

Advokaters taushetsplikt

Bevisforbudet i tvisteloven § 22-5

Håndtering av bevisilgangsbejæringer
og andre utfordringer for advokaten

ADVOKAT HENRIK MØINICHEN
ADVOKATFULLMEKTIG BETTINA THAULOW HARTO

20.05.2022

THOMMESSEN

AGENDA

• Del 1

- Rettskildebildet og hensyn
- Vilkårene i tvl. § 22-5 første og tredje ledd
- Virkninger av bevisforbudet
- Samtykke til å oppheve taushetsplikten
- Nyere rettspraksis

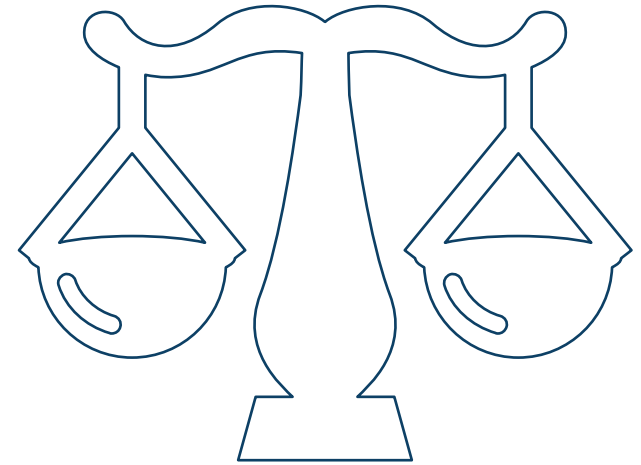
• Del 2

- Håndtering av bevisfremleggelse og bevisstilgangsbegjæringer
- Adgangen til å gi et begrenset samtykke eller ta forbehold
- Oppgaver
- Avsluttende refleksjoner



Innledende refleksjoner

- Hvorfor er temaet viktig?
 - Viktig for rettssikkerheten
 - Side mot advokatetiske regler
 - Kolliderende verdier og hensyn?
- Hovedpoenget med taushetsplikten
- Bevisforbudets funksjon og virkning
- Hva slags spørsmål kan oppstå?
- Får det nok oppmerksomhet i advokatenes hverdag?
 - Kan stå på begge sider i ulike saker – saksuavhengig – bør ta prinsipiell stilling
 - Grensen for taushetsplikten/bevisforbudet kan være uklar – "gråsonetilfellene"
 - Taushetsbelagte bevis kan være avklarende – "klientens avslørende e-post"

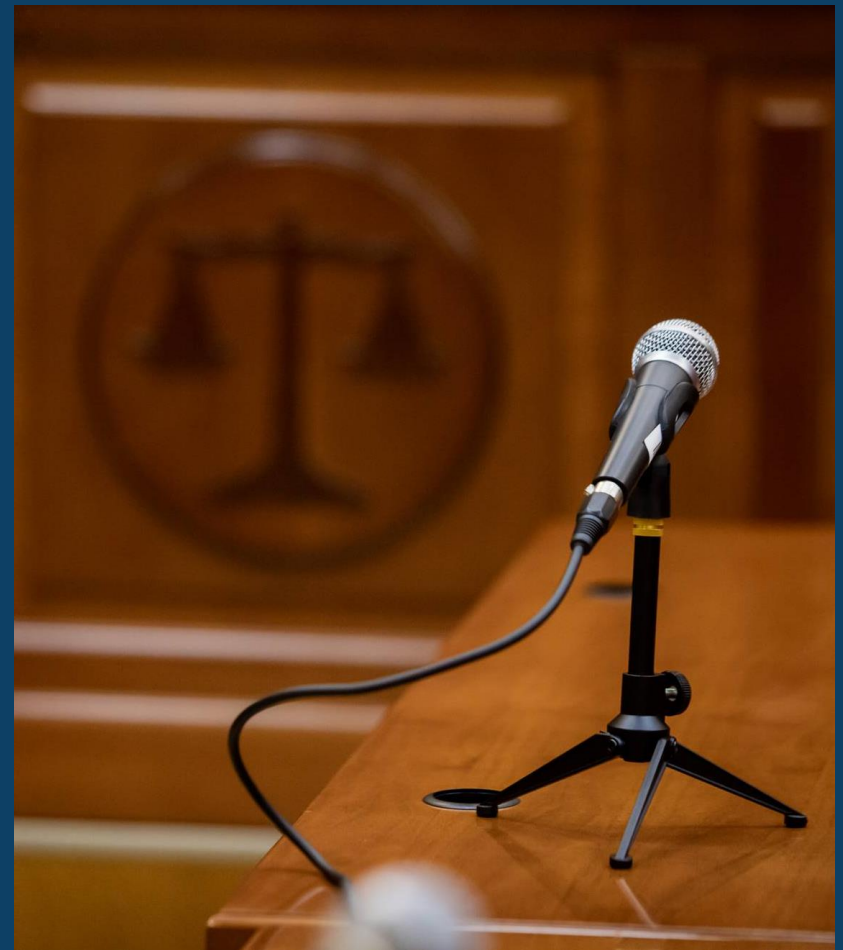


Sentrale rettskilder

- Tvisteloven § 22-5 (sml. straffeprosessloven § 119)
- Forarbeidene til tvisteloven
- Høyesterettspraksis – veiledende normer og avklaringer
- Underrettspraksis – kan i en del tilfeller være illustrerende
- NOU 2015:3 – Advokaten i samfunnet
- Prop. 214 L (2020–2021) / Innst. 234 L (2021-2022) / Lovvedtak i Stortinget / ikrafttreden
- Juridisk teori

Del 1

Bevisforbudet i tvisteloven § 22-5



Tvisteloven § 22-5

Vilkår og hensyn



Tvisteloven § 22-5

Profesjonsbasert (kallsmessig) taushetsplikt

"(1) Retten kan ikke ta imot bevis fra prester i Den norske kirke, prester eller forstandere i registrerte trossamfunn, advokater, forsvarere i straffesaker, patentrådgivere oppført på listen nevnt i artikkel 134 nr. 1 i konvensjonen om meddelelse av europeiske patenter 5. oktober 1973, meklere i ekteskapsaker, leger, psykologer, apotekere, jordmødre eller sykepleiere om noe som er betrodd dem i deres stilling. Det samme gjelder underordnede og medhjelpere som i stillings medfør er kommet til kunnskap om det som er betrodd de nevnte personer.

(2) Retten kan frita en part eller et vitne fra å gi tilgang til bevis om noe som er betrodd under sjelesorg, sosialt hjelpearbeid, medisinsk behandling, rettshjelp etter domstolloven § 218 annet ledd eller lignende virksomhet, selv om forholdet ikke omfattes av første ledd.

(3) Den som har krav på hemmelighold etter denne paragraf, kan samtykke i at beviset føres."

Sentrale hensyn

- På den ene side: partenes **sannhets- og bevis tilgangsplikt**
 - Dokumentbevis (og andre bevis) som er relevant for sakens opplysning skal gjøres tilgjengelig for motparten og eventuelt for retten
 - Tvisteloven § 21-4 første ledd, jf. tvl. § 21-5 og blant annet § 26-5 om realbevis: Enhver plikter å gi forklaring om faktiske forhold og gi tilgang til gjenstander mv. som kan utgjøre bevis i en rettssak

- På den annen side: **beskyttelse av fortroligheten mellom advokat og klient**
 - For at advokaten skal kunne ivareta klientens interesser best mulig, er det viktig at enhver som søker juridisk bistand kan stole på at det som meddeles advokaten ikke blir brakt videre
 - Beskyttelsen skal sikre at folk skal kunne søke profesjonelle råd hos en advokat uten å risikere at opplysninger som blir meddelt (betrodd) skal bli gitt videre eller komme ut
 - Advokaten får et mer korrekt og fullstendig grunnlag for å gi et treffsikkert og balansert råd til klienten, der også bl.a. prosessrisiko kan fremheves
 - Se blant annet HR-2018-104-A og NOU 2015:3 side 190 om begrunnelsen for bevisforbudet

Sentrale hensyn (forts.)

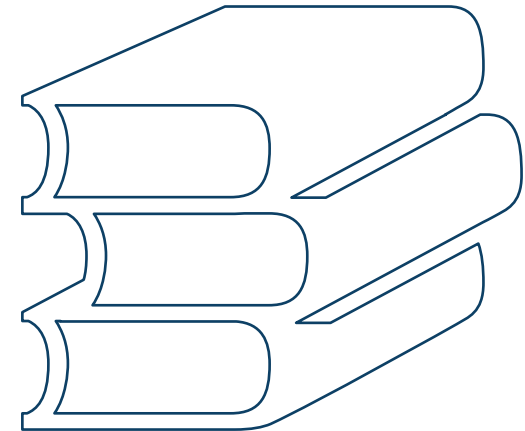
- Hva kan skje hvis taushetsplikten og bevisforbudet snevres betydelig inn?
 - SVs forslag om å utrede at taushetsplikten ikke skulle gjelde i skattesaker og ved skatterådgivning
- Bevisforbudet går kanskje lenger enn fortrolighetshensynet skulle tilsi, men det er kanskje fornuftig?

Hensynet til sakens
opplysning

Hensynet til
fortrolighet mellom
advokat og klient

Rettslig plassering

- Overordnede nasjonale og internasjonale normer som beskytter taushetsplikten
 - Grunnloven § 95 og EMK art. 6 – retten til rettferdig rettergang
 - Grunnloven § 102 og EMK art. 8 – retten til respekt for privatliv, familieliv og kommunikasjon
 - FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 14 og 17
 - EU-domstolen har slått fast at advokaters taushetsplikt nyter EU-rettslig vern
- Andre lovregler om advokaters taushetsplikt
 - Strpl. §§ 119 og 121 – tilsvarende bestemmelser i straffeprosess
 - Straffeloven § 211 – de samme opplysningene som bevisforbudet
 - RGA punkt 2.3 – taushetsplikt vs. fortrolighetsplikt
- Ny advokatlov – nylig vedtatt i Stortinget
 - Se § 32 (og § 69 for jurister)



Rettslig plassering (forts.)

- Forholdet mellom de ulike reglene
 - De overordnede normene kommer sjeldent spissen, men inngår som et element i lovtolkningen
 - Høyesterett har antatt at strpl. § 119 og tidligere strl. § 144 (nåværende strl. § 211) langt på vei speiler hverandre, jf. Rt. 2013 s. 92 (avsnitt 38)
 - Er likevel antatt i teorien at sannhetsidealet og prinsippet om fri bevisføring kan medføre at grensene for bevisforbudet og straffbelagt taushetsplikt ikke er helt sammenfallende, jf. Prop. 214 L
 - **Fortrolighetsplikten** i RGA 2.3.2 går etter sin ordlyd lenger enn taushetsplikten, og forhold som kun omfattes av fortrolighetsplikten er ikke beskyttet av tvl. § 22-5
 - Bestemmelsen i ny advokatlov er en kodifisering av gjeldende rett (strl. § 211), jf. Prop. 214 L s. 149
- Oppsummert: i stor grad sammenfall mellom strpl. § 119, strl. § 211, tvl. § 22-5, RGA 2.3.1 og ny advokatlov § 32, men unntak kan tenkes
 - Praksis fra de ulike bestemmelsene vil derfor normalt ha overføringsverdi
 - RGA 2.3.2 regulerer taushet om det som faller utenfor, men som advokaten blir kjent med i sitt virke – kun disiplinære reaksjoner

Vilkårene i tvisteloven § 22-5 første ledd

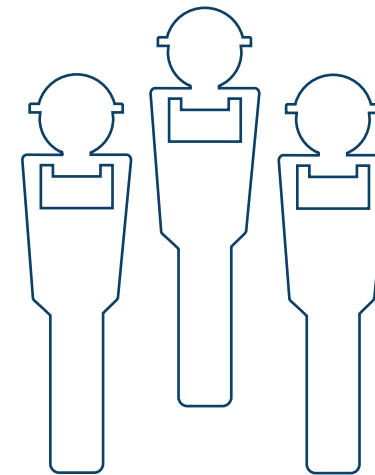


Oversikt

- "advokater" og "underordnede og medhjelpere"
- "betrodd"
- "i deres stilling"



Personkrets taushetsplikten gjelder for



- Roller som er underlagt taushetsplikt – "*advokater*" og "*underordnede og medhjelpere*"
 - Omfatter internadvokater (advokater som yter bistand til egen arbeidsgiver), jf. Rt. 2000 s. 2167 – men bare når arbeidet er "*i anledning stillingen*"
 - Merk! Etter internasjonale regler kan dette være annerledes, jf. f.eks. EU-domstolens praksis
 - Omfatter også utenlandske advokater uten norsk advokatbevilling, jf. Rt. 2000 s. 2167, og uavhengig av om yrket utøves i Norge, jf. Rt. 2012 s.1239
 - Det kreves ikke ansettelsesforhold for å bli regnet som medhjelper. Alle som utfører tjenester for advokaten vil være en *medhjelper* – se Rt. 2012 s. 608 – men ikke dersom det snarere bærer preg av en selvstendig tjeneste
 - For medhjelpere – kun dersom opplysningen er "*ment å være tilgjengelig for prinsipalen som ledd i dennes oppdrag for klienten*", jf. Rt. 2006 s. 1071

Betroelseskriteriet – hva er omfattet?

- Opplysninger omfattet av taushetsplikten – det som er "betrodd" advokaten i stillingen
 - Sml. strl. § 211 – "hemmeligheter"
 - Forhold som **ikke er allment kjent eller fremgår av allment tilgjengelige kilder** og som den som har krav på hemmelighold ønsker skal holdes konfidensielt
 - Klienten behøver ikke eksplisitt ha ytret et ønske om hemmelighold - Taushetsplikten (og bevisforbudet) gjelder med mindre samtykke er gitt
 - Skoghøy, *Tvisteløsning* s 773: "*dersom det ikke finnes holdepunkter for annet, må alle opplysninger som yrkesutøvere som nevnt i § 22-5 får tilgang til som ledd i oppdraget, forutsettes å være formidlet under forutsetning om konfidensialitet*"



Betroelseskriteriet – hva er omfattet? (forts.)

- Betroelsesbegrepet skal forstås videre enn ordlyden kunne tilsi:
 - I utgangspunktet alt det advokaten "***i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten***", jf. Rt. 2006 side 1071 avsnitt 22 (om den tilsvarende strpl. § 119)
- Ikke bare det som er meddelt advokaten - bevisforbudet omfatter også:
 - Informasjon som advokaten selv har innhentet fra tredjeparter i anledning advokatoppdraget, jf. bl.a. HR-2021-1677-F avsnitt 8
 - Vurderinger som advokaten har foretatt og de råd som er gitt til klienten, jf. Rt. 2010 s. 470
 - Informasjon om advokatens egne bearbeidelser av materialet beskyttet, jf. HR-2018-104-A
 - Notater mv. utformet av klienten med sikte på å dele det med advokaten
- Merk likevel: Det går en grense mot innhenting av materiale som ikke kan anses for å inngå som en integrert del av advokatens tjenesteytelse, jf. RT-2014-773 og Rt. 2009 s.1557
- **Sammenfatning:** Som et utgangspunkt omfatter bevisforbudet i tvl. § 22-5 første ledd alt som tilflyter advokaten i anledning oppdraget for klienten.
 - Men unntak for dokumenter som er "ment for andre" og dokumenter som bærer preg av å utgjøre en selvstendig tjeneste



Advokaten må ha mottatt opplysningene "i anledning stillingen"

- Kun "egentlig advokatvirksomhet" er omfattet
 - Opplysninger en advokat får som konkursbobestyrer, formuesbestyrer, økonomiforvalter, eiendomsmegler, mv. faller utenfor, jf. Rt. 2014 s. 773
- **Essens:** Oppdrag som utelukkende går ut på å kartlegge faktiske forhold uten at det kan få rettslige konsekvenser for advokatens klient og opplysninger som mottas når advokaten utfører andre oppdrag av ikke-juridisk art faller utenfor
 - Trolig svært sjeldent at advokater i advokatfirmaer driver med "uegentlig advokatvirksomhet"
 - Internadvokater beveger seg trolig litt oftere innenfor sfæren av såkalt "uegentlig advokatvirksomhet" fordi enkelte oppgaver kan være av mer ikke-juridisk art, se Høyesteretts presisering i Rt. 2000 s. 2167 (på s. 2172)

Taushetsplikten følger dokumentet

- Det er opplysningens karakter som danner grunnlaget for bevisforbudet - taushetsplikten (og bevisforbudet) følger dokumentet
- Opplysningene er beskyttet uavhengig av hvem som besitter dem
 - I utgangspunktet opphører heller ikke bevisforbudet av at informasjonen er delt med tredjemann som følge av "*klientens bevisste og frivillige valg*", jf. bl.a. HR-2019-2262-U
- Opplysninger som i utgangspunktet ikke er taushetsbelagt, blir ikke omfattet av bevisforbudet kun fordi de er delt med advokaten (selv om advokaten ikke kan forklare seg om det, se Rt. 2009 s. 1557)

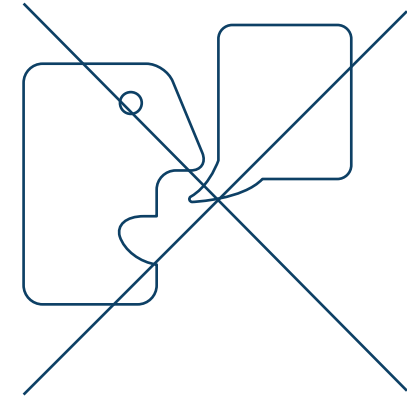


Virkningene av at opplysninger er underlagt bevisforbud

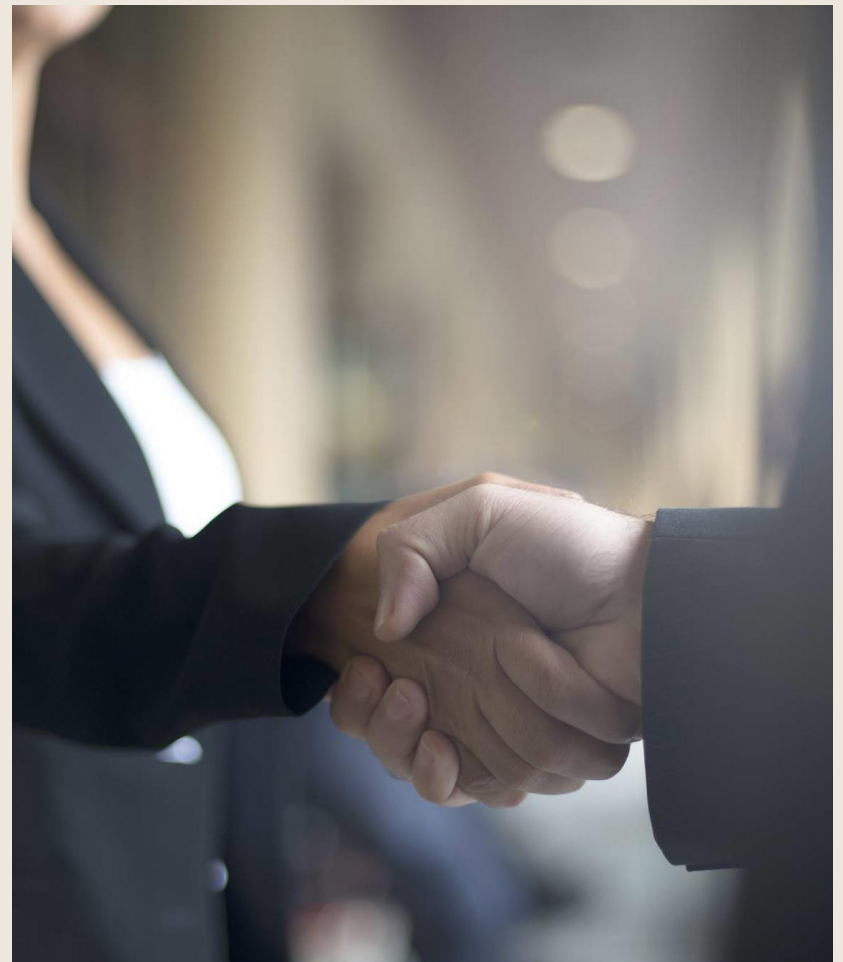


Virkingen av bevisforbudet i tvl. § 22-5

- Advokaten kan ikke forklare seg om det
- Verken motparten eller andre kan kreve tilgang til beviset
- Beviset kan ikke føres for retten
- Retten skal "ex officio" sørge for at bevisforbudet blir overholdt og skal ikke legge vekt på slike bevis
 - Se Rt. 1999 s. 1066 (på side 1069) og Rt. 2014 s. 773 avsnitt 35
 - Erfaring i praksis: Ikke alle dommere er nødvendigvis oppmerksom på dette, for eksempel der motpartens advokat under et kryssforhør begynner å stille spørsmål om advokatkorrespondanse og dialog mellom klient og advokat
- **Klienten kan likevel samtykke til å oppheve advokatenes taushetsplikt.**
 - I den grad det foreligger et samtykke, vil motparten ha krav på å få tilgang til *relevante bevis* i henhold til edisjonsplikten



Samtykke til å oppheve taushetsplikten



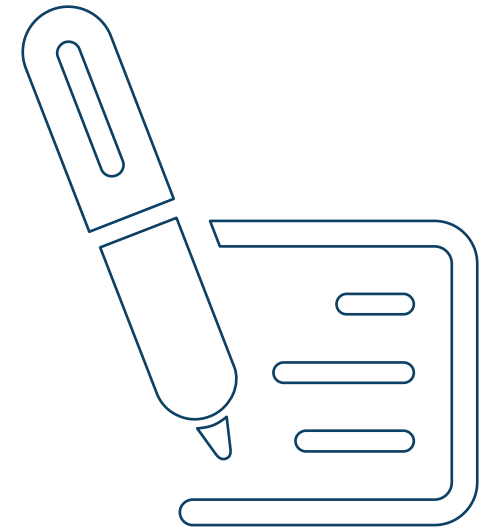


Hvem kan oppheve taushetsplikten?

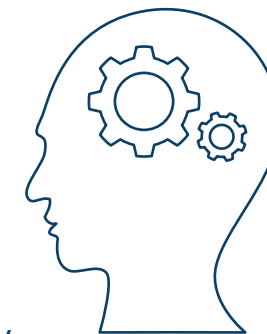
- "Den som har krav på hemmelighold", jf. tvl. § 22-5 tredje ledd
 - Den som har søkt hjelp eller råd og som opplysningen gjelder – Rt. 2009 s. 1204 (gjaldt fremleggelse av legejournal) – dvs. **normalt klienten**
 - Dersom opplysninger om klienten er innhentet av tredjeperson er det klienten som har krav på hemmelighold
 - Unntaksvis kan det nok tenkes at det er flere som må samtykke i at opplysningen deles
 - Skoghøy skriver at det unntaksvis kan tenkes at det i tillegg til samtykke fra *pasienten* må kreves samtykke fra den som har gitt opplysningen
 - Tilsvarende situasjon kan potensielt også oppstå for advokaters taushetsplikt

Hva skal til for at det foreligger et samtykke for opphevelse av taushetsplikten?

- Løses i utgangspunktet etter avtalerettslige regler om dispositive utsagn (viljeserklæringer), jf. HR-2017-2262-A
- **Klare tilfeller:** skriftlige eller muntlige utsagn fra klienten om at en advokat er fristilt fra sin taushetsplikt (eventuelt begrenset til et tema), eller eksempelvis at et dokumentbevis kan fremlegges til tross for bevisforbudet
- Samtykke kan også gis ved **konkludent adferd** og dermed **implisitt** ved handlinger under et prosessanlegg
 - Eksempel: føre en advokat som vitne eller legge frem et dokumentbevis



Konsekvens av at det foreligger et samtykke – utfordringer



- Konsekvensen av at det foreligger samtykke er:
 - Beviset må legges frem
 - Samtykket kan tolkes slik at parten også må gi tilgang til flere bevis som er taushetsbelagt og omfattet av bevisforbudet innenfor det temaet det fremlagte beviset gjelder
 - Likevel: En i utgangspunktet åpenbar, men viktig forutsetning, hvor advokater og dommere kan trå feil: Beviset som er lagt frem må ha vært omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-5 første ledd. I motsatt fall kan fremleggelsen ikke forstås som et (implisitt) samtykke etter tvl. § 22-5 tredje ledd som kan få betydning for partens plikt til å gi tilgang til flere bevis
- **Rt. 2009 s. 1204 – grunnleggende kjennelse:**
 - En part hadde lagt frem to erklæringer fra sin fastlege og påberopt ham som vitne
 - Han hadde dermed lagt frem bevis som i utgangspunktet var omfattet av bevisforbudet
 - Retten mente at han med det også (implisitt) hadde samtykket til å fremlegge det relevante underlagsmaterialet (legens journalnotater)
- Praktisk problem: Klienten anses å ha gitt samtykke til å føre bevis som er omfattet av bevisforbudet – uten å ha vært oppmerksom på dette, og det får igjen betydning for partens plikt til å gi tilgang til mer taushetsbelagt informasjon

Praktisk eksempel på utfordringer ved samtykke

- **HR-2019-2168-U** – skriftlige vitneforklaringer fra et mannskap etter et skipshavari:
 - Spørsmål om "underlagsmateriale" som lå til grunn for endelige skriftlige vitneforklaringer, som rederiets engelske advokater hadde hatt en sentral rolle ved utarbeidelsen av (ført i pennen), måtte legges frem (notater fra samtaler og internsirkulerte utkast)
 - Formålet med vitneforklaringer er ikke å *betro* noe til advokaten, og det er ikke opplysninger *fra* en advokat. Den avgitte forklaringen er ment å gjøres tilgjengelig for andre enn advokaten og klienten. Ettersom forklaringene ikke er omfattet av advokatenes taushetsplikt, kan fremleggelsen av slike dokumenter heller ikke være et samtykke etter tredje ledd
- Høyesteretts kjennelse fra november 2019 avklarer at skriftlige forklaringer som et vitne har vedkjent seg som sin forklaring om faktiske forhold (normalt) ikke er omfattet av bevisforbudet. Praktiske virkninger av dette:
 - Fremleggelsen av en slik skriftlig vitneforklaring kan ikke tolkes som et samtykke fra klienten til å legge frem materiale som *er taushetsbelagt og omfattet av bevisforbudet*, slik som advokatenes notater fra vitnemøter, advokatenes interne utkast til forklaringer og eventuelle merknader og advokatkorrespondanse med klienten om vitnets synspunkter (som er omfattet av bevisforbudet)
 - Merk at dette også kan innebære at en part har plikt til å legge frem en avgitt skriftlig forklaring fordi den kan være et bevis i saken

Avsluttende refleksjoner om samtykke til å oppheve taushetsplikten

- Samtykke ved konkludent adferd (implisitte samtykker) er ikke uproblematisk
 - Kan potensielt føre til at en klient anses å ha samtykket til å oppheve taushetsplikten i en viss utstrekning uten å ha reflektert over konsekvensene det kan få
- Påberopes en lege eller en advokat som vitne eller det legges frem juridiske råd fra en advokat, vil det ofte føre til at underlagsmateriale kan kreves fremlagt
- Kan være mer betenkelig at fremleggelsen blir tolket som et samtykke dersom det er uklart om beviset er underlagt taushetsplikt og bevisforbud
- Basert på nyere rettspraksis, fremhever juridisk teori at de "*hensyn som taler mot at et samtykke tolkes utvidende, eller at et begrenset samtykke tolkes innskrenkende, taler for at det bør utvises forsiktighet med å trekke synspunktet 'implisitt samtykke' for langt*" (Schei m.fl.)

Nyere høyesterettspraksis

Fra 2019-d.d



Nyere avgjørelser om tvl. § 22-5

- HR-2021-2447-F
 - HR-2021-2172-U
 - HR-2021-1677-F
 - **HR-2021-1279-U**
 - HR-2019-2262-U
 - **HR-2019-2168-U**
 - HR-2019-997-A
- Og et par illustrerende saker om straffeprosessloven:
 - HR-2020-1487-U
 - HR-2018-104-A



HR-2019-997-A

- Lagmannsretten hadde pålagt Felleskjøpet Agri AS å fremlegge opplysninger knyttet til fakturaer fra Advokatfirmaet Selmer AS. Dette omfattet blant annet :
 - *Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,*
 - **Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva deltagerne i prosjekt-teamet brukte tid på.** For ordens skyld presiseres det at provokasjonen ikke knytter seg til innholdet i advokatfirmaets rådgivning, og kun gjelder en forklaring på hva det er brukt tid på og hvordan dette knytter seg til prosjektet.
 - *Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,*
 - *Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av alle arbeidsoppgavene som er utført for Felleskjøpet.*
- Bevisforbudet knyttet til advokaters taushetsplikt er gitt en vid rekkevidde (HR-2018-2403-A)
- Lagmannsretten hadde ikke vurdert forholdet til bevisforbudet, noe den har plikt til, jf. HR-2018-2403-A
- Høyesterett mente at flere av provokasjonene kunne komme i konflikt med bevisforbudet
- Bevisforbudet omfatter både eksistensen av klientforholdet og det nærmere innholdet i oppdraget – også "*forklaring på hva det er brukt tid på og hvordan dette knytter seg til prosjektet*" er taushetsbelagt

HR-2019-2262-U

- Lagmannsretten hadde besluttet at to avtaler mellom ankemotpartene og tredjepersoner som ikke var part i saken skulle legges frem i usladdet form
 - Rettstvist om eiendommen Gyldenløves gate 38
 - Avtalene var inngått med en annen seksjonseier og eier av en naboeiendom. Formålet med avtalene var "*å regulere gjennomføringen av rettssaken og virkningen av den i forholdet mellom dem som utgjør den ene partssiden i saken, og de to naboene som ikke er parter*"
 - I avtalen var det inntatt vurderinger som er gitt av partenes advokater i forbindelse med rettssaken
- Problemstillingen: Er informasjonen delt med tredjeparter på en slik måte at informasjonen ikke lenger er undergitt taushetsplikt?
- Høyesteretts ankeutvalg: Nei!
 - Det var etablert et samarbeidsforhold mellom avtalepartene, og det var i situasjonen ikke unaturlig at partene i rettssaken ga sine avtaleparter informasjon om vurderinger gitt av partenes advokater i forbindelse med rettssaken
 - Bakenforliggende rettssetning: "betroelser" i tvl. § 22-5 omfatter også "*informasjon som er kommet til tredjemanns kunnskap fra klienten som følge av klientens bevisste og frivillige valg*", jf. også Rt. 2013 s. 1719 og Rt. 2013 s. 1336

HR-2021-1677-F

- I en entreprisestvist for Høyesterett begjærte ankemotparten fremleggelse av et dokument utarbeidet av ankende part og Dyrvik Arkitekter, samt all korrespondanse mellom ankende part og arkitektene i anledning utarbeidelsen av dokumentet
- Materialet var innhentet av ankende parts internadvokat (som var prosessfullmektig i saken) og inneholdt blant annet spørsmål stilt av henne på vegne av hennes klient som ledd i saksforberedelsen
- Høyesterett kom til at materialet ikke kunne legges frem – dokumentasjonen er egnet til å gi innsikt i ankende parts prosessfullmektigs vurderinger i saken
- Understreket at taushetsplikten ikke begrenset ankemotpartens adgang til arkitekten eller til å stille arkitekten spørsmål om prosjektet

HR-2021-2172-U

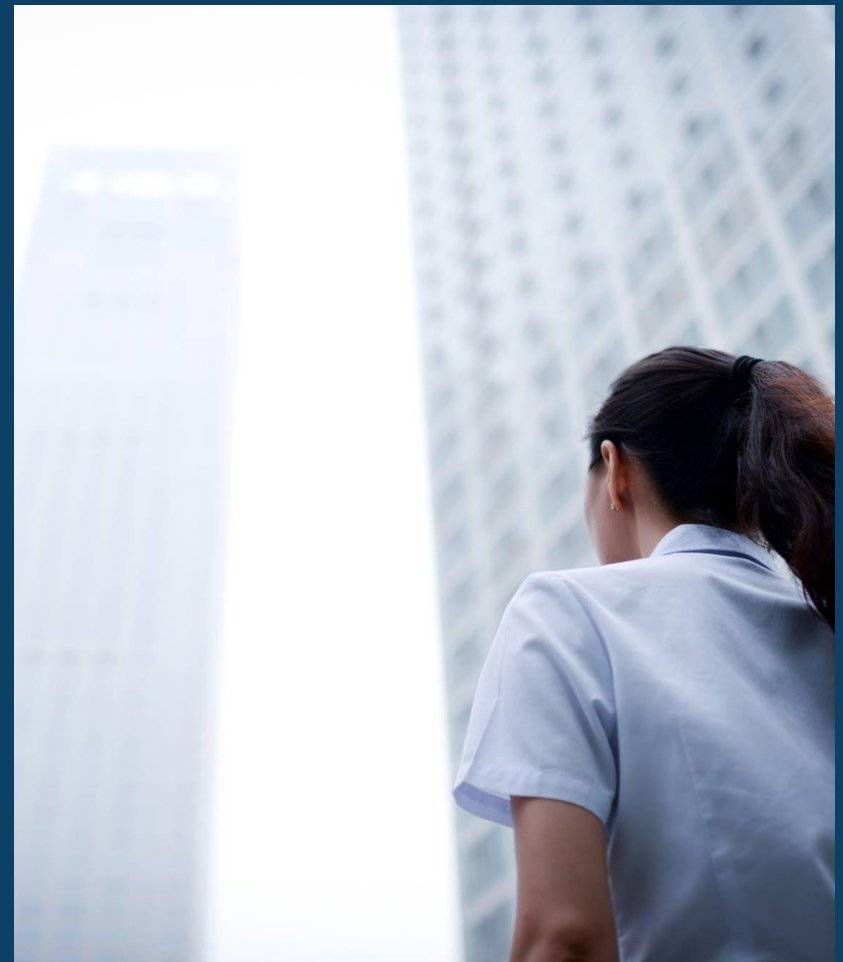
- Sak om erstatning for tap som følge av brudd på forliksavtale
- Ved inngåelsen av forliksavtalen hadde partene engasjert advokat i fellesskap, og i erstatningssaken la saksøkerne frem korrespondanse med denne advokaten – noe saksøkte motsatte seg
- Ankeutvalget kom til at korrespondansen kunne fremlegges
 - Korrespondanse og kontakt med advokaten som begge parter var kjent med, kan i forholdet dem i mellom ikke anses betrodd advokaten
 - Korrespondansen kunne fremlegges i sak mellom disse to partene
- Fremgår indirekte at korrespondansen ikke ville kunne legges frem i en annen sak med andre parter

HR-2021-2447-F

- Sak om spørsmål om tilbakebetalingsplikt av for mye betalt advokatsalær
 - Partene var Advokatfirma X mot Rondeslottet Hotell AS Tvangsavviklingsbo, B og Rondeslottet Hotell AS
 - Advokatfirma X hadde bistått Rondeslottet Hotell i forbindelse med tvist om eierskap til aksjer
- Begjæringer om bevis tilgang:
 - Ankemotpartene (Rondeslottet Hotell m.fl.) ba om (i) underbilag, spesifikasjon og timelister for advokat Ys arbeid for advokatfirma X i saken, samt (ii) opplysninger om advokat Ys timepris i forbindelse med oppdraget
 - Advokatfirma X ba om fremleggelse av honoraravtale/oppdragsavtale/skriftlig grunnlag for honorering av ankemotpartens advokat i ankesaken, i tillegg til utskrifter av reskonto, kopier av fakturaer og innbetalinger fra klientene i saken
- Forberedende dommers konklusjon:
 - Ankemotpartens begjæring (i) ble akseptert, men ikke (ii) fordi kravet ikke var spesifisert til særlige dokumenter. Dokumentene var ikke underlagt bevisforbud fordi klienten selv kan oppheve taushetsplikten
 - Ankende parts begjæring ble nektet med hjemmel i tvl. § 22-5. Kjennelsen viser til at bevisforbudet omfatter timelister og annet som direkte eller indirekte kan gi grunnlag for slutninger om den kontakten advokaten har eller har hatt med klienten og andre i anledning oppdraget

Del 2

Praktisk håndtering og oppgaver



Håndtering av bevisfremleggelse og bevistilgangsbegjæringer



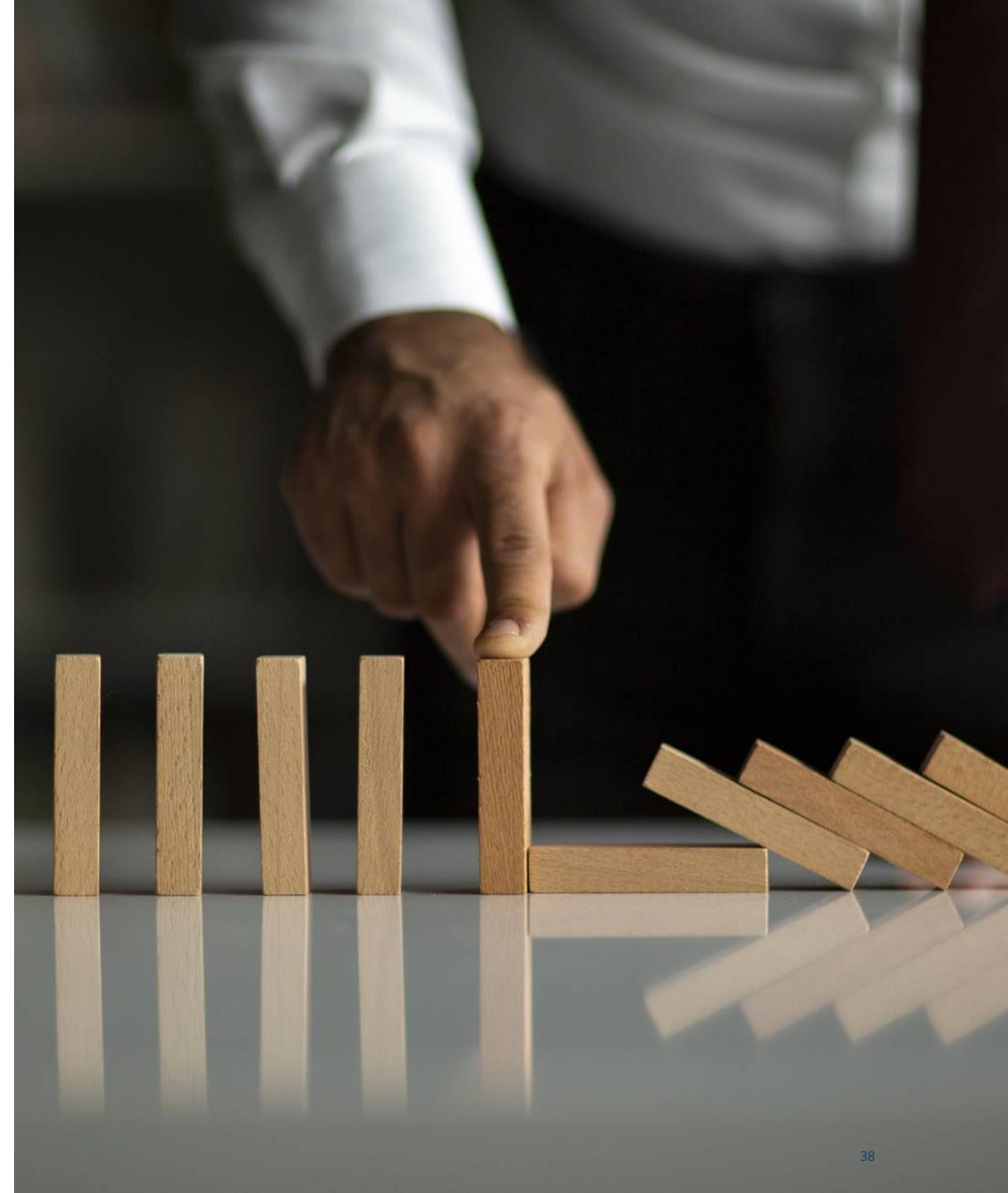
Praktisk håndtering av bevisfremleggelse og bevis tilgangsbegjæringer

- I et prosessoppdrag må advokatene ha et bevisst forhold til taushetsplikten og bevisforbudet. Dersom et dokument kan være omfattet av bevisforbudet, må advokaten vurdere dette og involvere klienten
- Ved fremleggelse av dokumenter bør man blant annet tenke igjennom:
 - Dokumentets innhold:
 - Inneholder dokumentet korrespondanse med advokat eller bærer det preg av vurderinger foretatt av en advokat?
 - Er dokumentet utarbeidet på oppdrag fra en advokat?
 - Inneholder dokumentet vurderinger eller strategiske diskusjoner som er ment for advokaten?
 - Hvem ber om innsyn / ønsker å fremlegge beviset?
 - Er det parter som tidligere har hatt innsyn i korrespondansen eller er andre parter også involvert?
- Hvis beviset er, eller det kan reises spørsmål ved om det er, omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-5 bør man særlig tenke igjennom:
 - Er det særlige hensyn som tilsier at man likevel bør legge frem beviset? (troverdighet mv.?)
 - Hvilke følger kan fremleggelse få for plikten til å legge frem andre tilknyttede bevis?
 - Har klienten forstått konsekvensene av fremleggelse? Husk at det kun er den som har krav på taushet som kan samtykke til fremleggelse

Adgangen til å gi et begrenset samtykke
eller ta forbehold om rekkevidden

Adgangen til å gi et begrenset samtykke eller ta forbehold om rekkevidden

- **Situasjon:** Det er risiko for at en e-post som ønskes fremlagt (enten uoppfordret eller som svar på provokasjon) er omfattet av bevisforbudet
- Kan en løsning være å gi et begrenset samtykke eller ta forbehold om rekkevidden av samtykket ved fremleggelsen?
- Innebærer i praksis: Å oppgi at parten ikke har til hensikt å fritta advokaten for taushetsplikten og at fremleggelsen ikke kan oppfattes som et samtykke til å gi tilgang til ytterligere dokumentbevis



Adgangen til å gi et begrenset samtykke eller ta forbehold om rekkevidden av samtykket (forts.)

- Høyesterett har akseptert at det kan være adgang til å ta slikt forbehold, jf. HR-2017-2262-A
- Adgangen til å gi et begrenset samtykke og ta forbehold om rekkevidden av det, vil i den enkelte sak trolig bero på en kombinasjon av:
 - Avtalerettslige regler om tolkning (rekkevidden av et samtykke), og
 - Begrensninger gjeldende rett oppstiller i adgangen til å gi et såkalt begrenset samtykke, slik at kun enkelte bevis innenfor et nærmere angitt tema blir ført for retten
- Rekkevidden av et samtykke må avgjøres basert på tolkning etter alminnelige avtalerettslige prinsipper, se HR-2017-2262-A avsnitt 30, hvor det også er presisert at et slikt samtykke "*ikke kan tolkes utvidende*"
 - Men begrensningen i samtykket må være tilstrekkelig klart
- Hvis dokumentbeviset som er lagt frem kan gi et "*skjevt bilde i en parts disfavør*", kan den andre parten motsette seg den begrensede bevisføringen.
 - Det vil i så fall lede til at beviset avskjæres, jf. NOU 2001:32 side 959

Kan samtykke trekkes tilbake slik at ytterligere taushetsbelagte bevis ikke må legges frem?

- Utgangspunktet: Ja – fører til at bevisforbudet igjen får anvendelse
 - Dermed må også såkalt "implisitt samtykke", der selve *fremleggelsen* av bevis blir betraktet som et samtykke som fører til at også ytterligere bevis ("underlagsmateriale") må legges frem, kunne tilbakekalles av klienten
- En eventuell "utilsiktet og uønsket konsekvens" av å legge frem et bevis som var omfattet av bevisforbudet kan derfor trolig "avverges" ved at det implisitte samtykket trekkes tilbake
 - Konsekvensen må være at øvrige taushetsbelagte bevis som er omfattet av bevisforbudet ikke kan kreves utlevert
 - Tidsmessig begrensning: Tilbakekall må skje innen beviset har blitt ført i en rettsinstans, jf. Rt. 2008 s. 504
 - Merk: Taushetsbelagte opplysninger som er innhentet mens taushetsplikten var opphevet kan i utgangspunktet brukes som bevis, idet tilbakekall av samtykket ikke har tilbakevirkende kraft, jf. Rt. 2013 s.1206 avsnitt 19
- Det er ikke en "ønskelig situasjon" å trekke tilbake et samtykke etter at motparten har fått tilgang til bevis, som så må tas ut av saken
 - Slike situasjoner bør unngås ved å gjøre nødvendige avklaringer i forkant av at beviset legges frem

Diskusjonsoppgaver



Diskusjonsoppgave 1 – advokatens notater fra intervjuer

- En fregatt sank etter en kollisjon med et tankskip. Staten v/Forsvarsdepartementet (eier av fregatten) reiste søksmål mot eieren av tankskipet (rederiet) med krav om erstatning som følge av at fregatten hadde gått tapt
- I tråd med vanlig praksis etter skipshavarier, gjennomførte rederiets norske advokater kort tid etter kollisjonen intervjuer med mannskapet. Notatene fra samtalene var kun delt videre med advokatenes klienter, herunder skipets tekniske manager. Utover intervjuene, forelå det ingen "statements" fra mannskapet
- Som svar på en bevisprovokasjon, hadde rederiet fremlagt en rapport fra skipets tekniske manager ("Incident investigation lessons learnt"). I denne rapporten var det henvist til advokatenes intervjuer. Det var bl.a. nevnt hva "*The Captain has stated*" og ved enkelte opplysninger vist til at dette var "*as per the Statements*"
- Staten krevde tilgang til advokatenes nedtegnelser fra intervjuene med mannskapet. Rederiet motsatte seg å gi tilgang til disse dokumentbevisene fordi advokatenes notater var omfattet av bevisforbudet i tvl. § 22-5
- Staten fremsatte derfor en bevistilgangsbegjæring. Begge parter viste til HR-2019-2168-U (mannskapsforklaringer) til støtte for sitt syn. Staten anførte også at det ikke var "advokatarbeid". Staten anførte endelig at fremleggelsen av teknisk managers rapport uansett måtte betraktes som et samtykke
- **Du er forberedende dommer og skal avgjøre statens bevistilgangsbegjæring ved kjennelse**

Diskusjonsoppgave 1 – enkelte refleksjoner

- Basert på LG-2021-115856



Diskusjonsoppgave 2 – sakkynding ekspertrapport

- Sommeren 2021 kjøpte Peder Ås en kjellerleilighet i Trondheim av Marte Kirkerud. Peder Ås reklamerte over problemer med mye fukt og mugg i kjelleren, som han mente utgjorde en mangel ved kjøpet. Marte Kirkerud var uenig og mente at fukt og mugg måtte skyldes forhold hun ikke hadde noe med
- Advokat Lars Holm bistod Peder Ås og innhentet en sakkynding rapport fra takstmann Hans Tastad, som besøktiget kjellerleiligheten og avga en tilstandsrapport til advokat Holm. Deler av rapporten var mest sannsynlig ikke "spesielt fordelaktig" for Peder Ås for å underbygge den fremsatte reklamasjonen
- Peder Ås reiste søksmål for tingretten. Marte Kirkerud hadde blitt kjent med at den andre siden hadde innhentet en ekspertuttalelse, som ble provosert fremlagt. Ved advokat Holm bestred Peder Ås at han måtte gi Marte Kirkerud tilgang til rapporten under henvisning til bevisforbudet i tvl. § 22-5 første ledd. Kirkerud var uenig og fremsatte en begjæring om bevistilgang. Hun mente at en slik rapport ikke hadde noe med advokat Lars Holms arbeid å gjøre og at det var uhørt at hun ikke fikk se et så viktig bevis
- **Du er forberedende dommer og skal avgjøre bevistilgangsbegjæringen ved kjennelse**

Diskusjonsoppgave 2 – enkelte refleksjoner

- Som et utgangspunkt, er det grunn til å anta at en sakkyndig rapport som er innhentet av en advokat ofte vil anses *taushetsbelagt* frem til en ferdigstilt rapport er klargjort og avgitt for fremleggelse. Men her er det viktige nyanser
- **Rt. 2009 s. 1557** (takstmann) gir anvisning på et **viktig unntak** fra det vi har ansett som et utgangspunkt:
 - Sakkyndig rapport fra en takstmann innhentet av en advokat i anledning en tvist etter et boligkjøp
 - Høyesterett fant at sakkyndigrapporten ikke var omfattet av bevisforbudet og måtte legges frem. Selv om advokaten ikke kunne forklare seg om rapporten og legge den frem, hadde takstmannen vitneplikt og måtte gi tilgang til beviset, jf. § tvl. §§ 24-1 og 26-5
 - Litt uklar begrunnelse, men poenget må være at en rapport etter omstendighetene kan anses som *det sakkyndige vitnets* forklaring og i tillegg, som påpekt av Skoghøy, at en del slike rapporter "*ikke kan anses å inngå som integrert ledd i advokatenes tjenesteytelse*", men snarere har "**preg av en selvstendig tjeneste...**". Tilstandsrapporter fra takstmenn er et typisk eksempel her
 - Fulgt opp i Rt. 2014 s. 773 og i Prop. 214 L (2020-2021) s. 150-151, hvor det presiseres at dersom en rådgiver påtar seg et selvstendig oppdrag kan ikke klienten "*oppnå beskyttelse gjennom advokaters taushetsplikt ved å la en advokat bestille oppdraget*"

Diskusjonsoppgave 2 – enkelte refleksjoner

- Som et utgangspunkt antar vi at fremleggelse av ekspertrapporter som er innhentet av en advokat uansett ikke medfører at tidligere utkast sirkulert mellom advokaten og eksperten, med kommentarer og spørsmål, kan kreves fremlagt. Men rekkevidden av dette utgangspunktet kan, blant annet i lys av rettskildene nevnt ovenfor, diskuteres
- Begrunnelsen for dette utgangspunktet kan være at en endelig sakkyndigrapport som legges frem for retten, i likhet med avgitte vitneforklaringer, er ment å gjøres tilgjengelig for andre og opplyse retten (ingen betroelse) og ikke kan anses omfattet av advokatenes taushetsplikt og bevisforbudet i tvl. § 22-5. Til forskjell fra dette, kan det argumenteres for at utkast, merknader og spørsmål mellom advokaten og eksperten i større grad har preg av å være meddelt i fortrolighet under ønske om konfidensialitet
- Under disse forutsetningene, vil en fremleggelse heller ikke kunne tolkes som et samtykke til å fremlegge taushetsbelagt materiale
- Hva tilsier hensynene til å opplyse saken og til å beskytte fortrolighetsforholdet mellom klient og advokat?

Diskusjonsoppgave 3 – videreformidling av en advokats vurderinger og advokaten som kopiadressat

- I en rettssak mellom en leverandør og bestiller av boreutstyr til et olje- og gassfelt oppstod det en tvist der bestilleren ba om tilgang til tre e-poster mellom blant annet selskapets daglig leder og styre:
 - En e-post omhandlet videreformidling av vurderinger og råd selskapets advokat hadde gitt i samtale med daglig leder. Rådgivningen dreide seg om synspunkter om prosessrisiko og strategiske forhold. Advokaten mottok ikke e-posten. E-posten ble sendt fra selskapets daglige leder til styret og øvrige sentrale personer i selskapets ledelse
 - En e-post omhandlet i stor grad det samme, men i dette tilfellet var advokaten også satt inn som kopiadressat
 - En e-post inneholdt daglig leders notater fra et internt møte han hadde hatt med selskapets produktsjef om utstyret som var levert til bestilleren oppfylte nærmere angitte tekniske krav i avtalens kravspesifikasjon. Dette møtet var et ledd i daglig leders forberedelse av partsforklaringen som han også ville diskutere med advokaten
- **Du er forberedende dommer og skal avgjøre bevis tilgangsbejæringen ved kjennelse**



Diskusjonsoppgave 3 – enkelte refleksjoner

- Også i tilfeller der en advokat er kopimottak – eller ikke mottaker overhodet – må vi ta utgangspunkt i ordlyden og vurdere om korrespondansen kan anses "betrodd" advokaten. Dette rekkes som kjent vidt og omfatter alt det advokaten "*i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten*"
 - Men alt en advokat mottar "fordi han er advokat" kan ikke være omfattet av bevisforbudet dersom opplysningene eksempelvis har en helt perifer tilknytning til advokatens klientoppdrag og/eller åpenbart først og fremst er ment for andre
- **Rt. 2013 s. 1336** gjaldt korrespondanse mellom to firmaer som reelt sett var bistått av samme advokat. Advokaten hadde i en tidligere voldgiftssak vært kopiadressat. Deler av Ankeutvalgets begrunnelse har generell rekkevidde:
 - "*Det at advokaten som har et konkret prosessoppdrag er oppført som kopiadressat i korrespondanse mellom dem advokaten representerer **om forhold av betydning for prosessoppdraget**, må **i alminnelighet** innebære at det som fremkommer av korrespondansen **anses som betrodd advokaten i hans stilling**, og således omfattes av bevisforbudet...*"
 - "*Korrespondanse mellom dem advokaten representerer som advokaten **ikke har fått kopi av, faller derimot i utgangspunktet utenfor bevisforbudet**. Hensynet til ikke å undergrave forbudet mot å motta bevis fra advokaten om det som er betrodd ham, tilsier likevel at forbudet **også gjelder slik korrespondanse så langt den er direkte knyttet til advokatoppdraget**. Utvalget legger til grunn at den aktuelle korrespondansen er av en slik karakter. [...]*"
- **Retningslinje:** Der er i hovedsak opplysningenes karakter som danner grunnlaget for beskyttelsen, og berørte opplysninger er (i utgangspunktet) beskyttet uavhengig av hvem som besitter dem (sml. uttalelser i bl.a. Skoghøy)
- Se også Rt. 2013 s. 1719 og LG-2017-108728-1 for eksempler (oppgaven er inspirert av sistnevnte kjennelse)

Diskusjonsoppgave 4 – korrespondanse mellom advokater

- En investor anla et søksmål mot **a)** en tilrettelegger og **b)** to privatpersoner (A og B) som satt i styret i det selskapet som investoren hadde investert i som følge av tilretteleggingen. A og B var ansatt i tilretteleggerselskapet, og søksmålet rettet seg mot handlinger som skjedde som ledd i tilretteleggingen
- Tilretteleggeren var bistått av Storevik Advokatfirma AS. A og B var bistått av Lillevik Advokatfirma AS
- Under saksforberedelsen var det mye korrespondanse mellom de to advokatfirmaene om faktiske og rettslige sider ved erstatningskravet, vitneforberedelser, innledningsforedrag og prosedyre
- Investoren fremmet krav om tilgang til korrespondanse som hadde versert mellom de to advokatfirmaene. Investoren mente at slik korrespondanse ikke var betroelser til advokaten. Både tilretteleggeren og A og B bestred dette og mente at slik korrespondanse måtte inngå i kjernen av det advokatenes taushetsplikt og bevisforbudet har til formål å beskytte (advokatenes arbeid med saken)
- **Du er forberedende dommer og skal avgjøre bevis tilgangsbegjæringen ved kjennelse**

Avsluttende refleksjoner

Avsluttende refleksjoner

- Det finnes vanskelige grenser for hva som er taushetsbelagt og omfattet av bevisforbudet, som kan gjøre advokatens vurdering av forholdet mellom edisjonsplikten og bevisforbudet utfordrende
- Særlig utfordrende at fremleggelse av dokumentbevis (eventuelt påberopelse av et vitne) som er taushetsbelagt kan anses som et "implisitt samtykke" til å oppheve taushetsplikten slik at øvrige bevis (underlagsmateriale eller beslektet korrespondanse) om det samme temaet også må legges frem
- Advokater bør være nøye på å vurdere betydningen av advokatenes taushetsplikt og bevisforbudet i prosesslovgivningen der det kan være aktuelt
- Viktig å huske på at motstykket til at bevisforbudet ikke får anvendelse kan være at et bevis må fremlegges (uoppfordret)



Takk for oss!

thommessen.no
Oslo • Bergen • Stavanger • London



Henrik Møinichen

SENIORADVOKAT
MANAGING ASSOCIATE

Oslo
M +47 45 22 43 87
E hem@thommessen.no



Bettina Thaulow Harto

ADVOKATFULLMEKTIG // ASSOCIATE

Oslo
M +47 41 54 04 25
E bth@thommessen.no