

Forholdet mellom prosessfullmektigens taushetsplikt og opplysningsplikt om bevis



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 646
Leveringsfrist: 25. november 2009

Til sammen 16 274 ord

24.11.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Problemstillingen og bakgrunnen for denne	1
1.2	Avgrensning og presisering av problemstillingen	3
1.2.1	Sivile saker med fri rådighet	3
1.2.2	Prosessfullmektigens opplysningsplikt om bevis	3
1.2.3	Taushetsplikten under saksforberedelse og forhandlinger	4
1.3	Begrepsforklaringer	5
1.3.1	Advokat, prosessfullmektig og prosessfullmakt	5
1.3.2	Klient og rettsøkende	5
1.4	Rettskildebilde og metode	6
1.5	Fremstillingen	8
<u>2</u>	<u>PROSESSFULLMEKTIGENS TAUSHETSPLIKT</u>	<u>9</u>
2.1	Innledning	9
2.2	Relevant lovgivning	9
2.2.1	Overordnede betraktninger	9
2.2.2	Straffeloven § 144	9
2.2.3	Tvl. § 22-5 og strprl. § 110	10
2.2.4	RGA pkt. 2.3	10
2.2.5	EMK art. 8	11
2.3	Hensynene bak taushetsplikten	13
2.3.1	Hensynet til å beskytte fortroligheten mellom advokat og klient	13
2.3.2	Fortrolighetshensynet i rettspraksis	14
2.3.3	Fortrolighetshensynet som bestemmende for taushetspliktens innhold	16

2.4	Taushetspliktens innhold	17
2.4.1	Hva innebærer taushetsplikt?	17
2.4.2	Når foreligger det taushetsplikt?	18
2.4.3	Samtykke til opphevelse av taushetsplikten	23
3	<u>PROSESSFULLMEKTIGENS OPPLYSNINGSPLIKT OM BEVIS</u>	26
3.1	Innledning	26
3.2	Relevant lovgivning	26
3.2.1	Tvl. § 21-4	26
3.2.2	Tvl. § 5-3	27
3.2.3	RGA pkt. 1.2	27
3.3	Hensynene bak opplysningsplikten	28
3.3.1	Hensynet til riktige avgjørelser	28
3.3.2	Hensynet til tidlig avklaring	29
3.3.3	Hensynet til konsentrasjon av saken	29
3.4	Opplysningspliktens innhold	30
3.4.1	Hva kan det foreligge opplysningsplikt om?	30
3.4.2	Hva innebærer opplysningsplikten?	30
3.4.3	Betydningen av tilknytningen til beviset	32
3.4.4	Opplysningsplikten der prosessfullmektigen kjenner til beviset	33
3.4.5	Opplysningsplikten når prosessfullmektigen har ”hånd om” opplysningen.	36
4	<u>FORHOLDET MELLOM REGELSETTENE</u>	40
4.1	Innledning	40
4.2	Når kommer regelsettene til anvendelse på samme faktum?	40
4.2.1	Objektet for regelsettene	40
4.2.2	Prosessfullmektigens kunnskap	41
4.2.3	Objektets betydning for saken	41
4.2.4	Prosessfullmektigens kunnskapservervelse	42
4.2.5	Motpartens og allmennhetens kjennskap til beviset	43
4.2.6	Oppsummering	44

4.3	Situasjonen der begge regelsettene får anvendelse på samme faktum	44
4.3.1	Samtykkebetraktninger	45
4.3.2	Betydningen av Rt. 2006 s. 633	47
4.3.3	Opplysningspliktsreglene som unntak fra taushetsplikten?	52
4.3.4	Forholdet til bevisforbudet i tvl. § 22-5	56
4.3.5	Handlingsalternativer	61
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>64</u>
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>67</u>
6.1	Lovgivning	67
6.2	Forarbeider	68
6.3	Rettspraksis	68
6.4	Juridisk teori	69
6.5	Samtaler	70
6.6	Annet	71

1 Innledning

1.1 Problemstillingen og bakgrunnen for denne

Problemstillingen i denne oppgaven er forholdet mellom prosessfullmektigens taushetsplikt og dennes opplysningsplikt om bevis etter tvisteloven (tvL.) §§ 5-3 og 21-4.

Kort fortalt dreier problemstillingen seg om forholdet mellom den taushetsplikt prosessfullmektigen har om opplysninger han har fått kjennskap til i anledning et klientforhold, og den opplysningsplikt han har om bevis av relevans for saken.

Taushetsplikten oppstiller et *forbud* mot å videreformidle opplysninger. Opplysningsplikten på den annen side innebærer en *plikt* til å videreformidle opplysninger. Begge regelsett kan få anvendelse samtidig, og i disse tilfellene oppstår det da et behov for å ta stilling til relasjonen mellom disse.

Et tenkt tilfelle kan illustrere problemstillingen i oppgaven nærmere. Vi kan legge til grunn at det er tatt rettslige skritt i forbindelse med en tvist om heving av et bilsalg. Bilen lider av alvorlige mangler, og det er fra kjøpers side påstått at disse forelå ved overtakelsen. Det er få bevis i saken, og kjøper ser derfor ut til å tape.

Rett før hovedforhandling innrømmer selger overfor sin advokat, at en bilkyndig venn før for salget hadde reist spørsmål om bilen var i så god stand som den så ut til å være.

Isolert sett vil vennens uttalelse være et forhold som prosessfullmektigen har taushetsplikt om. Hendelsen er også av sentral betydning for tvisten slik at opplysningsplikt etter tvl § 21-4 (2) foreligger.¹ Hvordan skal prosessfullmektigen i et slikt tilfelle handle?

Dersom en vrir litt på eksempelet, ser en imidlertid at begge regelsettene ikke nødvendigvis får anvendelse på forholdet.

Det viser seg nemlig at kjøper har kontaktet et verksted som bilen tidligere har vært til reparasjon på, og fått utlevert en rapport hvor feilene er dokumentert. Prosessfullmektigens taushetsplikt om klientens bilkyndige venn foreligger fortsatt. Men bevissituasjonen vil her være slik at vitneobservasjonen ikke kan anses som ”viktig”, slik at tvl. § 21-4 (2) ikke kommer til anvendelse. I slike tilfeller kan altså prosessfullmektigen fritt bevare taushet om forholdet.

I denne oppgaven vil jeg både ta for meg spørsmålet om når regelsettene kommer til anvendelse på samme forhold, og spørsmålet om hvordan relasjonen mellom taushetsplikten og opplysningsplikten i slike tilfeller må forstås.

Det eksisterer et spenningsforhold mellom taushetsplikt og opplysningsplikt på mange andre områder enn i sivilprosessen. I en del tilfeller har også lovgiver uttrykkelig regulert forholdet mellom regelsettene.² Opplysningspliktens side mot taushetsplikten er således ikke en ukjent problematikk.

Til tross for dette har ikke lovgiver gitt noen klare signaler på hvordan en skal forstå forholdet mellom tvl. §§ 5-3 og 21-4 på den ene side og taushetsplikten på den annen. Dette bringer med seg betydelige usikkerhetsmomenter, og er som jeg vil vise svært uheldig.

¹ Pkt. 3.4.5.1

² Se eksempelvis hvitvaskingsloven (hvl.) § 20, forvaltningsloven § 13f, barnevernloven § 6-4

1.2 Avgrensning og presisering av problemstillingen

1.2.1 Sivile saker med fri rådighet

Problemstillingen jeg har valgt dreier seg om forholdet mellom prosessfullmektigens taushetsplikt og opplysningsplikt om bevis i *sivile saker*.

Jeg vil kun ta for meg problemstillingen slik den står i sivile saker med *fri rådighet* over sakens gjenstand. Bakgrunnen for dette er at det er nettopp partenes disposisjonsfrihet, og mer spesielt det forhold at de råder over sakens opplysning, som utgjør den viktigste begrunnelsen for opplysningsplikten etter tvl. §§ 5-3 og 21-4. Der partene ikke har fri rådighet, stilles ikke problemstillingen i oppgaven på samme måte på spissen.³

1.2.2 Prosessfullmektigens opplysningsplikt om bevis

Jeg har valgt å ta for meg opplysningsplikten om bevis både ved utsending av varsel etter tvl. § 5-3 og under forhandlingene for retten etter tvl. § 21-4. Dette er fordi jeg ønsker å anlegge en helhetlig tilnærming til problemstillingen. I tillegg er opplysningspliktens anvendelse under saksforberedelsen ny i tvisteloven, og det er interessant å se konsekvensene av dette.⁴

Pliktene etter tvl. §§ 5-3 og 21-4 gjelder etter ordlyden kun for parten, men etter tvl § 3-1 (3) omfattes også prosessfullmektigen av bestemmelsen. Jeg vil kun se på *prosessfullmektigens* stilling, da det er her forholdet til taushetsplikt aktualiseres.

Etter mitt syn kan både en sannhetsplikt og opplysningsplikt utledes av tvl. §§ 5-3 og 21-4. Med opplysningsplikt mener jeg plikten til å aktivt meddele retten og motparten bestemte opplysninger i saken, og med sannhetsplikt mener jeg den plikt partene har til å sørge for at deres fremstilling av saken gir et riktig og fullstendig bilde av det aktuelle forholdet.

³ Om dette se pkt. 3.3.1

⁴ Om dette se eksempelvis Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 378

Jeg vil i oppgaven ikke ta for meg sannhetsplikten nærmere. Grunnen til dette er at skjæringspunktet mellom regelsettene angår *videreformidlingen* av opplysninger. Slik jeg ser det kommer sannhetsplikten først til anvendelse etter at det er tatt stilling til om opplysningene skal videreformidles eller ei.

Fra tvl. § 21-4 kan en dessuten også utlede en plikt til å tilby bevis samt å gi forklaring og bevis tilgang. På dette området vil ikke forholdet til taushetsplikten være like interessant, da bevisforbundet i tvl. § 22-5 innebærer at bevisplikten ikke gjelder for taushetsbelagte opplysninger. Jeg avgrenser derfor mot dette temaet.

1.2.3 Taushetsplikten under saksforberedelse og forhandlinger

I oppgaven vil jeg drøfte forholdet mellom opplysningsplikten om bevis som presisert over på den ene side, og advokaters alminnelige taushetsplikt på den annen. Advokatens taushetsplikt har et videre anvendelsesområde enn opplysningsplikten om bevis etter tvl. §§ 5-3 og 21-4.

For å understreke at forholdet mellom regelsettene kun kommer på spissen i de tilfeller opplysningsplikten får anvendelse, har jeg begrepsmessig valgt å tale om *prosessfullmektigens* taushetsplikt. Med dette mener jeg *ikke* at det prinsipielle innholdet av taushetsplikten er ulikt ettersom advokaten har påtatt seg et prosessoppdrag eller ei.

Prosessfullmektigen vil i tillegg til taushetsplikten være bundet av en fortrolighetsplikt.⁵ Jeg vil berøre dette temaet der det er nødvendig for å belyse problemstillingen i oppgaven. Som temavalget indikerer vil hovedfokuset imidlertid ligge på taushetsplikten.

⁵ Advokatforskriften pkt. 2.3.2

1.3 Begrepsforklaringer

1.3.1 Advokat, prosessfullmektig og prosessfullmakt

Om pliktsubjektet under taushetsplikten og opplysningspliktene vil jeg benytte begrepene *advokat* og *prosessfullmektig*.

Den alminnelige forståelsen av begrepet *advokat* er at det omfatter de personer som etter domstoloven (dstl.) § 220 innehar advokatbevilling. Det er også disse som i hovedsak er forpliktet etter taushetspliktsreglene.

Undertiden diskuteres det hvorvidt regelsettet omfatter personer som ikke innehar advokatbevilling, og om personer med advokatbevilling kan være unntatt. Jeg vil ikke i oppgaven gå nærmere inn på dette, og vil benytte advokatbegrepet om de som til enhver tid er omfattet av advokaters taushetsplikt.⁶

Begrepet *prosessfullmektig* benytter jeg om en advokat som har fått i oppdrag å føre en sak for retten. Det følger av tvl. § 3-3 hvem som kan være prosessfullmektig i en sak. Selve avtalen om å føre en sak for retten kalles undertiden *prosessfullmakt*.

1.3.2 Klient og rettsøkende

Om rettighetssubjektet under taushetsplikten vil jeg bruke begrepene *klient* og *rettsøkende*. En person vil være *klient* dersom denne har inngått en avtale med advokaten om at sistnevnte skal yte juridisk bistand.⁷

Men selv om partene ikke enda har inngått avtale kan den som har oppsøkt advokaten for råd og hjelp være vernet av taushetsplikten.⁸ Dette er bakgrunnen for at jeg også vil bruke det videre begrepet *rettsøkende* om den som har krav på vern av taushetspliktsreglene.

⁶ Om dette se Svalheim (1996) s. 39 flg.

⁷ Svalheim (1996) s. 54

1.4 Rettskildebilde og metode

De to regelsettene som er tema for denne oppgaven har et ulikt rettskildemessig fundament. Dette medfører at rettskildeb Bruken fortone seg forskjellig ut i fra hvilket regelsett det er som behandles.

Advokatens taushetsplikt, og dermed også *prosessfullmektigens taushetsplikt*, er på generelt grunnlag er ulovfestet.⁹ Taushetsplikten har fått s rlige utslag ulike steder i lovverket, og rettskildefaktorene tilknyttet disse bestemmelsene er momenter av betydning for fastleggelsen av innholdet av regelen.

De mest sentrale lovbestemmelsene i denne forbindelse er straffeloven (strl.)   144, tvl.   22-5 og straffeprosessloven (strprl.)   119. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) art. 8 verner blant annet om privatlivets fred, og er i denne sammenheng også relevant. Etter menneskerettsloven (mskrl.)   3 jfr.   2 er bestemmelsen gitt forrang for annen lovgivning.

Det foreligger lite teori tilknyttet advokaters alminnelige taushetsplikt i norsk rett. Knut Svalheims bok *Advokaters taushetsplikt* fra 1996 er så vidt jeg kan se det eneste generelle verket på området. Denne må imidlertid anses noe utdatert. Jeg har i arbeidet med oppgaven til en viss grad benyttet meg av generelle fremstillinger om advokaters taushetsplikt i forarbeider til andre regelverk enn de som er nevnt over, særlig NOU 2009:4 *Tiltak mot skatteunndragelser*.

Det forhold at advokaters alminnelige taushetsplikt er ulovfestet, og at det nærmest ikke foreligger selvstendige rettskildefaktorer i denne forbindelse, medfører etter min mening at formålsbetraktninger må tillegges særlig stor vekt. Dette gjør jeg nærmere rede for under pkt. 2.3.

⁸ Om dette se Svalheim (1996) s. 57 flg. og NOU 2009:4 s. 144 flg.

⁹ Reiss-Andersen (2009) s. 3

Rettskildeapparatet tilknyttet *opplysningspliktene* etter tvl. §§ 5-3 og 21-4 er heller ikke omfattende. Dette har sammenheng med at tvisteloven fortsatt er å anse som et nytt regelverk.¹⁰ De mest sentrale rettskildene til forståelsen av innholdet i bestemmelsene er lovens forarbeider, formålsbetraktninger basert på uttalelser her, og hensynet til sammenheng i regelverket.

Det er nærliggende å søke etter relevante momenter i eldre rett. Den mest relevante bestemmelsen i denne sammenheng er tvistemålsloven (tvml.) § 111, som påla partene å gi en ”fuldstændig” og ”utvetydig” fremstilling av saken. Jeg har imidlertid kun i liten grad funnet denne bestemmelsen nyttig.

I tilknytning til begge regelsettene har jeg anvendt bestemmelser inntatt i *Regler for god advokatskikk* (RGA). Regelsettet er en del av Advokatforskriften, og har dermed forskrifts rang. Taushetsplikten er regulert i RGA pkt. 2.3 og av pkt. 1.2 kan det utledes en opplysningsplikt.

Reglene håndheves i første rekke av Disiplinærnemnda, jfr. dstl. § 227.

Advokatforeningens disiplinærutvalg er imidlertid første instans i tvister som angår foreningens medlemmer.¹¹ Praksis fra begge organer kan i prinsippet bidra til fastleggelsen av innholdet i bestemmelsene. I forhold til problemstillingen i oppgaven finner jeg imidlertid at avgjørelsene har størst betydning som illustrasjon på de ulike spørsmål som oppstår.

Forholdet mellom regelsettene er i liten grad belyst i rettskildene tilknyttet opplysningspliktene og taushetsplikten. Det finnes noe rettskildemateriale knyttet til konflikten mellom taushetsplikten og opplysningsplikten på andre rettsområder, men jeg har ikke funnet dette særlig belysende.

¹⁰ Trådte i kraft 1. januar 2008

¹¹ Vedtekter for den norske advokatforening § 8-1

Avgjørende vekt har derfor blitt lagt på hensynet til konsekvens og sammenheng i rettstilstanden på sivilprosessens område. Formålene bak regelsettene har i denne sammenheng vært et fremtredende moment.

1.5 Fremstillingen

Jeg har valgt en enkel fremstilling hvor jeg først gjør rede for prosessfullmektigens taushetsplikt, deretter prosessfullmektigens opplysningsplikt om bevis, før jeg til slutt tar for meg relasjonen mellom regelsettene.

I pkt. 2. og 3. redegjør jeg kun for de sidene av regelsettene som har en betydning for fastleggelsen av forholdet mellom disse. Særlig for taushetsplikten er det kun en begrenset del av materien som er av relevans. Også i forhold til opplysningspliktene er det imidlertid grunn til å understreke at mange interessante problemstillinger faller utenfor fremstillingen.

For å knytte advokatens taushetsplikt til opplysningspliktenes snevrere anvendelsesområde, vil jeg i pkt. 2 som hovedregel først fastlegge innholdet i den generelle regelen og deretter knytte dette opp til prosessfullmektigens virke under saksforberedelse og forhandlinger for retten.

Når det gjelder drøftelsen av relasjonen mellom regelsettene i pkt. 4, har jeg foretatt et utvalg av de emner jeg mener har mest for seg i et praktisk perspektiv.

2 Prosessfullmektigens taushetsplikt

2.1 Innledning

Advokatens taushetsplikt er av stor prinsipiell betydning både for det enkelte individ og for rettssamfunnet som sådant. I dette kapittelet vil jeg redegjøre for hjemmelsgrunnlaget for, hensynene bak og innholdet i plikten.

Siktemålet med fremstillingen er å gi en oversikt over temaet og legge grunnlaget for drøftelsen av forholdet mellom taushetsplikten og opplysningsplikten om bevis. Av denne grunn har jeg valgt å legge noe større vekt på taushetspliktens begrunnelse enn det ville være naturlig å gjøre i andre sammenhenger.

2.2 Relevant lovgivning

2.2.1 Overordnede betraktninger

Advokaters taushetsplikt er på generelt grunnlag ulovfestet. Det er flere lovbestemmelser som gir en nærmere regulering av plikten, men disse gjelder kun på hvert sitt begrensede anvendelsesområde. Som nevnt vil disse bestemmelsene imidlertid være sentrale i fastleggelsen av innholdet i den alminnelige taushetsplikten for advokater.

De mest sentrale reglene i denne sammenheng er strl. § 144, tvl. § 22-5 og strprl. § 119. I advokatforskriften pkt. 2.3. oppstilles det også regler om advokaters taushetsplikt, og EMK art. 8 gir viktige signaler om taushetspliktens prinsipielle betydning. Jeg vil i det følgende gi en presentasjon av disse bestemmelsene.

2.2.2 Straffeloven § 144

Strl. § 144 oppstiller straff for overtredelse av taushetsplikt, og har av enkelte vært regnet for å være hovedbestemmelsen om advokaters taushetsplikt.¹²

¹² Haraldsen (2005) s. 49, Svalheim (1996) s. 8.

Etter bestemmelsen straffes ”advokater (...) som rettstridig åpenbarer hemmeligheter, som er dem (...) betrodd i stillings medfør” med bøter eller fengsel inntil seks måneder.

I straffeloven (2005) vil bestemmelsen videreføres i § 211. Denne bestemmelsen er i det vesentligste likelydende med strl. § 144, og det er ikke tilsiktet noen realitetsendring utover en økning i strafferammen til ett år.¹³

2.2.3 TvL. § 22-5 og strprl. § 110

TvL. § 22-5 og strprl. § 119 oppstiller et forbud for retten mot å ta imot bevis om taushetsbelagte opplysninger. Reglene er bygget over samme lest, og ordlyden er knyttet tett opp til strl. § 144.

I bestemmelsenes første ledd konstateres det at retten ikke kan ta imot ”bevis” ”eller forklaring” fra ”advokater” dersom dette dreier seg om ”noe som er betrodd dem i deres stilling”.

Bestemmelsene griper inn i reglene om bevisplikt i tvL. § 21-5, og blant annet strprl. §§ 108 og 210, og innebærer at advokater er unntatt fra plikten dersom den medfører at de må videreformidle opplysninger som er underlagt taushetsplikt.

Det oppstilles unntak fra reglene i de tilfellene den som har krav på hemmelighold samtykker i at beviset føres eller forklaringen gis, jfr. tvL. § 22-5 (3) og strprl. § 119 (1).

2.2.4 RGA pkt. 2.3

Regler om advokaters taushetsplikt er inntatt i RGA pkt. 2.3. Hovedregelen er gitt i pkt. 2.3.2 som konstaterer at ”[e]n advokat skal overholde den taushetsplikt som han er pålagt gjennom lovgivningen”.

¹³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 75 og 77

Bestemmelsen oppstiller altså ingen hjemmel for taushetsplikt, men henviser kun til eksisterende lovgivning. Referansen er noe uheldig når en ser hen til at advokaters taushetsplikt på generelt grunnlag er ulovfestet. En må imidlertid kunne legge til grunn at henvisningen sikter til den ulovfestede og generelle taushetsplikten.

Advokatforskriftens fortrolighetsregler er av sentral betydning, selv om de ikke på selvstendig grunnlag oppstiller hjemmel for taushetsplikten.

For det første understrekes viktigheten av at taushetspliktsreglene overholdes og respekteres. I denne sammenheng kan det eksempelvis vises til RGA pkt 2.3.1 (2), hvor det uttales at ”[a]dvokatens plikt til å bevare taushet om opplysninger han mottar, fremmer rettspleien så vel som klientens interesser og har derfor krav på en særlig beskyttelse fra statens side”.

For det andre oppstilles det i RGA pkt. 2.3.2 (2) 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”. Denne fortrolighetsplikten utvider den rettssøkendes vern betraktelig.¹⁴

2.2.5 EMK art. 8

EMK art. 8 omhandler retten til respekt for privatliv og familieliv. Bestemmelsen er ingen hjemmel for taushetsplikt, men oppstiller en beskyttelse mot inngrep i den private sfære.¹⁵

Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har flere ganger slått fast at bestemmelsen får anvendelse på inngrep i taushetsbelagt materiale. De viktigste dommene

¹⁴ For illustrasjon se U Bind II s. 313 (Disiplinærnemnda 1979)

¹⁵ Vernet kan også utledes av legalitetsprinsippet, om dette se eksempelvis Advokatforeningen *Advokaters taushetsplikt*.

i så måte er *Campbell v. the United Kingdom*, *Niemietz v. Germany*, *Societe colas est and others v. France* og *Petri Sallinen and others v. Finland*.

Sakene over tar alle for seg inngrep i den private sfære i forbindelse med etterforskning av straffbare forhold, eller gjennomføring av straff. Det kan reises spørsmål om de prinsipielle uttalelsene har overføringsverdi til sivile saker, som er temaet i denne oppgaven.

For meg er det klart at privatlivets fred er en sterkt beskyttelsesverdig interesse i sivile forhold, og jeg kan ikke se at det i praksis fra EMD eller norske domstoler er gitt signaler om at de to sakstypene skal behandles forskjellig.¹⁶

I bestemmelsens første ledd konstateres det at enhver har rett til ”*respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse*”. Vernet av det taushetsbelagte materialet vil i de fleste tilfeller kunne omfattes av kravet om respekt for den enkeltes ”*korrespondanse*”.¹⁷ Alternativet om ”*privatliv*” må imidlertid forstås svært vidt, og vil trolig omfatte det taushetsbelagte materialet som ikke omfattes av de øvrige alternativene i bestemmelsen.¹⁸

Dersom inngrepet faller inn under EMK art. 8 (1) er utgangspunktet at det kun er lovlig dersom det tilfredsstillende kravene i bestemmelsens annet ledd. Her stilles det krav om at inngrepet må være foretatt for å verne om noen av de opplistede interessene, at inngrepet er i samsvar med loven og til slutt at det anses å være nødvendig i et demokratisk samfunn.¹⁹

¹⁶ Se også NOU 2009: 4 s. 148, hvor det konstateres at advokatens taushetsplikt er vernet av EMK art. 8 (1)

¹⁷ Eksempelvis *Petri Sallinen and others v. Finland* premiss (71)

¹⁸ *Niemietz v. Germany* premiss (29).

¹⁹ Om kravene se pkt. 4.3.2.2. og 4.3.3.2

2.3 Hensynene bak taushetsplikten

2.3.1 Hensynet til å beskytte fortroligheten mellom advokat og klient

Taushetsplikten viktigste funksjon er at den beskytter fortroligheten mellom partene i klientforholdet.²⁰ Kjernen i denne fortroligheten er at klienten har *tillit* til at advokaten behandler forholdet mellom dem og den informasjon som kommer frem i denne forbindelse, med varsomhet og respekt for klientens ønsker.

Vernet om opplysninger og informasjon vedrørende individet er i menneskerettslig og personvernrettslig sammenheng ansett som en verdi i seg selv.²¹ Men behovet for å beskytte den fortrolige sfæren mellom advokat og klient er også av andre grunner essensielt i et komplekst rettsamfunn.

For at den enkelte skal kunne bedømme sin rettslige posisjon og ivareta sine rettigheter, vil han i stor grad være avhengig av profesjonell bistand. Å legge forholdene til rette for at borgeren skal kunne søke rettsråd, uten frykt for at fortrolig informasjon blir behandlet i strid med formål og ønsker, blir derfor en viktig rettsikkerhetsgaranti.²²

I tillegg til dette er fortrolighet mellom advokat og klient viktig for å sikre effektivitet og kvalitet i rettspleien.²³ Bakgrunnen for dette er at det er partene som har hovedansvaret for sakens opplysning i sivile saker, jfr. tvl. §§ 11-2 (1) og (2) jfr. 11-1 (1). Målet med ordningen er å stimulere til materielt riktige avgjørelser; dersom hver part fremstiller sin sak på best mulig måte vil dommeren få et godt og nyansert avgjørelsesgrunnlag.²⁴

²⁰ Rt. 2006 s. 633 premiss (36) og Rt. 2004 s. 1668 premiss (40).

²¹ Se eksempelvis Jacobs & White (2006) s. 245 flg. og NOU 2009:1 pkt. 3.3.2

²² Se eksempelvis NOU 2009:4 s.143 og Rt. 1999 s. 1066 (s. 1069)

²³ NOU 2009:4 s. 143

²⁴ Robberstad (1999) s. 107

Advokaten har i denne sammenheng en viktig funksjon, ved at han bidrar til å sortere ut relevant informasjon, og deretter spisse til faktisk og rettslig argumentasjon. Forutsetningen for at advokaten kan oppfylle denne rollen er naturligvis at klienten har tilstrekkelig tillit til ham, til å gi en utfyllende og riktig fremstilling av problemkomplekset i saken.

Taushetsplikten vil også kunne forebygge konflikter og stimulere til lovlydig atferd.²⁵ En stor del av advokatyrrket består i rettslig rådgivning utenfor eller før prosess. Dersom klienten i frykt for eventuelle negative konsekvenser holder tilbake informasjon fra advokaten, svekkes muligheten til å gi gode og presise råd, til å lykkes med minnelige ordninger og til å styre klienten inn på et lovlydig spor.

2.3.2 Fortrolighetshensynet i rettspraksis

Hensynet til å beskytte fortroligheten mellom partene er i de senere årene blitt ettertrykkelig understreket i rettspraksis.

Etter mitt syn er det tre avgjørelser som er særlig sentrale på området; nemlig kjennelsene inntatt i henholdsvis Rt. 2006 s. 633, Rt. 2004 s. 1668 og i Rt. 1999 s. 1066.

Jeg vil her særlig trekke frem avgjørelsen i Rt. 2006 s. 633. Bakgrunnen for denne kjennelsen var en tvist om gyldigheten av en ektepakt. Ektepakten overførte blant annet en boligeiendom vederlagsfritt fra den ene ektefellens særeie til den andres. I arveoppgjøret etter den overførende ektefellens død, krevde et særkullsbarn at advokaten skulle fremlegge alle utkast og andre dokumenter som kunne knyttes til opprettelsen av ektepakten

Selve kjennelsen gjaldt spørsmålet om tvml. § 251, jfr. 250 nr. 2 og 205 var tolket riktig. Bestemmelsene gjelder henholdsvis en fremleggelsesplikt for bevis som kan utgjøre bevis i saken, og et bevisforbud mot taushetsbelagte opplysninger.

²⁵ Haraldsen (2005) s. 48

Den ankende part mente at bevisforbudet om taushetsbelagte dokumenter måtte modifiseres ved klientens død. Det var helt klart at ordlyden i bestemmelsene ikke åpnet for dette, og i dommen inntatt i Rt. 1983 s. 430 *Reksten*, var det fastslått at det ikke var rom for en slik tolkning. Denne dommen hadde vært stående som et prejudikat for nettopp dette standpunktet i over tjue år.²⁶

I ektepaktkjennelsen kom Høyesterett imidlertid til at taushetsplikten kunne modifiseres i slike tilfeller.²⁷

Førstvoterende dommer Lund begrunnet dette standpunktet for det første i en analyse av premissene i *Rekstensaken*. Selv om det som hovedregel ikke kunne aksepteres noen modifikasjon av taushetsplikten, stengte ikke argumentasjonen helt for at det kunne tenkes unntak fra dette. For det andre det ble det henvist til at det i teorien synes å være en oppfatning om at det kan gjøres unntak fra taushetsplikten ved klientens død.

Etter å ha konkludert med at det kunne gjøres unntak, gikk førstvoterende videre til å fastlegge innholdet i unntaksregelen. Det ble vist til de to kjennelsene i Rt. 1999 s. 1066 og Rt. 2004 s. 1668, som jeg har nevnt over, og uttalt følgende:” *[n]år innholdet i unntaksregelen skal fastlegges, må utgangspunktet være at taushetsplikten skal beskytte fortroligheten mellom advokat og klient*”.

Deretter ble de motstridende interessene og de konkrete omstendighetene i saken drøftet, og nærmere innholdet i unntaksregelen utpenslet. I premiss (36) uttaler førstvoterende at ”*det bør kunne gjøres unntak fra taushetsplikten i tilfeller der fordelene ved unntaket er vesentlig større enn den krenkelse av fortroligheten mellom klient og advokat det vil dreie seg om*”.

²⁶ Svalheim (1996) s. 15-17

²⁷ Rt. 2006 s. 633 premiss (34)-(37)

Etter min mening er disse uttalelsene et veldig viktig signal om fortrolighetshensynets stilling på taushetspliktsområdet, og det gjelder særlig når en også ser hen til hensynets gjennomslagskraft i kjennelsene inntatt i Rt. 1999 s. 1066 og Rt. 2004 s. 1668.

Vi ser at fortrolighetshensynet i alle disse avgjørelsene har gitt hjemmel for å fravike både ordlyd og etablert oppfatning av taushetsplikten, og også at hensynet har vært styrende for utpensling av det nærmere innhold i regelen.

2.3.3 Fortrolighetshensynet som bestemmende for taushetsplikten innhold

Jeg mener at den rettsstilstanden jeg har beskrevet over må få implikasjoner for forståelsen av advokaters taushetsplikt på alminnelig grunnlag.

I fremstillinger av advokatens taushetsplikt har det vært stort fokus på de særlige taushetspliktshjemlene, og spesielt på strl § 144. Dette er naturlig, særlig når en ser hen til det store apparatet av rettskilder som er knyttet til disse bestemmelsene.

Fokuset har imidlertid fått noen uheldige konsekvenser. Etter min mening er det en tendens til å fokusere uforholdsmessig mye på ordlyden i disse bestemmelsene, og i forbindelse med den sentrale posisjonen strl. § 144 har fått i teorien, har også særlige strafferettslige momenter som rettstridsreservasjonen og straffrihetsgrunner vært trukket inn.²⁸

Jeg mener at det er viktig å holde fast på at taushetsplikten på generelt grunnlag er ulovfestet. Når en ser hen til den sterke stillingen fortrolighetshensynet har fått på området, er det etter min mening naturlig å la dette være utgangspunktet for fastleggelsen av vilkår, innhold og rekkevidde for regelen. Jeg vil i oppgaven forsøke å følge denne fremgangsmåten.

²⁸ Eksempler her er NOU 2009:4 s. 144-145, Svalheim (1996) kap. 2.

2.4 Taushetspliktens innhold

2.4.1 Hva innebærer taushetsplikt?

Taushetspliktens kjerne er at den setter et forbud mot videreformidling av visse opplysninger uten samtykke fra den som har krav på vern etter reglene.

I strl. § 144 er dette uttrykt som et forbud mot å ”*rettsstridig åpenbare*” hemmeligheter. Bevisforbudet i tvl. § 22-5 setter forbud for retten mot å ”*ta i mot bevis*” fra noen som er underlagt taushetsplikt, og i den tilsvarende bestemmelsen i strprl. § 119 taler om ”*ta i mot forklaring*”. Jeg vil i det følgende gjøre rede for hva som ligger i forbudet mot videreformidling etter taushetsplikten på generelt grunnlag.

Det sentrale aspektet i fortrolighetsforholdet mellom klient og advokat er at klienten har visshet om at den informasjonen som i anledning klientforholdet kommer frem, ikke vil komme andre for øre, med mindre han har gitt sin aksept til dette. Selve videreformidlingsmåten blir i denne sammenheng mindre viktig.

Jeg kan ikke se at det er stilt noen krav til formidlingsmåten i rettspraksis eller teori. Det må da legges avgjørende vekt på ordlyden i bevisforbudsreglene og fortrolighetshensynet. Dette innebærer at det sentrale i vurderingen av om videreformidlingsforbudet er overholdt eller ei, er hvorvidt noen utenforstående faktisk har blitt kjent med den taushetsbelagte opplysningen og om dette skyldes advokaten og hans handling, eventuelt mangel på sådan.

Under saksforberedelsen og rettsforhandlingene, som er tema her, vil en stor mengde opplysninger videreformidles til motparten og retten. Jeg kan eksempelvis nevne opplysninger i varsel om krav, ulike prosesskrifter, alminnelig korrespondanse i tillegg til muntlige, formelle eller uformelle, forhandlinger og møter. En hel del informasjon vil dessuten videreformidles ved nonverbale handlinger. Alle disse typer videreformidling vil altså omfattes av forbudet.

2.4.2 Når foreligger det taushetsplikt?

Hensynet til beskyttelse av tillitsforholdet mellom advokat og klient tilsier ikke at det alltid skal være taushetsplikt om de forhold som kommer frem i forbindelse med at noen søker bistand hos en advokat.

Siktemålet med dette punktet er å gjøre rede for *i hvilke tilfeller* prosessfullmektigen har forbud mot å videreformidle informasjon uten samtykke.

2.4.2.1 Krav til prosessfullmektigens kunnskapsvervelse

I dette punktet vil jeg ta for meg de krav det stilles til hvordan prosessfullmektigen har oppnådd kunnskap om de aktuelle opplysningene.

Både etter strl. § 144 og bevisforbudene stilles det krav til at opplysningene må være ”betrodd” advokaten. Begrepsvalget kan gi indikasjon på at det stilles krav til at opplysningen er meddelt advokaten under en fortrolig samtale, kanskje aller helst under fire øyne.

For ivaretagelsen av tillitsforholdet mellom advokat og klient er det essensielt at taushetspliktens vern ikke avhenger av at advokaten har fått vite om den aktuelle opplysningen på en bestemt måte. En motsatt løsning ville reist vanskelige avgrensningsspørsmål, og i klientforholdet resultert i usikkerhet og utrygghet.

Som nevnt i punktet over, skjer videreformidling av informasjon fra prosessfullmektig til klient på mange forskjellige måter og nivåer, og disse vil det ikke alltid være lett å skille fra hverandre. Eksempelvis vil noe komme frem i klientkonferanser, annet i overleverte dokumenter og noe vil prosessfullmektigen kunne slutte selv ved å observere klienten og dennes omgivelser.

Videre vil også en del opplysninger som kommer prosessfullmektigen til kunnskap i forbindelse med et klientforhold, stamme fra andre enn klienten. Disse vil også i stor grad inngå i fortrolighetsforholdet mellom partene.

Avgjørelsen i Rt. 2006 s. 1071 tok for seg spørsmålet om hva som skal anses omfattet at taushetsplikten i relasjon til kravet til advokatens kunnskapservervelse. Det ble slått fast at opplysninger som var innhentet av en privatetterforsker under oppdrag for advokaten var omfattet, til tross for at klienten ikke hadde anmodet om innhenting av opplysningene.

Førstvoterende uttaler i avgjørelsen at ”[d]et som er betrodd, blir (...) det advokaten i egenskap av sitt yrke og som ledd i et klientforhold innhenter eller får tilgang til på vegne av klienten.”²⁹

Her knyttes kravet til den sammenheng kunnskapservervelsen har med klientforholdet, ved at de må være ervervet ”*som ledd*” i dette. Dette innebærer en vesentlig utvidelse av vernet i forhold til betroelseskravet overfor, og etter min mening samsvarer dette godt med hensynene bak taushetsplikten.³⁰

2.4.2.2 Krav til prosessfullmektigens opptreden ved kunnskapservervelsen

Hensynet til beskyttelse av fortroligheten mellom den rettsøkende og advokat, kan kun begrunne taushetsplikt i den utstrekning advokaten faktisk opptrer *som advokat*.

I strl. § 144 er det oppstilt et krav om at opplysningene må være betrodd advokaten ”*i stillings medfør*”, og i bevisforbudene er formuleringen ”*i deres stilling*” anvendt. I sitatet fra Rt. 2006 s. 1071 som jeg trakk frem i forrige punkt, uttrykkes dette som et krav om at opplysningene må være betrodd advokaten ”*i egenskap av sitt yrke*”.³¹

²⁹ Rt. 2006 s. 1071 premiss (22)

³⁰ Se også Schei m.fl. (2007) s. 1078

³¹ Om kravet se også Rt. 1998 s. 110

Bakgrunnen for dette kravet er at advokaten utenfor sitt yrke vil kunne inneha en rekke andre roller, eksempelvis rollen som privatperson, som selvstendig næringsdrivende eller som styremedlem i selskap eller organisasjoner.³²

Dersom en person betror en venn detaljer om et arverettslig problem han har, er det ikke rimelig at disse opplysningene beskyttes av reglene om advokaters taushetsplikt alene av den grunn at vennen er advokat av yrke.

I denne oppgaven er det prosessfullmektigens taushetsplikt som er tema. Det er ingen tvil om at dersom advokaten er engasjert for å føre en sak for retten, vil kunnskap han i denne forbindelse har ervervet i alle tilfelle anses som ervervet i egenskap av å være advokat. Dette må gjelde uansett om han fikk kunnskapen under rettergangen, saksforberedelsen eller tidligere.³³

2.4.2.3 Krav til kunnskapens innhold og karakter

Spørsmålet under dette punktet er for det første hvorvidt det stilles krav til kunnskapens innhold for at den skal være omfattet av taushetsplikten, og for det andre om det stilles krav til hvordan opplysningen kommer til uttrykk.

I relasjon til sistnevnte spørsmål vil jeg kun kort konstatere at det verken i teori eller rettspraksis oppstilles krav i forhold til kunnskapens form. Taushetsplikten relaterer seg til kunnskapen som sådan, og er eksempelvis ikke begrenset til korrespondanse, særlige lagringsmedier eller lignende.

³² Schei m.fl. (2007) s. 1079

³³ Svalheim (1996) s. 67

Når det gjelder førstnevnte spørsmål, har det vært anført at taushetsplikten kun gjelder der opplysningen ikke er alminnelig kjent eller allment tilgjengelig.³⁴

Ordlyden i strl. § 144 kan indikere at det stilles krav til innholdet av opplysningen, ved at objektet for taushetsplikt betegnes som ”*hemmeligheter*”. I bevisforbudet benyttes imidlertid den mer nøytrale formuleringen ”*noe som er betrodd*”.

Siden ordlyden i bestemmelsene over er sprikende, vil det etter min mening vil det være mest hensiktsmessig å la hensynet til fortroligheten være avgjørende i fastleggelsen av innholdet i taushetsplikten på dette punkt.

Det kan hevdes at det ikke er særlig betenkelig å oppstille et unntak fra taushetsplikten der opplysningen er *kjent for allmennheten*. I disse tilfellene vil ikke taushetsplikten kunne oppfylle sin funksjon, som er å forhindre at opplysningen kommer uvedkommende for øre. På den annen side er det klart at selve det forhold at en advokat uttaler seg om et bestemt tema, vil kunne ha uheldige følger for klienten, til tross for at opplysningen er kjent.

Et eksempel kan illustrere problemstillingen nærmere. Det kan legges til grunn at det foreligger et brudd mellom et par i Norges kjendisverden, og at partene har latt seg intervju om dette i media. Opplysningen om bruddet er således alminnelig kjent.

Den ene parten har latt seg bistå av en av landets mest kjente familierettsadvokater, som overfor tabloidene også kan bekrefte at partene har gått hver til sitt. Isolert sett vil han ikke videreformidle noe annet enn det som allerede er kjent for allmennheten. Men samtidig er det klart at advokaten ved å gjøre dette, vil implisere at bruddet er konfliktfylt og at et tøft skilsmisseoppgjør er i vente.

³⁴ Svalheim (1996) s. 102, Matningsdal (2009) note 1150 til strl. § 144

Når en ser hen til det faktum at selve eksistensen av klientforholdet vil kunne være underlagt taushetsplikt, synes jeg derfor at det er vanskelig å opprette standpunktet om at alminnelig kjente opplysninger er unntatt fra verne etter taushetspliktsreglene.³⁵

Også i forhold til *allment tilgjengelige* opplysninger mener jeg at taushetsplikten bør gjelde. Med allment tilgjengelige opplysninger siktes det til opplysninger som inngår i offentlige registre og lignende, som enhver kan få tilgang til dersom en ønsker dette.³⁶

Slike opplysninger vil ikke nødvendigvis være kjent for allmennheten, slik at taushetsplikten i større grad enn tilfellet over vil kunne ha en beskyttelsesverdig funksjon i å forhindre spredning av informasjonen.

Som eksempel kan vi legge til grunn at en person har mottatt juridisk bistand fra en advokat i forbindelse med en eiendomsoverdragelse. Et eiendomskjøp må tinglyses for å få rettsvern, og vil derfor være offentlig tilgjengelig informasjon. Disposisjonen kan imidlertid gi indikasjon på en rekke forhold, som klienten ikke ønsker at skal komme frem for allmennheten.

Eksempler på slike forhold kan være en økt formue, en skilsmisse eller en pågående arveplanlegging. Det er klart at en videreformidling av opplysningen om eiendomsoverdragelsen i slike tilfeller vil kunne oppfattes som et inngrep i fortrolighetsforholdet mellom advokat og klient, til tross for at informasjonen i prinsippet er tilgjengelig. Jeg mener derfor at taushetsplikten må komme til anvendelse også i slike tilfeller.

Undertiden anføres det også på andre områder at det må oppstilles unntak fra taushetsplikten, med begrunnelse i opplysningens innhold.

³⁵ Haraldsen (2005) s. 52

³⁶ Svalheim (1996) s. 102

Et eksempel her er kjennelsen inntatt Rt. 2004 s. 1668, hvor et av spørsmålene som ble reist angikk taushetspliktens anvendelse der *beviset var av særlig betydning* i en pågående rettssak. Høyesterett avviste anførselen og la vekt på at behovet for fortrolighet var uavhengig av bevisets betydning i saken.³⁷

Jeg mener etter dette at det er belegg for å hevde at taushetsplikten gjelder helt uavhengig av innholdet av opplysningen. Det sentrale vurderingstema er hvorvidt den har kommet advokaten som sådan til kunnskap i anledning klientforholdet.

2.4.3 Samtykke til opphevelse av taushetsplikten

Dersom klienten ikke har et ønske om at den informasjonen som er kommet frem i anledning klientforholdet skal være vernet mot videreformidling, er det ingen beskyttelsesverdig grunn til å belegge de aktuelle opplysningene med taushetsplikt. Dette er bakgrunnen for at taushetsplikten anses opphevet ved samtykke fra rettighetssubjektet.

At samtykke opphever bevisforbudet mot taushetsbelagte opplysninger følger av tvl. § 22-5 (3) og strprl. § 119 (1). Hva gjelder strl. § 144, er det klart at samtykke utgjør en straffrihetsgrunn som jfr. rettstridsreservasjonen i bestemmelsen opphever taushetsplikten.³⁸

Jeg vil i det følgende gjøre rede for de kvalitetsmessige krav som stilles til samtykket, og avslutningsvis gi noen korte bemerkninger rundt tolkning og tilbakekall av dette.

Samtykke til opphevelse av taushetsplikten er en rettshandling som innebærer et avkall på en rettighet som anses for å være av viktig og grunnleggende karakter. Disse forhold tilsier at det stilles strenge krav til kvaliteten av samtykket for at det skal kunne oppheve taushetsplikten, og dette er også fulgt opp i teorien.³⁹

³⁷ Rt. 2004 s. 1668 premiss (37)

³⁸ Om dette se eksempelvis NOU 2009:4 s. 145.

³⁹ Svalheim (1996) s. 158, Eskeland (2006) s. 259, Andenæs (2004) s. 192

Dersom samtykket potensielt kan ha store eller inngripende konsekvenser for individet, eller de aktuelle opplysningene er særlig sensitive, er dette omstendigheter som taler for at kravene til kvaliteten av samtykket skjerpes.⁴⁰

Det er et minstekrav at samtykket er gitt frivilling og at vedkommende ikke har vært utsatt for svik eller annen uredelighet.⁴¹ I tillegg til dette stilles det også krav til at samtykket er uttrykkelig og informert.

Hva gjelder kravet til at samtykket må være uttrykkelig uttaler *Svalheim* at det må være ”noenlunde klart, bestemt og utømmende”. Konkret betyr dette at samtykket må fremstå som et avkall på den rettigheten vedkommende har.⁴²

Dette innebærer imidlertid ikke at det stilles formkrav til samtykket. Det kan være avgitt skriftlig eller muntlig, eller sågar ved konkludent atferd eller passivitet. Det understrekes i teorien at de kvalitetsmessige krav som stilles ikke påvirkes av hvilken form samtykket har i det konkrete tilfellet.⁴³

I forhold til kravet om at samtykket er informert, fremholder *Svalheim* at advokaten må forsikre seg om at klienten er inneforstått med konsekvensene av samtykket. *Andenæs* påpeker at den samtykkende må ha en evne til ”å forstå rekkevidden av handlingen og vurdere dens betydning”.⁴⁴

⁴⁰ Svalheim (1996) s. 161, Andenæs (2004) s. 201 flg.

⁴¹ Svalheim (1996) s. 158, Eskeland (2006) s. 259, Andenæs (2004) s. 202

⁴² Svalheim (1996) s. 160

⁴³ Svalheim (1996) s. 160, Bjerke Keiserud (2001) s. 487

⁴⁴ Svalheim (1996) s. 159, Andenæs (2004) s. 201

Selv om det foreligger et samtykke til opphevelse av taushetsplikten som oppfyller de kvalitetsmessige krav over, er det ikke sikkert at taushetsplikten kan settes til side i det konkrete tilfellet.

Den aktuelle videreformidlingen må naturligvis dekkes av samtykket. Hvor langt samtykket rekker beror på en tolkning av det. Utgangspunktet må tas i alminnelige avtalerettslige tolkningsprinsipper, men siden den sentrale begrunnelsen bak taushetspliktsreglene er å beskytte fortroligheten mellom advokat og klient, vil hensynet til klienten og formålet med samtykket være særlig sentrale momenter.⁴⁵

Samtykke til fritak av taushetsplikten kan i utgangspunktet når som helst kalles tilbake. Dette innebærer at de aktuelle opplysningene igjen er belagt med taushetsplikt, med de konsekvenser dette har.⁴⁶

⁴⁵ Svalheim (1996) s. 164 og 165

⁴⁶ Svalheim (1996) s. 169, Schei m.fl. (2007) s. 1089, Bjerke og Keiserud (2001) s. 486. Se imidlertid Rt. 2008 s. 679 premiss (20)

3 Prosessfullmektigens opplysningsplikt om bevis

3.1 Innledning

Prosessfullmektigens opplysningsplikt om bevis i sivile saker følger av tvl. §§ 5-3 og 21-4. Pliktene gjelder etter sin ordlyd kun for parten, men det følger av tvl. § 3-1 (3) at plikten også får anvendelse for prosessfullmektigen.

På samme måte som under taushetspliktsredegjørelsen vil jeg gi en fremstilling av rettsgrunnlaget, begrunnelsen for og innholdet i opplysningsplikten. Siden opplysningspliktsbestemmelsene i stor grad er nye i tvisteloven, finner jeg det nødvendig å gå noe dypere inn i innholdet i regelsettet.

3.2 Relevant lovgivning

3.2.1 Tvl. § 21-4

Tvl. § 21-4 er hovedregelen om partenes sannhets- og opplysningsplikt i sivile saker. I denne oppgaven er det som nevnt kun opplysningspliktsdelen av regelen som er tema.

Hovedmålsetningen med regelen er uttrykt i bestemmelsens første ledd; ”*Partene skal sørge for at saken blir riktig og fullstendig opplyst*”.

Dersom prosessfullmektigen eller parten selv besitter beviset, foreligger det opplysningsplikt i den utstrekning det er nødvendig for å oppfylle målsetningen i første ledd, jfr. tvl. § 21-4 (1) annen setning.

Dersom disse ikke besitter beviset, men kjenner til det, er utgangspunktet at det foreligger opplysningsplikt i den utstrekning beviset er å anse som ”*viktig*”, jfr. tvl. § 21-4 (2) første setning.

Opplysningsplikten i begge tilfellene gjelder uansett innholdet i og potensielle konsekvenser av den aktuelle opplysningen.⁴⁷ Regelen står i tvl. kap. 21 *Alminnelige regler om bevis*, og får anvendelse for bevisføring i alle instanser.⁴⁸

3.2.2 Tv. § 5-3

Opplysningsplikten i tvl. § 5-3 er en forlengelse av overfor nevnte regel, og gjelder ved varsel om krav etter tvl. § 5-2. Varsel om krav er en nyvinning i tvisteloven, og innebærer kort sagt at den som planlegger å reise sak plikter å underrette motparten om dette tidlig i saksforberedelsen.

Tvl. § 5-3 (1) oppstiller en opplysningsplikt om ”viktige” bevis som parten eller prosessfullmektigen ”kjenner til”.

Det skilles etter denne bestemmelsen ikke mellom tilfeller der opplysningen er i partens eller prosessfullmektigens besittelse, slik det gjøres i tvl. § 21-4. Det er uttalt i forarbeidene at sistnevnte tilfeller skal omfattes hovedregelen i første ledd, som betyr at det også stilles krav om at opplysningen er å anse som ”viktig”.⁴⁹

Opplysningsplikten etter tvl § 5-3 gjelder som ved tvl. § 21-4, også i de tilfeller opplysningen er til ugunst for egen part.

3.2.3 RGA pkt. 1.2

En opplysningsplikt med et tilsvarende anvendelsesområde som tvl. §§ 5-3 og § 21-4 kan også utledes av advokatforskriften. Flere av bestemmelsene i regelverket er relevante når

⁴⁷ Reusch (2009) note 1055 til tvl. §21-4

⁴⁸ Reusch (2009) note 1035 til tvl. kap. 21

⁴⁹ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s. 378

opplysninger påstås tilbakeholdt, men etter mitt syn er det kun RGA pkt. 1.2 som har verdi på selvstendig grunnlag for temaet i denne oppgaven.⁵⁰

Etter RGA pkt. 1. 2 (1) har advokater plikt til ”å fremme rett og hindre urett”. Fra bestemmelsen kan det utledes en opplysningsplikt i sivile saker om forhold som er av relevans for tvisten. Dette er lagt til grunn i avgjørelser fra Disiplinærnemnda og disiplinærutvalgene.

Et eksempel her er Disiplinærnemndas sak i ADA-2008-D2, som gjaldt en arbeidsrettstvist. Opplysningene som ble anført holdt tilbake gjaldt det forhold at en standardavtale som lå til grunn for den omtvistede arbeidsavtalen, hadde møtt sterke protester fra arbeidstakerorganisasjonene. Dette hevdet klager at var i strid med RGA pkt 1.2. Disiplinærnemnda fant imidlertid ikke de faktiske forholdene tilstrekkelig sannsynliggjort, og kom til at det ikke forelå brudd på bestemmelsen.

Anvendelsesområdet til pkt. 1.2 (1) omfatter advokaters opptreden i forbindelse med rettsforhandlinger i alle instanser, samt under saksforberedelsen.⁵¹

3.3 Hensynene bak opplysningsplikten

3.3.1 Hensynet til riktige avgjørelser

Det mest fremtredende motivet for opplysningsplikten er at regelen bidrar til avsigelse av materielt riktige avgjørelser.⁵²

Hensynet til riktig resultat er et naturlig og fundamentalt prinsipp for enhver prosessordning, og en forutsetning for at domstolsbehandling skal kunne virke etter sin hensikt.⁵³

⁵⁰ Se pkt. 1.3, pkt. 4.1 og 4.2

⁵¹ Pkt. 1.4

⁵² Se eksempelvis NOU 2001:32 s. 946

⁵³ Robberstad (2009) s. 11

Opplysningsplikts funksjon i dette henseende har sammenheng med at det i utgangspunktet er partene som råder over sakens opplysning, og at retten må treffe avgjørelse på grunnlag av denne fremstillingen, jfr. tvl. § 11-2 (1) og (2) jfr. tvl. § 11-1 (1).

En plikt til å opplyse om bestemte omstendigheter vil bidra til at avgjørelsesgrunnlaget for dommeren forbedres, slik at forholdene i større grad ligger til rette for avsigelse av riktige avgjørelser.

3.3.2 Hensynet til tidlig avklaring

Hensynet til materielt riktige avgjørelser er et hensyn som hovedsakelig gjør seg gjeldende når saken har kommet så langt som til hovedforhandling. Tvistemålsutvalget uttaler imidlertid flere steder i forarbeidene at de ønsker å legge til rette for at tvister løses utenfor domstolene.⁵⁴

De negative sidene ved domstolsforfølging av et krav er mange. Både for partene og for samfunnet er det økonomiske aspektet fremtredende.

Til dette kommer det forhold at en domstolsbehandling kan oppleves svært belastende for partene, og til og med virke konfliktskjerpende, i stedet for konfliktløsende. Det siste ved at partene stilles opp mot hverandre og synspunktene polariseres etter hvert som saken skrider frem.

3.3.3 Hensynet til konsentrasjon av saken

Det forhold at det legges til rette for at saken opplyses i størst mulig grad under saksforberedelsen og forhandlingene bidrar til at saken spisses til, og fokus legges på de

⁵⁴ NOU 2001:32 s. 208 og 209

mest sentrale sider av tvisten.⁵⁵ Dette vil igjen kunne gi et bedre beslutningsgrunnlag, og redusere prosesskostnader.

3.4 Opplysningsplikts innhold

3.4.1 Hva kan det foreligge opplysningsplikt om?

Opplysningspliktene i tvl. §§ 5-3 og 21-4 får i første rekke anvendelse når det gjelder bevis. Dette viser seg særlig i ordlyden i bestemmelsene, som kretser rundt det som faller inn under tvistemålslovens bevisbegrep, nemlig forklaringer og bevisgjensstander.⁵⁶

Påstandsgrunnlaget omfattes ifølge forarbeidene også av tvl. § 21-4.⁵⁷ Jeg kan imidlertid vanskelig se behovet for en opplysningsplikt på dette området. Påstandsgrunnlaget er de faktiske anførsler som parten bygger sin påstand på, jfr. tvl. § 11-2 (1), og disse vil han neppe ønske å holde tilbake.

Bakgrunnen for at sakens rettslige side er utelukket fra anvendelsesområdet til opplysningsplikten er at retten har et selvstendig ansvar for rettsanvendelsen i saken, jfr. tvl. § 11-3 (1). På dette området vil ikke retten være bundet av partenes fremstilling, slik at behovet for en opplysningsplikt ikke er like fremtredende.

3.4.2 Hva innebærer opplysningsplikten?

Tvl. §§ 5-3 og 21-4 innebærer en plikt til å, på ulike måter, videreformidle opplysninger til motparten og retten.

Bestemmelsene oppregner en hel rekke forskjellige videreformidlingsmåter. I tvl. § 5-3 (1) oppstilles en plikt til å ”opplyse” om bevis. I tvl. § 21-4 oppstilles også en slik plikt til å opplyse, men undertiden også en plikt til å *tilby* bevis, enten ved alminnelig bevistilbud, eller gjennom å gi forklaring eller bevistilgang.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 208

⁵⁶ Schei m.fl. (2007) s. 979

⁵⁷ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 454

Siden forholdet til taushetsplikten ikke er problematisk i forhold til bevispliktene, vil jeg som nevnt ikke ta dette for meg i denne oppgaven.⁵⁸

Etter ordlyden foreligger det kun en opplysningsplikt etter tvl. § 21-4 (2) og ikke etter bestemmelsens første ledd. Det er imidlertid klart at bestemmelsens andre ledd presiserer og avgrenser rekkevidden av hovedregelen i første ledd, for de tilfellene parten har en svakere tilknytning til beviset.⁵⁹ Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier altså derfor at det også følger en opplysningsplikt av tvl. § 21-4 (1).

Begrepet ”*opplyse*” gir indikasjon på at det er tilstrekkelig at beviset gjøres kjent for den andre parten. I kjennelsen i Rt. 2009 s. 627 ble det imidlertid reist spørsmål om begrepet i relasjon til tvl. § 5-3 likevel måtte forstås som en plikt til å legge frem beviset.

Tvisten kom opp i forbindelse med en avgjørelse hvor en part under henvisning til at tvl. § 5-3 var brutt, var pålagt å dekke sakskostnader etter tvl. § 20-4 bokstav c). Vedkommende hadde nektet å fremlegge bevis av sentral betydning for saken, men det var klart eksistensen av bevisene var kjent for begge parter.

Under henvisning til klar ordlyd og uttalelser i forarbeidene kom retten til at forholdet ikke var omfattet av tvl. § 5-3; ”*det [er] berre er plikt til å opplyse om eit dokument - ikkje å leggje det fram.*”⁶⁰ Det må etter dette være klart at der bestemmelsene pålegger en opplysningsplikt, foreligger det kun en plikt til å gjøre motparten kjent med beviset.

⁵⁸ Pkt. 1.2.2

⁵⁹ NOU 2001:32 s. 947

⁶⁰ Rt. 2009 s. 627 premiss (17)

3.4.3 Betydningen av tilknytningen til beviset

I tvl. § 21-4 skilles det mellom opplysningsplikten der prosessfullmektigen ”*kjenner til*” beviset, og der han eller parten kan sies å ha ”*hånd om*” denne. Dette følger av en antitetisk tolkning av andre setning i bestemmelsens andre ledd.

Vilkårene er noe forskjellig ut fra hvilken av disse to tilknytningstyper til beviset som foreligger. Det skal mer til for at det foreligger opplysningsplikt der beviset ikke er i partens eller opplysningspliktens besittelse.

Bakgrunnen for dette skillet er at det er få ulemper forbundet med å oppstille en vidtgående opplysningsplikt i de tilfellene parten selv sitter med den aktuelle opplysningen, og lett kan vurdere innholdet og relevansen for saken.

Mengden av potensielt relevante opplysninger utenfor den gruppen som prosessfullmektigen selv besitter, vil imidlertid kunne være svært stor og vanskelig definerbar. Tvistelovsutvalget uttaler at det i disse tilfellene er ”*nødvendig å finne en realistisk og rimelig avgrensing*”.⁶¹

I tvl § 5-3 (1) oppstilles det som nevnt etter ordlyden kun en regel for de tilfeller prosessfullmektigen ”*kjenner til*” beviset, og ingen særlig regel for de tilfellene tilknytningsforholdet er sterkere. Siden prosessfullmektigen alltid kan sies å kjenne til et bevis som er i hans besittelse, må en legge til grunn at regelen i første ledd også omfatter disse tilfellene.⁶²

Jeg vil først ta for meg de tilfellene det kun foreligger kjennskap til opplysningen, da dette kan sies å være innslagspunktet for opplysningsplikten etter regelsettet. Siden vilkårene i tvl. §§ 5-3 (1) og 21-4 (2) er likelydende vil jeg behandle disse sammen.

⁶¹ NOU 2001:32 s. 947

⁶² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 378

3.4.4 Opplysningsplikten der prosessfullmektigen kjenner til beviset

Dersom prosessfullmektigen kjenner til beviset, men ikke kan sies å ha hånd om det, foreligger det opplysningsplikt der beviset er å anse som ”viktig” og ”parten ikke kan regne med at den annen part er kjent med” det.

Jeg vil imidlertid først drøfte hvilke minstekrav det stilles til prosessfullmektigens kunnskap om opplysningene.

3.4.4.1 Krav til kunnskap om opplysningen

Under saksforberedelsen stilles det krav til at prosessfullmektigen ”kjenner til” opplysningene, jfr. § 5-3 (1) første setning. I tvl. § 21-4 (2) oppstilles det ikke et uttrykkelig krav til prosessfullmektigens kunnskap; kravet er kun at parten eller prosessfullmektigen ”ikke har hånd om” beviset.

I teorien er det antydnet at det kreves kjennskap til opplysningen også i forhold til tvl. § 21-4 (2), og jeg synes det er en naturlig avgrensning.⁶³ Spørsmålet i det videre er hva dette kjennskskravet innebærer.

Jeg kan ikke se at spørsmålet er drøftet i forarbeider, teori eller praksis. Som nevnt over er det imidlertid et krav om at beviset må være ”viktig” for at opplysningsplikten inntreffer. Dette taler for at parten må ha tilstrekkelig kunnskap til å kunne vurdere relevansen av beviset.

I forarbeidene er det tatt til orde for at parten har en undersøkelsesplikt, og denne må slå inn i de tilfeller prosessfullmektigen kun har svak kunnskap om beviset. Utstrekningen av undersøkelsesplikten beror på hva som er ”rimelig” hensett til ”*tvistens karakter og betydning*”.⁶⁴

⁶³ Schei m.fl. (2007) s. 1003

⁶⁴ NOU 2001:32 s. 947

Dette taler for at prosessfullmektigen kun kan unnlate å opplyse om beviset, dersom han etter en slik undersøkelse ikke har nok kunnskap til å vurdere relevansen av det.

3.4.4.2 Krav til bevisets relevans

Det følger av tvl. § 5-3 (1) og tvl. § 21-4 (2) at opplysningsplikt om bevis man kjenner til forutsetter at dette kan karakteriseres som ”viktig”.

Begrepsvalget antyder at ikke enhver opplysning som er relevant for tvisten utløser opplysningsplikten. *Schei m.fl.* anfører at det likevel at det ikke kreves at beviset er ”avgjørende”.⁶⁵

Viktighetsvurderingen må ta utgangspunkt i bevisbildet sett under ett, og temaet blir om ”*det fremstår som en rimelig mulighet at beviset alene, eller sammen med den øvrige bevisføring, vil få utslagsgivende betydning for resultatet i saken.*”⁶⁶

Disiplinæravgjørelsen i ADA-2005-148 er illustrerende for hva som etter all sannsynlighet ville tilfredsstille kravet til relevans etter tvl. § 5-3 og tvl. § 21-4 (2).

Prosessfullmektigen i denne saken holdt tilbake opplysninger om skadelidtes forsikringsdekning i sak om lemping av erstatningsansvar. I den aktuelle lovhjemmelen, skadeserstatningsloven § 5-2, er forsikringsdekning positivt oppregnet som et forhold som kan begrunne lemping.

Disiplinærutvalget uttaler at forholdet er ”*klart relevante opplysninger*” og trekker frem at ”*[f]ølgen av denne opptreden kunne vært at tingretten bedømte kravet feil.*” Forholdet ble derfor ansett som et brudd på opplysningsplikten etter RGA pkt. 1.2.

⁶⁵ Schei m.fl. (2007) s. 1003.

⁶⁶ Schei m.fl. (2007) s. 1003

3.4.4.3 Krav til motpartens kunnskap om beviset

I tillegg til at det stilles krav til prosessfullmektigens kunnskap om den opplysningen det er aktuelt å opplyse om, stilles det krav til motpartens kunnskap. Dette følger av formuleringen ”*bevis (...) som parten ikke har grunn til å regne med at den annen part er kjent med*” i tvl. §§ 5-3 (1) og 21-4 (2).

Kravet reiser to tolkningsspørsmål. Det første angår prosessfullmektigens vurdering av hvilken kunnskap motparten sitter med om den aktuelle opplysningen. Det andre spørsmålet gjelder hvilke krav det skal stilles til karakteren av denne kunnskapen.

Hva gjelder hvilket krav det skal stilles til karakteren av motpartens kunnskap, antar jeg at en kan legge til grunn at det som i pkt. 3.4.4.1 er sagt får anvendelse også her. Jeg går derfor rett på kravet til prosessfullmektigens vurdering av denne kunnskapen.

Det kreves altså at prosessfullmektigen ”*ikke har grunn til å regne med*” at parten har kjennskap til opplysningen.

En naturlig språklig forståelse av dette er at det ikke foreligger opplysningsplikt dersom prosessfullmektigen, etter en vurdering av omstendighetene i saken, antar at den aktuelle opplysningen er synlig for motparten.

Det er imidlertid antatt i teorien at det må foreligge ”*positive holdpunkter som gjør det sannsynlig at motparten er kjent med beviset*” for at opplysningsplikten ikke skal slå inn.⁶⁷ Dette innebærer en utvidelse av ordlyden i bestemmelsen.

Standpunktet er ikke begrunnet, og etter mitt syn kan det stilles spørsmålsteget ved rimeligheten av dette. Motparten vil jo på selvstendig grunnlag ha en plikt til å undersøke opplysninger som han har mistanke om at er relevant for saken, jfr. pkt. 3.4.4.2.

⁶⁷ Schei m.fl. (2007) s. 1003

Dette taler for at opplysningsplikten kommer til anvendelse kun i de tilfeller hvor den alminnelige motpart, etter prosessfullmektigens skjønn, ikke har forutsetninger for å forstå at det eksisterer en opplysning av relevans. Sett hen til ordlyden i bestemmelsen, synes jeg denne forståelsen har de beste grunner for seg.

3.4.5 Opplysningsplikten når prosessfullmektigen har "hånd om" opplysningen. Opplysningsplikten under forhandlingene når parten eller prosessfullmektigen kan sies å ha "hånd om" beviset følger av tvl § 21-4 (1). Under saksforberedelsen vil disse tilfellene omfattes av regelen i tvl. § 5-3 (1), og jeg viser til redegjørelsen over.

For at den videre regelen for opplysningsplikt etter tvl. § 21-4 (1) skal komme til anvendelse, må opplysning være "nødvendig" for at saken skal bli "riktig og fullstendig opplyst".

Bestemmelsen stiller ingen uttrykkelige krav til motpartens kunnskap etter denne bestemmelsen. Hensynet til proporsjonalitet i bevisføringen tilsier imidlertid at opplysningsplikten også her må avgrenses mot de tilfellene motparten antas å kjenne til beviset. For innholdet i dette kravet viser jeg til pkt. 3.4.4.3.

Jeg vil først gjøre rede for kravet til besittelse, før jeg går videre til kravet til bevisets relevans.

3.4.5.1 Kravet til at parten eller prosessfullmektigen har "hånd om" opplysningen
Kravet til besittelse reiser to spørsmål. For det første må det tas stilling til hvem det er som må ha "hånd om" beviset for at opplysningsplikten etter dette alternativet skal komme til anvendelse. For det andre reises spørsmålet om hva kravet nærmere innebærer.

Jeg har avgrenset oppgavetemaet mitt til å kun gjelde *prosessfullmektigens* stilling etter de to regelsettene. Når jeg tidligere har drøftet vilkårene for prosessfullmektigens

opplysningsplikt, har jeg lagt til grunn at disse spesifikt relaterer seg til prosessfullmektigen og dennes kjennskap og vurderinger i relasjon til beviset, og ikke partens.

Når det gjelder kravet til besittelse, blir dette utgangspunktet ikke riktig. Jeg viser til at det er *partene* som er hovedaktør i saken, og legger til grunn at opplysningsplikten i tvl. § 21-4 (1) kommer til anvendelse når enten parten *eller* prosessfullmektigen har ”*hånd om*” beviset.

Det er ikke gitt noen føringer i forarbeider, rettspraksis eller teori tilknyttet tvl. § 21-4 om hvordan formuleringen ”*hånd om*” skal forstås. En ordlydsfortolkning av formuleringen tyder på at det er de opplysninger parten eller prosessfullmektigen sitter med, eller har i egen forvaring, som er omfattet av bestemmelsen.

Det er grunn til å reise spørsmålet om formuleringen må forstås videre, til å også omfatte de tilfellene opplysningene kan skaffes til veie på en enkel måte. Reelle hensyn kan tilsi en slik forståelse; der det er få ulemper forbundet med å fremskaffe et relevant bevis er det også få betenkeligheter med å oppstille en plikt til å gjøre nettopp dette.

En slik tolkning var også lagt til grunn for begrepet ”*besiddelse*” i tvml. §§ 250 og 251, som gjaldt plikten til å fremlegge dokumenter som bevis.⁶⁸

Formuleringen ”*hånd om*” benyttes imidlertid i den nye edisjonspliktregele i tvl. § 26-5. Begrepet stilles her opp som et alternativ til formuleringen ”*kan skaffe til veie*”. Hvis sistnevnte alternativ skal ha noe innhold på selvstendig grunnlag, må ”*hånd om*”- begrepet tolkes i tråd med sin ordlyd.

⁶⁸ Se eksempelvis Rt. 2007 s. 920 premiss (43)

Jeg mener at dette må være avgjørende for forståelsen av kravet. En ordlydstro tolkning medfører ikke annet enn at den litt strengere opplysningspliktsregelen i tvl. § 21-4 (2) kommer til anvendelse.

Det er ikke naturlig å tale om et besittelseskrav i forbindelse med bevis som ikke foreligger i materiell form, eksempelvis i tilfeller prosessfullmektigen har kjennskap til vitneobservasjoner.

Etter min mening må opplysningsplikten for slike bevis følge av regelen i tvl. § 21-4 (2). Årsaken til dette er at prosessfullmektigens tilknytning til en annen parts observasjon ikke kan være så sterk at den gir grunn til å gi den videre opplysningsplikten i første ledd anvendelse.

3.4.5.2 Kravet til bevisets relevans

Det oppstilles ikke i tvl. § 21-4 (1) et uttrykkelig krav til beviset relevans. Det følger av imidlertid av annen setning at partene plikter å opplyse om det som er ”*nødvendig*” for å sørge for at målsetningen i leddets første setning oppfylles; saken skal bli ”*riktig og fullstendig opplyst*”.

For å fastlegge innholdet i kravet kan det tas utgangspunkt i at det ikke kreves at beviset må anses som ”*viktig*” for sakens opplysning, jfr. den snevrere regel i tvl. § 21-4 (2). På den annen side tilsier hensynet til effektivitet og konsentrasjon av saken at ikke ethvert bevis som kan belyse saken på en eller annen måte er omfattet av plikten.

For å fastlegge den nedre grensen for relevanskravet kan en søke momenter i bevisavskjæringsreglene, for eksempel i tvl. § 21-7 (1). Her oppstilles det en hjemmel for retten til å avskjære bevisføring som ikke er av ”*betydning for den avgjørelse som skal treffes*”.

Forløperen til tvl. § 21-7, tvml. § 189 (1), ble tolket svært strengt. I kjennelsen Rt. 2002 s. 87 ble det slått fast at regelen kun fikk anvendelse på bevis som er ”*fullstendig*”

irrelevante”.⁶⁹ Dette kan tyde på at opplysningsplikten i tilfeller parten eller prosessfullmektigen besitter beviset, får et svært vidt anvendelsesområde.

I forarbeidene er det imidlertid understreket at hensynet til effektivitet og til forsvarlige prosesskostnader må få langt større gjennomslag i tvisteloven enn tidligere.⁷⁰ Dette må medføre at grensen for opplysningsplikt etter tvl. § 21-4 (1) må legges høyere enn det som følger av den siterte kjennelsen. Dette følger også av ordlyden i begrepet ”*nødvendig*”, som indikerer at beviset må tilføye noe nytt i det samlede bevisbildet i saken.

⁶⁹ Rt. 2002 s. 87 (s. 91). Fulgt opp i Rt. 2002 s. 858 og Rt. 2002 s. 976.

⁷⁰ Se eksempelvis NOU 2001:32 s. 133

4 Forholdet mellom regelsettene

4.1 Innledning

Siden taushetsplikten og opplysningsplikten oppstiller henholdsvis en et forbud mot og en plikt til å videreformidle opplysninger, må det tas stilling til hvordan de forholder seg til hverandre når de kommer til anvendelse på samme faktum. Dette vil jeg forsøke å gjøre i kapitlet her.

Først er det imidlertid nødvendig å gjøre rede for når disse regelsettene faktisk kommer til anvendelse på samme forhold. Dette vil jeg gjøre innledningsvis ved å sammenligne vilkårene for pliktene.

4.2 Når kommer regelsettene til anvendelse på samme faktum?

Jeg har funnet det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i kriteriene *objektet* for regelsettene, prosessfullmektigens *kunnskap til objektet*, *objektets betydning for saken*, kravet til *kunnskapsvervelse* og kravet til *motpartens og allmennhetens kunnskap*.

Opplysningspliktene kommer til anvendelse ved varsel om krav, og under forhandlingene for retten, jfr. tvl. §§ 5-3 og 21-4. Det er på disse stadiene av saken problemstillingen er aktuell, og innenfor denne rammen sammenligningen må foretas.

4.2.1 Objektet for regelsettene

Objektet for taushetsplikten er kunnskap. Opplysningsplikten gjelder på sin side det som kan karakteriseres som bevis. Bevis er enten forklaringer eller bevisgjenstander, og kan anses som *bærere* av informasjon eller kunnskap.⁷¹

Siden taushetspliktsreglene ikke stiller krav til hva informasjonen kan utledes fra, er det en ulikhet mellom regelsettene med hensyn til hvilket objekt de får anvendelse på.

⁷¹ Schei m.fl.(2007) s. 979

Ulikheten må imidlertid kun sies å foreligge på det teoretiske plan. Grunnen til dette er det faktum at all informasjon som en person sitter med vil stamme fra en informasjonsbærer. Dette kan eksempelvis være en observasjon, et muntlig utsagn, et fotografi eller en e-post.

Jeg ikke kan se at bevisbegrepet utelukker noen informasjonskilder fra å kunne utgjøre et bevis. Med hensyn til objekt blir altså regelsettenes anvendelsesområde sammenfallende.

4.2.2 Prosessfullmektigens kunnskap

For at opplysningsplikten etter tvl. §§ 5-3 og 21-4 skal komme til anvendelse stilles det et minstekrav til at prosessfullmektigen har tilstrekkelig kunnskap om beviset til å kunne vurdere innholdet av det. Taushetsplikten i prosess omfatter imidlertid all den kunnskap advokaten har fått i anledning oppdraget, uavhengig av hvor sterk den kan sies å være.

Det er en viss forskjell i bestemmelsenes anvendelsesområde på dette punkt, men jeg kan heller ikke her se at dette kan få noen praktiske konsekvenser. Grunnen til dette er at prosessfullmektigen vil ha en plikt til å undersøke forholdet nærmere, dersom han kun har en svak kunnskap til det.

Dette medfører at opplysningsplikten vil komme til anvendelse i nesten alle tilfeller hvor man opprinnelig kun hadde mistanke om en relevant opplysning, og at opplysningspliktens og taushetspliktens anvendelse også på dette området er sammenfallende.

4.2.3 Objektets betydning for saken

Taushetsplikten i prosess påvirkes som den store hovedregel ikke av om opplysningen skulle være av sentral betydning for en foreliggende rettssak.

Opplysningspliktsreglene oppstiller imidlertid et krav om at beviset på en eller annen måte er relevant for en sak som det er tatt rettslige skritt for å forfølge. Dersom prosessfullmektigen ”*kjenner til*” beviset stilles det krav til at dokumentet er ”*viktig*”, og

der beviset kan sies å være i besittelse stilles det undertiden krav om at beviset er ”nødvendig” for sakens opplysning.

Opplysningspliktenes relevanskrav innebærer altså en forskjell mellom regelsettene; anvendelsesområdene er ikke sammenfallende med mindre den aktuelle opplysningen er relevant for saken.

Jeg tror at forskjellen med hensyn til relevanskrav vil vise seg å være et sentralt punkt i tvister vedrørende konflikten mellom taushetsplikten og opplysningsplikten. Grunnen til dette er at begrepene som benyttes for å avgjøre relevansen, ”nødvendig” og ”viktig”, etter sitt innhold ikke har klare grenser og åpner for et vidt spenn av tolkninger.

4.2.4 Prosessfullmektigens kunnskapservervelse

For at taushetsplikten skal komme til anvendelse er det videre et krav om at opplysningene har kommet advokaten til kunnskap i anledning klientforholdet. Det stilles ingen krav til prosessfullmektigens kunnskapservervelse etter opplysningspliktsreglene. Det er tilstrekkelig at han faktisk har kjennskap til beviset.

Punktet oppstiller tilsynelatende en forskjell med hensyn til anvendelsesområdet til de to regelsettene.

Problemstillingen i oppgaven dreier seg imidlertid om forholdet mellom regelsettene når advokaten har et konkret oppdrag om å innlede rettslige skritt i forbindelse med en juridisk tvist. Betroelseskravet må som nevnt forstås svært vidt, og vil etter alminnelig lære være oppfylt allerede fra det tidspunkt den rettsøkende kontakter advokaten.⁷²

På grunnlag av dette har jeg vanskeligheter med å se for meg et tilfelle hvor informasjon som prosessfullmektigen sitter med, som også må anses relevant for tvisten, ikke omfattes

⁷² Svalheim (1996) s. 55

av dennes taushetsplikt. Dette innebærer at anvendelsesområdet til pliktene er sammengallende også på dette området.

4.2.5 Motpartens og allmennhetens kjennskap til beviset

Jeg har lagt til grunn at det for opplysningspliktenes anvendelse stilles krav til *motpartens* kunnskap om beviset, både der prosessfullmektigen kjenner til beviset og der det foreligger besittelse. For at det skal bli aktuelt å opplyse, må prosessfullmektigen regne med at denne ikke kjenner til det.

Taushetsplikten gjelder i utgangspunktet helt uavhengig av hvem det i det konkrete tilfellet stilles spørsmål om å videreformidle kunnskapen til, og hvilken kjennskap denne har til opplysningen.

Dette kravet innebærer at regelsettene får et forskjellig anvendelsesområde. Jeg antar imidlertid at forskjellen ikke vil få praktiske utslag. Grunnen til dette er at spørsmålet om videreformidling ikke vil oppstå der motparten allerede har kjennskap til beviset.

Det er usikkert om taushetsplikten gjelder når opplysningene er *alminnelig kjent*, og også når opplysningene er *allment tilgjengelige*. Når opplysningene er alminnelig kjent vil en kunne regne med at motparten kjenner det, og da er det heller ingen opplysningsplikt.

Men når det aktuelle beviset er allment tilgjengelig stiller spørsmålet seg noe annerledes. Kan en da legge til grunn at motparten kjenner til beviset? Jeg mener at dette må besvares positivt.

Begrunnelsen for mitt standpunkt er at det ligger i advokatens plikt til å ivareta klientens interesse etter RGA pkt. 1.2 annet ledd å undersøke offentlige register og lignende når dette kan få relevans for saken. Dette må prosessfullmektigen kunne legge til grunn at motpartens advokat gjør.

Dersom det pålegges prosessfullmektigen å opplyse om slike forhold, innebærer dette i realiteten en plikt til å ivareta motpartens interesser. Dette må være i strid med plikten til ivaretagelse av egen klients interesser, og å strekke hensynet til sakens opplysning for langt.

Etter dette kan det konkluderes med at forholdet mellom regelsettene i relasjon til motpartens kunnskap, og til allmennhetens kunnskap eller tilgang til opplysningen, er sammenfallende.

4.2.6 Oppsummering

Etter dette kan en trekke den konklusjon at begge regelsettene får anvendelse der det er tale om et relevant bevis som advokaten har fått kjennskap til i anledning et prosessoppdrag, som ikke er tilgjengelig eller kjent for verken motpart eller allmennheten.

I praktiske tilfelle vil det kun være der beviset ikke anses som henholdsvis ”*nødvendig*” eller ”*viktig*” at reglene ikke kommer til anvendelse på samme faktum.

4.3 Situasjonen der begge regelsettene får anvendelse på samme faktum

Jeg vil i dette punktet redegjøre for hvordan taushetsplikten og opplysningsplikten om bevis relaterer seg til hverandre i de tilfeller begge regelsett får anvendelse.

Innledningsvis vil jeg ta for meg spørsmålet om parten på generelt grunnlag kan sies å ha avgitt samtykke til opphevelse av taushetsplikten i de tilfellene tvl. §§ 5-3 og 21-4 pålegger opplysningsplikt.

Videre vil jeg ta for meg kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 633. Det ble her oppstilt et unntak fra taushetsplikten for opplysninger som hadde betydning som bevis i saken, og jeg vil se dette kan få betydning på opplysningspliktenes anvendelsesområde. Etter dette vil jeg ta for meg spørsmålet om opplysningspliktsreglene i seg selv må anses som unntak fra taushetsplikten.

Deretter vil jeg ta for meg spørsmålet om hvorledes opplysningsplikten om bevis forholder seg til bevisforbudet i tvl. § 22-5 om taushetsbelagte opplysninger.

Dersom en prosessfullmektig befinner seg i en situasjon hvor han tilsynelatende både har taushetsplikt og opplysningsplikt om et bevis, er det anført at han plikter å frasi seg saken. Dette vil jeg gi noen korte bemerkninger til mot slutten av denne delen, før jeg helt avslutningsvis oppsummerer rettstilstanden.

4.3.1 Samtykkebetraktninger

Spørsmålet i dette punktet er om parten må anses for stilltiende å ha akseptert en innsnevring av taushetsplikten ved å velge og forfølge sitt krav i rettslige former.⁷³

Bakgrunnen for dette standpunktet er at gjennomføringen av en rettssak forutsetter at en stor mengde opplysninger viderefremmes. Under saksforberedelsen står utveksling av prosesskrifter mellom partene sentralt, mens under forhandlingene er det kommunikasjon mellom partene på den ene side og retten på den andre som er hovedfokus. På mange måter kan en si at denne utvekslingen av informasjon er selve kjernen av prosessordningen.

Tvistelovens regler trekker opp en ramme for saksgangen, slik at rettssaken kan gjennomføres på en forsvarlig og hensiktsmessig måte. Disse reglene må den enkelte akseptere dersom denne ønsker å føre sin sak for retten. Det er selvsagt at partene eksempelvis må overholde reglene om stevning og tilsvarende i tvl. §§ 9-2 og 9-3. Men utgangspunktet må også gjelde for opplysningspliktsreglene i tvl. §§ 5-3 og 21-4.

Svalheim er inne på en slik tankegang når han uttaler at dersom klienten har gitt advokaten i oppdrag å *”fremme en sak for retten, må advokaten normalt kunne regne med at parten er innstilt på at saken skal fremmes i overensstemmelse med kravet i tvml. § 111”*.

I det følgende vil jeg undersøke hvorvidt et slikt standpunkt kan forsvares ut i fra de

⁷³ Om samtykke se pkt. 2.4.3

kvalitetsmessige krav som stilles til et samtykke. Aller først vil jeg imidlertid knytte noen generelle bemerkninger til hvor strengt disse kravene må praktiseres.

Det er antatt at det må stilles høyere krav til samtykket, jo større og mer inngripende de potensielle konsekvensene av samtykket er. Jeg mener at et samtykke til opphevelse av taushetsplikten der tvl. §§ 5-3 og 21-4 får anvendelse, generelt sett vil ha inngripende konsekvenser for den enkelte, og at kravene derfor må praktiseres strengt.

Jeg begrunner dette for det første med at taushetsplikten er en sentral rettsikkerhetsgaranti i prosess. Rettigheten er av særlig viktighet for det enkelte individ, men også for rettsamfunnet i alminnelighet.

For det andre ligger det i opplysningspliktenes relevanskrav at det aktuelle beviset vil ha en innvirkning på avgjørelsen i saken. Dette innebærer at en må legge til grunn at samtykket har betydning for partens rettsstilling.

På bakgrunn av dette mener jeg at det må stilles spørsmål om en i det hele tatt kan godta et passivt eller konkludent samtykke i de tilfeller som her er aktuelle. Siden de kvalitetsmessige kravene må praktiseres strengt, kan kravet til *uttrykkelighet* tilsa at samtykket klart må ha kommet til uttrykk, enten i skriftlig eller muntlig form, for å virke opphevende.

Dersom denne forståelsen legges til grunn, vil en stimulere til at advokaten konkret tar opp problemstillingen rundt tvl. §§ 5-3 og 21-4 med sin klient, slik at han får et klart samtykke og dermed unngår dilemmaet. Det vil være få praktiske ulemper forbundet med en slik løsning, samtidig som det reduserer konfliktmuligheter og legges til rette for åpenhet og forutsigbarhet i prosess.

Det stilles også krav til at klienten har en viss *forståelse* av de potensielle konsekvensene av samtykket. Jeg mener at det samtykket som her er anført heller ikke oppfyller dette kravet.

Begrunnelsen for dette er at det ikke kan legges til grunn at den alminnelige klient har kjennskap til prosessreglene, eller spenningssituasjonen som kan oppstå mellom opplysningsplikten og taushetsplikten. Klienten vil i de aller fleste tilfelle ikke ha noen oppfatning av at det er gitt et passivt samtykke i det hele tatt.

For det andre er det klart at en sak kan utvikle seg i mange ulike retninger, og at bevisets betydning ikke nødvendigvis ligger i dagen for en person uten juridisk kunnskap.

Min mening er etter dette at taushetsplikten ikke kan anses opphevet ved samtykke i de tilfellene det foreligger opplysningsplikt etter tvl. §§ 5-3 og 21-4.

Dersom en skulle legge det motsatte standpunkt til grunn, er det uansett klart at samtykkebetraktninger ikke kan gi noen anvisning på hvordan en skal forholde seg til de tilfeller hvor klienten positivt uttrykker at han *ikke* ønsker at beviset skal videreformidles. Som vist tidligere er det som hovedregel adgang til å trekke et samtykke til opphevelse av taushetsplikten tilbake på ethvert tidspunkt av saken.

4.3.2 Betydningen av Rt. 2006 s. 633

4.3.2.1 Unntak fra taushetsplikten etter en interesseavveining

I kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s. 633 ble det oppstilt et unntak fra taushetsplikten i et tilfelle hvor den aktuelle opplysningen hadde betydning som bevis i saken. Problemstillingen i dette punktet er om dette unntaket kan få anvendelse på området for opplysningspliktsreglene i tvl. §§ 5-3 og 21-4, slik at forholdet mellom regelsettene ikke settes på spissen.

Jeg har tidligere i oppgaven gjort rede for saksforholdet, den rettslige problemstillingen, rettskildene og konklusjonen i saken.⁷⁴

Kort oppsummert gjaldt kjennelsen spørsmålet om det fra bevisforbudet for opplysninger som er underlagt advokaters taushetsplikt i tvml. §§ 251 jfr. 250 nr. 2 og 205 kunne modifieres ved klientens død. Høyesterett kom til at det kunne gjøres ”*unntak fra taushetsplikten i tilfeller der fordelene ved unntaket er vesentlig større enn den krenkelse av fortroligheten mellom klient og advokat det vil dreie seg om*”.⁷⁵

Rent rettskildemessig mener jeg at den siterte rettsoppfatningen har stor vekt. Kjennelsen er avsagt av Høyesterett i avdeling uten dissens, og standpunktet er i stor grad tuftet på prinsipielle betraktninger.

I tillegg kommer det forhold at taushetspliktens gjennomslagskraft overfor andre tungtveiende interesser i prosess, forut for kjennelsen hadde et usikkert rettskildemessig grunnlag. Spørsmålet har i stor grad har vært omstridt i teorien, og den siste avgjørelsen på området, Rt. 1983 s. 430 *Reksten*, ble avsagt over tjue år før avgjørelsen her.⁷⁶ Kjennelsen bidro derfor til å avklare viktige spørsmål.

Jeg mener også at forståelsen av taushetsplikten som kom til uttrykk i kjennelsen kan få anvendelse for problemstillingen i denne oppgaven. Det er klart at kjennelsen gjaldt ikke partens eller prosessfullmektigens bevis- eller opplysningsplikt, men fremleggelsesplikten til advokaten som hadde bistått med å utarbeide den omtvistede ektepakten. Avgjørelsen gjaldt imidlertid et bevis av relevans for saken, i et tilfelle hvor hensynet til riktig resultat sto særlig sterkt.⁷⁷

⁷⁴ Pkt. 2.4.3

⁷⁵ Rt. 2006 s. 633 premiss (37)

⁷⁶ Svalheim (1996) s. 15 flg.

⁷⁷ Rt. 2006 s. 633 premiss (32) og (36)

4.3.2.2 EMK art. 8 (2)

For at rettsoppfatningen som kom til uttrykk i Rt. 2006 s. 633 skal kunne legges til grunn er det imidlertid et vilkår at det inngrepet i taushetsbelagte opplysninger det er tale om tilfredsstillende kravene etter EMK art. 8 (2).⁷⁸

Som nevnt må unntaket ha hjemmel i nasjonal rett, ivareta nærmere oppregnede formål, og til slutt må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn. Hva gjelder kravet om at unntaket må ha hjemmel i nasjonal rett, er det klart at også inngrep som har hjemmel i rettspraksis godtas.⁷⁹

Kravet til hjemmel i nasjonal rett innebærer blant annet at grunnlaget for inngrep må gjøre individet i stand til å forutse hvilke konsekvenser inngrepet kan ha for ham, slik at han kan innrette seg etter dette.⁸⁰

Kjennelsen gir hjemmel for å fravike taushetsplikten der fordelene ved et slikt unntak er ”*vesentlig større*” enn krenkelsen av fortroligheten mellom klient og advokat.

Vilkåret gir anvisning på en vurdering og avveining av to verditunge og skjønnsmessige størrelser. For den enkelte borger, uten juridisk forståelse, vil dette være en utfordrende oppgave. Dette vanskeliggjør muligheten for borgeren å forutberegne sin rettstilling etter regelen.

På den annen side er det klart at opphevelse av taushetsplikten etter kjennelsen kun vil være aktuelt der krenkelsen av fortrolighetsforholdet er liten. I tillegg tjener unntaket en svært viktig samfunnsmessig interesse; hensynet til materielt riktige rettsavgjørelser. Det er antatt at terskelen for oppfyllelse av lovskravet senkes i slike tilfeller.⁸¹

⁷⁸ Om EMK art. 8 se pkt. 2.2.5

⁷⁹ Eksempelvis Sunday times v. The United Kingdom premiss (47),

⁸⁰ Kopp v. Switzerland premiss (55), Sunday times v. The United Kingdom premiss (49), Aall (2007) s. 109.

⁸¹ Aall (2007) s. 100

På denne bakgrunn mener jeg at unntaket fra taushetsplikten kan forsvares i lys av EMK art. 8 (2).

4.3.2.3 Når kan unntaket få anvendelse i prosess?

Den neste problemstillingen blir da om unntakshjemmelen kan få anvendelse på området for tvl. §§ 5-3 og 21-4. Når er fordelene ved et unntak vesentlig større enn den krenkelse av fortrolighetsforholdet det vil dreie seg om?

Ektepaktkjennelsens premisser gir anvisning på at hensynet til materielt riktige avgjørelser er den sentrale retningslinjen for vurderingen av *fordelen* ved unntaket.⁸²

Dette innebærer for det første at unntak kun kan tenkes der fravikelse av taushetsplikten fører til et betydelig bedre avgjørelsesgrunnlag i saken. Dette vil være tilfelle der det foreligger lite relevant bevismateriale i saken, og det taushetsbelagte materialet er av høy bevisverdi.

Samtidig er det klart at hensynet til riktige avgjørelser er mer fremtredende i noen saker enn andre. Den prinsipielle begrunnelsen for taushetsplikten tilsier at unntaksregelen kun kan få anvendelse der hensynet til materielt riktige avgjørelser står særlig sterkt.

I denne forbindelse kan en trekke paralleller til strl. §§ 139 og 172, som oppstiller henholdsvis en anmeldelsesplikt for alvorlige forbrytelser og en plikt til å hindre at en uskyldig blir tiltalt, dømt eller straffet. Begge bestemmelsene er å anse som opplysningsplikter, og det er antatt at de ved kollisjon fortrenger taushetsplikten.⁸³

I disse tilfellene er altså fordelene ved unntak fra taushetsplikten ansett for å være så viktig at det ikke kan legges vekt på krenkelsen av fortroligheten mellom taushetsforpliktete og

⁸² Rt. 2006 s. 633 premiss (36)

⁸³ Matningsdal (2009) note 1148 til strl. § 144

rettighetssubjektet. Dette taler for at det i ytterkanten av disse bestemmelsenes anvendelsesområde er plass for unntaksregelen som følger av Rt. 2006 s. 633.

Det kan eksempelvis være aktuelt å gi unntaket anvendelse i tilfeller hvor en ved å opplyse om forholdet kan forhindre at en person urettmessig blir utsatt for en inngripende administrativ sanksjon eller vesentlig taper rettstilling. Videre kan hensynet til materielt riktige avgjørelser tilsi at en i prosess ikke kan bevare taushet om omstendigheter som i alvorlighetsgrad kan tilsvare de forhold som det er anmeldelsesplikt for i strl. § 139.

Hensynet til materielt riktige avgjørelser må vesentlig overstige *krenkelsen* av fortrolighetsforholdet mellom klient og advokat. Jeg tolker Høyesterett dithen at det er rettighetssubjektets ”*interesse og (..) formodede vilje*” som er det sentrale moment i denne vurderingen.

Denne faktoren taler for at en ikke kan gi unntaket anvendelse i tilfeller rettighetssubjektet selv er tilstede og ikke ønsker å avgi samtykke til opphevelse. I slike tilfeller må krenkelsen av fortrolighetsforholdet anses for stor.

En kan imidlertid tenke seg tilfeller der rettighetssubjektet ikke er å få tak i, eller der denne på grunn av helsemessige forhold ikke er i stand til å ta en avgjørelse på hvorvidt samtykke kan gis. Med unntak av tilfeller der det er oppnevnt verge, kan det være aktuelt å gi unntaket anvendelse her. Forutsetningen må imidlertid være at rettighetssubjektet ikke tidligere har gitt signaler om at han stiller seg negativ til opphevelse av taushetsplikten.

I kjennelsen er også andre momenter enn hensynet til sakens opplysning og hensynet til beskyttelse av fortroligheten nevnt.⁸⁴ Etter min mening vil dette være momenter som kan tjene som lodd på vektskålen i avveiningen mellom de to overfor nevnte hensyn.

⁸⁴ Rt. 2006 s. 633 premiss (37)

Eksempelvis vil behovet for avklaring hos sakens øvrige aktører bidra til at fordelene ved unntaket økes. Dersom det aktuelle beviset er av særlig sensitiv og personlig karakter, vil dette være et moment som øker styrken av krenkelsen.

Oppsummerende vil altså unntaket i Rt. 2006 s. 633 kun få i anvendelse tilfeller hvor hensynet til materielt riktige avgjørelser er særlig viktig, bevisbildet er magert og en må anta eller vite at rettighetssubjektet ikke har motforestillinger mot å oppheve taushetsplikten. Etter dette må det kunne konstateres at unntaket i svært liten grad kan få anvendelse på området for tvl. §§ 5-3 og 21-4.

4.3.3 Opplysningspliktsreglene som unntak fra taushetsplikten?

4.3.3.1 Bakgrunn for problemstillingen

Spørsmålet i dette punktet er hvorvidt opplysningspliktsreglene om bevis må ses som unntak fra taushetsplikten.

Bakgrunnen for dette er det forhold at taushetsplikten i stor utstrekning vil ramme den informasjon som er omfattet av opplysningspliktsreglene i tvl. §§ 5-3 og 21-4. Som jeg har vist gjøres det som hovedregel ikke unntak fra taushetsplikten for opplysninger som er relevante i en rettsak, selv ikke i kjernen av opplysningspliktsreglens anvendelsesområde.

Dersom ikke opplysningspliktsreglene skal gjelde til tross for taushetsplikten, kan det derfor reises spørsmål om hvilket innhold regelsettet står igjen med.

Det er i flere sammenhenger uttalt at opplysningsplikter som hovedregel må tolkes som et unntak fra taushetsplikten.

Et nytt eksempel på dette er uttalelser i NOU 2009:4 *Tiltak mot skatteunndragelser*. I forbindelse med behandling av skatterådgiveres opplysningsplikter, er det foretatt en generell gjennomgang av innholdet av advokaters taushetsplikt. Det uttales her at det fra

taushetsplikten må gjøres en reservasjon for ”lovregler hvor advokaten er pålagt en opplysningsplikt som går foran taushetsplikten”.⁸⁵

Dette sitatet er nærmest en avskrift fra *Svalheims* gjennomgang av den sentrale lovhjemmelen på området, strl. § 144.⁸⁶ I forbindelse med denne bestemmelsen uttaler dessuten *Matningsdal* at ”[d]ersom vedkommende har lovbestemt opplysningsplikt (...) opphever den taushetsplikten”.⁸⁷

4.3.3.2 EMK art. 8 (2)

En forutsetning for at opplysningspliktsbestemmelsene i tvl. §§ 5-3 og 21-4 skal forstås som et unntak fra taushetsplikten, er at hjemlene tilfredsstiller de krav som oppstilles etter EMK art 8 (2).

Som redegjort for under pkt. 4.3.2.2 oppstilles det i bestemmelsen nærmere bestemte vilkår for at et inngrep lovlig skal kunne gjøres i retten til privatliv. Også her anser jeg vilkåret om at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett, og forutsigbarhetskravet som i denne forbindelse oppstilles, for å være mest relevant.

Kravet til forutsigbarhet innebærer altså at hjemmelen må gjøre individet i stand til å forutse hvilke konsekvenser inngrepet kan ha for ham, slik at han kan innrette seg etter dette.

Spørsmålet er derfor i det følgende om tvl. §§ 5-3 og 21-4 gjør enkeltindividet i stand til å forutse konsekvensene det har at taushetsplikten oppheves i de tilfellene bestemmelsene over kommer til anvendelse.

⁸⁵ NOU 2009:4 s.144

⁸⁶ Svalheim (1996) s. 9

⁸⁷ Matningsdal (2009) note 1148 til strl. § 144

For at individet skal kunne forutse konsekvensene av at taushetsplikten oppheves, må forutsetningen etter mitt syn være han har en forståelse av følgende to ting.

For det første må individet skjønne at opplysningsplikten kommer til anvendelse i de samme tilfellene som taushetsplikten gjør, og for det andre ha en forståelse om at opplysningsplikten fortrenger taushetsplikten. Det er først når disse to forutsetningene foreligger at vedkommende kan være i stand til å vurdere konsekvensene av regelsettet.

Bestemmelsene henviser ikke på noen måte direkte til taushetsplikten. Anvendelsen er knyttet til bestemte tilknytnings- og relevanskriterier, som man etter en nærmere undersøkelse vil se at får anvendelse på de samme forhold som taushetsplikten omfatter.

Tilknytnings- og relevanskriteriene er skjønnspregede og lite konkrete, og dette gjør at det blir vanskelig for enkeltindividet å ta stilling til når opplysningsplikten kommer til anvendelse. Kriteriene viser også til en vurdering av hvordan beviset forholdet seg til hele bevisbildet i saken, og til tvistegjenstanden. En slik vurdering krever en juridisk forståelse og resonneringsevne som en må legge til grunn at en alminnelig borger ikke har.

Hva gjelder opplysningspliktens gjennomslagskraft i forhold til taushetsplikten er det formuleringen ”*uansett om beviset er til støtte for parten selv eller den annen part*” i tvl. §§ 5-3 (1) og 21-4 (2), som gir den beste indikasjonen på at bestemmelsene også gjelder i de tilfellene taushetsplikten gjelder.

Formuleringen er bastant, og gir bestemmelsen en tilnærmet ubegrenset rekkevidde. Det oppstilles ingen reservasjon for taushetsbelagte opplysninger. Isolert sett kan en derfor si at ordlyden gir borgeren grunn til å anta at bestemmelsene kommer til anvendelse også der opplysningen er belagt med taushetsplikt.

Problemet her er imidlertid at heller ikke taushetspliktsregelens vilkår oppstiller noen reservasjon for opplysningspliktsreglene. Det kan ikke kreves at enkeltindividet har tilstrekkelige juridiske kunnskaper til å kunne vurdere hvordan en slik konflikt må løses.

Når de to forutsetningene ikke er tilstede, kan jeg vanskelig se at forutsigbarhetskravet kan være oppfylt. Det er uansett tvilsomt om enkeltindividet ville vært i stand til å forstå hva opplysning av det aktuelle beviset ville medføre av konsekvenser for ham.

4.3.3.3 Konklusjon

Det forhold at opplysningspliktsbestemmelsene ikke oppfyller kravene i EMK art. 8 (2), gjør at de ikke kan forstås som unntak fra taushetsplikten. Etter mskrl. § 3 som gir EMK forrang ved konflikt med øvrig lovgivning, ville reglene blitt satt til side.

I tilknytning til uttalelsene over om at opplysningspliktsregler som hovedregel må gå foran taushetsplikten, vil jeg helt avslutningsvis her trekke frem ytterligere to forhold som gjør at tolkningen ikke kan opprettholdes.

For det første kan en nærmere tolkning av ordlyden, særlig hos *Svalheim* og i *Skattelovsutvalgets* utredning, tale for at taushetsplikten ikke må settes til side på kategorisk grunnlag, men kun dersom dette følger av en tolkning av opplysningspliktsregelen, jfr. formuleringen ”*som går foran*”.

For det andre er *Svalheim* og *Matningsdals* uttalelser gjort i henhold til strl. § 144, og begrunnes med at det oppstilles en rettstridsreservasjon i bestemmelsen. Dette er et særlig strafferettslig fenomen som relaterer seg til *straffverdigheten* i handlingen, som ikke uten videre får betydning for taushetsplikten utenfor strafferettens område hvor beskyttelse av fortroligheten er det sentrale.

4.3.4 Forholdet til bevisforbudet i tvl. § 22-5

4.3.4.1 Bevisforbudet som begrensning av bevisplikten og opplysningsplikten?

Det fremgår av tvl. §§ 5-3 (2) og 21-4 (1) jfr. 21-5 at bestemmelsene gjelder med de begrensninger som følger av øvrige bevisregler i tvisteloven.

Tvl. § 22-5 oppstiller et forbud for retten mot å ta imot bevis om taushetsbelagte forhold fra advokater. Regelen griper inn i *bevisplikten* i blant annet tvl. § 21-5, og medfører at advokaten ikke er forpliktet til å vitne eller gi tilgang til en gjenstand som er omfattet av hans taushetsplikt.

Jeg vil i det følgende undersøke hvilken betydning dette bevisforbudet får for forholdet mellom prosessfullmektigens taushetsplikt og *opplysningsplikt*.

Utgangspunktet må tas i at Høyesterett har slått fast at det er en substansiell forskjell mellom opplysningsplikten og bevisplikten.⁸⁸ Dette må medføre at regler som konkret er knyttet til en av pliktene ikke nødvendigvis får anvendelse for den andre.⁸⁹

Forskjellen mellom bevisplikten og opplysningsplikten kan illustreres med et eksempel. Prosessfullmektigen representerer skadevolder i en erstatningssak etter en bilkollisjon. Han blir kjent med at et vitne til hendelsen tok bilde av kollisjonen.

Opplysningsplikten vil medføre at prosessfullmektigen plikter å opplyse motparten om at det eksisterer fotobevis i saken. Dersom han hadde hatt en bevisplikt om forholdet, ville han vært pålagt å vitne om sin kjennskap til beviset eller og å gi tilgang til fotografiet.

Som nevnt tidligere oppstilles det i tvl. § 21-4 (1) en bevisplikt i tillegg til opplysningsplikten.⁹⁰ Henvisningen til tvl. § 21-5 og dermed bevisforbudet i tvl. § 22-5, er

⁸⁸ Rt. 2009 s. 627, pkt. 3.4.2

⁸⁹ Pkt. 3.4.2

etter ordlyden særlig knyttet til denne bevisplikten, jfr. formuleringene ”forklaringer og bevisstilgang”. Det er derfor nærliggende å legge til grunn at bevisforbudet ikke får noen betydning for opplysningsplikten etter bestemmelsen.

I forhold til tvl § 5-3 stiller imidlertid saken seg noe annerledes. I denne bestemmelsen oppstilles det kun en opplysningsplikt. Hvordan skal man da forstå henvisningen til bevisforbudet i tvl. § 22-5?

Henvisningen ble av ”pedagogiske grunner” tatt inn i bestemmelsen under justisdepartementets behandling av lovutkastet.⁹¹

Det er vanskelig å se betydningen av tvl. § 5-3 (2) hvis den ikke medfører en utvidelse av anvendelsesområdet til bevisreglene, slik at disse også begrenser opplysningsplikten om bevis. Justisdepartementet har lagt til grunn at dette også var intensjonen.⁹²

Dette taler for at det ikke er adgang til å gi opplysninger om bevis som er taushetsbelagte ved varsel om krav. Tvl. § 5-3 er en forlengelse av hovedregelen i tvl. § 21-4, og dette tilsier at forståelsen også får anvendelse for opplysningsplikten etter sistnevnte bestemmelse.

I det følgende vil jeg ta for meg hvordan dette standpunktet stiller seg i lys av rettskildene på området, og da særlig i forhold til formålsbetraktninger og til hensynet til sammenheng i regelverket.

4.3.4.2 Hensynet til styrking av opplysningsplikten

Det er i tvistelovens forarbeider gitt sterke signaler om at en gjennom tvl. §§ 5-3 og 21-4 ønsket å stille strengere krav til sannferdig og fullstendig opplysning av saken.

⁹⁰ Pkt. 1.2.2

⁹¹ Schei m.fl. (2007) s. 243, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 378

⁹² Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 83

Et utslag av dette ser man eksempelvis i tvistelovsutvalgets særmerknader til tvl. § 21-4. Her behandles kravene til redelighet og god skikk i prosess, og det uttales i denne forbindelse at det ”er utvalgets klare oppfatning at kravene (...) bør innskjerpes”.⁹³

I tilknytning til opplysningsplikten under saksbehandlingen, jfr. tvl. § 5-3, drøftes viktigheten av hensynet til riktige avgjørelser og tidlig avklaring saken. Det uttales at formålet med opplysningsplikten er å ”bidra til å avlive holdningen om at saken avklares underveis i tingrettsbehandlingen”.⁹⁴

Det kan være vanskelig å forene disse uttalelsene med forståelsen av at opplysningsplikten begrenses av taushetsplikten. Opplysningsplikten i det vesentlige sin funksjon i de tilfeller taushetsplikten kommer til anvendelse.

Opplysningsplikten kan kun bidra til sakens opplysning i de tilfellene beviset taler motpartens sak.⁹⁵ Dette er fordi at parten, i tilfeller hvor beviset er til støtte for egen sak, helt uavhengig av en opplysningsplikt vil ønske og dermed sørge for at dette videreformidles.

Taushetsplikten vil imidlertid stå like sterkt i disse tilfellene beviset taler motpartens sak. Klienten vil sjeldent ønske å samtykke til opphevelse av taushetsplikten der dette får negative konsekvenser for ham, og rettsikkerhetsperspektivet ved taushetsplikten er fremtredende i slike situasjoner.

4.3.4.3 Hensynet til sammenheng i regelverket

På den annen side er det vanskelig å finne en god begrunnelse for at taushetsplikten må vike for bevispliktsreglene, og ikke for opplysningspliktsreglene.

⁹³ NOU 2001:32 s. 947

⁹⁴ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 83 jfr. 80, se også NOU 2001:32 s. 208

⁹⁵ Schei m.fl. (2007) s. 1004

For det første vil nok klienten oppleve at inngrepet i tillitsforholdet mellom er like stort i de tilfellene prosessfullmektigen opplyser om det aktuelle beviset, eller om han forklarer seg om det eller gir tilgang til det.

For det andre vil det stort sett ikke være noen praktiske forskjeller mellom disse to tilfellene. Grunnen til det er at motparten så snart han får vite om et bevis som taler hans sak, vil legge frem den aktuelle opplysningen som bevis i saken. Ulikheten mellom en opplysningsplikt og bevisplikt i disse tilfellene angår i realiteten da kun hvilken person det er som utfører handlingen med å legge frem beviset.

Siden det er store likhetstrekk mellom tilfellene, tilsier hensynet til sammenheng i regelverket at tvl. § 22-5 begrenser både bevisplikten og opplysningsplikten.

4.3.4.4 Opplysningspliktsreglenes verdi utenfor taushetspliktens område

I tillegg til dette mener jeg, i strid med det som jeg over har anført, at opplysningspliktene etter tvl. §§ 5-3 og 21-4 kan eksistere og ha en egenverdi til tross for at de begrenses av taushetsplikten.

For det første viser redegjørelsen i pkt. 4.2 at taushetsplikten og opplysningspliktene ikke alltid kolliderer. Det vil kun være motstrid der det er tale om relevante bevis som prosessfullmektigen har fått kjennskap til på bakgrunn av fortrolighetsforholdet.

Dette innebærer at prosessfullmektigen, helt uten hinder av taushetsplikten, må opplyse om alle relevante bevis som han har fått kunnskap om uavhengig av klientforholdet.

Jeg har tidligere gjort gjeldende at dette kravet må forstås veldig vidt, slik at dette unntaket ikke vil være av så stor praktisk betydning. Men det kan tenkes at prosessfullmektigen sitter med kunnskap som han har ervervet før klientforholdet med vedkommende kom i gang. Dette vil være beskyttet av fortrolighetsplikten etter RGA pkt. 2.3.2, men denne bestemmelsen settes i henhold til lex superior-prinsippet tilside av tvl. §§ 5-3 og 21-4.

En kan reise spørsmål om opplysningspliktene i tvl. §§ 5-3 og 21-4 på selvstendig grunnlag har verdi når det gjelder parten. Pliktene retter seg jo etter ordlyden hovedsakelig mot denne, og i utgangspunktet må en skille mellom partens og prosessfullmektigens plikter etter tvisteloven.

En slik forståelse støttes av omgåelsesbetraktninger. Dersom parten ikke, uavhengig av prosessfullmektigen og dennes taushetsplikt, har en selvstendig plikt til å opplyse om relevante bevis, vil han kunne unngå at beviset kommer frem ved å betro forholdet til advokaten.

På den annen side er det antatt at bevisforbudet om taushetsbelagte opplysninger innebærer at klienten ikke har plikt til å legge frem opplysninger om forhold som er underlagt taushetsplikt hos advokaten.⁹⁶

Dersom tvl § 22-5 skal gjelde for opplysningspliktsreglene, må også denne tolkningen få anvendelse her. Dette innebærer at parten ikke har plikt til å opplyse om et bevis, der dette er underlagt prosessfullmektigens taushetsplikt.

Etter min mening ligger det imidlertid en stor egenverdi i selve det forhold at reglene skaper bevissthet rundt viktigheten av at partene jobber mot en løsning utenfor domstolene, og om det forhold at partene har en gjensidig plikt til å medvirke til beslutningsgrunnlaget. Dette har også vært et sentralt formål med opplysningspliktsreglene.⁹⁷

En slik bevissthet hos prosessfullmektigen og parten kan føre til at reglene i større grad blir respektert. Det kan også føre til at reglene får betydning utenfor sitt anvendelsesområde. En kan eksempelvis tenke seg at parten, etter å ha diskutert konflikten mellom sannhets- og

⁹⁶ Se eksempelvis NOU 2001:32 s. 959 og Rt. 2004 s. 1668.

⁹⁷ NOU 2001:32 s. 946, Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 80

opplysningsplikten med sin advokat, samtykker til opphevelse av taushetsplikten selv om det strengt tatt ikke foreligger noen plikt til dette.

4.3.4.5 Konklusjon

Over har jeg tatt for meg spørsmålet om bevisforbudsregelen i tvl. § 22-5 får anvendelse for opplysningspliktsreglene i tvl. §§ 5-3 og 21-4, til tross for at forbudet er ment som en begrensning iplikten til å gi forklaring eller bevistilbud.

Uttalelser i forarbeidene om formålet med opplysningsplikten talte i mot en slik forståelse, mens hensynet til sammenheng i regelverket talte for at opplysningspliktene måtte begrenses av taushetspliktsreglene.

Når opplysningspliktsreglene kan ha en egenverdi til tross for at taushetsplikten gjør et vesentlig innhogg i bestemmelsenes anvendelsesområde, har jeg kommet til at tvl. § 22-5 begrenser både tvl. § 5-3 og 21-4.

I tvl. § 3-1 (3), som er den bestemmelsen som gir opplysningspliktene anvendelse også for prosessfullmektigen, er det oppstilt en reservasjon for de tilfeller det ”følger av sammenhengen at (...) plikten påligger parten personlig”. Reservasjonen må være oppstilt som en sikkerhetsventil for tilfeller hvor løsningen vil føre til urimelige resultater.

Der prosessfullmektigen er bundet av taushetsplikten, kan en med henvisning til de hensyn jeg har nevnt over, si at det følger ”av sammenhengen” at opplysningsplikten ikke får anvendelse for ham.

4.3.5 Handlingsalternativer

Over har jeg kommet til at dersom prosessfullmektigen befinner seg i en situasjon hvor han både plikter å bevare taushet om et bevis, og opplyse om det, må han følge taushetsplikten og ikke videreformidle informasjonen.

Det er imidlertid i juridisk teori gitt signaler om at prosessfullmektigen ikke kan sette seg utover opplysningsplikten på denne måten, uavhengig av hva som måtte følge av en rettslig tolking av regelsettene. Advokaten plikter å gå en tredje vei; dersom klienten ikke ønsker å opplyse om beviset ”*blir løsningen på dilemmaet at advokaten må fratse som prosessfullmektig*”.⁹⁸

Det fremgår ikke av disse forfatterens uttalelser hva som er grunnlaget for en slik plikt. Det er klart at hovedregelen her er at når advokaten først har påtatt seg et oppdrag, plikter han å fullføre dette i samsvar med avtalen med klienten.⁹⁹

Dersom advokaten ønsker å fratse, må dette skje på de vilkår som er oppstilt i RGA pkt. 3.1.6 (1). Vilkårene må underlegges en streng fortolkning.¹⁰⁰

Det mest aktuelle fratredensgrunnlaget her vil være alternativ nummer to; ”*klienten vil ikke følge advokatens råd i saken*”, eller sekkebestemmelsen i alternativ seks; ”*at det inntreffer slike omstendigheter at det ikke rimeligvis kan forlanges at advokaten fortsetter oppdraget*”. Disse reglene oppstiller imidlertid kun en *rett* for advokaten å trekke seg, og ikke en *plikt*.

I RGA pkt. 3.1.8 oppstilles derimot en slik plikt for advokaten å fratse. Regelen gjelder kun i tilfeller hvor advokaten har en mistanke om hvitvasking av penger, og klienten til tross for advokatens oppfordring ikke er villig til å avstå fra transaksjonen.

Situasjonen som da oppstår kan i stor grad sammenlignes med det dilemma som prosessfullmektigen kan oppleve i relasjon til taushetsplikten og opplysningsplikten. Hvl. § 18 hjemler en rapporteringsplikt for advokaten der han har mistanke om hvitvasking.

⁹⁸ Schei m.fl.(2007) s.1003, se også Bernhardt (2002) s. 259

⁹⁹ Haraldsen (2005) s. 90

¹⁰⁰ Advokatforeningen (2009) note 4 til pkt. 3.1.6

Advokaten vil som ellers være underlagt taushetsplikt for opplysninger som er kommet han til kunnskap i anledning klientforholdet.

Hensynet til materielt riktige avgjørelser kan tale for å gi prinsippet anvendelse også i vårt tilfelle. På den annen side kan en hevde at en slik regel stimulerer til en praksis hvor klienter holder informasjon skjult for advokaten sin, i frykt for at han enten skal måtte opplyse om belastende forhold eller måtte stå uten juridisk bistand.

Dette vil være i strid med hensynet til at den enkelte fryktløst skal kunne søke juridisk bistand når han har behov for dette, til dette kommer at en uopplyst advokatstand vil til syvende og sist vil undergrave hensynet til riktige avgjørelser.

Dersom en skulle legge regelen til grunn ville hovedregelen altså være at dersom prosessfullmektigen oppdager at han er forpliktet til å opplyse om et bevis som er taushetsbelagt, og klienten nekter å samtykke, må han fra si seg saken.

Det oppstilles imidlertid med hjemmel i RGA pkt 3.1.6 (2) en begrensning i å si fra seg saken i kort tid før hovedforhandling. Dette ble blant annet slått fast i Disiplinærnemndas avgjørelse i ADA-1997-D45.

Saksforholdet her var at den innklagede advokaten tre uker før hovedforhandling hadde fratrudd et oppdrag, med henvisning til manglende oppgjør fra klienten. Disiplinærnemnda uttalte i denne forbindelse at advokaten ikke står fritt til å frasi seg et oppdrag dersom det fremstår som ”*svært sannsynlig for advokaten at en frasielse av oppdraget (...), ville medføre at klager måtte møte alene under hovedforhandlingen*”.

Dette medfører at prosessfullmektigen i de tilfellene han får kjennskap til et bevis av relevans sent i saksforberedelsen eller under forhandlingene, ofte vil være forpliktet å fullføre oppdraget uten å opplyse motparten og retten om det aktuelle forholdet.

5 Avslutning

Som det fremgår av min fremstilling i pkt. 4 er relasjonen mellom prosessfullmektigens taushetsplikt og opplysningsplikt om bevis slett ikke ukomplisert.

Regelsettenes skjønnsmessige vilkår gjør for det første det vanskelig å vurdere om regelsettene i det hele tatt kommer til anvendelse på samme forhold. I de tilfellene det er klart at det oppstår et dilemma mellom taushetsplikten og opplysningsplikten, er det knyttet stor usikkerhet til hva som er den riktige fremgangsmåten. For å finne noen retningslinjer en kan forholde seg til i praktiske tilfeller, er en nødt til å gå dypt inn i rettskildematerien.

Dette er etter min mening svært uheldig. Det er klart at usikkerheten vil kunne bidra til at enkeltindividet i mindre grad søker rettshjelp når han har behov for dette. Det er også nærliggende å anta at forvirringen fører til at regelsettene ikke vil praktiseres slik de er intendert, og dermed ikke oppfyller de samfunnsmessige funksjoner de er ment for.

Til dette kommer det faktum at prosessfullmektigen selv stilles i en svært vanskelig situasjon. Overtredelse av både taushetsplikten og opplysningsplikten kan resultere i inngripende sanksjoner, eksempelvis erstatningskrav, disiplinære reaksjoner og straff.

Det er vanskelig å forstå hvorfor det ikke er gitt noen klare føringer på hvordan problemstillingen skal behandles, verken i lovtekst eller i forarbeider.

Jeg vil tro at en stor del av begrunnelsen finnes i det forhold at problemstillingen reiser vanskelige og prinsipielle spørsmål. Problemstillingen er tilsynelatende et spørsmål om avveining av to sett hensyn som på hver sin måte er tungtveiende og fundamentale i rettsamfunnet.

Når en ser dette i sammenheng med det omfattende og vanskelige arbeidet tvistelovsreformen representerte, ville det være et nærliggende og fornuftig valg å utsette en utredning av spørsmålet til en annen anledning og til en annen kontekst.

Som jeg har vist i oppgaven er min problemstilling et utslag av en generell usikkerhet rundt innholdet av og gjennomslagskraften til advokatens taushetsplikt. En lovfesting av en generell taushetspliktshjemmel for advokater ville i vesentlig grad redusert de problematiske aspektene på området.

Det ligger i dagen at en slik lovhjemmel ville bidratt til å klargjøre taushetspliktens anvendelsesområde og nærmere vilkår. Men en lovfesting ville også foranledige en god, helhetlig og oppdatert utredning av temaet, herunder taushetspliktens forhold til tilstøtende regelverk.

Behovet for lovfesting av en alminnelig taushetsplikthjemmel for advokater ble trukket frem og understreket av Advokatforeningens leder Berit Reiss-Andersen i foreningens årstale, som ble holdt 19. november 2009. Temaet i denne talen var hvorledes taushetsplikten trues av gode hensikter.¹⁰¹

Reiss-Andersen uttalte i talen følgende; "Det hevdes at taushetsplikten er et hinder for å finne sannheten. Men det er fordi advokaten har taushetsplikt, at vi mottar opplysninger. Settes taushetsplikten til side, vil advokaten få informasjon i et betydelig mindre omfang. Da blir det ingen sannhet igjen å finne hos advokaten."¹⁰²

Her adresseres det paradoks som ligger i at hensynet til et opplyst faktum settes opp mot vernet av klientforholdet. Realiteten er at taushetsplikten og opplysningsplikten i det vesentlige ivaretar samme formål, nemlig beskyttelse og opprettholdelse av samfunnets spilleregler gjennom avsigelse av materielt riktige avgjørelser.

Dette innebærer at hensynene *både* bak opplysningsplikten og taushetsplikten vil lide, dersom et av regelsettene skulle få for stor gjennomslagskraft. Det må arbeides mot en god

¹⁰¹ Reiss-Andersen (2009) s. 3

¹⁰² Reiss-Andersen (2009) s. 17

og hensiktsmessig balansegang. Dette er etter min mening ikke mulig å oppnå, så lenge det ene regelsettet ikke har noen positiv lovmessig forankring.

6 Kilder

6.1 Lovgivning

Lover

- Lov av 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (*straffeloven*)
- Lov av 13. august 1915 om domstolene (*domstolloven*)
- Lov av 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (*skadeserstatningsloven*)
- Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (*forvaltningsloven*)
- Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (*straffeprosessloven*)
- Lov av 17. juni 1992 nr. 100 om barneverntjenester (*barnevernsloven*)
- Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (*menneskerettsloven*)
- Lov av 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (*tvisteloven*)
- Lov av 20. mai 2005 om straff (*straffeloven (2005)*)
- Lov av 6. mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering m.v. (*hvitvaskingsloven*)

Konvensjoner

- Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma, 1950 (*Den europeiske menneskerettighetskonvensjon*)

Forskrifter

- FOR-1996-12-20-1161 Forskrift til domstolloven kapittel 11 (*Advokatforskriften*)

6.2 Forarbeider

- NOU 2001:32 *Rett på sak*, bind A og B
- NOU 2009:1 *Individ og integritet: Personvern i det digitale samfunnet*
- NOU 2009:4 *Tiltak mot skatteunndragelser*
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister*
- Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) *Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28*

6.3 Rettspraksis

Norsk høyesterettspraksis

- Rt. 1983 s. 430
- Rt. 1998 s. 110
- Rt. 1999 s. 1066
- Rt. 2002 s. 87
- Rt. 2002 s. 858
- Rt. 2002 s. 976
- Rt. 2004 s.1668
- Rt. 2006 s. 633
- Rt. 2006 s. 1071
- Rt. 2007 s. 920
- Rt. 2008 s. 679
- Rt. 2009 s. 627

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol

- *Sunday times v. The United Kingdom*, application no. 6538/74, 26. april 1979
- *Campbell v. The United Kingdom*, application no. 13590/88, 25. mars 1992
- *Niemietz v. Germany*, application no. 13710/88, 16. desember 1992
- *Kopp v. Switzerland*, 13/1997/797/1000, 25. mars 1998
- *Société Colas Est and others v. France*, application no. 37971/97, 16. april 2002
- *Petri Sallinen and others v. Finland*, application no. 50882/99, 27. september 2005

Disiplinæravgjørelser

- U Bind II s. 313, Disiplinærnemnda (1979)
- ADA-1997-D45, Disiplinærnemnda
- ADA-2005-148, Disiplinærutvalget for Oslo Krets
- ADA-2008-D2, Disiplinærnemnda

6.4 Juridisk teori

Bøker

- Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen, 2007
- Andenæs, Johs. *Alminnelig straffrett*. 5. utg. Oslo, 2004
- Bjerke, Hans Kristian og Keiserud Erik *Straffeprosessloven med kommentarer*. 3. utg. Oslo, 2001
- Eskeland, Ståle *Strafferett*. 2. utg. 2006
- Haraldsen, Haakon I. *Regler for god advokatskikk med kommentarer*. 1. utg. Oslo, 2005
- Jacobs & White *The European convention on human rights*. 4. utg. Oxford, 2006
- Robberstad, Anne *Mellom tvekamp og inkvisisjon*. Oslo, 1999
- Robberstad, Anne *Sivilprosess*. Oslo, 2009
- Schei, Tore m.fl. *Tvisteloven Kommentarutgave*, Bind I og II. Oslo, 2007
- Svalheim, Knut *Advokatens taushetsplikt*. Oslo, 1996

Artikler

- Bernhardt, Peter L. *God advokatskikk og etiske rammer for utøvelse av advokaturket* I: Knudtzon og Wilhelm Omstedt (red) *Å være advokat*. Oslo, 2002

Rettsdata.no

- Matningsdal, Magnus *Kommentar til straffeloven* noter 1148-1150 (strl. § 144) [sitert 16. nov. 2009]
- Reusch, Christian H.P *Kommentar til tvisteloven* note 1035 (tvl. kap 21) og 1055 (tvl. § 21-4) [sitert 21. okt. 2009]

Øvrig teori

- Advokatforeningen, *Advokaters taushetsplikt*, [sitert 22. nov. 2009]
<http://advokatforeningen.no/ /Forsidegrunnlag/Tema/Advokaters-taushetsplikt/>
- Advokatforeningen, *Regler for god advokatskikk med kommentarer* (nettversjon), note 4 til pkt. 3.1.6 [sitert 16.11.09], <http://advokatforeningen.no/Etiske-regler/Advokatforeningens-etiske-retningslinjer-og-veiledninger/kommentarutgaven/>
- Reiss-Andersen; Berit *Advokatens taushetsplikt – truet av gode hensikter*. Oslo, 2009. [sitert 22. nov. 2009] tilgjengelig på http://advokatforeningen.no/PageFiles/13110/%C3%85rstale_endelig.pdf

6.5 Samtaler

- Samtale med Gunn Cecilie Ringdal og Øyvind Precht-Jensen i Advokatforeningens sekretariat om taushetspliktens rettsgrunnlag 1. og 23. oktober 2009
- Samtale Gunn Cecilie Ringdal og Øyvind Precht-Jensen i Advokatforeningens sekretariat om taushetspliktens gjennomslagskraft 4. november 2009

6.6 Annet

- *Vedtekter for den norske advokatforening*, Lillehammer den 29. juni 1936, tilgjengelig på http://www.jus.no/asset/33853/1/33853_1.pdf