde gjennom at tvl. § 21-4 er underlagt forholdsmessighetsbegrensninger. Hva som kan kreves opplyst eller fremlagt av partene etter tvl. § 21-4 må avpasses den enkelte sak.²⁸

1.5 Avgrensninger og veien videre

Oppgaven avgrenses mot en generell redegjørelse for tvistelovens regler om bevisforbud og fritak, ettersom det faller utenfor oppgavens tema. Jeg vil likevel komme inn på bevisforbudet i tvl. § 22-5 for taushetsbelagte opplysninger og bevisfritaket i tvl. § 22-9 for opplysninger

²⁵ Skoghøy og Pedersen (2020) s. 207, jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 404.

²⁶ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 170 og Hjort (2016) s. 73.

²⁷ Jf. tvl. § 1-1 første ledd, jf. tvl. § 1-1 annet ledd fjerde punkt hvor det fremkommer at «Saksbehandlingen og kostnadene skal stå i rimelig forhold til sakens betydning».

²⁸ Bestemmelsens forholdsmessighetsbegrensning vil bli omtalt i punkt 3.3.

som kan medføre straff i henholdsvis kapittel 3 og 4. Dette gjøres for å belyse og analysere noen sentrale utfordringer i forbindelse med praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten.

Sannhets- og opplysningsplikten er som tidligere nevnt todelt i den forstand at den regulerer både en plikt til å forklare seg korrekt i tråd med den allmenne forklaringsplikten, men også en plikt til å opplyse om og å tilby bevis. Jeg kommer imidlertid i all hovedsak til å behandle og omtale sannhetsplikten og opplysningsplikten samlet i den videre framstillingen, ettersom de er likt begrunnet og har samme rettsvirkninger. Enkelte utfordringer gjør seg imidlertid gjeldende kun for opplysningsplikten, noe som nødvendiggjør en mer inngående problematisering. For eksempel kan opplysningsplikten medføre utfordringer i forbindelse med prosessfullmektigens taushetsplikt, en utfordring som ikke gjør seg gjeldende for sannhetsplikten. Rent språklig vil jeg i disse tilfeller kun omtale opplysningsplikten.

I det følgende skal jeg i kapittel 2 redegjøre for de rettslige utgangspunktene for sannhets- og opplysningsplikten. I kapittel 3 skal jeg redegjøre for sannhets- og opplysningspliktens rekkevidde, samt noen sentrale begrensninger og rettsvirkninger. Videre skal jeg i kapittel 4 undersøke om selvinkrimineringsvernet kan utgjøre en begrensning i sannhets- og opplysningsplikten. Her skal jeg redegjøre for tvistelovens bevisfritak for opplysninger som kan medføre straff i § 22-9, samt selvinkrimineringsvernet etter EMK, og vurdere i hvilken grad disse innebærer en begrensning av tvl. § 21-4.

I kapittel 5 skal jeg undersøke problemstillinger som gjør seg gjeldende for prosessfullmektigen i forbindelse med sannhets- og opplysningsplikten, herunder etiske utfordringer og forholdet til prosessfullmektigens yrkesmessige taushetsplikt. Til sist skal jeg i kapittel 6 på bakgrunn av tidligere funn i oppgaven, foreta en rettspolitisk vurdering av om tvl. § 21-4 fungerer etter sitt formål.

2 Rettslige utgangspunkter

2.1 Innledende bemerkninger

For å kunne klarlegge sannhets- og opplysningspliktens rekkevidde er det nødvendig å ha de rettslige utgangspunktene for plikten klart for seg. Jeg skal i dette kapitlet redegjøre for tvistelovens regulering av sannhets- og opplysningsplikten, henholdsvis tvl. § 21-4 første og andre ledd. Jeg skal deretter redegjøre for bestemmelsens anvendelsesområde og forholdet mellom tvl. § 21-4 og to andre sentrale bevisregler i tvisteloven, §§ 21-5 og 26-5.

2.2 Tvistelovens regulering av partenes sannhets- og opplysningsplikt

2.2.1 Tvl. § 21-4 første ledd

Etter tvl. § 21-4 første ledd første punktum har partene plikt til å gi de redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle sannhets- og opplysningsplikten. Ordlyden «nødvendig» tilsier at beviset må ha relevans for den avgjørelse retten skal treffe for atplikten skal komme til anvendelse. Etter en naturlig språklig forståelse vil plikten omfatte de bevis parten selv er i besittelse av. Dette følger også av en antitetisk tolkning av annet ledd, som eksplisitt gjelder bevis parten ikke har hånd om. Bestemmelsen vil altså omfatte alle bevis parten har tilgang på og som kan få betydning for sakens avgjørelse.

Tvl. § 21-4 første ledd annet punktum presiserer hva plikten går ut på. Departementet har uttalt at bestemmelsens første ledd annet punktum innebærer at «partene skal gi sannferdige og uttømmende opplysninger om påstandsgrunnlaget og de bevis som tilbys til støtte for de faktiske anførsler». ²⁹ Dette betyr at partene plikter å opplyse saken fullstendig gjennom å forklare seg og tilby bevis. Videre har departementet uttalt at plikten er generell, noe som betyr at partene også «plikter å opplyse om bevis de har hånd om som er til støtte for motpartens sak». Dette innebærer at en part ikke kan underslå bevis av betydning som støtter motpartens sak. *Schei* har fremholdt at det er i de tilfeller hvor beviset svekker egen sak at det er behov for en regel om opplysningsplikt.³⁰

2.2.2 Tvl. § 21-4 annet ledd

Tvl. § 21-4 annet ledd regulerer tilfellene der parten eller prosessfullmektigen «ikke har hånd om» beviset, men er kjent med beviset og «ikke har grunn til å regne med» at den annen part er det. I disse tilfeller plikter parten å «opplyse» om «viktige» bevis. Det fremkommer eksplisitt av bestemmelsens andre ledd at plikten gjelder «uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den annen part». Dette er naturlig, ettersom det er i tilfeller hvor et bevis er ukjent for motparten at annet ledd får aktualitet. En opplysningsplikt vil føre til at viktige bevis kommer fram i lyset og kan bidra til at retten får et korrekt avgjørelsesgrunnlag og at saken får materielt riktig resultat.

²⁹ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454.

³⁰ Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 21-4.

Ordlyden «opplyse» innebærer at plikten er avgrenset mot fremleggelse av bevis.

Avgrensningen må ses i lys av at et bevis som ikke er i partens besittelse er lite forenelig med en plikt til fremleggelse.

Vilkåret «viktige bevis», innebærer etter en naturlig språklig forståelse at beviset må være betydningsfullt for saken. Det kreves mer enn at kan beviset kan tenkes å få betydning for saken, men i motsatt retning kan det ikke være et krav at beviset må være fellende eller avgjørende for saken.³¹ Vurderingen av om et bevis er viktig kan ikke gjøres isolert, men må tas med utgangspunkt i beviskonstellasjonen i saken.³² Det må foretas en vurdering av om det er sannsynlig at beviset alene, eller sammen med øvrige bevis, vil få utslagsgivende betydning for sakens resultat.³³ Dersom det øvrige bevisbildet ikke skulle spilt inn i vurderingen, ville det vært enklere å omgå plikten gjennom å nedtone bevisets betydning.

Neste vilkår i bestemmelsens andre ledd, at parten «ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med», er et kunnskapskriterium. For å oppheve plikten, må det foreligge positive holdepunkter for at motparten er kjent med beviset.³⁴ Begrunnelsen for dette må være at det er de situasjoner hvor beviset er ukjent for motparten at annet ledd får anvendelse.

Ifølge tvistemålsutvalget er det forskjellen i situasjonene hvor parten har tilgang på beviset kontra hvor parten ikke har tilgang på beviset som har nødvendiggjort en realistisk og rimelig avgrensning av opplysningsplikten.³⁵ Bakgrunnen for skillet i bestemmelsens rekkevidde etter første og annet ledd er trolig at det vil være enklere for parten å vurdere bevisets betydning når parten sitter på beviset, sammenlignet med når parten bare er kjent med bevisets eksistens. Et stort omfang bevis kan være kjent for partene, slik at plikten ville føre for langt dersom den skulle gjelde alle bevis som kan være av relevans for saken. Det er dermed en forsvarlig avgrensning at annet ledd er begrenset til opplysning om de bevis som vil være av viktighet for saken.

³¹ Reusch (2022), note 1088, lovkommentar til tvl. § 21-4.

³² Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 21-4.

³³ Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 21-4.

³⁴ Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 21-4.

³⁵ NOU 2001:32 B s. 947.

2.3 Sannhets- og opplysningsplikten anvendelsesområde

Det første som må avklares er hvem sannhets- og opplysningsplikten gjelder overfor. Partenes sannhets- og opplysningsplikt påhviler etter ordlyden i tvl. § 21-4 partene personlig. Dette er naturlig, ettersom partene vil ha best oversikt over sakens faktum. Til tross for at ordlyden i tvl. § 21-4 isolert sett tilsier at plikten kun gjelder for partene, påhviler også sannhets- og opplysningsplikten partens prosessfullmektig som følge av tvl. § 3-1 tredje ledd.³⁶ Sannhets- og opplysningsplikten kommer dermed også til anvendelse for partenes representanter i rettergangen, herunder stedfortredere, prosessfullmektiger og rettslige medhjelpere.³⁷

En part kan la seg presentere av en prosessfullmektig i forbindelse med en rettstvist, og prosessfullmektigen vil i de fleste tilfeller være en advokat.³⁸ Tvistemålsutvalget presiserte i forarbeidene at parten ikke vil kunne unngå eller omgå opplysningsplikten ved å la en prosessfullmektig opptre i sitt sted, og at prosesshandlinger gjelder uavhengig av om det er parten personlig som utfører dem.³⁹ Uttalelsene i forarbeidene må tas til inntekt for at ansvaret er likestilt mellom parten og prosessfullmektigen. Dette er en god løsning ut fra omgåelseshensyn. Prosessfullmektigen skal representere parten, og det ville vært risiko for omgåelse av plikten dersom den kun skulle komme til anvendelse for partene personlig.⁴⁰

Det neste som må avklares er på hvilket tidspunkt sannhets- og opplysningsplikten inntreffer. Tv. § 21-4 kommer til anvendelse etter at stevning har blitt inngitt, og saken har blitt reist for domstolsbehandling.⁴¹ Plikten gjelder da på ethvert trinn av saken, og er særlig relevant på saksforberedelsesstadiet. Saksforberedelsen foregår fra stevning har blitt inngitt, og fram til to uker før hovedforhandlingen.⁴² Partene kan påberope nye bevis fram til saksforberedelsen avsluttes, noe som innebærer at det er innenfor denne tidsperioden sannhets- og

³⁶ Tv. § 3-1 tredje ledd.

³⁷ NOU 2001:32 B s. 947.

³⁸ Tv. §§ 3-1 og 3-3.

³⁹ NOU 2001:32 B s. 947.

⁴⁰ For prosessfullmektiger kan det oppstå etiske problemstillinger vedrørende yrkesmessig taushetsplikt, som jeg kommer nærmere tilbake til i punkt 3.3.

⁴¹ NOU 2001:32 B s. 947, jf. tvl. § 9-2 for når sak reises for domstolene.

⁴² Tv. § 9-10.

opplysningsplikten er særlig aktuell. Sannhets- og opplysningsplikten er imidlertid ikke begrenset til saksforberedelsesstadiet, og gjelder også under domstolsbehandlingen av tvisten.

Til tross for at plikten etter tvl. § 21-4 inntreffer ved saksanlegg, betyr ikke det at partene frem til da står fritt. Det foreligger en opplysningsplikt for partene i forkant av saksanlegg, som følger av tvl. § 5-3 og som er ment å være en forlengelse av tvl. § 21-4.⁴³ Det avgrenses mot nærmere redegjørelse av innholdet i tvl. § 5-3, ettersom oppgavens problemstilling er begrenset til sannhets- og opplysningsplikten i sivile saker, ikke i forkant av saken. Jeg nøyer meg med å si at plikten etter tvl. § 5-3 er atskillig mer avgrenset, ettersom det på det innledende stadiet av en sak er uvisst om noen av partene kommer til å ta ut stevning i saken.

2.4 Forholdet mellom tvl. § 21-4 og tvl. §§ 21-5 og 26-5

Ettersom det følger av forarbeidene at tvl. § 21-4 må ses i sammenheng med tvl. §§ 21-5 og tvl. 26-5, må forholdet mellom tvl. § 21-4 og disse to bestemmelsene tydeliggjøres.⁴⁴

Det første som må klargjøres er hvordan tvl. § 21-4 forholder seg til den allmenne forklarings- og bevisplikten i tvl. § 21-5. Ordlyden i tvl. § 21-4 inneholder en eksplisitt henvisning til tvl. § 21-5, hvor det følger at «partene har plikt til å gi forklaringer og bevis tilgang i henhold til tvl. § 21-5». Tvl. § 21-5 lyder:

«Enhver plikter å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak, med de begrensninger som følger av bevisforbud og bevisfritak i kapittel 22 og andre bevisregler i loven.»

Tvistemålsutvalget har uttalt at tvl. § 21-5 er et kvalifisert uttrykk for partenes sannhets- og opplysningsplikt, og at den allmenne bevisplikten gjennom henvisningen fra tvl. § 21-4 også gjelder for partene.⁴⁵ Dette innebærer at partene for å oppfylle tvl. § 21-4 plikter å gi tilgang til realbevis på eget initiativ.⁴⁶ Tvl. § 21-5 er i likhet med tvl. § 21-4 et utslag av den materielle sannhets prinsipp.⁴⁷ Sannhets- og opplysningsplikten er dermed gjennom henvisningen gitt et bredere nedslagsfelt og formål. Tvl. § 21-5 vil imidlertid ikke være av

⁴³ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 378 og NOU 2001:32 B s. 947.

⁴⁴ Ot.prp.nr. 51 (2004-2005) s. 454, jf. punkt 1.1.

⁴⁵ NOU 2001:32 B s. 947.

⁴⁶ Hvilke krav som stilles for fremleggelsen av realbeviset vil omtales i punkt 3.1.

⁴⁷ Skoghøy og Pedersen (2020) s. 245.

stor betydning for å avgjøre pliktens rekkevidde utover dette, og dermed heller ikke av stor betydning for oppgavens problemstilling.

Det neste som må klargjøres er hvordan tvl. § 21-4 forholder seg til tvl. § 26-5, som regulerer plikten til å gi bevilgning på begjæring. De tre sentrale vilkårene for å begjære et bevis fremlagt er at beviset må ha relevans, beviset må være spesifisert og det må være forholdsmessig å fremlegge det.⁴⁸

Funksjonen til tvl. § 26-5 i sammenheng med sannhets- og opplysningsplikten er først og fremst å bidra til å sette en minstestandard for hva som kan kreves av partene etter tvl. § 21-4. Rettspraksis vedrørende tvl. § 26-5 bidrar til å klargjøre hva partene kan begjære fremlagt. Dersom en bevisbegjæring fører fram slik at partene pålegges å fremlegge beviset, er det nærliggende at beviset burde vært fremlagt eller opplyst om på eget initiativ. Dette medfører at rettspraksis vedrørende tvl. § 26-5 har overføringsverdi til tvl. § 21-4 ettersom den indirekte også er et uttrykk for hvor langt sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4 strekker seg. Rettspraksis vedrørende tvl. § 26-5 vil dermed få stor betydning for oppgavens problemstilling.

Sammenhengen mellom tvl. §§ 21-4 og 26-5 innebærer at tvl. § 26-5 ofte vil aktualiseres i de tilfeller sannhets- og opplysningsplikten ikke har vært oppfylt av parten selv. Dersom partene hadde opplyst saken fullstendig og uavhengig av betydningen for egen sak i tråd med tvl. § 21-4, hadde det vært begrenset behov for å anmode en motpart om å fremlegge ytterligere bevis etter tvl. § 26-5.

Det er imidlertid ikke nødvendigvis full likhet mellom bevisbegjæring etter tvl. § 26-5 og brudd på sannhets- og opplysningsplikten. Det kan være at en motpart begjærer bevilgning etter tvl. § 26-5 fordi motparten vet noe som parten ikke er kjent med. For eksempel dersom motparten er klar over at det eksisterer et konkret og relevant dokumentbevis, og begjærer dette fremlagt. Dersom parten som mottar bevisbegjæringen ikke har visst om dokumentbeviset, har parten heller ikke brutt tvl. § 21-4. Dette innebærer at ikke all rettspraksis vedrørende tvl. § 26-5 vil være bidrag til hva som burde vært fremlagt av partene etter tvl. § 21-4.

⁴⁸ Tvl. § 26-6, jf. tvl. § 26-5.

3 Sannhets- og opplysningspliktens rekkevidde

3.1 Utgangspunktet er at sannhets- og opplysningsplikten er vidtrekkende

Ordlyden i tvl. § 21-4 oppstiller ingen eksplisitte begrensninger vedrørende rekkevidden av sannhets- og opplysningsplikten. Partene har plikt til å sørge for at saken blir «fullstendig» opplyst, noe som isolert tilsier at opplysningsplikten er ubegrenset. Utgangspunktet er dermed at sannhets- og opplysningsplikten er vidtrekkende.

Kjennelsen inntatt i Rt. 2011 s. 753 illustrerer rekkevidden til tvl. § 21-4. Tvisten gjaldt forståelsen av tvl. § 21-4, jf. bevisplikten i tvl. § 21-5.⁴⁹ Spørsmålet var om personlige notater ankemotparten hadde vist til i sin forklaring for tingretten måtte fremlegges for lagmannsretten. Ankemotparten anførte at fremleggelse av notatene ville styrke hennes egen sak og at det derfor måtte være opp til henne om hun ville gi avkall på beviset. Høyesterett var ikke enig i dette, og viste til at plikten til å gi tilgang til bevis bare er begrenset av reglene om bevisforbud og bevisfritak.⁵⁰ Resultatet ble at ankemotparten ble pliktig til å fremlegge beviset. Avgjørelsen illustrerer at sannhets- og opplysningsplikten er vidtrekkende, slik at det ikke kan være opp til parten selv om relevante bevis skal fremlegges. Dette til tross for at beviset er i favør av partens sak.

Schei har tatt til orde for at hva opplysningsplikten består i er utdypet gjennom tvl. § 26-5 annet ledd.⁵¹ Etter tvl. § 26-5 annet ledd kan retten i forbindelse med pålegg om bevis tilgang pålegge partene å besvare spørsmål om de kjenner til bevisgjensstander og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse. Bestemmelsen har relevans for opplysningsplikten ettersom det partene er pålagt i forbindelse med en bevisbegjæring har sammenheng med hva parten plikter å opplyse i saksforberedelsen.⁵² Det fremkommer i tillegg av forarbeidene at tvl. § 21-4 omfatter en plikt til å foreta undersøkelser for å identifisere relevante bevis, om enn underlagt alminnelige forholdsmessighetsbegrensninger.⁵³ Tvl. § 26-5 annet ledd utvider

⁴⁹ Rt. 2011 s. 753, avsnitt 14.

⁵⁰ Rt. 2011 s. 753, avsnitt 16.

⁵¹ Schei m.fl. (2022), note 1, lovkommentar til tvl. § 21-4.

⁵² Jf. punkt 2.4.

⁵³ NOU 2001: 32 B s. 947. Forholdsmessighetsbegrensninger vil bli behandlet i punkt 3.3.

følgelig virkeområdet til opplysningsplikten, gjennom en plikt til å besvare spørsmål og foreta nødvendige undersøkelser.

Det kan dessuten utledes av Rt. 2004 s. 442 at partene plikter å besvare spørsmål fra motparten om de er i besittelse av dokumenter som kan være av betydning for saken, og om hva de nærmere går ut på. Saken omhandlet pålegg om dokumentfremleggelse som følge av en bevisbegjæring etter tvistemålsloven. Høyesterett fremhevet her at partene i forbindelse med plikten til å stille bevis til rådighet har forklaringsplikt, slik at partene under saksforberedelsen når hensynet til sakens opplysning og fremdrift tilsier det må svare på spørsmål om dokumenter som kan være av betydning i saken, er i partens besittelse og hva de nærmere går ut på.⁵⁴ Forklaringsplikten under saksforberedelsen som Høyesterett her oppstiller bidrar til større åpenhet rundt sakens opplysning, og må derfor legges til grunn som gjeldende rett også etter tvisteloven. Særlig sett i lys av at tvisteloven fikk et nytt annet ledd i tvl. § 26-5, som i forarbeidene var i tråd med tvistelovens sterkere vektlegging av sannhets- og opplysningsplikten, og var ment å skulle skape større åpenhet om bevismaterialet.⁵⁵ Avgjørelsen illustrerer dermed at som del av opplysningsplikten under saksforberedelsen plikter partene å besvare spørsmål fra motparten om de er i besittelse av dokumenter som kan være av betydning for saken, og hva de nærmere går ut på. Dette innebærer at sannhets- og opplysningsplikten strekker seg langt.

HR-2020-2469-A er et ytterligere eksempel på hvor langt sannhets- og opplysningsplikten kan strekke seg. Saken gjaldt fremleggelse av realbevis som følge av pålegg etter tvl. § 26-5, og det interessante spørsmålet for Høyesterett var om retten kunne gi pålegg om utlevering av realbevis direkte til motparten. Høyesterett fant støtte i forarbeidene til tvl. § 26-5 for å kunne utstede pålegg om utlevering av realbevis direkte til motparten, og fant at løsningen svarte til den allmenne bevis- og forklaringsplikten i tvl. § 21-5.⁵⁶ Ordlyden «gi tilgang» i tvl. § 21-5 måtte forstås slik at bevisplikten omfatter å stille realbevis til rådighet for motparten. Høyesterett begrunnet plikten ut fra tvistelovens forhandlingsprinsipp som er nedfelt i § 11-2, kravet til rettferdig rettergang i Grunnloven § 95 og menneskerettskonvensjonene, i tillegg til

⁵⁴ Rt. 2004 s. 442, avsnitt 32.

⁵⁵ NOU 2001:32 B s. 979.

⁵⁶ HR-2020-2469-A, avsnitt 43.

likhetsprinsippet.⁵⁷ Begrunnelsen bak en slik plikt ble ansett å være at parten må ha tilgang til bevismateriale som den annen part legger frem for retten og gis mulighet til å kommentere og imøtegå dette. Høyesterett kom altså til at bevisplikten i § 21-5, sammenholdt med reglene om realbevis i tvl. 26-5, også omfatter plikt til å stille bevisgjenstander til rådighet direkte for motparten.

Ettersom sannhets- og opplysningsplikten anvendelsesområde er utvidet til å omfatte en plikt til å tilby realbevis gjennom henvisningen til tvl. § 21-5, er avgjørelsen et bidrag til å klarlegge rekkevidden av tvl. § 21-4. Ettersom parten kan pålegges å levere realbeviset til motparten etter tvl. § 26-5, må dette også være noe som det må forventes at parten gjør på eget initiativ som følge av tvl. § 21-4, jf. tvl. § 21-5. Partenes fremleggelse av bevis i tråd med sannhets- og opplysningsplikten omfatter dermed også en plikt til å fremlegge realbeviset direkte til motparten. Avgjørelsen illustrerer følgelig hvor langt bevisplikten i partenes sannhets- og opplysningsplikt i forbindelse med bevistilgang går.

3.2 Retten til privatliv, hjem og korrespondanse som begrensning

Til tross for at sannhets- og opplysningsplikten ikke inneholder eksplisitte begrensninger etter ordlyden, er det ikke tvilsomt atplikten må tåle begrensninger. Enkelte faktorer vil påvirke rekkevidden avplikten. En av begrensningeneplikten er underlagt er menneskerettighetene.

Et sentralt menneskerettslig vern er retten til respekt for privatliv, hjem og korrespondanse, jf. EMK art. 8 og Grunnloven § 102. Høyesterett har gjennom to høyesterettsavgjørelser avklart at rekkevidden av sannhets- og opplysningsplikten begrenses av retten til respekt for sitt hjem. Den første avgjørelsen er Rt. 2012 s. 1819, hvor Høyesterett kom til at bevisreglene, blant annet tvl. § 21-4, ikke ga hjemmel for å gi adgang til undersøkelser av partens hjem. Saken omhandlet anke over bevistilgang, hvor lagmannsretten hadde avsagt en kjennelse som påla vedkommende å opplyse hvor han oppbevarer sin billedkunst og å gi tilgang til billedkunsten. Høyesterett uttalte at tvistelovens bestemmelser om opplysningsplikt, bevissikring og bevistilgang ikke var ment å åpne for at retten i ordinære tvistesaker skal kunne beslutte at en part må gi tilgang til sitt hjem og andre oppbevaringssteder for at

⁵⁷ HR-2020-2469-A, avsnitt 44 og 45.

motparten skal kunne søke etter gjenstander som kan ha betydning som bevis.⁵⁸ Høyesteretts uttalelse innebærer at det ikke er et brudd på sannhets- og opplysningsplikten å ikke tilby tilgang til hjemmet sitt.

Høyesterett fulgte synspunktet opp i Rt. 2014 s. 1084. Saken gjaldt anke over en avgjørelse om bevis tilgang i tvist om heving av et boligkjøp. Ankeutvalget henviste til uttalelsen ovenfor fra Rt. 2012 s. 181, og mente at tilsvarende også måtte gjelde i en sak hvor boligens tilstand var det sentrale bevisetema.⁵⁹ Heller ikke her kunne bevisreglene, herunder tvl. § 26-5 første ledd, gi hjemmel til pålegg som kunne medføre inngrep i retten til respekt for hjem og privatliv, jf. EMK artikkel 8 og Grl. § 102.

De to høyesterettsavgjørelsene har overføringsverdi til tvl. § 21-4 til tross for at avgjørelsene primært gjaldt tvl. § 26-5, ettersom Høyesteretts uttalelser ble avsagt i tilknytning til tvistelovens bevisregler generelt.⁶⁰ Det kan dermed klart leses ut av avgjørelsene at sannhets- og opplysningsplikten er begrenset av retten til respekt for sitt hjem.

Det kan imidlertid også tenkes at sannhets- og opplysningsplikten vil begrenses av retten til respekt for korrespondanse og retten til respekt for sitt privatliv. En ubetinget plikt til å fremlegge bevis ville vært egnet til å avdekke taushetsbelagt korrespondanse, som er underlagt det samme menneskerettslige vern i EMK art. 8 og Grl. § 102. Høyesterett har imidlertid ikke vært like tydelig vedrørende disse rettighetene og uttalt seg eksplisitt, slik som Høyesterett har gjort for retten til respekt for sitt hjem. Det er imidlertid ikke nødvendig for Høyesterett å uttale dette eksplisitt for at vernet skal inntre, all den tid EMK har forrang foran alminnelig lovgivning som følge av lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (heretter mrl.) § 3. Sannhets- og opplysningsplikten er dermed like fullt begrenset av retten til respekt for korrespondanse og retten til respekt for sitt privatliv, som av retten til respekt for sitt hjem.

Bevisforbudet for opplysninger som er beskyttet av den yrkesmessige taushetsplikten for blant annet advokater i tvl. § 22-5 er dessuten begrunnet i retten til respekt for korrespondanse etter EMK art. 8, slik at retten til respekt for korrespondanse kan utgjøre en begrensning også

⁵⁸ Rt. 2012 s. 1819, avsnitt 33.

⁵⁹ Rt. 2014 s. 1084, avsnitt 14.

⁶⁰ Se også punkt 2.4 om rettspraksis etter tvl. § 26-5 sitt bidrag til innholdet i tvl. § 21-4.

gjennom bevisforbudet. Bevisforbudet gir retten til respekt for korrespondanse et sterkere vern. Bevisforbudet i tvl. § 22-5 sin betydning for tvl. § 21-4 vil bli behandlet i punkt 5.3.

3.3 Forholdsmessighet som begrensning

En ytterligere begrensning i den vidtrekkende sannhets- og opplysningsplikten er begrensninger begrunnet i forholdsmessighet. Problemstillingen som skal behandles i dette underpunktet er i hvilken grad sannhets- og opplysningsplikten er underlagt forholdsmessighetsbegrensninger.

Det fremgår ikke en eksplisitt forholdsmessighetsbegrensning av ordlyden i tvl. § 21-4. Det fremkommer imidlertid av forarbeidene at partenes sannhets- og opplysningsplikt er underlagt en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning. Tvistemålsutvalget uttaler at en alminnelig forholdsmessighetsbegrensning må leses inn i bestemmelsen, slik at parten må foreta slike undersøkelser som det, hensett til tvistens karakter og betydning, er rimelig å forlange.⁶¹ Departementet fulgte opp tvistemålsutvalgets synspunkter, og presiserte at «Plikten til å gi opplysninger om bevis som kan støtte motpartens sak, er undergitt lovens alminnelige forholdsmessighetsbegrensning. De undersøkelser parten skal foreta for å bringe dette på det rene, må avpasses den enkelte sak.»⁶² Videre kan man se et tydelig utslag av en forholdsmessighetsbegrensning i tvl. § 21-4 annet ledd for de bevis parten ikke er i besittelse av, som er avgrenset til opplysning av viktige bevis.⁶³

Elementene som inngår i forholdsmessighetsvurderingen etter tvl. § 21-4 vil blant annet være sakens karakter, sakens kompleksitet, sakens betydning for partene og tvistesummen. Det må foretas en avveining av disse momentene mot hvor ressurskrevende det vil være å oppfylle sannhets- og opplysningsplikten. Det vil eksempelvis ikke være rimelig å kreve at en part skal begi seg ut på ressurskrevende leteaksjoner etter et dokument vedkommende har et vagt minne av, dersom tvistesummen er liten og det ikke kan sies med sikkerhet at beviset ville fått betydning for motparten.

⁶¹ NOU 2001:32 B s. 947.

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454.

⁶³ Se punkt 2.2.2.

Den konkrete avveiningen av forholdsmessigheten kan ifølge forarbeidene innebære vanskeligheter, og «er til syvende og sist et spørsmål om redelighet og god prosesskikk».⁶⁴ Uttalelsen må tas til inntekt for at de vanskelige vurderingene søkes løst gjennom redelighet. Hva som vil være god prosesskikk er en dynamisk norm som vil endre seg, og sier dermed lite om pliktens rekkevidde. Tvistemålsutvalget understreket at de vanskelige vurderingene i grensetilfellene ikke talte mot at regelen ikke skulle gis eller for at kravene etter tvl. § 21-4 skulle lempes, ettersom det var «utvalgets klare oppfatning at kravene til redelighet og god skikk i prosessen bør innskjerpes, og da kommer man ikke utenom en regel på linje med den som er foreslått».⁶⁵ Tvl. § 21-4 ble altså innført for å skjerpe kravene til redelighet og god skikk i prosessen, og disse normene ble forutsatt skjerpet gjennom selve innføringen og eksistensen av sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4. Det var dermed ikke mulig eller ønskelig av lovgiver å definere nærmere grenser for forholdsmessighetsvurderingen.

Et eksempel fra høyesterettspraksis som illustrerer forholdsmessighetsvurderingen er HR-2019-997-A. Saken omhandlet et pålegg om bevis tilgang etter tvl. § 26-5 til en meget omfattende mengde elektronisk lagrede dokumenter, hvor lagmannsrettens slutning inneholdt hele 91 bevispålegg. Avgjørelsen er likevel relevant for oppgavens problemstilling, ettersom tvl. § 21-4 må ses i sammenheng med tvl. § 26-5.⁶⁶

I Høyesteretts vurdering av kravet til spesifisering fremhevet førstvoterende at lovgiver ikke ønsket en prosessordning som tillater bevispålegg tilsvarende en prosessordning med «disclosure» og «discovery», hvor man plikter å fremlegge alt som har bevisverdi.⁶⁷ Førstvoterende poengterte at dette hovedsynspunktet også måtte gjelde i saker som gjelder store verdier, og at man ved å godta så vide formuleringer ville lagt til rette for ordninger som har sterke likhetstrekk med disclosure og discovery.⁶⁸ Formuleringene i bevisbegjæringene i saken var blant annet «ethvert skriftstykke» og «all dokumentasjon», og innebar i praksis at det ikke var noen grenser for hvilke datakilder man måtte forholde seg til.⁶⁹ Høyesterett anså det ikke som ønskelig å tilrettelegge for en så vid bevis tilgang. Pålegget om bevis tilgang ble

⁶⁴ NOU 2001:32 B s. 947.

⁶⁵ NOU 2001:32 B s. 947.

⁶⁶ Se redegjørelsen om forholdet mellom tvl. §§ 21-4 og 26-5 i punkt 2.4.

⁶⁷ HR-2019-997-A, avsnitt 30, se punkt 1.3 for definisjon av prosessordningen.

⁶⁸ HR-2019-977-A, avsnitt 73.

⁶⁹ HR-2019-997-A, avsnitt 39.

som en konsekvens av dette ansett uforholdsmessig, og konklusjonen ble at bevisene ikke kunne pålegges fremlagt.

Ettersom rettspraksis vedrørende tvl. § 26-5 setter en minstestandard for hva som kreves av partene på eget initiativ etter tvl. § 21-4, bidrar avgjørelsen til å klargjøre rekkevidden av sannhets- og opplysningsplikten. Når et bevis ikke kan fremlegges etter tvl. § 26-5 på bakgrunn av forholdsmessighetskravet, vil de samme forholdsmessighetskravene gjøre seg gjeldende for tvl. § 21-4 til tross for at bevistilgangen her gis uoppfordret. Avgjørelsen illustrerer at forholdsmessighet er en sentral begrensning også i forbindelse med sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4, slik at det må være forholdsmessighet mellom sakens betydning og hvor ressurskrevende det ville være å fremlegge bevisene.

Resultatet av forholdsmessighetsvurderingen i denne saken var ifølge Høyesterett at det ikke var forholdsmessighet mellom sakens betydning og hvor ressurskrevende det ville være å fremlegge bevisene. Selv om saken gjaldt en betydelig tvistesum, ble det likevel ikke ansett forholdsmessig av Høyesterett å gi pålegg om fremleggelse av 91 dokumentbevis. Det må imidlertid bemerkes at denne saken var særegen i den forstand at bevismaterialet var på flere tusen sider og dermed svært omfattende og ressurskrevende, noe som høyner terskelen for hva som kan anses forholdsmessig å fremlegge.

I tillegg må avgjørelsens betydning for tvl. § 21-4 leses i konteksten av tvl. § 26-5.

Forholdsmessighetskravet etter tvl. § 26-5 må på grunn av kravet til spesifisering vurderes opp mot hvor spesifisert motpartens bevisbegjæring er, noe som ikke er tilfellet etter tvl. § 21-4. Dommens resultat er følgelig ikke til hinder for at det i forbindelse med tvl. § 21-4 etter omstendighetene kan kreves av partene at de gjør omfattende undersøkelser for å opplyse saken dersom sakens betydning er særlig stor. På den andre siden vil det imidlertid være enda mer ressurskrevende å lete etter bevis som ikke i noen grad er spesifisert av motparten, noe som kan tilsi at terskelen for forholdsmessighet for undersøkelse av relevante bevis er enda høyere for bevis som skal fremlegges uoppfordret etter tvl. § 21-4.

Avgjørelsen er videre et uttrykk for at lovgivers bevisste valg av å avstå fra den angloamerikanske ordningen med «disclosure» og «discovery» fungerer som et bakteppe for praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten. Etter tvl. § 26-5 krever en motpart bevis fremlagt, men etter tvl. § 21-4 er det parten selv som må vurdere relevansen av et bevis og om det må fremlegges i tråd med sannhets- og opplysningsplikten. Dette kan gjøre det vanskelig

for parten å oppfylle tvl. § 21-4, all den tid det kan være mange bevis som kan tenkes å være relevant i en sak. Det kan ikke kreves at partene fremlegger bevis i den grad at man i norsk rett nærmer seg prosessordningen «disclosure» og «discovery». Avgjørelsen må tas til inntekt for at det etter tvl. § 21-4 ikke er et krav at ethvert tenkelige bevis skal fremlegges på eget initiativ, og at parten ikke kan benytte tvl. § 21-4 som begrunnelse for å overlesse prosessen med bevis.

At tvl. § 21-4 er underlagt omfattende forholdsmessighetsbegrensninger samsvarer med tvistelovens øvrige bestemmelser, som vektlegger proporsjonalitet høyt. Tvistelovens hovedregel er fri bevisførsel, jf. tvl. § 21-3. Retten til fri bevisførsel er imidlertid underlagt store forholdsmessighetsbegrensninger i bl.a. tvl. §§ 21-7 og 21-8. Av disse bestemmelsene fremkommer det overordnet at partene kun kan føre bevis som kan være av betydning for saken, og at det må være forholdsmessighet mellom tvistens betydning og omfanget av bevisføringen. Tvl. § 21-7 kan eksempelvis tenkes å komme til anvendelse dersom parten har overtenkt hvilke bevis som er relevant i henhold til opplysningsplikten. Retten kan da etter tvl. § 21-7 annet ledd bokstav b og c nekte et bevis fremmet dersom det framlagte beviset ikke er egnet til å styrke avgjørelsesgrunlaget nevneverdig eller retten finner det nødvendig å føre beviset på annen måte.

3.4 Rettsvirkninger av brudd på sannhets- og opplysningsplikten

Det er få sanksjoner i tvisteloven som kan knyttes direkte til § 21-4.⁷⁰ Dette er imidlertid ikke ensbetydende med at brudd på sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4 ikke kan føre med seg rettsvirkninger. I dette underpunktet skal jeg redegjøre for de mulige rettsvirkningene brudd på sannhets- og opplysningsplikten kan medføre.

En av rettsvirkningene er at retten kan ilegge den parten som har brutt tvl. § 21-4 fraværdsdom. Retten har i forbindelse med rettens saksstyring etter tvl. § 11-6 adgang til å utstede pålegg om fristforelegg etter tvl. § 16-7. Dette kan bli aktuelt der parten ikke overholder sannhets- og opplysningsplikten. Retten utsteder da en frist, og dersom den aktuelle prosesshandlingen er «av vesentlig betydning for motparten eller nødvendig for forsvarlig behandling av saken», kan retten beslutte såkalt fristforelegg. Retten setter da en ny frist, og ifølge

⁷⁰ Hjort (2016) s. 96.

høyesterettspraksis vil det lede til fraværdom i tråd med tvl. § 16-10 dersom parten ikke foretar prosesshandlingen innen denne nye fristen.⁷¹ Dette innebærer at en part vil risikere å få fraværdom mot seg dersom retten utsteder et fristforelegg til parten om fremleggelse av et bevis, og der parten likevel ikke etterkommer fristforelegget.

Brudd på tvl. § 21-4 kan også få betydning for eventuelle minnelige løsninger inngått mellom partene. Dersom det er inngått forlik og det senere kan påvises brudd på sannhets- og opplysningsplikten, kan det bli aktuelt med tilsidesettelse eller lempning av forliket.⁷² Dette vil kunne ha stor betydning for parten som har brutt plikten, ettersom en eventuell ny retts sak vil være en kostbar prosess.

En sentral rettsvirkning som er nevnt i forarbeidene til tvl. § 21-4 er at bruddet tillegges negativ betydning for parten i bevisvurderingen.⁷³ Partens troverdighet vil være svekket enten ved å ha snakket usant eller ved at parten har opptrådt kritikkverdigg ved å tilbakeholde bevis, noe som vil kunne tillegges vekt i partens disfavør i rettens frie bevisbedømmelse.

Tvistemålsutvalget presiserte i forarbeidene at bruddet vil kunne få negativ betydning også for forhold som ikke er direkte berørt av de manglende eller uriktige opplysninger som måtte være gitt, og viste til Rt. 1991 s. 1414 som illustrasjon.⁷⁴ Saken gjaldt gyldigheten av fire testamentariske disposisjoner gjort av en eldre dame. Bevistvilen gikk utover parten som forsettlig eller grovt uaktsomt hadde villedet tidligere instanser ved å forfalske to brev.⁷⁵ Parten hadde ikke bidratt til at saken ble riktig opplyst, noe som ble tillagt negativ vekt i partens disfavør. Dommen illustrerer at brudd på sannhetsplikten kan medføre negativ betydning for partens generelle troverdighet. At retten har adgang til å brudd på sannhets- og opplysningsplikten i betraktning i bevisvurderingen er rimelig, ettersom å snakke usant og tilbakeholde bevis er aktiv motarbeidelse av retten og vanskeliggjør et materielt riktig resultat.

Brudd på tvl. § 21-4 kan også få betydning for tilkjennelse av sakskostnader. Etter tvl. § 20-4 bokstav c kan retten tilkjenne en part sakskostnader uavhengig av sakens utfall «i den utstrekning kostnadene skyldes motpartens forsømmelser». Sakskostnader kan dermed

⁷¹ HR-2021-343-U, avsnitt 18, jf. tvl. § 16-10.

⁷² Ristvedt og Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og edisjonsplikt» s. 111.

⁷³ NOU 2001:32 B s. 947.

⁷⁴ NOU 2001:32 B s. 947, jf. Rt. 1991 s. 1414.

⁷⁵ Rt. 1991 s. 1414, s. 1425.

tilkjennes dersom brudd på sannhets- og opplysningsplikten medfører økte sakskostnader. Ifølge *Hjort* benyttes denne adgangen minimalt av retten, noe som skyldes at manglende uoppfordret tilgang til bevis bare vil lede til en begjæring om bevistilgang, og dermed ledes spørsmålet over til § 26-5.⁷⁶

Den mest alvorlige rettsvirkningen er at brudd på tvl. § 21-4 kan medføre straffansvar etter strl. §§ 221 og 222 for henholdsvis uriktig forklaring og uriktige opplysninger som gis retten til bruk som bevis. Tvl. § 21-4 er imidlertid langt videre enn straffebudene, og ifølge forarbeidene vil straffebudene være aktuelle i situasjoner der eksempelvis prosessfullmektigen gir opplysninger som er «så uriktige eller ufullstendige at de gir et misvisende bilde av de faktiske forhold».⁷⁷ Straffebudene vil altså ikke komme til anvendelse der opplysninger tilbakeholdes fordi det er til ugunst for den parten som har hånd om dem, som jo er kjernen av tvl. § 21-4. Dette medfører at straffesanksjonen får liten aktualitet og vil benyttes i svært liten grad ved brudd på tvl. § 21-4. Likevel er muligheten for strafferettslige sanksjoner der, noe som kan tenkes å ha en avskrekkende effekt på aktørene slik at alvorlige brudd på tvl. § 21-4 kan unngås.

En rettsvirkning som er særegen for partens prosessfullmektig er ileggelse reaksjoner fra Disiplinærnemnden for advokatvirksomhet, som følge av brudd på de etiske reglene som samsvarer med tvl. § 21-4. Dette vil bli nærmere omtalt i relasjon til prosessfullmektigens forpliktelser, som er gjenstand for analyse i kapittel 5.

Ovenfor har jeg presentert mulige sanksjoner for brudd på sannhets- og opplysningsplikten. Rettens bruk av sanksjonsmulighetene, herunder mangelen på bruk, vil bli nærmere omtalt i et rettspolitisk perspektiv i kapittel 6.

4 Selvinkrimineringsvern som begrensning

4.1 Introduksjon av problemstilling

En problemstilling som kan oppstå i forbindelse med praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten er om sannhets- og opplysningsplikten er begrenset av selvinkrimineringsvernet. Vernet mot selvinkriminering er en konvensjonsbeskyttet

⁷⁶ Hjort (2016) s. 96.

⁷⁷ NOU 2001:32 B s. 947.

menneskerettighet, som følger av EMK art. 6 nr. 1 og SP art. 14. I tvisteloven kommer selvinkrimineringsvernet til uttrykk gjennom regelen om bevisfritak for opplysninger som kan medføre straff i § 22-9.

Det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet innebærer at den som er anklaget for et forhold som etter konvensjonen anses som straff, ikke plikter å avgi forklaring eller på annen måte bidra til sin egen domfellelse. Høyesterett har uttalt at dette er et «grunnleggende rettsstatsprinsipp».⁷⁸ Selvinkrimineringsvernet har til formål å sikre at individets personlige frihet og integritet beskyttes, og at enkeltpersoner ikke blir tvunget til å gi opplysninger som kan føre til straffeforfølgelse. Vernet er derfor mest aktuelt innenfor strafferetten. *Skoghøy* har tatt til orde for at selvinkrimineringsforbudet også retter seg mot å fremtvinge selvinkriminerende forklaringer til bruk i straffesaker.⁷⁹

Det jeg skal vurdere i dette kapitlet er hvor stort inngrep selvinkrimineringsvernet gjør i sannhets- og opplysningsplikten. I punkt 4.2 og 4.3 skal jeg henholdsvis redegjøre for innholdet i bevisfritaket i tvl. § 22-9 første ledd og unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd. Dette for å kunne vurdere om bestemmelsen utgjør en begrensning i sannhets- og opplysningsplikten. I punkt 4.4 skal jeg redegjøre for det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet, og drøfte om det kommer til anvendelse i sivile saker. Til sist skal jeg undersøke om unntaket til bevisfritaket i tvl. 22-9 innebærer krenkelse av det menneskerettslige vernet, ettersom en eventuell motstrid vil kunne få betydning for sannhets- og opplysningsplikten rekkevidde.

4.2 Bevisfritaket i tvl. § 22-9 for opplysninger som kan medføre straff

Tvistelovens hovedregel er fri bevisførsel.⁸⁰ Dette innebærer at alle typer bevis i prinsippet kan føres for retten. Prinsippet om fri bevisførsel må imidlertid tåle omfattende begrensninger i form av bevisforbud og bevisfritak. I forlengelsen av dette representerer tvistelovens regler om bevisforbud og bevisfritak begrensninger i sannhets- og opplysningsplikten.⁸¹ I dette punktet vil bevisfritaket for opplysninger som kan medføre straff i tvl. § 22-9 omtales.

⁷⁸ Rt. 1999 s. 1269.

⁷⁹ *Skoghøy* (2022) s. 805.

⁸⁰ Jf. tvl. § 21-3.

⁸¹ Jf. punkt 2.4 og henvisningen i tvl. § 21-4 til tvl. § 21-5.

Etter tvl. § 22-9 første ledd bokstav a kan blant annet en part nekte å gi tilgang til bevis som «kan medføre straff» for «vedkommende selv». Vilkåret om at opplysningen «kan medføre» straff innebærer etter en naturlig språklig forståelse et krav om årsakssammenheng mellom opplysningene og muligheten for en straffereaksjon. Ifølge rettspraksis fra det tilsvarende bevisfritaket i lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (heretter strpl.) § 123, må det være en nærliggende mulighet for at opplysningene fører til straff, eller at en foreliggende mistanke vil bli styrket.⁸² Metodisk sett er det ikke prinsipiell forskjell mellom de strafferettslige og sivilrettslige reglene vedrørende bevisforbud og bevisfritak.⁸³ Dette innebærer at rettspraksis fra straffeprosessen kan benyttes i sivilprosessen, og omvendt.

En naturlig språklig forståelse av vilkåret «straff» tilsier at bevisfritaket får anvendelse på opplysninger som kan lede til straffereaksjoner. Formelle straffereaksjoner etter strl. §§ 15 og 16 vil klart omfattes, men også oppregningen av strafferettslige reaksjoner i strl. § 30 vil omfattes.⁸⁴ Teoretikere har dessuten tatt til orde for å la tvl. § 22-9 første ledd komme til anvendelse på opplysninger som kan medføre reaksjoner i form av forvaltningssanksjoner, som er ansett som straff etter EMK artikkel 6 nr. 1.⁸⁵

Gjennom bevisfritakets brede anvendelsesområde i første ledd, gis parten utstrakt adgang til å nekte å forklare seg ut fra hensynet til selvinkrimineringsvern. Parten kan altså lovlig unnlate å bidra til sakens opplysning. Dette innebærer at bevisfritaket i tvl. § 22-9 første ledd i utgangspunktet er en innskrenkning av sannhets- og opplysningsplikten.

Tvl. § 22-9 bokstav a har nær innholdsmessig sammenheng med det menneskerettslige vernet, og fremstår som en forlengelse av det menneskerettslige forbudet mot plikt til selvinkriminering.⁸⁶ Bevisfritaket bygger dermed på de samme hensyn som begrunner et menneskerettslig selvinkrimineringsvern. Det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet har først og fremst til hensikt å beskytte individers personlige integritet og vilje. I tillegg er vernet

⁸² Ot.prp. nr. 28 (1950) s. 21–22, Rt. 1995 s. 289 A, 1997 s. 1303 A og 2008 s. 1481.

⁸³ Rt. 2009 s. 1526, avsnitt 28, hvor det ble uttalt at «[r]eglene er like i straffe- og sivilprosessen, selv om de konkrete avveiningene kan bli forskjellige i en sivil sak og i en straffesak».

⁸⁴ Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 22-9.

⁸⁵ Skoghøy (2022) s. 805, Schei m.fl. (2022), note 3, lovkommentar til tvl. § 22-9.

⁸⁶ Rt. 2011 s. 800 A, avsnitt 75, hvor Høyesterett omtalte det tilsvarende bevisfritak i strpl. § 123.

delvis begrunnet i hensynet til materielt riktig resultat, ettersom det er høyere risiko for at bevis ervervet ved tvang ikke er korrekte.⁸⁷

Det er særlig beskyttelsen av individers vilje og hensynet til medbestemmelse som står sentralt som begrunnelse bak bevisfritaket i tvl. § 22-9. Uten et slikt bevisfritak vil partene bli satt i en situasjon hvor de må velge om de skal fortelle sannheten og senere risikere å bli straffeforfulgt, eller lyve om det straffbare forholdet og dermed begå mened. Denne belastningen forhindres gjennom å bevare individets bestemmelsesrett vedrørende hvilke opplysninger som skal avgis. Videre stimulerer bevisfritaket til informasjonsflyt gjennom at parter og vitner i sivile saker, ettersom de personlige konsekvensene ved å måtte forklare seg uten et selvinkrimineringsvern er store. Følgelig tilrettelegger bevisfritaket for sakens opplysning og materielt riktig resultat.

Andre hensyn taler imidlertid imot et slikt bevisfritak. Hensynet til sakens opplysning og til et materielt riktig resultat taler imot et bevisfritak for opplysninger som kan medføre straff, ettersom påberopelse av bevisfritaket i første ledd medfører at retten ikke får opplyst saken tilstrekkelig. I tillegg er hensynet til effektivitet et ytterligere mothensyn. At parten nekter å forklare seg innebærer at det kan bli nødvendig for myndighetene å bruke ressurser for å få tak i informasjon på andre måter, noe som bidrar til et mindre effektivt rettssystem. Disse mothensynene nødvendiggjør et skjønnsmessig unntak til tvistelovens bevisfritak etter tvl. § 22-9 første ledd som kan begrense anvendelsen av bevisfritaket. Dette leder oppgaven over til unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd.

4.3 Unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd

Lovgiver har i tvl. § 22-9 annet ledd innført en adgang for retten til å pålegge forklaringsplikt til tross for at opplysningene kan være selvinkriminerende. Bevisfritaket i første ledd som i utgangspunktet virker å være en full begrensning av sannhets- og opplysningsplikten, kan som følge av unntaksadgangen innebære at tvl. § 22-9 første ledd ikke utgjør en begrensning i sannhets- og opplysningsplikten likevel.

Tvl. § 22-9 annet ledd lyder:

⁸⁷ *Saunders mot Storbritannia* [J], 1996, no. 19187/91, avsnitt 68 hvor EMD fremhevet at vernet bidrar til «the avoidance of miscarriages of justice».

«(2) Retten kan gi pålegg til en part eller vitne om å forklare seg i tilfelle som nevnt i første ledd, når det er rimelig etter en samlet vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for parten eller vitnet av å gi forklaring.»

Etter ordlyden kan en part etter en skjønsmessig vurdering bli pålagt av retten å forklare seg, selv om det innebærer at parten inkriminerer seg selv. Retten må avveie sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og den personlige konsekvensen opp mot hverandre. Etter en naturlig språklig forståelse må terskelen for pålegg av forklaringsplikt være høy, ettersom en eventuell straffeforfølgning kan få stor betydning for parten. Ifølge forarbeidene er terskelen for å pålegge forklaringsplikt etter annet ledd høyere der opplysningene inkriminerer parten selv, sammenlignet med inkriminering av de oppregnede grupper i bestemmelsens bokstav b-d.⁸⁸ Den høye terskelen innebærer at det skal mer til å pålegge parten å forklare seg, slik at det er vanskeligere for sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4 å få gjennomslag.

Konsekvensen av at retten utsteder forklaringspålegg etter annet ledd er at man faller tilbake på at parten plikter å forklare seg og tilby bevis i tråd med sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4. *Øyen* har påpekt det forhold at vitnet pålegges å forklare seg, ikke i seg selv gir immunitet mot at opplysningene senere brukes i en straffesak mot vitnet eller vitnets nærstående.⁸⁹ Realiteten er dermed at retten kan tvinge parten til å forklare seg og inkriminere seg selv, uten at det vil avstenge fra en videre straffeforfølgning på grunnlag av de fremtvungne opplysningene.

Unntaksadgangen i annet ledd ble tilføyd ved tvisteloven, slik at bevisfritaket etter tvistemålsloven § 208 ikke lenger var absolutt og ubetinget. Begrunnelsen for endringen var at lovgiver ønsket å legge «større vekt på opplysning av saken for å sikre en materielt riktig avgjørelse».⁹⁰ Hensynet til sakens opplysning og materielt riktig resultat fikk større betydning etter tvistelovens regulering av bevisfritaket, noe som har sammenheng med tvistelovens øvrige nyvinninger begrunnet i hensynet til materielt riktig resultat.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

⁸⁹ *Øyen* (2010) s. 165.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) s. 459.

At retten har en slik unntaksadgangen er rimelig i lys av bevisfritakets brede anvendelsesområde etter første ledd. Retten har nå adgang til å verdsette sakens opplysning høyere enn hensynet til individets integritet i de tilfeller der konsekvensene for parten er små. Dersom det mulige straffbare forholdet som kan bli røpet er bagatellmessig, kan det dermed lettere pålegges forklaringsplikt. Rettens adgang til å gi forklaringspålegg bidrar til å begrense bevisfritakets omfang, og sørger for at parten ikke kan få gjennomslag for bevisfritaket i første ledd uten en legitim grunn. Unntaksadgangen er dermed utelukkende positiv i et samfunnsperspektiv.

Oppsummert er tvistelovens regel om bevisfritak i tvl. § 22-9 bokstav a for opplysninger som kan medføre straff i utgangspunktet en begrensning i sannhets- og opplysningsloven, ettersom en part kan påberope seg bevisfritaket og dermed ikke forklare seg og tilby bevis etter tvl. § 21-4. Dersom retten benytter seg av unntaksbestemmelsen i andre ledd, utgjør bevisfritaket imidlertid ikke en begrensning i sannhets- og opplysningsplikten. Da faller man tilbake på hovedregelen om at parten plikter å forklare seg og tilby bevis i tråd med tvl. § 21-4.

4.4 Selvinkrimineringsvernet etter EMK

EMK art. 6 nr. 1 første punktum oppstiller en menneskerettslig rett til en rettferdig rettergang. I tillegg oppstiller artikkelen mer konkrete rettigheter, som rett til en offentlig rettergang, at rettergangen skal skje innen rimelig tid, og at den skal skje foran en uavhengig og upartisk domstol. Etter EMDs praksis er selvinkrimineringsvernet innfortolket i retten til rettferdig rettergang etter EMK artikkel 6 nr. 1.⁹¹ *Tirado Ortiz og Lozano Martin mot Spania* er et eksempel på denne innfortolkningen, hvor EMD uttalte:

«The Court reiterates further that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are genuinely recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6.»⁹²

⁹¹ Skohøy (2022) s. 810.

⁹² *Tirado Ortiz og Lozano Martin mot Spania* [J], 1998, no. 43486/98, avsnitt 1.

Det avgrenses mot det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) art. 14 nr. 3 bokstav g oppstiller for siktede, ettersom vernet etter EMK er mer aktuelt å vurdere i lys av oppgavens problemstilling som gjelder sivile saker.

Spørsmålet er om EMK oppstiller et menneskerettslig selvinkrimineringsvern i sivile saker. De to alternative inngangsvilkårene til rettssikkerhetsgarantiene etter EMK art. 6 nr. 1 er at det er tale om avgjørelse av «civil rights and obligations» eller avgjørelsen av en «criminal charge».

Det første spørsmålet er om det kan utledes et selvstendig selvinkrimineringsvern i sivile saker ut fra ordlyden «civil rights and obligations».

På den ene siden trekker ordlyden isolert sett i retning av at behandlingen av alle sivile saker om rettigheter og forpliktelser er underlagt de samme forpliktelsene som følger av EMK art. 6 nr. 1, herunder også selvinkrimineringsvernet. På den andre siden er selvinkrimineringsvernets primære nedslagsfelt tradisjonelle straffesaker, ettersom selvinkrimineringsvernets formål er å unngå at tiltalte bidrar til egen domfellelse. I en sivil sak vil partene ikke ha status som siktet, og det vil ikke nedlegges påstand om straff. Dette tilsier at selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 ikke gjelder ved behandlingen av sivile saker. Høyesterett har også tolket selvinkrimineringsvernet slik at det ikke kan hindre krav om dokumentfremleggelse i en sivil tvist som ikke innebærer noen straffesiktelse i konvensjonens forstand.⁹³ I tillegg finner tolkningen støtte i juridisk teori. Øyen gir uttrykk for at en betraktning om at et selvstendig selvinkrimineringsvern i sivile saker kan utledes av ordene «civil rights and obligations» i EMK art. 6 nr. 1 ikke er holdbar.⁹⁴

Systembetraktninger trekker videre i samme retning, ettersom selvinkrimineringsvernet etter SP er begrenset til siktelser.

Følgelig er det mye som trekker i retning av at det ikke kan utledes et selvinkrimineringsvern i sivile saker ut fra ordlyden «civil rights and obligations». Dette innebærer at det ikke er mulig å anføre det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet i enhver sivil sak.

⁹³ Rt. 2004 s. 1668, avsnitt 64.

⁹⁴ Øyen (2010), s. 26.

Spørsmålet blir videre om det kan utledes et vern mot selvinkriminering i sivile saker ut fra det andre inngangsvilkåret til EMK art. 6 nr. 1, «criminal charge».

Ordlyden «criminal» tilsier at det må foreligge en straffesiktelse, noe som isolert sett trekker i retning av at selvinkrimineringsvernet ikke gjelder i sivile saker. EMK opererer imidlertid med et selvstendig og autonomt straffebegrep, slik at det ikke skal bli opp til nasjonalstatene selv å definere anvendelsesområdet for de rettergangsgarantier konvensjonen gir.⁹⁵ Det innebærer at ordlyden «criminal» vil avhenge av konvensjonens klassifisering av straff. EMD har utviklet kriterier for hvilke reaksjoner som skal klassifiseres som straff, kjent som engelkriteriene. I henhold til engelkriteriene skal det ses hen til den nasjonale klassifikasjon av reaksjonen, den overtrådte normens karakter, og karakteren og alvoret i den sanksjonen som vedkommende risikerer.⁹⁶ Det må på bakgrunn av disse kriteriene foretas en helhetsvurdering av om en sanksjon kvalifiserer til å være straff.

Det er enkelte sakstyper i norsk rett som særlig aktualiserer vurderingen av Engel-kriteriene. Etter norsk rett karakteriseres administrative forvaltningssanksjoner som sivile saker, men ifølge Engel-kriteriene vil disse sakstypene karakteriseres som straff. EMK opererer altså med et videre straffebegrep enn norsk rett. En forvaltningssanksjon defineres som reaksjoner fra forvaltningsmyndighetene på et lovbrudd – eksempelvis overtredelsesgebyr, tilleggskrav eller tilbakekall av bevilling eller annen offentligrettslig tillatelse.⁹⁷ Dermed vil en sak vedrørende domstolsprøving av en forvaltningssanksjon, innebære at parten har status som siktet i EMD sin forstand, noe som oppfyller vilkåret «criminal» og således utløser rettighetene i EMK art. 6 nr. 1. Parten vil da være beskyttet etter det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet fra å forklare seg vedrørende det konkrete forholdet. Dette medfører at selvinkrimineringsvernet kan få anvendelse i sivile saker i forbindelse med illeggelse av forvaltningssanksjoner.

En ytterligere problemstilling er på hvilket tidspunkt i saksforløpet det foreligger en «charge», som utløser rettighetene i EMK art. 6 nr. 1. Dette vil få betydning for når selvinkrimineringsvernet kommer til anvendelse.

⁹⁵ Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 297-339, punkt 2.1.

⁹⁶ *Engel m.fl. mot Nederland* [J], 1976, no. 5100/71.

⁹⁷ Skoghøy, «Forvaltningssanksjoner, EMK og Grunnloven», s. 297-339.

Ordlyden «charge» i EMK art. 1 må forstås autonomt i lys av EMDs praksis. I *Deweere mot Belgia* fremhevet EMD at begrepet skal forstås materielt, og ikke formelt. Det vil si at det er realiteten som er avgjørende, ikke når det etter nasjonal rett foreligger en formell straffesiktelse.⁹⁸ EMD slo fast at det sentrale vurderingstemaet for når det foreligger en «charge» er om vedkommende har blitt «substantially affected» av etterforskningen.⁹⁹

En part som risikerer ileggelse en forvaltningssanksjon, vil ha status som siktet ifølge EMD sitt straffebegrep. Følgelig vil parten naturligvis måtte anses for å være «substantially affected» senest når stevningen inngis for domstolene.¹⁰⁰

En særlig problemstilling er om selvinkrimineringsvernet gjelder der en part forklarer seg i en sak av ren sivil karakter, hvor parten ved å forklare seg i tråd med rettens forklaringspålegg risikerer å avdekke et straffbart forhold som kan lede til senere strafforfølgning. Det er mer tvilsomt hvorvidt parten da kan anses å være «substantially affected» og dermed også «charged». Problemstillingen vil få betydning for om retten har adgang til å utstede forklaringspålegg etter unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd, som igjen påvirker partens sannhets- og opplysningsplikt etter tvl. § 21-4. Dersom vernet etter EMK innkobles ved utstedelsen av forklaringspålegget, vil forklaringspålegget kunne havne i motstrid med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet, noe som vil innebære at partens sannhets- og opplysningsplikt etter tvl. § 21-4 begrenses.

EMD uttrykte i *Weh mot Østerrike* at det er sentralt i vurderingen av «substantially affected» om forbindelsen mellom opplysningen og en senere strafforfølgning er «remote and hypothetical», og ikke har en «sufficiently concrete link».¹⁰¹ Det vil si at forbindelsen mellom de opplysninger som fremkommer av forklaringspålegget og den senere strafforfølgningen ikke må være fjern for at parten skal anses som «substantially affected». I så fall vil det foreligge en «charge» etter EMK art. 6 nr. 1.

⁹⁸ *Deweere mot Belgia* [J], 1980, no. 6903/75, avsnitt 44.

⁹⁹ *Deweere mot Belgia* [J], 1980, no. 6903/75, avsnitt 46.

¹⁰⁰ Parten kan etter omstendighetene få status som siktet allerede ved forhåndsvarselet etter forvaltningsloven § 16, se Rt. 2000 s. 996 hvor vernet intrådte ved forhåndsvarsel om tilleggsskatt.

¹⁰¹ *Weh mot Østerrike* [J], 2004, no. 38544/97, avsnitt 56.

Momentene EMD oppstiller trekker i retning av at selvinkrimineringsvernet etter omstendighetene kan få anvendelse i en sivil sak. Forutsatt at retten ilegger det forklaringspålegg etter unntaket i annet ledd, er det mye som tyder på at parten er å anse som «substantially affected», slik at vernet vil inntre. En part som påberoper seg bevisfritaksregelen i tvl. § 22-9 første ledd må gjøre grunnen sannsynlig eller bekrefte grunnen med forsikring.¹⁰² Parten har gjennom påberopelsen av bevisfritaket signalisert at han har begått et straffbart forhold.¹⁰³ En eventuell videre strafforfølgning vil baseres på forklaringen, slik at sammenhengen ikke er «remote and hypothetical». Dersom retten til tross for påberopelsen av bevisfritaket beslutter at parten må forklare seg etter tvl. § 22-9 annet ledd, vil opplysningene om det straffbare forholdet kunne videreformidles og påtales av myndighetene. Der dette gjøres vil det være en «concrete link» mellom forklaringspålegget og den etterfølgende straffesaken. Videre trekker formålsbetraktninger i retning av at parten da vil være «substantially affected».¹⁰⁴ Forklaringspålegget vil like fullt kunne bidra til partens domfellelse, til tross for at forklaringen har blitt avsagt i en sivil sak.

Jeg legger som følge av dette til grunn at parten ved utstedelse av et forklaringspålegg vil være «substantially affected», slik at det foreligger en «charge». Den sentrale forutsetningen for vernet er imidlertid at retten har utstedt et forklaringspålegg, ettersom det er på dette tidspunktet selvinkrimineringsvernet etter EMK innkobles. Det er ikke slik at det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet gjør seg gjeldende i enhver sivil sak.

En problemstilling som aktualiserer seg er om rettens utstedelse av et forklaringspålegg vil innebære en krenkelse av det menneskerettslige vernet, herunder om det vil være motstrid mellom regelsettene. Der vernet innkobles i en sivil sak, kan det tyde på at det vil være en automatisk motstrid mellom tvl. § 22-9 annet ledd og selvinkrimineringsvernet i EMK. Som jeg skal komme til i punkt 4.5 vil ikke dette alltid være tilfellet.

¹⁰² Jf. tvl. § 24-8 tredje ledd.

¹⁰³ En part som påberoper seg bevisfritaksregelen i tvl. § 22-9 første ledd må gjøre grunnen sannsynlig eller bekrefte grunnen med forsikring, jf. tvl. § 24-8 tredje ledd.

¹⁰⁴ Formålsbetraktninger er en relevant kilde i EMDs metode, jf. Wienkonvensjonen art. 31 og *Golder mot Storbritannia* [J], 1975, no. 4451/70.

4.5 Vil rettens forklaringspålegg etter tvl. § 22-9 annet ledd innebære en krenkelse av det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet?

Spørsmålet er om rettens pålegg om forklaring etter tvl. § 22-9 annet ledd vil innebære en krenkelse av det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet. Problemstillingen kommer på spissen for domstolsprøving av forvaltningssanksjoner og i sivile saker hvor parten har påberopt bevisfritaket i tvl. § 22-9 første ledd og retten likevel utsteder forklaringspålegg, ettersom det er i disse tilfeller selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 kommer til anvendelse.¹⁰⁵

Problemstillingen er relevant på bakgrunn av at motstriden vil påvirke hvorvidt sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4 er begrenset av selvinkrimineringsvernet. Dersom et forklaringspålegg er i strid med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet, faller man tilbake på bevisfritaket i tvl. § 22-9 første ledd. Bevisfritaket gjør da inngrep i sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4, ettersom parten kan nekte å forklare seg med grunnlag i bevisfritaket. Dersom et forklaringspålegg etter tvl. § 22-9 annet derimot ikke er i strid med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet, vil det ikke være tale om et inngrep i sannhets- og opplysningsplikten ettersom parten vil måtte forklare seg for retten i tråd med tvl. § 21-4.

Ordlyden i tvl. § 22-9 annet ledd gir ikke noen anvisninger på forholdet mellom bestemmelsen og det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet. Lovforarbeidene diskuterer heller ikke en eventuell konflikt med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet.

Det er imidlertid ikke holdepunkter for å konstatere at lovgiver bevisst har ønsket å utforme tvl. § 22-9 i strid med EMK. Presumsjonsprinsippet støtter opp under dette. Sivilprosessen er sektormonistisk som følge av folkerettsreservasjonen i tvl. § 1-2, noe som vil si at sivilprosessen er generelt begrenset av Norges folkerettslige forpliktelser. Høyesterett har slått fast at staten i forbindelse med Grl. § 92 er forpliktet til å respektere menneskerettighetene «på det nivå de er gjennomført i norsk rett».¹⁰⁶ EMK og SP er inkorporert i norsk rett

¹⁰⁵ Jf. punkt 4.4.

¹⁰⁶ HR-2016-02554-P, avsnitt 70.

gjennom mrl. § 2. Dette innebærer at der en eventuell motstrid ikke kan bortfortolkes, vil mrl. § 3 medføre at det det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet vil få forrang.

Retten må dermed anvende unntaksbestemmelsen i tråd med de begrensninger som følger av selvinkrimineringsvernet som er innfortolket i EMK art. 6, for at menneskerettighetene ikke skal bli krenket.

Det er på det rene at det vil være motstrid med det menneskerettslige vernet hvor den sivile saken i seg selv gjelder en straffesiktelse etter EMK, det vil si ved domstolsprøving av en forvaltningssanksjon. Selvinkrimineringsvernet kommer i disse sakstypene til anvendelse ved forhåndsvarselet eller senest ved stevningen, slik at selvinkrimineringsvernet gjelder før et eventuelt pålegg er gitt.¹⁰⁷ Det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet vil dermed avstenge fra at retten i det hele tatt kan utstede forklaringspålegg. Følgelig må sannhets- og opplysningsplikten i disse sakstypene vike, ettersom parten da er beskyttet fra å forklare seg grunnet selvinkrimineringsvernet.

Det interessante spørsmålet er om det også vil være automatisk motstrid med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet i sivile saker ved utstedelse av forklaringspålegg og hvor vernet etter EMK art. 6 nr. 1 gjør seg gjeldende. For eksempel i en ordinær erstatningssak, hvor rettens pålegg om forklaring vil medføre at parten innrømmer å ha begått tyveri.

Motstriden vil ikke være like åpenbar hvor en parts forklaring i en sivil sak kan være aktuell å bruke i en etterfølgende straffesak på bakgrunn av rettens forklaringspålegg som for forvaltningssanksjoner. Årsaken til denne forskjellen er at det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet for rent sivile saker som ikke omhandler forvaltningssanksjoner ikke innkobles før rettens eventuelle forklaringspålegg er utstedt.¹⁰⁸

Vangnes har tatt til orde for at i det i de tilfeller hvor forklaringen kan være aktuell å bruke i en senere straffesak beror på en sammensatt vurdering om påleggelse av forklaringsplikt vil

¹⁰⁷ Jf. punkt 4.4 og fotnote 100.

¹⁰⁸ Jf. Punkt 4.4, ettersom det er på dette tidspunkt parten er «substantially affected» slik at det foreligger en «charge» etter EMK art. 6 nr. 1.

være i strid med selvinkrimineringsvernet.¹⁰⁹ Ifølge *Skoghøy* vil bevisforbudet i tvl. § 22-7 få betydning for problemstillingen.¹¹⁰

Tvl. § 22-7 inneholder et bevisforbud mot bevis framskaffet på utilbørlig måte, som tidligere gjaldt på ulovfestet grunnlag. Retten kan ifølge bestemmelsen i «særlige tilfeller» nekte føring av bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte. Ordlyden «særlige tilfeller» innebærer etter en naturlig språklig forståelse at hovedregelen er at utilbørlige ervervede bevis skal tillates ført, og at det er unntak fra dette som må begrunnes. Dette er begrunnet i hensynet til sakens opplysning.¹¹¹ Videre har bestemmelsen en generell preventiv effekt, ved at den sanksjonerer former for bevisinnhenting som samfunnet fordømmer.¹¹²

Skoghøy har tatt til orde for at et bevis som er fremskaffet i strid med forbudet mot plikt til selvinkriminering er et ulovlig ervervet bevis etter bevisforbudet i tvl. § 22-7.¹¹³ At et bevis innhentet i strid med selvinkrimineringsvernet er utilbørlig ervervet støttes opp av de preventive hensyn bak tvl. § 22-7, ettersom det i et samfunnsperspektiv ikke er ønskelig med bevisinnhenting i strid med menneskerettighetene.

Den etterfølgende bruken av de avdekkede opplysningene kan altså få betydning for den eventuelle motstriden mellom rettens forklaringspålegg etter tvl. § 22-9 annet ledd og det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet. Ettersom hovedregelen etter tvl. § 22-7 er at utilbørlige bevis skal tillates ført, vil den eventuelle motstriden avhenge av om retten kommer til at det foreligger særlige grunner som tilsier at beviset bør nektes ført. Dersom partens forklaring etter pålegget i tvl. § 22-9 annet ledd kommer opp i en etterfølgende straffesak, og retten kommer til at den straffbare opplysningen nektes ført, vil en bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 medføre at det ikke er motstrid mellom forklaringspålegget og det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet. I et slikt tilfelle vil ikke selvinkrimineringsvernets begrunnelse og formål slå til, ettersom rettens pålegg om forklaringsplikt ikke vil kunne bidra til domfellelse av parten.

¹⁰⁹ Vangsnes (2021), note 3, lovkommentar til tvl. § 22-9 annet ledd.

¹¹⁰ *Skoghøy* (2022) s. 810.

¹¹¹ Vangsnes (2021), note 1, lovkommentar til tvl- § 22-7.

¹¹² Vangsnes (2021), note 1, lovkommentar til tvl- § 22-7.

¹¹³ *Skoghøy* (2022) s. 810.

Dette innebærer at det vil være uproblematisk at retten utsteder forklaringspålegg etter tvl. § 22-9 annet ledd i den sivile saken, så lenge beviset avskjæres i etterkant i tråd med tvl. § 22-7. Det er altså ikke tale om automatisk motstrid med det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet når retten utsteder forklaringspålegg i sivile saker hvor vernet etter EMK art. 6 nr. 1 gjør seg gjeldende.

På tidspunktet forklaringspålegget eventuelt gis, kan det imidlertid være en utfordring for dommeren å ta den videre bruk av opplysningene i betraktning ettersom en eventuell etterfølgende bevisavskjæring vil bero på dommerskjønn. Det må imidlertid antas at klar selvinkriminering vil føre til at beviset nektes ført. Det vil dermed som følge av bevisforbudet i tvl. § 22-7 sjelden oppstå motstrid mellom tvl. § 22-9 annet ledd og det menneskerettslige selvinkrimineringsvernet.

Oppsummert må rettens unntak til bevisfritaket for opplysninger som kan medføre straff etter tvl. § 22-9 annet ledd prinsipielt praktiseres i tråd med selvinkrimineringsvernet EMK oppstiller hvor dette kommer til anvendelse. Det er imidlertid ikke tale om en automatisk motstrid. Dersom en part har etterkommet rettens pålegg og forklart seg, og spørsmålet kommer opp i en etterfølgende sak, kan etterfølgende bevisavskjæring etter tvl. § 22-7 gjøre at det likevel ikke vil være en krenkelse av menneskerettighetene å utstede forklaringspålegg. Man faller da tilbake på utgangspunktet om forklaringsplikt i tråd med tvl. § 21-4, slik at unntaket i tvl. § 22-9 annet ledd ikke vil utgjøre en begrensning i sannhets- og opplysningsplikten. Da under forutsetning av at beviset nektes ført i etterkant.

Sannhets- og opplysningsplikten vil imidlertid like fullt være begrenset av bevisfritaket i tvl. § 22-9 første ledd i de saker hvor retten på bakgrunn av sin skjønnsmessige vurdering ikke beslutter å utstede forklaringspålegg. Klar selvinkriminering i strid med menneskerettighetene vil trolig i seg selv være et viktig moment i rettens vurdering av om forklaringsplikt i det hele tatt skal pålegges etter tvl. § 22-9 annet ledd. Det vil si at der parten påberoper bevisfritaket, og retten ikke utsteder forklaringsplikt, vil sannhets- og opplysningsplikten måtte vike.

5 Prosessfullmektigens forpliktelser ved praktiseringen av sannhets- og opplysningsplikten

5.1 Innledende bemerkninger

Partene vil ofte være representert av en prosessfullmektig i form av en advokat, og tvl. § 21-4 gjelder på lik linje for prosessfullmektigen som for parten.¹¹⁴ For prosessfullmektigen kan praktisering av opplysningsplikten innebære særlige utfordringer. I dette underpunktet skal jeg belyse de etiske utfordringene prosessfullmektigen kan møte på, samt forholdet mellom opplysningsplikten og prosessfullmektigens yrkesmessige taushetsplikt.

5.2 Etiske utfordringer for prosessfullmektigen

Prosessfullmektigens oppgave er å representere klienten i rettergangen og i den forbindelse ivareta klientens interesser. Parten vil ha forventninger til at prosessfullmektigen arbeider for klientens sak, og prosessfullmektigen vil naturligvis ha et ønske om å innfri disse forventningene. Ettersom klientens egeninteresse i sakens resultat er høy, kan det være fristende for klienten å unndra bevis som ikke taler i partens favør. Prosessfullmektigen kan risikere å bli forespurt av klienten å undersøke bevis, slik at prosessfullmektigen havner i et etisk dilemma. For enkelte prosessfullmektiger kan ønsket om å ivareta klientens interesser medføre at de tilbakeholder bevis de kan være pliktig til å opplyse om eller fremlegge etter tvl. § 21-4. Dette reiser spørsmålet om hvilke etiske retningslinjer prosessfullmektigen er bundet av.

Den Norske Advokatforening har utarbeidet et etisk regelsett kalt Regler for god advokatskikk (heretter RGA). Reglene håndheves i siste instans av Disiplinærnemnden, og brudd på reglene kan medføre reaksjonene irettesettelse, kritikk eller advarsel.¹¹⁵

Advokatforeningens disiplinærutvalg er første instans i tvister som angår foreningens medlemmer, og de har også adgang til å ilegge reaksjoner.¹¹⁶

Innledningsvis er det nødvendig å klargjøre RGA sin rettskildemessige vekt. Utgangspunktet er at RGA er ordensregler uten rettslige konsekvenser. Høyesterett har uttalt at RGA er

¹¹⁴ Jf. punkt 2.3.

¹¹⁵ Domstoloven § 227.

¹¹⁶ Vedtekter for Den Norske Advokatforening § 8-1.

yrkesetiske regler, som ikke kan håndheves av domstolene.¹¹⁷ Dette innebærer at selv om en disiplinærreaksjon kan få stor betydning for individet, knytter det seg ikke rettslige konsekvenser til det forhold at en advokat har handlet i strid med de yrkesetiske reglene. RGA har imidlertid forskrifts rang gjennom inntakelse i Advokatforskriften.¹¹⁸ I tillegg utgjør RGA en rettslig standard for «god advokatskikk» gjennom lov 13. august 1915 nr. 5 om domstolene (heretter dl.) § 224, som henviser til RGA. Følgelig har RGA et rettslig preg, til tross for at reglene prinsipielt ikke innebærer rettslige konsekvenser. Dette innebærer at overtredelse av reglene kan få rettslig betydning for advokater gjennom håndhevelse av den rettslige standarden for god advokatskikk, som igjen medfører at RGA har en høyere rettskildemessig vekt enn først antatt. Likevel vil RGA først og fremst ha status som yrkesetiske regler, og være et insentiv for advokatstanden til å opptre etisk forsvarlig.

Vi kan finne etiske utslag av opplysningsplikten i RGA, som belyser hva prosessfullmektigens etiske forpliktelser består i. Det følger av RGA punkt 1.2 at advokatens hovedoppgave er «å fremme rett og hindre urett». Ut fra denne ordlyden kan det i et overordnet perspektiv leses en plikt til å overholde sannhets- og opplysningsplikten. Videre følger det av punkt 4.2 om rettferdig rettergang at «En advokat skal ikke bevisst gi uriktige eller villedende opplysninger til retten.» Dette er et klart etisk utslag av tvl. § 21-4. Det fremkommer også av RGA punkt 4.1 at «en advokat skal opptre korrekt i forhold til prosesslovgivningen». Å opptre korrekt i forhold til prosesslovgivningen vil blant annet innebære å overholde tvl. § 21-4. At advokaten i visse tilfeller må legge frem bevis, selv når opplysningene ikke er i klientens interesse, kan altså utledes av flere regler. De nevnte etiske reglene samsvarer med tvl. § 21-4, og bidrar til ivaretagelse av advokatstandens behov for tillitt og anseelse.¹¹⁹

Utgangspunktene i RGA skissert ovenfor medfører at advokaten i tillegg til å ha en lovbestemt forpliktelse til å overholde tvl. § 21-4, har en etisk forpliktelse til å overholde opplysningsplikten. Samtidig har prosessfullmektigen en etisk forpliktelse til å ivareta klientens interesser.¹²⁰ Spørsmålet er hvordan prosessfullmektigens etiske forpliktelse til å

¹¹⁷ Rt. 2000 s. 1948, s. 1951.

¹¹⁸ Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstoloven (Advokatforskriften).

¹¹⁹ ADA-2021-D13993, jf. RGA punkt 1.3.

¹²⁰ RGA punkt 2.1.

overholde opplysningsplikten må vektes mot prosessfullmektigens etiske forpliktelse til å ivareta klientens interesser hvor disse kolliderer.

Disiplinærpraksis viser at den etiske forpliktelsen til å overholde opplysningsplikten har høyere vekt enn den etiske forpliktelsen til å ivareta klientens interesser. Disiplinærnemndens avgjørelse i ADA-2012-D94 omhandlet tilbakeholdelse av bevis. Det nemnda skulle avgjøre var hvilken reaksjon som var riktig å ilegge. Sakens faktiske forhold var at den innklagede advokaten ikke hadde fremlagt eller opplyst om et brev som kunne være av betydning for saken for retten. Først etter at klager ved en tilfeldighet ble oppmerksom på brevets eksistens ble brevet fremlagt. Disiplinærnemnden viste til punktene fra RGA som nevnt ovenfor, og konkluderte med at advokaten hadde krenket disse reglene.¹²¹ Ettersom det var første gangs overtredelse kom nemnda til at det ikke var nødvendig med reaksjon i form av irettesettelse, men fant det riktig å reagere ved å meddele advokaten kritikk. Avgjørelsen er et uttrykk for at advokaten har en etisk forpliktelse til å fremlegge bevis som kan være av betydning for saken, selv når beviset ikke er i klientens interesse.

Disiplinærnemndens avgjørelse i ADA-2013-15 illustrer også at de etiske reglene om opplysningsplikt går foran klientinteressen. Saken omhandlet bevisfremleggelse, hvor en advokat hadde unnlatt å fremlegge en straffedom som hadde blitt provosert fremlagt fra motpart. Advokaten fremla ikke den dommen som hadde betydning for saken, men fremla i stedet en annen dom. Disiplinærutvalget viste til sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4, og de etiske retningslinjer vedrørende opplysningsplikt. Advokaten var som følge av tvl. § 21-4 i utgangspunktet pliktig til å fremlegge den relevante dommen på eget initiativ allerede før den ble provosert fremlagt, ettersom opplysningsplikten for bevis parten har hånd om gjelder uavhengig av om beviset taler motpartens sak. I stedet forsøkte advokaten å unndra beviset gjennom å påberope seg taushetsplikten. Disiplinærutvalget fant det klart at den aktuelle straffedommen ikke var beskyttet av yrkesmessig taushetsplikt, og mente at fremleggelsen av feil dom fremsto som et forsøk på å unndra for tingretten et sentralt dokument av betydning for sakens opplysning.¹²² Dette forholdet ble ansett alvorlig og fikk betydning for disiplinærutvalgets beslutning om å meddele advokaten reaksjonen advarsel. Det fikk også betydning at han tre ganger tidligere hadde opptrådt i strid med Regler for god advokatskikk.

¹²¹ ADA-2012-D94.

¹²² ADA-2013-15.

Avgjørelsen illustrerer den etiske forpliktelsen prosessfullmektigen har til å opplyse om bevis i disfavør av parten som blir representert, og at forsøk på omgåelse av opplysningsplikten kan bli slått hardt ned på.

Disiplinærnemndens beslutning om ileggelse av reaksjon i de to avgjørelsene må tas til inntekt for at den etiske forpliktelsen prosessfullmektigen har i forbindelse med opplysningsplikt veier tungt. Det er svært få disiplinære avgjørelser som omhandler brudd på de etiske retningslinjer vedrørende opplysningsplikt, og de få brudd som kommer inn til nemndsbehandling blir sanksjonert.¹²³ Uavhengig av om prosessfullmektigens tilbakeholdelse av bevis er i sin klients interesse, anser disiplinærnemnden tilbakeholdelse av bevis som brudd på RGA.

At de etiske utslagene av opplysningsplikten går foran den etiske reguleringen av ivaretagelse av klientinteressene speiler betydningen til sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4. Selv om både klientinteressen og opplysningsplikten følger av RGA, er det sentralt at de etiske utslag av opplysningsplikten bygger på tvl. § 21-4. Lovtekst veier tyngre enn ordensregler, slik at prosessfullmektigen hvor opplysningsplikten havner i konflikt med klientinteresser først og fremst må sørge for å oppfylle sine lovbestemte forpliktelser etter tvl. § 21-4. Det vil være svært uheldig dersom prosessfullmektigen verdsetter å blidgjøre sin klient høyere enn sin lovpålagte plikt etter tvl. § 21-4.

Det kan også tenkes at overholdelse av opplysningsplikten vil være å ivareta klientens interesser i et prosessøkonomisk perspektiv. Tvl. § 21-4 er begrunnet i hensynet til materielt riktig resultat. Brudd på opplysningsplikten kan innebære at saken ikke får materielt riktig resultat, noe som medfører større risiko for ankebehandling og omgjøring av avgjørelsen – som igjen kan bli en kostbar affære for klienten.

Oppsummert er konklusjonen på problemstillingen at prosessfullmektigens etiske forpliktelse til å overholde opplysningsplikten veier tyngre enn prosessfullmektigens etiske forpliktelse til å ivareta klientens interesser.

¹²³ Søk i Lovdata 23.02.2023 i kategorien «ADA», dvs. avgjørelser fra Disiplinærnemnden for Advokater, på «lov-2005-06-17-90-§ 21-4» ga tre treff: ADA-2012-D94, ADA-2013-15 og ADA-2021-D13993.

5.3 Forholdet mellom opplysningsplikten og prosessfullmektigens taushetsplikt

5.3.1 Innledende bemerkninger

Prosessfullmektigen vil i forbindelse med representasjonen av sin klient oppleve å være pliktig til å opplyse om et bevis som følge av tvl. § 21-4, men samtidig ha plikt til å bevare taushet om beviset som følge av den yrkesmessige taushetsplikten etter bevisforbudet i tvl. § 22-5. Opplysningsplikten vil da kunne havne i konflikt med taushetsplikten. I punkt 3.3.2 skal jeg behandle problemstillingen om taushetsplikten går foran opplysningsplikten. I punkt 3.3.3 skal jeg se på muligheten prosessfullmektigen har for å forene pliktene, slik at de to utgangspunktene ikke havner i konflikt.

5.3.2 Går taushetsplikten foran opplysningsplikten?

Siden taushetsplikten og opplysningsplikten oppstiller henholdsvis et forbud mot og en plikt til å videreformidle opplysninger, må det tas stilling til hvordan de to ulike pliktene forholder seg til hverandre når de kommer til anvendelse på samme faktiske forhold. Det er i de tilfeller hvor informasjon ellers ville vært holdt skjult at opplysningsplikten har en vesentlig funksjon.

Det er imidlertid en forutsetning for at de to pliktene havner i konflikt at klienten ikke har gitt samtykke til fremleggelse av de taushetsbelagte opplysningene. Dersom klienten samtykker til fremleggelse av en taushetsbelagt opplysning, oppheves taushetsplikten og begrunnelsen for å bevare taushet om opplysningen faller da bort. Problematikken mellom taushetsplikten og opplysningsplikten vil dermed i stor grad avhjelpes i praksis ved at klienten samtykker til fremleggelse. At samtykke opphever taushetsplikten, følger eksplisitt av blant annet tvl. § 22-5 tredje ledd. Klienten plikter selvsagt ikke til å samtykke til bevisfremleggelsen, men selve eksistensen av en sannhets- og opplysningsplikt i tvl. § 21-4 og dens sanksjoner kan være egnet til å skape bevissthet og føre til at klienten likevel gir sitt samtykke.

Rettsgrunnlaget for prosessfullmektigens taushetsplikt er den yrkesmessige taushetsplikten som følger av bevisforbudet i tvl. § 22-5. Etter bestemmelsen kan retten ikke ta imot bevis fra blant annet advokater om noe som er «betrodd dem i deres stilling». Brudd på taushetsplikt i henhold til lov eller forskrift er dessuten straffbart etter strl. § 209. I tillegg er advokatens taushetsplikt kodifisert og vedtatt i den nye advokatloven av 12. mai 2022 nr. 28 § 32 første

ledd.¹²⁴ Når loven trer i kraft, vil det innebære en tydeliggjøring av den yrkesmessige taushetsplikten.

Den yrkesmessige taushetsplikten har i likhet som for opplysningsplikten sine utslag i de etiske reglene i RGA. Det følger av RGA punkt 2.3

.2 at advokaten skal overholde den taushetsplikt han er pålagt gjennom lovgivningen. Bestemmelsen er ikke en selvstendig hjemmel for taushetsplikt, men en henvisning til eksisterende lovgivning. Videre inneholder RGA pkt. 2.3.2 (2) en fortrolighetsplikt, som oppstiller en plikt for advokaten til å behandle opplysninger som han blir kjent med i sitt virke «fortrolig også når opplysningene ikke omfattes av hans lovbestemte taushetsplikt». Fortrolighetsplikten strekker seg lengre enn taushetsplikten, og styrker advokatens etiske forpliktelser til å bevare taushet om klientbetrodde opplysninger.

Prosessfullmektigen kan på bakgrunn av taushetsplikten etter tvl. § 22-5 ikke fremlegge et bevis han har blitt kjent med gjennom klienten uten klientens samtykke. Et praktisk eksempel på problemstillingen er der en advokat har fått kjennskap til et relevant dokumentbevis fra sin klient, som ikke er tilgjengelig for allmennheten og dermed heller ikke tilgjengelig for motparten. Et slikt bevis er prosessfullmektigen i utgangspunktet pliktig til å fremlegge. Ettersom prosessfullmektigen ble kjent med dokumentbeviset i sin stilling, er imidlertid opplysningen beskyttet av taushetsplikten. Taushetsplikten er en grunnleggende forutsetning for forholdet mellom advokat og klient, slik at det kan oppstå vanskelige avveininger.

På den ene siden kan det argumenteres for at forarbeidenes sterke signaler om at lovgiver gjennom tvl. § 21-4 ønsket å stille strengere krav til sannferdig og fullstendig opplysning av saken innebærer at opplysningsplikten går foran taushetsplikten.¹²⁵ Taushetsplikten vil kunne gjøre et stort innhogg i bestemmelsens tiltenkte virkeområde. *Robberstad* har i sin tolkning av tvl. § 22-5 tatt til orde for at partens sterke plikt til å gi opplysninger om grunnlaget for søksmålet, lovfestet i tvl § 21-4, er et argument for ikke å gi bevisforbudet i tvl. § 22-5 en for omfattende rekkevidde.¹²⁶

¹²⁴ P.t. ikke trådt i kraft.

¹²⁵ Jf. punkt 3.1.

¹²⁶ *Robberstad* (2021) s. 250.

På den andre siden tilsier systembetraktninger at taushetsplikten går foran opplysningsplikten. Som tidligere nevnt innebærer henvisningen til tvl. § 21-5 at det inngår en bevisplikt i tvl. § 21-4. Tv. § 21-4 er dermed i likhet med tvl. § 21-5 begrenset av tvistelovens bevisfritak og bevisforbud. Høyesterettspraksis og juridisk teori støtter opp om forståelsen.¹²⁷ At tvl. § 21-4 er begrenset av tvistelovens bevisfritak og bevisforbud innebærer at bevisforbudet i tvl. § 22-5 mot taushetsbelagte opplysninger går foran opplysningsplikten.

Hensynene bak den yrkesmessige taushetsplikten etter tvl. § 22-5 trekker videre i retning av at taushetsplikten går foran opplysningsplikten. Taushetsplikten skal bidra til å forhindre at betrodde opplysninger kommer på avveie, og bevarer dermed hensynet til tillit i klientrelasjonen mellom advokaten og klienten. Taushetsplikten tilrettelegger for informasjonsflyt mellom klient og advokat, og er helt grunnleggende for arbeidets karakter. Det er derfor rimelig at opplysningsplikten ikke gjør inngrep i disse hensynene, og at taushetsplikten prinsipielt går foran opplysningsplikten.

Følgelig er konklusjonen at taushetsplikten etter tvl. § 22-5 går foran sannhets- og opplysningsplikten i tvl. § 21-4. Dersom prosessfullmektigen befinner seg i en situasjon hvor han har plikt til å bevare taushet om et bevis, og samtidig plikt til å opplyse om det, får taushetsplikten prinsipielt gjennomslag. Dette vil samtidig innebære at prosessfullmektigen vil måtte bryte sine forpliktelser tvl. § 21-4, noe som ikke er i tråd med lovgivers tiltenkte virkning. Dette leder spørsmålet over til hvilke handlingsalternativer prosessfullmektigen har.

5.3.3 Har prosessfullmektigen handlingsalternativer som kan medføre at opplysningsplikten overholdes?

Opplysningsplikten vil i kollisjon med taushetsplikten måtte vike, som vist rett ovenfor. Spørsmålet er om prosessfullmektigen har noen handlingsalternativer som kan medføre at opplysningsplikten respekteres uten å komme på kant med taushetsplikten. Hvis ikke vil ikke prosessfullmektigens avledede opplysningsplikt etter tvl. § 21-4 ha aktualitet hvor de opplysningene det er tale om å opplyse om rammes av taushetsplikten.

Tvisteloven regulerer ikke forholdet mellom opplysningsplikten i tvl. § 21-4 og taushetsplikten i § 22-5. Heller ikke forarbeider eller ordinær rettspraksis har berørt spørsmålet. RGA er imidlertid retningsgivende for problemstillingen. Etter RGA punkt 3.1.6

¹²⁷ Rt. 2011 s. 753 forutsetningsvis og Schei m.fl. (2022), lovkommentar nr. 2 til tvl. § 21-4.

kan advokaten være fritatt utgangspunktet om at et påbegynt oppdrag skal fullføres dersom klienten ønsker det, blant annet på grunnlag av at advokaten har fått feilaktig eller ufullstendige opplysninger, at klienten ikke vil følge advokatens råd i saken, eller at det inntreffer slike omstendigheter at det ikke rimeligvis kan forlanges at advokaten fortsetter oppdraget. Disse tre alternativene kan danne grunnlag for at prosessfullmektigen kan fratre oppdraget der hvor klienten ikke vil samtykke til å fremlegge bevis som er omfattet av både taushetsplikten og opplysningsplikten i tvl. § 21-4. Dette tilsier at prosessfullmektigen kan være pliktig å fratre oppdraget som følge av klientens ønske om å tilbakeholde bevis.

Praksis fra disiplinærnemnden er også retningsgivende for problemstillingen, og støtter opp om fortolkningen av RGA punkt 3.1.6. I disiplinærnemndens avgjørelse ADA-2021-D13993 var spørsmålet om en advokat hadde brutt opplysningsplikten i en eiendomsvist. Klager hevdet at advokaten hadde skjult og tilbakeholdt to beviser i saken, og dermed brutt RGA. Advokaten anførte at han uten uten klientens fritak fra taushetsplikten ble satt i en vanskelig situasjon med hensyn til å kunne forsvare seg mot påståtte brudd på opplysningsplikten fra en motpart, ettersom brudd på taushetsplikten er belagt med straffeansvar. Nemnda fant imidlertid ikke grunn til å behandle akkurat denne problemstillingen ytterligere, ettersom advokatens klient hadde opphevet taushetsplikten for ankebehandlingen. Disiplinærnemnden foretok likevel en vurdering av om opplysningsplikten i det konkrete tilfellet var brutt, og behandlet dermed problemstillingen indirekte.

I sin konkrete vurdering av om advokaten hadde brutt opplysningsplikten, skilte disiplinærnemnden mellom opplysninger som må anses avgjørende for saken, og opplysninger som har betydning for saken - men som ikke er klart avgjørende. Det ble uttalt at som utgangspunkt må advokaten ved avgjørende opplysninger som hovedregel fratre oppdraget hvis klienten ikke samtykker til å gi opplysningene for å unngå brudd på opplysningsplikten.¹²⁸ Det innebærer at advokaten må foreta en vurdering av bevisets betydning for saken dersom taushetsplikten og opplysningsplikten havner i konflikt med hverandre. Der opplysningen er avgjørende og klienten motsetter seg fremleggelse, må advokaten fratre oppdraget. Følgelig har advokaten et handlingsalternativ i form av å fratre oppdraget for å unngå brudd på opplysningsplikten og samtidig respektere taushetsplikten.

¹²⁸ ADA-2021-D13993, avsnitt 26 i punktet «Disiplinærnemnden skal bemerke».

Et særlig spørsmål er hvordan problemstillingen vedrørende handlingsalternativer for prosessfullmektigen stiller seg der opplysningen som har blitt betrodd advokaten ikke er avgjørende, men likevel har åpenbar betydning. Disiplinærnemnden tar opp dette i ADA-2021-D13993. Disiplinærnemnden gir uttrykk for at det må foretas en konkret vurdering, og at det kan bli vanskelige vurderinger. Nemnda brukte som eksempel at et dokument som bidrar vesentlig til forståelsen av en omstridt avtalebestemmelse, trekker i motsatt retning av det resultat klienten ønsker å oppnå. Disiplinærnemnden kom til at det ikke kan oppstilles en generell etisk veiledning når det er tale om forhold som ikke er av avgjørende betydning. Det må likevel være et etisk krav at advokaten foretar en forsvarlig konkret vurdering av situasjonen, herunder særlig av den betydning opplysningen/dokumentet måtte ha for saken.¹²⁹ Dette innebærer at der hvor beviset av prosessfullmektigen blir vurdert til å ikke være avgjørende for saken, kan det ikke kreves at prosessfullmektigen fratrer oppdraget av hensyn til opplysningsplikten.

Resultatet i saken som ble behandlet av nemnda var at opplysningsplikten ikke var brutt, slik at advokaten ble frifunnet for brudd på god advokatskikk. Bevisenes betydning for saken ble ansett å være begrenset. Disiplinæravgjørelsen illustrerer avveiningen mellom opplysningsplikten og taushetsplikten. Der hvor beviset ikke har avgjørende betydning, vil det ikke være en krenkelse av opplysningsplikten at advokaten ikke fratrer oppdraget. Dette innebærer at konklusjonen i forrige punkt, hvor opplysningsplikten må vike for taushetsplikten, ikke får gjennomslag fullt ut. Det må her som ellers foretas en konkret vurdering, hvor bevisets betydning for saken blir retningsgivende for hvilke handlingsalternativer advokaten har. Der beviset er klart avgjørende, må advokaten for å ivareta både opplysningsplikten og taushetsplikten fratres oppdraget dersom klienten er uenig i fremleggelsen av beviset.

De etiske reglene omkring opplysningsplikt og taushetsplikt vil være retningsgivende for tvistelovens bestemmelser, ettersom de etiske reglene samsvarer med tvistelovens reguleringer i §§ 21-4 og 22-5. På bakgrunn av den gjennomgåtte nemndspraksisen må opplysningsplikten og taushetsplikten avveies mot hverandre, med den hensikt å unngå at de to utgangspunktene kolliderer.

¹²⁹ ADA-2021-D13993, avsnitt 28 i punktet «Disiplinærnemnden skal bemerke».

De etiske reglene vil dessuten være et insentiv for prosessfullmektigen til å overholde tvl. § 21-4, ettersom brudd kan medføre disiplinære reaksjoner med store personlige konsekvenser. Som følge av RGA kan prosessfullmektigen ikke benytte taushetsplikten som skalkeskjul og bryte tvl. § 21-4 uten å møte disiplinære reaksjoner. Prosessfullmektigen kan imidlertid lovlig påberope seg taushetsplikten som grunnlag for å tilbakeholde bevis, ettersom RGA ikke medfører rettslige konsekvenser.¹³⁰ RGA sitt rettslige preg tilsier imidlertid at prosessfullmektigen vil innrette seg etter reglene utover reglenes rettslige stilling. Dermed vil disiplinærpraksis få betydning utenfor sitt anvendelsesområde, slik at det kan tenkes at en prosessfullmektig vil ønske å fratse oppdraget uten å være formelt rettslig bundet til det. Dette innebærer at opplysningsplikten som følge av RGA ikke begrenses i like stor grad av taushetsplikten.

Spørsmålet er om løsningen lagt til grunn i nemndspraksis er i tråd med hensynet til materielt riktig resultat, som er den sentrale begrunnelsen bak tvl. § 21-4. Løsningen vil føre til at hensynet til materielt riktig resultat får større gjennomslag, ettersom saken vil bli bedre opplyst når opplysningsplikten ikke må vike ubetinget for taushetsplikten. Dette støttes opp av omgåelsesbetraktninger og formålsbetraktninger. Ved denne løsningen vil ikke prosessfullmektigene kunne benytte taushetsplikten som et skalkeskjul for å unngå å opplyse om sentrale bevis som kan få avgjørende betydning for saken, noe som hadde vært i strid med bestemmelsens formål. Videre ivaretar løsningen i nemndspraksis det grunnleggende hensynet bak taushetsplikten i tvl. § 22-5, som er å beskytte fortroligheten mellom klient og advokat.¹³¹

6 Fungerer partenes sannhets- og opplysningsplikt etter sitt formål?

6.1 Oppgavens funn

Utgangspunktet er at sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4 strekker seg langt, og har et bredt anvendelsesområde. Sannhets- og opplysningsplikten er imidlertid underlagt flere begrensende faktorer. Forholdsmessighetsbegrensninger begrenser bestemmelsens

¹³⁰ Jf. punkt 5.2 hvor det ble redegjort for RGA sin rettslige stilling.

¹³¹ Hagberg, Henrik og Møinichen, Henrik. «Tvisteloven § 22-5 – Rekkevidden av bevisforbudet for advokater», s. 49-69, punkt 1.2.

rekkevidde, og i tillegg er bestemmelsen begrenset av tvistelovens øvrige bevisfritak og bevisforbud. Sannhets- og opplysningsplikten er dessuten underlagt menneskerettslige begrensninger, noe som også påvirker pliktens rekkevidde.

Partens prosessfullmektig vil i forbindelse med praktisering av særlig opplysningsplikten møte på etiske utfordringer, ettersom klientens interesser i å tilbakeholde beviset kan havne i motstrid med plikten til å tilby beviset for retten. Prosessfullmektigen vil da være etisk forpliktet etter RGA til å la klientens interesser vike, og sørge for å overholde opplysningsplikten. Til tross for at prosessfullmektigens taushetsplikt etter tvl. § 22-5 i utgangspunktet vil utgjøre en begrensning i opplysningsplikten, vil den etiske forpliktelsen til å fratre oppdraget dersom klienten ikke samtykker til opphevelse av taushetsplikten innebære at taushetsplikten i praksis ikke utgjør en like stor begrensning.

Brudd på tvl. § 21-4 kan i prinsippet få betydning for rettens bevisbedømmelse, medføre fraværdom, lemping av et inngått forlik og ileggelse av sakskostnader, samt strafferettslige sanksjoner. I tillegg er en sentral rettsvirkning at brudd på tvl. § 21-4 kan tillegges negativ vekt i rettens bevisbedømmelse. I praksis benyttes disse sanksjonene sjelden av retten.

6.2 Rettspolitisk vurdering av sannhets- og opplysningsplikten

6.2.1 Innledende bemerkninger

I dette underkapitlet skal jeg basert på de gjennomgåtte funnene foreta en rettspolitisk vurdering av om sannhets- og opplysningsplikten fungerer etter sitt formål, som gjengitt i punkt 1.3. Kort fortalt var formålet med innføringen av sannhets- og opplysningsplikten å skape bevissthet om partenes gjensidige plikt til å medvirke til at avgjørelsen får et riktig faktisk grunnlag, og lovfeste kravet til redelighet i prosessen.¹³² I den rettspolitiske vurderingen vil jeg skille mellom pliktens innhold og praktiseringen av plikten.

6.2.2 Er innholdet i sannhets- og opplysningsplikten i tråd med sitt formål?

Sannhets- og opplysningsplikten omfang bygger på skjønsmessige kriterier. Det kan fremstå uklart for partene hvilke bevis som anses «nødvendig» å tilby uoppfordret for at saken skal bli riktig og fullstendig opplyst. Det kan være utfordrende for partene å vite hvor

¹³² NOU 2001:32 B s. 946.

langt plikten strekker seg, og hvilke bevis parten vil være pliktig til å opplyse og tilby etter tvl. § 21-4 første ledd. Særlig det forhold at plikten gjelder bevis som støtter motpartens sak kan tenkes å medføre utfordringer, ettersom bevisets betydning må baseres på motpartens sak. Det samme gjelder opplysningsplikten i tvl. § 21-4 annet ledd for bevis parten ikke har hånd om og som motparten må antas å være ukjent med. Hvilke bevis som er «viktige» er et vagt kriterium. *Ristvedt og Tørum* har foreslått at et alternativ til usikkerheten rundt opplysning av de bevis som er «viktige», kunne vært at plikten gjaldt «bevis som man må forstå kan være relevante for motparten».¹³³

Sannhets- og opplysningsplikten ses ofte i sammenheng med tvistelovens øvrige regler om bevis tilgang, noe som innebærer at tvl. § 21-4 sjelden påberopes selvstendig for retten. Dette medfører at rettspraksis i liten grad bidrar til å klargjøre innholdet i tvl. § 21-4, ettersom Høyesterett er en prejudikatsdomstol som ikke kan behandle spørsmål på eget initiativ. I tillegg erstattet tvisteloven tvistemålslovens nektelsessystem med et samtykkesystem, noe som har medført at færre saker slipper inn for Høyesterett.¹³⁴ Den begrensede rettspraksisen omkring tvl. § 21-4 kan gjøre plikten vanskelig å praktisere i grensetilfeller. *Hjort* har tatt til orde for at den usikkerheten dette medfører kan være med på å uthule bestemmelsen.¹³⁵

Uklarheten rundt innholdet i tvl. § 21-4 gjør det ikke bare vanskelig for partene og deres prosessfullmektiger å vite hva som kreves av dem i grensetilfellene. Det gjør det også vanskelig for domstolene å vurdere om det har skjedd et brudd på bestemmelsen. Dette innebærer at det kan bli en utfordring for domstolene å sanksjonere brudd på sannhets- og opplysningsplikten, til tross for at det finnes sanksjonsmuligheter. Dette kan bli problematisk vurdert opp mot bestemmelsens formål. *Hjort* har tatt til uttrykk for at parten ikke risikere noe ved å unnlate å gi tilgang til ugunstige bevis til motparten eksplisitt begjærer tilgang til dem etter tvl. § 26-5 uten reelle konsekvenser, og at mange etterfølgende begjæringer om bevis tilgang vært unngått dersom plikten hadde vært tatt på alvor.¹³⁶ Uten klare sanksjoner får ikke partene tilstrekkelig insentiv til å presentere ugunstige bevis på eget initiativ, ettersom de

¹³³ Ristvedt og Tørum, «Provokasjoner, begjæringer om bevis tilgang og edisjonsplikt», s. 126.

¹³⁴ Tvl. § 30-4 første ledd og Skoghøy, «Høyesteretts rolle og arbeidsmåte», s. 302-328, punkt 3.1.

¹³⁵ Hjort (2016) s. 95.

¹³⁶ Hjort (2016) s. 97.

da i praksis stiller egen sak dårligere. Der ugunstige bevis tilbakeholdes, vil bestemmelsens formål om redelighet i prosessen ikke være oppfylt.

Spørsmålet er om man gjennom tydeligere sanksjonsmuligheter for brudd på tvl. § 21-4 kunne sikret formålet ytterligere. På den ene siden ville større sanksjoner klart bidratt til økt redelighet i prosessen, ettersom partene ville fått et økt fokus på å overholde plikten til enhver tid. Tydelige sanksjonsmuligheter må imidlertid være i samsvar med klare retningslinjer for bestemmelsens innhold, slik at det ikke hersker tvil rundt hva som kreves av partene. Hvilken redelighet som kreves av partene vil variere fra sak til sak. Det ligger dermed i pliktens natur at lovgiver ikke kan regulere innholdet og pliktens rekkevidde uttømmende og generelt for alle saker. Dette kunne også ført den norske prosessordningen nærmere «disclosure» og «discovery», noe som ikke er ønskelig.¹³⁷ At pliktens karakter krever skjønn, innebærer at bestemmelsen ikke kan føre med seg strenge og klare sanksjoner. Følgelig kan ikke bestemmelsens formål sikres ytterligere gjennom tydeligere sanksjonsmuligheter.

Oppsummert er det rom for at bestemmelsens innhold kan oppfylle sitt formål, nemlig at partene selv bidrar til å opplyse saken på eget initiativ. Bestemmelsens skjønnsmessige innhold innebærer imidlertid uklare rettsvirkninger som er egnet til utnyttelse, som igjen kan medføre vanskeligheter med å oppfylle bestemmelsens formål.

6.2.3 Praktiseres sannhets- og opplysningsplikten etter sitt formål?

Lovgivers tiltenkte virkning i forbindelse med tvl. § 21-4 var at bestemmelsen skulle praktiseres på selvstendig grunnlag, altså at partene skulle opplyse og tilby de nødvendige bevis ut fra redelighetshensyn og målsetningen om materielt riktig resultat. Likevel ser man ut fra det store antall saker vedrørende bevis tilgang etter tvl. § 26-5 at nødvendige bevis ofte må framprovoseres for å bli avdekket. Spørsmålet er om formålet med bestemmelsen kan være oppfylt i de tilfeller det må gå så langt at relevante bevis som parten egentlig er pliktig til å fremlegge, må framprovoseres av motparten.

Det finnes som nevnt i punkt 6.2.2 lite rettspraksis rundt tvl. § 21-4. Tv. § 21-4 påberopes som regel for domstolene sammen med andre bevisregler i tvisteloven. *Hjort* har påpekt at en forpliktelse til uoppfordret å gi tilgang til bevis kun vil komme inn for domstolene dersom parten holder igjen informasjon, slik at brudd på sannhets- og opplysningsplikten vil dermed

¹³⁷ Jf. punkt 3.3, se HR-2019-997-A og NOU 2001:32 A s. 465.

sjelden problematiseres.¹³⁸ Jeg tar forbehold om hva årsaken bak at bestemmelsen i liten grad har blitt behandlet i praksis er. På den ene siden kan årsaken være at partene uoppfordret og lojalt overholder sannhets- og opplysningsplikten. I motsatt retning kan årsaken være at sannhets- og opplysningsplikten ikke overholdes, og bruddet ikke avdekkes av hverken motparten eller retten. Det finnes langt mer rettspraksis vedrørende bevisprovokasjon etter tvl. § 26-5 enn tvl. § 21-4.¹³⁹ Dersom partene har kommet så langt at en part må provosere et bevis fremlagt, kan det i noen tilfeller tyde på at parten ikke har overholdt opplysningsplikten etter tvl. § 21-4, da fremleggelsen ikke lenger er uoppfordret. Et eksempel på dette er der en part fortier et relevant bevis med håp om at motparten overser beviset og dermed ikke provoserer det fremlagt. Der parten i et slikt tilfelle mottar en bevisbegjæring etter tvl. § 26-5, vil parten ha brutt tvl. § 21-4. Det bør imidlertid utvises forsiktighet med å trekke generelle likhetstegn mellom en bevisbegjæring og et brudd på opplysningsplikten, ettersom en bevisbegjæring ikke alltid vil innebære et forutgående brudd tvl. § 21-4.¹⁴⁰

Det kan tenkes at formålet med tvl. § 21-4 kan være oppfylt der tilbakeholdte bevis må begjæres. Det kan hevdes at lovgivers intensjon ikke var at tvl. § 21-4 skulle være en bestemmelse med selvstendig virkning. Dette illustreres av departementets henvisning i forarbeidene til de øvrige bevisregler, da særlig tvl. §§ 21-5 og 26-5. I tillegg var bestemmelsens hovedsiktemål å skape bevissthet rundt ansvaret for opplysning av saken, slik at tvl. § 21-4 kan ses på som en støttebestemmelse til de øvrige bevisreglene i tvisteloven. I en ideell verden burde en tvistesak blitt riktig og fullstendig opplyst uten at man måtte følge opp motparten gjennom å fremme begjæring om bevistilgang. I praksis må imidlertid partene ofte opptre aktivt for å få frem bevis og opplysninger, gjennom å begjære bevis fremlagt etter tvl. § 26-5. *Ristvedt* og *Tørum* har tatt til orde for at retten grunnet fristelsen til å fortie ugunstige bevis ikke kan nøye seg med å legge til grunn at partene uoppfordret vil sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst, og at sannhets- og opplysningsplikten derfor må suppleres med det utstrakte regelverket om bevistilgang og bevisprovokasjon.¹⁴¹ Det kan dermed diskuteres om bestemmelsens formål kan anses oppfylt så lenge det tilbakeholdte beviset til slutt blir en

¹³⁸ Hjort (2016) s. 95.

¹³⁹ Se kapittel 3, hvor kun én Høyesterettsavgjørelse som omhandler tvl. § 21-4 var relevant for å klarlegge pliktens rekkevidde.

¹⁴⁰ Jf. punkt 2.4 om forholdet mellom tvl. §§ 21-4 og 26-5.

¹⁴¹ *Ristvedt* og *Tørum*, «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt», s. 127.

del av rettens endelige avgjørelsesgrunnlag gjennom en bevisbegjæring. I så fall vil saken fremdeles ende opp med materielt riktig resultat.

En sannhets- og opplysningsplikt uten selvstendig virkning er imidlertid ikke forenelig med bestemmelsens formål. En sentral funksjon bak tvl. § 21-4 er å bidra til å få fram opplysninger som ellers ville vært skjult. At bestemmelsen må suppleres med tvistelovens øvrige regler om bevisstilgang, er ikke ensbetydende med at bestemmelsen ikke var ment å ha selvstendig betydning. Bestemmelsen vil mangle realitet dersom relevante bevis forties, med den konsekvens at motparten må provosere beviset framlagt. En bevisbegjæring vil naturligvis ikke kunne avdekke et ugunstig bevis dersom motparten ikke har kunnskap om det. Dermed vil skjulte bevis ikke alltid fanges opp av en eventuell bevisbegjæring. Fortielse av bevis som kan få betydning for rettens avgjørelsesgrunnlag vil kunne gå på bekostning av et materielt riktig resultat, som er det bærende hensynet bak tvl. § 21-4.

Det er mye som tyder på at bestemmelsens formål ikke kan anses oppfylt i de tilfeller hvor det må gå så langt at relevante bevis som parten egentlig er pliktig til å fremlegge, må framprovoseres av motparten. *Hjort* har tatt til orde for at til tross for at ordlyden i tvl. § 21-4 og forarbeidene legger opp til en innstramming av sannhets- og opplysningsplikten, er det lite som tyder på at man i norske domstoler evner å gjennomføre de tiltakene som loven og forarbeidene legger opp til.¹⁴² *Mæland* har tatt til orde for at den strenge edisjonsplikten i tvl. § 21-4 annet ledd antakelig innebar et kulturskifte for deler av den norske advokatstand.¹⁴³ Mye tyder imidlertid på at det ikke har skjedd et radikalt kulturskifte for advokatstanden, ettersom bestemmelsen alene har fått begrenset betydning.

Tiltak som kunne gitt tvl. § 21-4 bedre slagkraft kunne vært en tydeliggjøring i rettspraksis av forholdet mellom tvl. §§ 21-4 og 26-5. Tvl. § 26-5 er av natur bedre egnet for domstolsbehandling enn tvl. § 21-4, ettersom retten må ta stilling til en bevisbegjæring og eventuelt utstede pålegg om bevisfremleggelse på bakgrunn av begjæringen.

Bevisbegjæringen vil imidlertid i mange tilfeller vil ha en naturlig sammenheng med en forutgående fortielse av bevis, noe som ikke vil kunne avdekkes av hverken domstolene eller partene. En presisering av forholdet mellom bestemmelsene fra Høyesterett kunne bidratt til å

¹⁴² Hjort (2016) s. 99.

¹⁴³ Skoghøy (2022) s. 660, Mæland (2013), Kort prosess, 3. utgave s. 167-168.

gjøre partene mer bevisste på at opplysningsplikten etter tvl. § 21-4 innebærer at partene har en plikt til å fremlegge bevis på bakgrunn av redelighet, uavhengig av en eventuell etterfølgende bevisprovokasjon. Samtidig har ikke Høyesterett hatt opppe saker der dette har vært problematisert, og har dermed ikke hatt mulighet til å klargjøre forholdet.¹⁴⁴

Oppsummert vil formålet bak sannhets- og opplysningsplikten etter tvl. § 21-4 ikke være oppfylt i de tilfeller det må gå så langt at relevante bevis som parten egentlig er pliktig til å fremlegge, må framprovoseres av motparten. Dette avstenger imidlertid ikke mot at sannhets- og opplysningspliktens øvrige funksjoner kan innebære at bestemmelsen praktiseres etter sitt formål.

Selve eksistensen av en sannhets- og opplysningsplikt er egnet til å virke retningsgivende og oppdragende for partene. Gjennom å oppstille en slik plikt har lovgiver presisert viktigheten av hensynet til materielt riktig resultat overfor aktørene. Regelen stimulerer til redelighet under rettergangen, og skaper forventninger hos både retten og aktørene ved at partene får en sterk oppfordring om å gi redegjørelser og tilby de bevis som er nødvendig for å oppfylle sannhets- og opplysningsplikten. Bestemmelsen gir uttrykk for en form for lojalitetsplikt for partene overfor aktørene og rettssystemet.

Tvl. § 21-4 er en prinsipielt viktig bestemmelse. Til tross for utfordringer i forbindelse med praktiseringen, er det mye som tyder på at det er rom for at tvl. § 21-4 fungerer etter sitt formål. Sannhets- og opplysningsplikten fungerer som et moralsk bakteppe og en oppdragende bestemmelse for aktørene.

¹⁴⁴ Jf. punkt 6.2 om Høyesteretts rolle som prejudikatsdomstol.

Referanseliste

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

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

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven)

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

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

Lov 12. mai 2022 om advokater og andre som yter rettslig bistand (advokatloven), p.t. ikke trådt i kraft

Forskrift 20. desember 1996 nr. 1161 til domstolloven (Advokatforskriften), Regler for god advokatskikk (RGA) i kapittel 12

Forarbeider

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. 28 (1950) Om lov om endringer i straffeprosessloven og tvistemålsloven («Pressens anonymitetsrett»)

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

Høyesterettspraksis

Rt. 1991 s. 1414

Rt. 1995 s. 289 A

Rt. 1997 s. 1303 A

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2000 s. 1948

Rt. 2004 s. 442

Rt. 2008 s. 1481

Rt. 2009 s. 1526

Rt. 2011 s. 800 A

Rt. 2012 s. 1819

Rt. 2014 s. 1084

HR-2016-02554-P

HR-2019-977-A

HR-2020-2469-A

HR-2021-343-U

Praksis fra Disiplinærnemnden

ADA-2012-D94

ADA-2013-15

ADA-2021-D13993

Internasjonale konvensjoner og praksis

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 4. November 1950 (entered into force on 3 September 1953)

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966 (entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171

Vienna convention on the Law of Treaties, 23 May 1969 (entered into force 27 January 1980)

Golder mot Storbritannia [J], 1975, no. 4451/70

Engel m.fl. mot Nederland [J], 1976, no. 5100/71

Deweert mot Belgia [J], 1980, no. 6903/75

Saunders mot Storbritannia [J], 1996, no. 19187/91

Tirado Ortiz og Lozano Martin mot Spania [J], 1998, no. 43486/98

Weh mot Østerrike [J], 2004, no. 38544/97

Magyar Helsinki Bizottság mot Ungarn [J], 2016, no. 18030/11

Juridisk litteratur

Boe, Erik, *Grunnleggende juridisk metode*, Universitetsforlaget 2012

Hagberg, Henrik og Møinichen, Henrik. «Tvisteloven § 22-5 – Rekkevidden av bevisforbudet for advokater», *Lov og Rett* 2023/1, (06.02.2023): s. 49-69.

Hjort, Maria Astrup, *Tilgang til bevis i sivile saker*, Universitetsforlaget 2016

Mæland, John Henry, *Kort prosess: En innføring i den sivile rettergangen etter tvisteloven*, 2. utgave, Justian 2009

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

Reusch, Christian H. P.; med assistanse av Kaare Andreas Shetelig, *Lovkommentar Rettsdata: Tvisteloven*, Rettsdata.no, à jour per 1. april 2021

Ristvedt, Per M. og Tørum, Amund Bjøranger. «Provokasjoner, begjæringer om bevistilgang og edisjonsplikt; tvistelovens modifiserte «discovery»». Tidsskrift for forretningsjus, 2015/2, (10.06.2016): s. 105-178.

Robberstad, Anne, *Sivilprosess*, 5. utgave, Fagbokforlaget 2021

Schei, Tore, Arnfinn Bårdsen, Dag Bugge Nordén, Christian H.P. Reusch og Toril M. Øie, *Lovkommentar Juridika: Tvisteloven kommentarutgave*, Juridika.no, à jour per 1. september 2022

Skoghøy, Jens Edvin A., *Tvisteløsning*, Universitetsforlaget 2022

Skoghøy, Jens Edvin A., «Høyesteretts rolle og arbeidsmåte». Lov og Rett 2016/5, årgang 55 (30.06.2016): s. 302-328.

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

Vangsnes, Jørgen, *Karnov lovkommentar: Tvisteloven*, Feinberg, Emmanuel, Andreas Hjetland, Jørgen Vangsnes, Kaja Moen Welo og Gjermund Aasbrenn, à jour per 1. september 2021

Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, Fagbokforlaget 2010