



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

Avsagt 27. mai 2019 av Høyesterett i avdeling med

justitiarius Toril Marie Øie
dommer Erik Møse
dommer Henrik Bull
dommer Cecilie Østensen Berglund
kst. dommer Sven-Jørgen Lindsetmo

HR-2019-997-A, (sak nr. 18-186326SIV-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts kjennelse 7. november 2018

Felleskjøpet Agri SA

(advokat Fredrik Lilleaas Ellingsen – til
prøve)

mot

Infor (Steinhausen) II GmbH

(advokat Ola Haugen)

S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Møse**: Saken gjelder begjæring om bevis tilgang til en meget omfattende mengde elektronisk lagrede dokumenter.
- (2) Felleskjøpet Agri SA (Felleskjøpet) tok 17. juni 2016 ut stevning mot det sveitsiske selskapet Infor (Steinhausen) II GmbH (Infor). Saken gjelder krav om erstatning etter at Felleskjøpet hadde hevet en avtale om kjøp av nytt forretningsystem for bedriften, et såkalt ERP-system (Enterprise Resource Planning). Begrunnelsen for hevingen var forsinket levering. Infor fremmet motkrav og anførte at hevingen var uberettiget og erstatningsbetingende.
- (3) Infors hovedanførsel både mot Felleskjøpets krav og for eget motkrav bygger på at det var Felleskjøpet som var hovedårsaken til fremdriftsproblemer og manglende levering. Etter Infors syn hadde Felleskjøpet ikke oppfylt sin medvirkningsplikt etter kontrakten, og det forelå også manglende prosjektstyring fra Felleskjøpets side.
- (4) Nedre Romerike tingrett avsa dom 9. februar 2018 der Infor ble dømt til å betale Felleskjøpet 288 millioner kroner i erstatning. I motkravet ble Felleskjøpet frifunnet. Infor ble også dømt til å betale Felleskjøpets sakskostnader.
- (5) Infor anket til Eidsivating lagmannsrett. Under saksforberedelsen fremsatte Infor begjæring om bevis tilgang til en meget omfattende mengde dokumenter, i det vesentlige elektronisk lagret. Felleskjøpet fremla noen dokumenter, men motsatte seg for øvrig bevisfremleggelsen.
- (6) Kravet om bevis tilgang for lagmannsretten gjaldt tre grupper dokumenter om henholdsvis kontraktsinngåelsen mellom Felleskjøpet og Infor, Felleskjøpets medvirkning til prosjektet og erstatningsutmålingen.
- (7) Lagmannsretten avsa kjennelse 7. november 2018 hvor Felleskjøpet ble pålagt å fremlegge alle de dokumenter Infor hadde begjært bevis tilgang til med unntak av enkelte som retten la til grunn at selskapet hadde selv eller hadde mottatt under behandlingen i lagmannsretten. Frist for rettens pålegg ble satt til fem uker – 14. desember 2018. Slutningen inneholder 91 bevispålegg og lyder slik:

«1. **Felleskjøpet Agri AS pålegges å fremlegge:**

- **Interne referater/notaer fra møter mellom Felleskjøpet og Infor i tilbudsfasen og kontraktsinngåelsesfasen, herunder møtene avholdt 14. mars 2014 og 17. mars 2014.**
- **Ethvert skriftstykke som gjelder Felleskjøpets valg av Infor som leverandør.**
- **Dokumentasjon på prosjektorganisering hos Felleskjøpet (organisasjonskart og dokumenter som beskriver intern ansvars- og arbeidsfordeling i Felleskjøpet, og rutiner for intern opplæring)**
- **Dokumentasjon som viser hvordan Prosjekt I ble forankret hos ledelsen i Felleskjøpet**
- **Dokumentasjon på løpende risikovurdering av prosjektet (utover felles risikovurderinger i styringsgruppemøter og den initielle risikovurderingen, som allerede er fremlagt) og hvilke tiltak som ble gjennomført**
- **Felleskjøpets prosjektstyringsdokumenter samt prosjektmandat**

- Informasjon om Felleskjøpets interne styringsgruppemøter, herunder informasjon om frekvens og liste med deltakere fra Felleskjøpets interne styringsgruppemøter
- Dokumentasjon fra Felleskjøpets interne styringsgruppemøter, herunder (i) presentasjoner; (ii) møtereferater; (iii) epostkorrespondanse vedrørende styringsgruppemøter; (iv) skriftlig kommunikasjon til/fra medlemmer av styringsgruppen vedrørende prosjektet; og (v) styringsgruppe rapporteringspakker
- Møtereferat/interne notater fra ledelsesmøter i Felleskjøpet der Prosjekt 1 ble diskutert
- Møtereferater og underlagsdokumentasjon fra styremøter i Felleskjøpet der Prosjekt 1 ble diskutert
- Rapporter/e-poster fra Felleskjøpets styringsgruppe/andre til daglig leder og styret i Felleskjøpet
- All intern kommunikasjon, herunder møtereferat, notater og e-poster mellom Christen Rehn, Terje Johansen, John Arne Ulvan og Randi Andraa vedrørende Prosjekt 1 i tidsperioden fra 3. april 2014 til 3. februar 2016
- All intern kommunikasjon om å nekte å godta levering av milepæl 3, herunder epostkorrespondanse om følgende leveringsdatoer: 17. april 2015, 4. mai 2015, 2. juni 2015, 19. juni 2015 og 30. juni 2015
- Intern kommunikasjon i Felleskjøpet relatert til levering av milepæl 1 og milepæl 2 i Prosjekt 1
- All kommunikasjon, herunder møtereferat, notater og e-poster med EY [Ernst & Young]
- Avtale, oppdragsbrev, oppdragsbeskrivelse og mandat til EY, samt all korrespondanse internt i Felleskjøpet vedrørende oppgaver som skulle utføres av EY
- All kommunikasjon, herunder møtereferat, notater og e-poster med Accenture
- All dokumentasjon vedrørende plan og utførelse av endringsledelse
- Dokumentasjon som viser hvordan Felleskjøpet arbeidet med prosessforbedring og effektivisering
- Ethvert skriftstykke som utgjør del av grunnlaget for beslutningen om å heve kontrakten
- Interne e-poster om Infors budsjettoverskridelser og alle andre oppdateringer relatert til den finansielle statusen i prosjektet utover det som allerede ligger i saken.
- Dokumenter fra tilbudsprosessen i Prosjekt 2, herunder (i) anbudsinnsbygdelse; (ii) informasjonsforespørsel; (iii) andre dokumenter som er publisert til tilbyderne; (iv) salgspresentasjoner; og korrespondanse mellom Felleskjøpet og tilbyderne i tilbudsprosessen.
- Dokumenter som viser Felleskjøpets faktiske timebruk i Prosjekt 1 og Prosjekt 2
- Dokumentasjon som viser at prosjektdeltakere i Felleskjøpet har fått frigitt tid til å jobbe i og med Prosjekt 1 og 2, samt stillingsprosent allokert til prosjektene.
- Oversikt over hvilke oppgaver de eksterne leverandørene utførte i Prosjekt 1 (per leverandør hvis tilgjengelig), avtaler, mandat og oppdragsbeskrivelser med disse leverandørene og alle timelister/fakturaer fra disse
- Oversikt over hvilke oppgaver de eksterne leverandørene utførte i Prosjekt 2 (per leverandør hvis tilgjengelig) avtalene med disse leverandørene og alle timelister/ fakturaer fra disse
- Dokumentasjon på at de største kostnadene (beløp over kr 1 million) faktisk er blitt betalt av Felleskjøpet i henholdsvis Prosjekt 1 og Prosjekt 2
- Tilbud fra Istone (M3) knyttet til Prosjekt 1
- Tilbud fra Istone (Microsoft 365 O) knyttet til Prosjekt 2
- Tilbud fra Istone om levering av M3 for prosjekt 2
- Oversikt over hvilke oppgaver kjerneteamet utførte i Prosjekt 1 (per ansatt hvis tilgjengelig)

- Oversikt over hvilke oppgaver prosesseierne utførte i Prosjekt 1 (per ansatt hvis tilgjengelig)
 - Dokumenter som viser faktisk timebruk på Prosjekt 1 (antall timer og hva de er brukt på)
 - Underlaget som ligger til grunn for revisors kontrollberegninger
 - Oversikt over hvilke oppgaver hver leverandør utførte i Prosjekt 1. Alternativt en oversikt over oppgavene utført av de største leverandørene hvis oppgaver per leverandør ikke er mulig å oppdrive
 - Dokumentasjon på at de største kostnadene (beløp over kr 1 million) faktisk er blitt betalt av Felleskjøpet.
 - Detaljerte beregninger som ligger til grunn for det estimerte kravet (i Excel hvis tilgjengelig) samt opplysninger om antatt antall redusert personell
 - Dokumentasjon/møtereferater der potensiell effektiviseringsgevinst ble diskutert i forkant av og under tilbudsprosessen i Prosjekt 1
 - Gevinstplan og informasjon om hvordan Felleskjøpet har planlagt å jobbe for å sørge for at gevinstene lar seg realisere
 - Informasjon om hva avkastningskravet på 7,5% [er basert på]
 - Underlagsmateriale for beregning av tap knyttet til lisenser og vedlikehold i Excel ...
2. Felleskjøpet pålegges å fremlegge følgende opplysninger/dokumenter knyttet til fakturaer fra disse selskapene:

PwC

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, samt hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva hver konsulent har brukt tid på i Prosjekt 1 og Prosjekt 2.
- Opplysninger om hvorvidt noe av arbeidet som ble gjort av PwC i Prosjekt 1 ble gjenbrukt i Prosjekt 2.

Advokatfirmaet Selmer

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,
- Informasjon om hvilke personer som var med i prosjekt-teamet, hvor mange timer hver person brukte på prosjektet og til hvilken timesats, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva deltagerne i prosjekt-teamet brukte tid på. For ordens skyld presiseres det at provokasjonen ikke knytter seg til innholdet i advokatfirmaets rådgivning, og kun gjelder en forklaring på hva det er brukt tid på og hvordan dette knytter seg til prosjektet.
- Opplysninger om hvorvidt noe av arbeidet som ble gjort av Advokatfirmaet Selmer i Prosjekt 1 ble gjenbrukt i Prosjekt 2.

Ernst & Young

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av oppgavene hver konsulent har utført i prosjektet (totalt 1 066 timer).

Accenture

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,
- Informasjon om hvilke personer som var med i prosjekt-teamet, hvor mange timer hver person brukte på prosjektet og til hvilken timesats, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva hver konsulent brukte tid på.

- Opplysninger om hvorvidt noe av arbeidet som ble gjort av Accenture i Prosjekt 1 ble gjenbrukt i Prosjekt 2.

Cervo

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,
- Informasjon om hvilke personer som var med i prosjekt-teamet, hvor mange timer hver person brukte på prosjektet og til hvilken timesats, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva hver konsulent brukte tid på.

Cogitor

- Opplysninger om alle konkrete oppgaver Roald Heitmann gjorde for Felleskjøpet,
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til.

EY

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Beskrivelse av hvilket ansvar EY hadde for fremgangen i Prosjekt 1.

iBiz Solutions

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hvilke oppgaver hver konsulent utførte.
- Opplysninger om:
 - o Årsaken til at det ble fakturert en rekke kostnader etter at prosjektet ble satt på pause og senere stanset, og hva disse kostnadene gjaldt, og
 - o Hvorvidt disse kostnadene knytter seg til Microsofts BizTalk integrasjonssoftware og – hvis det er tilfelle – hvorvidt Felleskjøpet har anvendt BizTalk etter hevingstidspunktet og hvorvidt Felleskjøpet fremdeles anvender det i dag. Dersom Felleskjøpet ikke har brukt denne teknologien etter heving av Prosjekt 1 og/eller ikke anvender det i dag, ønsker Infor en bekreftelse på dette fra iBiz Solutions.

Manpower

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva hver person på prosjekt-teamet brukte tid på

Mark Information Norge NUF

- Opplysninger om hva som har skjedd med terminalene i etterkant av at Prosjekt 1 ble avsluttet, herunder hvorvidt Felleskjøpet fremdeles eier eller benytter terminalene. Dersom terminalene ikke har vært i bruk etter at Prosjekt 1 ble avsluttet og/eller ikke lenger er i bruk, ønsker Infor en bekreftelse på dette fra Mark Information.

Advokatfirmaet Selmer

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til,
- Informasjon vedrørende hvilke personer som var med i prosjekt-teamet, hvor mange timer hver person brukte på prosjektet og til hvilken timesats, og

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av alle arbeidsoppgavene som er utført for Felleskjøpet.

SG Finans

- Spesifikasjon av de oppgavene som SG Finans har utført for Felleskjøpet.

Current Software/UNIT4

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifisering (detaljert beskrivelse) av hvem som har jobbet på prosjektet, antall timer og timepris per ansatt, samt hvilke arbeidsoppgaver de ansatte utførte for Felleskjøpet.
- Informasjon om hvorvidt modulen har vært i bruk etter termineringen av Prosjekt 1 og hvorvidt det fortsatt er i bruk av Felleskjøpet. I motsatt tilfelle, ber Infor om en bekreftelse på dette fra Current Software.

Siviløkonom Terje Gundersen

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til

Vince

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifisering (detaljert beskrivelse) av hvilke arbeidsoppgaver de ansatte utførte for Felleskjøpet, og
- En detaljert beskrivelse av hvilke dokumenter som har blitt konvertert/trukket ut av det gamle systemet ved bistand fra Vince.
- Informasjon om:
 - o Hva kostnadene som ble fakturert i november og desember 2015 konkret relaterte seg til.

Zalaris HR Service Norway

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifisering (detaljert beskrivelse) av hvem som har jobbet på prosjektet, antall timer og timepris per ansatt, samt hvilke arbeidsoppgaver de ansatte utførte for Felleskjøpet
- Opplysninger om hvorvidt bruken av lisensene opphørte ved hevingen av Prosjekt 1 og hvorvidt lisensene fortsatt er i bruk. Dersom svarene er benektende, ber Infor om en bekreftelse på dette fra Zalaris HR Service Norway.

Lumagate

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifisering (detaljert beskrivelse) av hvilke arbeidsoppgaver de ansatte utførte for Felleskjøpet.

Link Nordic

- Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av avtalt leveranse/scope, hva som faktisk ble levert og til hvilke deler av prosjektet leveransen relaterer seg til, og
- Spesifisering (detaljert beskrivelse) av hvilke arbeidsoppgaver de ansatte utførte for Felleskjøpet

- **Opplysninger om hvorvidt lisenser har vært i bruk etter at Prosjekt 1 opphørte og hvorvidt de fremdeles er i bruk eller ei. Hvis de ikke er eller har vært i bruk etter hevingstidspunktet ønsker Infor en bekreftelse på dette fra Link Nordic.**

Felleskjøpet

- **Kalendere og reiseplaner for Felleskjøpets påberopte ressurser for hele perioden de var allokert til prosjektet,**
 - **Oversikt over ferie- og avspaseringsbruk for Felleskjøpets påberopte ressurser for hele perioden de var allokert til prosjektet, og**
 - **Oversikt over eventuelle kostnader i form av nyansettelser eller økt vikar- eller overtidsbruk som følge av prosjektene.**
 - **Opplysninger om det, i de enkle oversiktene som så langt er fremlagt, er gjort fratrukket for perioder hvor Felleskjøpet var lite eller ikke tilgjengelige for prosjektet som følge av stort press på andre arbeidsoppgaver (såkalte 'røde' eller blokkerte perioder for Felleskjøpets ressurser).**
3. **De plikter som er pålagt felleskjøpet i punkt 1 og 2 skal oppfylles innen 14. desember 2018.»**
- (8) Felleskjøpet anket lagmannsrettens kjennelse om bevis tilgang til Høyesterett. Anken gjelder bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen.
- (9) Ankeutvalget besluttet at saken i sin helhet skal behandles av Høyesterett i avdeling med fem dommere.
- (10) Fordi saken gjelder så mange elektronisk lagrede dokumenter, ble partene under saksforberedelsen for Høyesterett enige om at det burde oppnevnes en sakkyndig som skulle vurdere hvordan Felleskjøpet kan gå frem for å fremskaffe de bevis/dokumenter lagmannsretten påla selskapet å fremlegge. De ble enige om et mandat og om aktuelle kandidater. På denne bakgrunn oppnevnte Høyesterett partner i KPMG Lars Wilberg som sakkyndig. Han fikk frist til 5. april 2019 – en måned før ankeforhandlingen – og fremla sin rapport da.
- (11) Infor engasjerte en privat sakkyndig, senior manager i Deloitte AS Victor Doak, og krevde at han fikk være til stede under den rettsoppnevnte sakkyndiges møter med Felleskjøpets representanter og IT-kyndige personer. Ved ankeutvalgets kjennelse 28. mars 2019 ble begjæringen ikke tatt til følge, men det ble gitt samtykke til bevisopptak av Doak. Bevisopptaket falt bort fordi ingen av partene hadde spørsmål. Doak avga en skriftlig erklæring 15. april 2019.
- (12) For øvrig står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (13) Ankende part – *Felleskjøpet Agri SA* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (14) Anken over bevisbedømmelsen gjelder i hovedsak lagmannsrettens vurdering av hvor vanskelig og tidkrevende det vil være å oppfylle pålegget. Felleskjøpet anfører at bevisfremleggelsen er langt vanskeligere og mer tidkrevende enn det lagmannsretten har lagt til grunn. Dette gir følgefeil i rettsanvendelsen, særlig ved vurderingen av kravet til proporsjonalitet. Også ellers har lagmannsretten etter den ankende parts syn begått flere rettsanvendelsesfeil, knyttet til lovens kriterier om relevans, spesifisering og proporsjonalitet. Dessuten er pålegget om at selskapet skal fremlegge opplysninger om Advokatfirmaet Selmer AS' bistand, i strid med bevisforbudet i tvisteloven § 22-5.

- (15) Felleskjøpet Agri SA har nedlagt slik påstand:
- «1. Eidsivating lagmannsretts kjennelse av 7. november 2018 i sak 18-076187ASD-ELAG/ oppheves.
 2. Felleskjøpet Agri SA tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett.»
- (16) Ankemotparten – *Infor (Steinhausen) II GmbH* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (17) Lagmannsrettens bevispålegg var nødvendig for å få saken fullstendig opplyst, blant annet i lys av Felleskjøpets manglende vilje til å etterkomme tidligere provokasjoner. Oppgaven med å fremskaffe materialet er ikke omfattende, noe som illustreres ved rapporten fra den privatoppnevnte sakkyndige. Det hefter flere svakheter ved den rettsoppnevnte sakkyndiges vurdering.
- (18) De etterspurte bevisene er relevante. Etter rettspraksis skal det utvises varsomhet med å avskjære bevis under saksforberedelsen på grunn av manglende relevans. Kravene til spesifisering er i nyere rettspraksis praktisert mindre strengt, og denne utviklingen bør ikke reverseres. Bevispåleggene er forholdsmessige, blant annet i lys av de store verdier tvisten gjelder, og kan foretas relativt enkelt innen den frist lagmannsretten har fastsatt. Bevisforbudet i tvisteloven § 22-5 er ikke til hinder for at materiale om kontakten med Advokatfirmaet Selmer AS fremlegges.
- (19) *Infor (Steinhausen) II GmbH* har nedlagt slik påstand:
- «1. Anken forkastes.
 2. Felleskjøpet Agri SA erstatter *Infor (Steinhausen) II GmbHs* saksomkostninger for Høyesterett.
 3. Felleskjøpet Agri SA erstatter *Infor (Steinhausen) II GmbHs* saksomkostninger for lagmannsretten vedrørende spørsmålet om bevis tilgang.»
- (20) *Mitt syn på saken*
- (21) Kjennelsen er avsagt av lagmannsretten som første instans. Høyesterett har derfor full kompetanse, jf. tvisteloven § 30-6. Begrensning kan likevel følge av tvisteloven § 29-3 andre ledd. Jeg går ikke nærmere inn på denne bestemmelsen, som etter mitt syn ikke kommer på spissen i saken.
- (22) *Generelle rettslige utgangspunkter*
- (23) Ved utformingen av reglene om bevis i sivilprosessen har lovgiver hatt for øye at bestemmelsene generelt må fremme materielt riktige avgjørelser. Men idealet om å sikre et fullstendig bevisgrunnlag og en korrekt bevisbedømmelse, må i noen grad vike for andre viktige hensyn. Tvisteloven har derfor blant annet regler om bevisforbud og om begrensninger i retten til å føre bevis på grunn av hensynet til forholdsmessighet mellom omfanget av saksbehandlingen og sakens betydning. Jeg viser til NOU 2001: 32 A Rett på sak side 454 om formålet med bevisreglene.

- (24) Partene i prosess har en generell sannhets- og opplysningsplikt, som er nedfelt i tvisteloven § 21-4 første ledd:

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

- (25) Regelen i § 21-5 om allmenn forklarings- og bevisplikt lyder:

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

- (26) I tillegg nevnes fanebestemmelsen i § 1-1, som blant annet omhandler partenes rett til innsyn og hensynet til at saksbehandlingen og kostnadene skal stå i et rimelig forhold til sakens betydning.

- (27) Av særlig betydning i saken er §§ 26-5 og 26-6, som har regler om bevis tilgang:

«§ 26-5 Gjenstander som bevis

- (1) **Enhver har plikt til å stille til rådighet som bevis gjenstander vedkommende har hånd om eller kan skaffe til veie.**
- (2) **For å gjennomføre plikten etter første ledd kan partene og andre pålegges å svare på spørsmål om de kjenner til bevisgjenstander, og foreta nødvendige undersøkelser i den forbindelse. De kan også pålegges å utarbeide sammenstillinger, utdrag eller annen bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstander.**
- (3) **Retten kan nekte bevis tilgang etter første og annet ledd hvis dette vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset, eller som parten har tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv. Retten kan sette som vilkår at den som har begjært bevis tilgang, forskutterer utgiftene.**

§ 26-6. Utformingen av begjæringen om bevis tilgang

- (1) **En begjæring om tilgang til eller spørsmål om realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.**
- (2) **Retten kan lempe på kravet til spesifisering dersom dette er uforholdsmessig vanskelig å etterkomme, og det er en nærliggende mulighet for at kravet kan gi tilgang til bevis.»**

- (28) Dokumenter utgjør en «gjenstand» i lovens forstand, også når det er tale om «elektronisk lagret materiale mv.», jf. § 26-1. Jeg nevner for fullstendighets skyld at også tvistemålsloven omfattet slikt materiale, jf. Rt-2004-1467 om elektronisk post, særlig avsnitt 22.

- (29) De bestemmelsene jeg har sitert, stiller tre hovedkrav: Gjenstandene må utgjøre bevis i saken, det vil si et krav om relevans; det kreves spesifisering, og det oppstilles et krav til forholdsmessighet.

- (30) I forarbeidene til tvisteloven omtales de anglo-amerikanske ordningene med «disclosure» og «discovery». De kan generelt beskrives slik at partene som utgangspunkt har plikt til å informere om og legge frem alt som kan tenkes å være relevant for saken. Det er klart – og ikke bestridt – at lovgiver ikke ønsket en slik omfattende ordning i norsk rett. Jeg viser først til NOU 2001: 32 A punkt 16.6.4, hvor det heter:

«Å skulle innføre discovery i norsk prosess i det omfang man kjenner dette særlig fra amerikansk rett, men også fra engelsk rett, kan etter utvalgets mening ikke komme på tale. Det vil bryte fundamentalt med de tungtveiende hensyn som taler for en mer effektiv – også kostnadseffektiv – sivilprosess.»

(31) Det samme følger av Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 208:

«Etter departementets oppfatning er det av vesentlig betydning å få opplysninger om sakens sentrale bevis så tidlig som mulig. En måte å gjøre dette på er å innføre et detaljert og sanksjonert regelverk om opplysningsplikt om bevis, for eksempel etter mønster av de engelske regler om disclosure, jf. utredningen del II kap. 16.6 (s. 460-65). Dette kan imidlertid lede til en tids- og kostnadskrevende ordning. Departementet mener som utvalget at man kan oppnå mye av det samme ved å skjerpe oppmerksomheten om opplysningsplikten ved innføringen av en standard om partenes sannhets- og opplysningsplikt. Et ytterligere virkemiddel i samme retning vil være den skjønsmessige adgangen til lemping av individualiseringskravet etter tvistemålsloven § 253 første ledd, se lovforslaget § 26-6 annet ledd, og adgangen til å be om sammenstillinger og bearbeiding av opplysninger som kan hentes ut av bevisgjenstanden mv. etter § 26-5 annet ledd annet punktum.»

(32) Departementet fremhever altså at man ikke bør gå så langt som i anglo-amerikansk rett, men etter tvisteloven bør ha skjerpet oppmerksomhet om opplysningsplikten. Det pekes dessuten på den skjønsmessige adgangen til å lempe individualiseringskravet.

(33) Som en oppsummering kan det fastslås at hensynet til materielt riktige avgjørelser står sterkt, og at det dermed i utgangspunktet er et sentralt formål å sikre at saken blir best mulig opplyst. Partene skal medvirke til dette. Men det gjelder visse begrensninger – det stilles krav til relevans og spesifisering. Dessuten kan begrensninger i plikten følge av hensynet til forholdsmessighet. Lovgiver har ikke ønsket et system der en part har plikt til å fremlegge alt som kan tenkes å være relevant.

(34) Det foreligger mange avgjørelser fra Høyesterett og ankeutvalget/kjæremålsutvalget om bevisfremleggelse. Men ingen avgjørelse gjelder så betydelige mengder dokumenter som i vår sak. Det har heller ikke vært noen saker der muligheten til elektroniske søk har vært så fremtredende.

(35) En sak som denne reiser derfor nye spørsmål. Den teoretiske muligheten til søk i nesten alle partens relevante dokumenter åpner reelt sett for pålegg av samme art som «disclosure» og «discovery», som lovgiver ikke har ønsket.

(36) *Bevisvurderingen*

(37) Lagmannsretten la til grunn at det ville være «enkelt å søke opp og sortere dokumentene», siden de var lagret digitalt. Flere av provokasjonene gjaldt dokumenter som etter lagmannsrettens syn var nøyaktig spesifisert og som «bør være forholdsvis enkle å besvare», for eksempel organisasjonskart, prosjektmandat, møterefarer og notater. Det samme gjaldt korrespondanse som var spesifisert ved dokumenttype, avsender/adressat, tidsperiode og tematikk. Selv om det dreide seg om en stor mengde dokumenter, gjaldt provokasjonene likevel en avgrenset gruppe. De «mer arbeidskrevende provokasjonene er etter lagmannsrettens syn heller ikke mer arbeidskrevende enn det som kan forventes i en sak av den størrelsesorden det her er snakk om».

- (38) Det fremgår av kjennelsen at lagmannsretten var klar over at det dreide seg om en stor mengde dokumenter. Rettens bruk av betegnelser som «enkelt», «forholdsvis enkelt», «ikke mer arbeidskrevende enn det som kan forventes», samt at fristen for fremleggelse ble satt til fem uker, må imidlertid forstås slik at lagmannsretten mente at det ville være en overkommelig oppgave å søke frem dokumentene.
- (39) Den rettsoppnevnte sakkyndige for Høyesterett gir i sin rapport et annet bilde av arbeidsmengden ved å besvare provokasjonene. Etter hans syn må Felleskjøpet gjennomføre alle de relevante informasjonskildene for å besvare de pålegg som fremgår av lagmannsrettens slutning. Han anbefaler bedriften å engasjere en ekstern tredjepart til å bistå med sikring, søk og sortering, samt å benytte en egnet eDiscovery-løsning. Selve sikringen og prosesseringen vil være meget ressurskrevende, siden dokumentasjonsmengden som må gjennomgås, er svært omfattende. Formuleringer som «ethvert skriftstykke» og «all dokumentasjon» innebærer i praksis at det ikke er noen grenser for hvilke datakilder man må forholde seg til.
- (40) Infor har en rekke innvendinger til rapporten. De gjelder for det første fremgangsmåten som er benyttet. Det pekes på at den sakkyndiges kontaktperson i Felleskjøpet var selskapets advokat, at rapporten ikke sikrer notoritet om hvilken informasjon Felleskjøpet har gitt den sakkyndige, samt at han ikke har verifisert opplysningene mottatt fra Felleskjøpet på den måten mandatet beskriver.
- (41) Etter mitt syn gir formuleringene i mandatet, som partene var enige om, ikke støtte for anførselene om at den sakkyndiges arbeid er i strid med kravene til notoritet og verifisering, og heller ikke med den fremgangsmåte den sakkyndige skulle benytte ved utførelsen av oppdraget.
- (42) Infor kritiserer også innholdet i rapporten. Det innvendes at den sakkyndige har forstått lagmannsrettens pålegg om bevisfremleggelse som – i realiteten – et pålegg om granskning og dermed har valgt feil tilnærming. Blant annet er det vist til at rapporten foretar en sammenligning med granskningen av Troms Kraft i 2013/2014. Denne anførselen kan ikke føre frem. Av rapporten fremgår det uttrykkelig at sammenligningen bare foretas for så vidt gjelder antall dokumenter og volum, for å illustrere at det er få sammenlignbare norske saker.
- (43) En annen innvending Infor har mot rapporten, er at den sakkyndige uriktig har hatt som utgangspunkt at man skal finne alt materiale som foreligger. Han har blant annet uttalt at Felleskjøpet «må gjennomføre alle de relevante informasjonskildene» for å oppfylle lagmannsrettens pålegg.
- (44) Jeg er i og for seg enig med Infor i at den rettsoppnevnte sakkyndige har lagt oppdraget bredt opp. Den metode som skisseres i rapporten, har klare likhetstrekk med «disclosure» og «discovery», noe lovgiver som nevnt har tatt avstand fra. Når det er tale om et så stort volum av data som i vår sak, oppstår spørsmålet om hva som med rimelighet kan kreves.
- (45) Dette må imidlertid ses i sammenheng med hvordan lagmannsretten formulerte bevispåleggene. Bakgrunnen for den sakkyndiges vide tilnærming er slutningen i lagmannsrettens kjennelse. I det omforente mandatet er han nettopp bedt om å vurdere hvordan Felleskjøpet må gå frem «for å fremskaffe de bevis/dokumenter selskapet er

pålagt å fremlegge etter Eidsivating lagmannsretts kjennelse». Den sakkyndige har dermed forholdt seg korrekt til mandatet.

- (46) Samtidig bemerker jeg at det ikke er rimelig å kreve at man skal søke etter hvert eneste relevante dokument dersom dokumentmengden er stor og pålegget er veldig generelt utformet. Det gjelder særlig mer perifere dokumenter. Hvor grensen går, må avgjøres konkret på grunnlag av hva som må betraktes som en samvittighetsfull undersøkelse. Spørsmålet må ses på bakgrunn av at den begjærende part kan etterspørre ytterligere dokumentasjon hvis det skulle vise seg å være behov for det, og lovens vilkår fortsatt er oppfylt. Jeg kommer tilbake til den avgrensning som må foretas i forbindelse med spesifikasjonskravet.
- (47) I denne forbindelse tilføyer jeg at Infor ikke kan høres med at påleggene må tolkes i lys av begrunnelser eller presiseringer i partenes prosesskriv. Det er slutningen som gir uttrykk for rettens pålegg. Skal den tolkes, kan det bare være i lys av premissene i kjennelsen. Det er ikke gitt at retten har lagt det samme innholdet i pålegget som det en part har argumentert for i prosesskriv. Den part pålegget retter seg mot, kan for øvrig få fristpålegg og fraværdsdom dersom pålegget ikke følges, jf. tvisteloven § 16-7 andre ledd og § 16-10.
- (48) I lys av den rettsoppnevnte sakkyndiges vide tilnærming til kartleggingen av informasjonskilder er han kommet til at dokumentasjonsmengden som må gjennomgås, er svært omfattende. Samlet sett er hans vurdering at prosessen med å besvare lagmannsrettens pålegg i samsvar med ordlyden, nærmest er umulig å realisere. Hans avsluttende bemerkninger lyder slik:
- «En eDiscovery-prosess med et datavolum (alle kilder) som denne saken representerer vil erfaringsmessig vanskelig la seg gjennomføre på mindre enn 12 måneder. ... Basert på foreliggende informasjon vil et estimat på datavolum i denne saken være i størrelsesorden 5.000 GB og at det kan være mulig med gode kriterier å filtrere dette ned til 500 GB og 2,5 millioner dokumenter.»**
- (49) Et kostnadsestimert for et slikt 12-måneders prosjekt blir av den sakkyndige vurdert til å kreve ti årsverk og koste 11,7 millioner kroner.
- (50) Den rettsoppnevnte sakkyndige mener dermed at det vil være betydelig mer omfattende og tidkrevende å etterkomme bevispålegget enn det lagmannsretten la til grunn. Som nevnt har den sakkyndige – i tråd med mandatet og lagmannsrettens slutning – valgt en videre tilnærming enn det som følger av spesifikasjonskravet. Men selv om det justeres for dette, foreligger det utvilsomt en vesentlig forskjell mellom lagmannsrettens og den sakkyndiges vurdering.
- (51) Den *privatoppnevnte* sakkyndige konkluderer for sin del med at det ikke er urimelig når lagmannsretten har antatt at fem uker er tilstrekkelig for å etterkomme pålegget. Han mener at riktig kostnadsnivå for det materiale det er aktuelt å søke i, vil ligge i underkant av en million kroner.
- (52) Etter mitt syn er det noen svakheter ved hans begrunnelse. For det første mener han at alle slutningens 91 punkter om dokumentfremleggelse var tilstrekkelig spesifisert. Som jeg kommer tilbake til under spesifikasjonskravet, er jeg ikke enig i det. For det andre snevrer han inn pålegget på en måte som det etter min oppfatning ikke er grunnlag for. Han antar at hovedvekten av dokumentene kan finnes uten en fullstendig gjennomgang av systemene; at

eventuelle digitale søk kan begrenses til bare deler av e-postservere og filservere; og at det ikke er nødvendig å gjennomføre e-postkontiene til de 200 ansatte i Felleskjøpet som deltok i ERP-prosjektet – det er tilstrekkelig å konsentrere seg om de fire ansatte som stod sentralt ved gjennomføringen. Slik lagmannsrettens slutning er utformet, er dette en for snever tilnærming.

- (53) Den private sakkyndiges snevre tilnærming, som innebærer at provokasjonene etter hans syn kan besvares i løpet av fem uker, underbygger etter min oppfatning at en så kort frist ikke er tilstrekkelig hvis lagmannsrettens pålegg skal gjennomføres i tråd med slutningens ordlyd. En annen sak er at hans tilnærming illustrerer en mulig fremgangsmåte lagmannsretten kan benytte for å spesifisere pålegget. Det kommer jeg tilbake til.
- (54) Min konklusjon blir etter dette at lagmannsretten har vurdert konsekvensene av bevispålegget feil, og at dette avviket fra hva som reelt sett kreves, ikke er ubetydelig.
- (55) *Relevans*
- (56) Etter tvisteloven § 21-7 kan partene bare føre bevis om faktiske forhold som kan være av betydning for den avgjørelse som skal treffes. Beviset må altså ha betydning – være relevant, eller som det heter i Rt-2013-817 avsnitt 9, være «bærer av informasjon om relevante faktiske omstendigheter». Den samme forståelse av bevisbegrepet må gjelde etter reglene om bevisfremleggelse.
- (57) Om noe er et bevis, må ellers avgjøres på grunnlag av de krav som er reist, påstandsgrunnlag og partenes pretensjoner om rettsregler, se NOU 2001: 32 B side 949. Hvorvidt de rettslige anførsler og innsigelser er holdbare, skal retten ikke ta stilling til.
- (58) Det kan spørres om retten også skal ta utgangspunkt i partens pretensjoner om at noe er et bevis, eller om den skal foreta en selvstendig prøving av dette spørsmålet. Lagmannsretten synes å ha lagt til grunn at pretensjonen er avgjørende. Det er jeg ikke enig i. Riktignok følger det av en formulering i Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 204 at det «tas utgangspunkt i partenes pretensjoner om dokumentets betydning som bevis». Men Rt-2004-351 avsnitt 22, som proposisjonen viser til, må etter mitt syn forstås slik at utgangspunktet om partenes pretensjoner kun refererer til sakens realitet, ikke tilbudte bevis. Jeg finner støtte for dette i Rt-2013-1719 avsnitt 37 og 38, Rt-2007-920 avsnitt 39 sammenholdt med 44 og Rt-1990-1034. Et slikt skille er også vanlig ellers – retten bygger på pretensjoner om realiteten, men ikke om prosessuelle vilkår ellers er oppfylt. Selv om pretensjoner om realitet og bevis kan henge sammen, er det viktig å holde fast ved den prinsipielle forskjellen.
- (59) Ankende part har tatt til orde for et krav til konkretisering av hva beviset skal godtgjøre etter analogi av tvisteloven § ~~21-7~~ **21-6 om bevisstilbud. Til dette anfører ankemotparten at det her er tale om ulike situasjoner som ikke kan likestilles.
- (60) Bevispålegg kan, slik vår sak viser, innebære vidtgående og arbeidskrevende forpliktelser til å fremlegge interne dokumenter. Det fremstår da som rimelig at den part som provoserer bevis fremlagt, må konkretisere hva de skal underbygge, og at dette også må reflekteres i rettens avgjørelse. Et slikt krav kan blant annet være nødvendig for at spørsmålet skal kunne overprøves ved anke. Jeg viser også til Rt-1997-736, hvor det i forbindelse med krav

om bevisfremleggelse etter tvistemålsloven § 253 annet ledd ble lagt vekt på manglende konkretisering, og at det var uklart hva de ulike grupper dokumenter kunne belyse.

- (61) Min konklusjon er dermed at det kan være nødvendig å gi en nærmere beskrivelse av hva de bevis som provoseres fremlagt, skal underbygge. En annen sak er hvor omfattende denne plikten er. I mange tilfeller vil det nærmest være opplagt hva et bevis skal underbygge, og da er ytterligere konkretisering selvsagt ikke nødvendig.
- (62) I sin drøftelse av kravet til relevans uttaler lagmannsretten blant annet:

«Sakens tvistetema er om Felleskjøpets heving var rettmessig, og utmåling av erstatning. Sett hen til Infors anførsler om at [årsaken til] fremdriftsproblemene og manglende levering av milepæl 3, var at Felleskjøpet ikke oppfylte sin medvirkningsplikt etter kontrakten og manglende prosjektstyring fra Felleskjøpets side, finner lagmannsretten at de etterspurte dokumenter vedrørende kontraktsinngåelsen og Felleskjøpets medvirkning til prosjektet kan utgjøre bevis i saken. På bakgrunn av Infors pretensjoner legger lagmannsretten til grunn som sannsynlig at de etterspurte dokumentene inneholder informasjon om faktiske omstendigheter som kan kaste lys over partenes forpliktelser etter avtalen, risikofordelingen mellom partene, kravene til Felleskjøpets medvirkning og prosessen fram mot beslutningen om heving.

Lagmannsretten finner videre at de etterspurte dokumenter vedrørende det påståtte erstatningskravet kan utgjøre bevis i saken. Som anført av Infor, vil informasjon om hvilket arbeid de enkelte fakturaer gjelder og hvilken del av prosjektet leveransen relaterer seg til være relevant ved vurderingen av Felleskjøpets erstatningskrav.»

- (63) Denne begrunnelsen reiser spørsmål om lagmannsretten bare har bygget på Infor's pretensjoner om hva som er bevis. Som allerede nevnt vil dette være uriktig rettsanvendelse. Under enhver omstendighet foretar retten i liten grad noen selvstendig prøving.
- (64) Lagmannsretten har også en felles og meget kort begrunnelse for bevisenes relevans for henholdsvis Felleskjøpets angivelige manglende medvirkning etter kontrakten og utmålingen av erstatningen. En slik begrunnelse på et helt overordnet plan er ikke tilstrekkelig i et tilfelle som dette. Det kan selvsagt utformes en felles begrunnelse for flere typetilfeller som står i samme stilling. Men lagmannsretten har her gitt en felles begrunnelse for ulike forhold. Retten har heller ikke foretatt noen nærmere konkretisering. Eksempelvis er det ikke klart hvordan interne dokumenter fra kontraktsforhandlingene og om valg av leverandør kan være bevis for at medvirkningsplikten ikke er overholdt. Dette krever en nærmere begrunnelse.
- (65) *Spesifikasjon*
- (66) Som nevnt følger det uttrykkelig av tvisteloven § 26-6 første ledd at en begjæring om tilgang til realbevis skal spesifiseres slik at det er klart hvilke bevisgjenstander kravet gjelder.
- (67) I NOU 2001: 32 B side 980 uttales det om denne bestemmelsen:

«Kravet til spesifisering av bevis det kreves tilgang til, er i dag forankret i tvistemålsloven § 253 første ledd, som er forstått slik i forhold til dokumentbevis at kravet må gjelde bestemt angitte dokumenter. Det kan – som klar hovedregel – f.eks. ikke kreves fremlagt all korrespondanse mellom en part og en tredjeperson. Vilkåret om individualisering har vært tolket strengt i praksis, dog slik at praksis særlig i de senere år

har åpnet noe for at vilkåret skal ses i forhold til de mulighet[er] for individualisering som foreligger, slik at individualiseringskravet ikke i urimelig grad blir til hinder for en korrekt opplysning av saken.

[§ 26-6 (1)] opprettholder kravet til individualisering for begjæringer det er mulig å spesifisere slik. Det er utvalgets mening at individualiseringskravet i bestemmelsen skal forstås i samsvar med den nyere – noe mer imøtekommende – rettspraksis. Er dette ikke mulig, er man utenfor området for (1), og kravet om tilgang til bevis må i tilfelle forankres i den skjønsmessige regel i (2). Når det gjelder kravet til individualisering etter (1), se Schei side 780-783.»

- (68) Til nærmere belysning av grensedragningen nevner jeg to eksempler fra rettspraksis. I Rt-1999-493 ble det krevet fremlagt «... intern revisjon og eksterntrevisjons skriftlige dokumenter i form av notater, korrespondanse, saksanlegg, vurderinger mv, for valutatransaksjoner foretatt i Bergensbanken ASA under betegnelsen ‘Lekvauds’, ‘Grevjan’ og ‘Lekis’». Høyesteretts kjæremålsutvalg fant i likhet med lagmannsretten at angivelsen av dokumentene var for lite spesifisert. Ifølge utvalget var utgangspunktet at et pålegg om fremleggelse må gjelde et bestemt angitt dokument, mens det ikke er nødvendig å liste opp hvert enkelt bevis hvis et betydelig antall dokumenter må antas å utgjøre bevis, jf. Rt-1998-583. Utvalget fortsatte:

«I vår sak har det fremgått av Bergensbankens opplysninger at det ikke finnes noen enkelt sakmappe der man kan finne alle de dokumenter som er krevd fremlagt. Banken vil derfor måtte gå gjennom alle sine arkiver for å finne eventuelle dokumenter. Den kjærende part synes ikke å vite hva som faktisk finnes av dokumenter, og hva de måtte inneholde. Begjæringen om fremleggelse har en meget generell form og gir inntrykk av en nokså ubestemt leting etter eventuelle dokumenter av interesse. Utvalget er på denne bakgrunn enig med lagmannsretten i at kravet til spesifisering ikke kan anses oppfylt.»

- (69) I Rt-2007-920 (*Scancem*) avsnitt 64–67 ble derimot kravet til spesifisering ansett oppfylt. Lagmannsretten hadde her avslått selskapets begjæring om å pålegge en tidligere ansatt å fremlegge all korrespondanse mellom ham og et annet selskap vedrørende to andre selskaper i perioden 1999 og fremover. Etter å ha sitert utgangspunktene i Rt-1998-583 og Rt-1999-493 uttalte kjæremålsutvalget at formålet med kravet om individualisering er at motparten skal vite hvilke dokumenter som kreves fremlagt. Kravet må likevel ses i lys av muligheten for å foreta en nærmere individualisering, og det kan ikke stilles så høyt at det kan hindre kartlegging av faktiske forhold av betydning for saken. Utvalget fant det klart at pålegget – hvis dokumentene fantes – ikke kunne skape nevneverdig tvil om hvilke dokumenter det dreide seg om. Individualiseringskravet var dermed oppfylt. Det var angitt avsender, adressat, samt tema og tidsperiode.
- (70) Felleskjøpet har fremhevet 18 punkter som etter selskapets syn ikke er tilstrekkelig spesifisert. En rekke punkter er vidt formulert. Det dreier seg blant annet om begjæringer om å få utlevert «ethvert skriftstykke», «all intern kommunikasjon», «e-poster», «all dokumentasjon» og «interne referater/notater/møtereferater».
- (71) Lagmannsretten har flere drøftelser av spesifiseringskravet i forbindelse med slike uttrykk. Jeg nevner her bare to, som begge gjelder kontraktsinngåelsen:

«Lagmannsretten finner at det fremstår som klart hvilke dokumenter som her etterspørres. ‘Ethvert skriftstykke’ er en vid betegnelse. Temaet er angitt og tidsperioden er begrenset til perioden forut for kontraktsinngåelsen. Det er angitt eksempler på hvilke dokumenttyper provokasjonen gjelder, for eksempel interne referater/notater fra møter mellom partene, referater, presentasjoner, innstillinger, budsjetter og korrespondanse.

Lagmannsretten finner dette tilstrekkelig, idet det ikke vil være mulig for Infor å gi en nærmere beskrivelse av de enkelte dokumenter.

...

Lagmannsretten finner, også når det gjelder disse provokasjonene, at det framstår som klart hvilke dokumenter som provoseres fremlagt. Selv om det er bedt om 'all kommunikasjon' er det ikke tvilsomt hvilke dokumenter det er snakk om. Provokasjonen er angitt som definerte dokumenttyper og kommunikasjon med konkrete selskaper. Når det er bedt om 'all kommunikasjon', er dette begrenset til et konkret tema – endringsledelse. Når det gjelder [dokumentasjon som viser hvordan Felleskjøpet arbeidet med prosessforbedring og effektivisering], vil det ikke være mulig for Infor å konkretisere nærmere type dokumenter, men det er klart at det er mulig å identifisere de aktuelle dokumenter.»

- (72) Lagmannsretten synes å ta utgangspunkt i at man skal finne alle dokumenter som *kan tenkes* å være relevante. Det er benyttet svært generelle karakteristikkene en rekke steder, bygget på at ytterligere spesifisering ikke er mulig. Dette er et uriktig rettslig utgangspunkt.
- (73) Ved bedømmelsen må man ta i betraktning at provokasjonene her gjelder en meget betydelig dokumentmengde. I prinsippet er det nok så at det meste kan søkes frem, bare man søker lenge nok. Men som jeg tidligere har fremhevet, har lovgiver nettopp ikke ønsket en prosessordning som tillater bevispålegg tilsvarende «disclosure» og «discovery», hvor man plikter å fremlegge alt som kan tenkes å ha bevisverdi. Dette hovedsynspunktet må også gjelde i saker som gjelder store verdier. Godtar man så vide formuleringer som i vår sak, legges det til rette for ordninger som har sterke likhetstrekk med «disclosure» og «discovery».
- (74) Slike vidtgående pålegg vil også kunne føre til urimelige resultater for den part som skal fremlegge bevis. Selv om spesifisering kan være vanskelig, må det forsøkes så langt det er mulig. Særlig er det naturlig å se hen til hvor det er mest sannsynlig at man kan finne sentrale bevis. Viser det seg at denne fremgangsmåten ikke er hensiktsmessig, kan man etter nytt pålegg fra retten gjøre et forsøk med en annen innfallsvinkel.
- (75) Infors private sakkyndige har som nevnt tatt til orde for begrensninger i lagmannsrettens bevispålegg, som vil ha vesentlig betydning. I stedet for å søke etter dokumentasjon hos de 200 ansatte i Felleskjøpet som arbeidet med ERP-prosjektet, er det etter hans syn mulig å begrense antallet til prosjektleder og andre sentrale personer i ledelsen. En annen viktig begrensning kan være å konsentrere seg om enkelte bestemte lagringsenheter.
- (76) Den rettsoppnevnte sakkyndige var under sin muntlige forklaring for Høyesterett enig i at slike begrensninger vil kunne begrense søket vesentlig. Han pekte også på tilsvarende begrensninger vedrørende Felleskjøpets bistand fra firmaet Ernst & Young, samt ytterligere tidsbegrensninger.
- (77) Etter mitt syn skulle lagmannsretten av eget tiltak ha vurdert slike begrensninger for å presisere bevispåleggene i slutningen. Infor har anført at de må leses i lys av presiserende prosesskriv. Som allerede nevnt, er jeg ikke enig i det.
- (78) Lagmannsretten har ikke vurdert lempningsregelen i tvisteloven § 26-6 andre ledd. Slik saken ligger an, går jeg ikke inn på den.

- (79) *Forholdsmessighet*
- (80) Etter tvisteloven § 26-5 tredje ledd kan retten nekte bevis tilgang blant annet hvis det vil medføre kostnader som ikke står i rimelig forhold til tvisten og den mulige verdien av beviset. Jeg forstår Felleskjøpet slik at det ikke anføres at lagmannsretten har tatt feil rettslig utgangspunkt, men at den konkrete vurderingen er feil, særlig fordi det vil bli en så omfattende oppgave å fremskaffe bevisene.
- (81) Om dette uttalte lagmannsretten:
- «Felleskjøpet har anført at innhenting, analysering og sortering av materialet vil kreve store ressurser, og at pålegg om fremleggelse vil påføre Felleskjøpet uforholdsmessige belastninger og kostnader. Det er ingen tvil om at det er et omfattende materiale det er snakk om. Det er vanskelig for lagmannsretten å vurdere bevisverdien av hvert enkelt dokument eller dokumentgruppe som er begjært fremlagt.**
- Lagmannsretten legger, som tidligere nevnt, til grunn at de dokumenter som etterspørres for det meste er lagret digitalt og at det derfor vil være enkelt å søke opp og sortere dokumentene. Videre gjelder at en god del av provokasjonene bør være forholdsvis enkle å besvare, for eksempel organisasjonskart, prosjektmandat, møtoreferater, notater, avtaler, presentasjoner og prosjektstyringsdokumenter. De mer arbeidskrevende provokasjonene er etter lagmannsrettens syn heller ikke mer arbeidskrevende enn det som kan forventes i en sak i den størrelsesorden det her er snakk om. Mye av denne dokumentasjonen kan forholdsvis enkelt fremskaffes ved søk i e-postkassene til de personene det gjelder.»**
- (82) Lagmannsrettens begrunnelse bygger her på feil bevisvurdering. Som allerede nevnt, vil gjennomføringen av bevispålegget være et meget omfattende arbeid. Pålegget er ikke tilstrekkelig spesifisert og må anses som uforholdsmessig.
- (83) Jeg tilføyer at Infors tilbud om å medvirke ved gjennomføringen, vanskelig kan tillegges vekt, slik denne saken ligger an. Felleskjøpet har opplyst at materialet omfatter forretningshemmeligheter og er undergitt taushetsplikt. Dette fremstår ikke overraskende når det dreier seg om en så omfattende dokumentmengde hos så mange personer.
- (84) Til slutt nevnes at den rettsoppnevnte sakkyndige under sin forklaring mente at noen av de etterspurte dokumentene var lagret på fellesområder som også Infor har tilgang til, uten at dette ble konkretisert nærmere. Jeg viser derfor til tvisteloven § 26-5 tredje ledd om at retten kan nekte bevis som parten har «tilnærmet samme mulighet for tilgang til selv», da det fremstår som usikkert om lagmannsretten har vurdert dette spørsmålet.
- (85) *Advokatdokumenter*
- (86) Lagmannsrettens slutning, som jeg allerede har gjengitt, inneholdt to avsnitt med i alt syv pålegg hvor Felleskjøpet måtte fremlegge opplysninger knyttet til fakturaer fra Advokatfirmaet Selmer.
- (87) Ifølge tvisteloven § 22-5 kan retten ikke ta imot bevis fra blant andre advokater om noe som er betrodd dem i deres stilling. Høyesterett har i sin praksis gitt bevisforbudet knyttet til advokaters taushetsplikt en vid rekkevidde, jf. redegjørelsen i kjennelse HR-2018-2403-A.

- (88) Lagmannsretten vurderte ikke betydningen av bevisforbudet, og heller ikke muligheten for å sladde deler av dokumenter, herunder omfanget av opplysninger som eventuelt må fjernes, noe den hadde plikt til å vurdere, jf. 2018-kjennelsen avsnitt 39 og 52.
- (89) Basert på Infors provokasjon har lagmannsretten formulert pålegget om bevisfremleggelse vidt. For eksempel gjelder et av punktene «Spesifikasjon (detaljert beskrivelse) av hva deltagerne i prosjekt-teamet brukte tid på». Holdt opp mot Høyesteretts praksis vil dette gripe inn i den taushetsplikten som gjelder for advokater.
- (90) Lagmannsretten har i samme punkt presisert pålegget slik «at provokasjonen ikke knytter seg til innholdet i advokatfirmaets rådgivning, og kun gjelder en forklaring på hva det er brukt tid på og hvordan dette knytter seg til prosjektet». Dette synes å hvile på en forutsetning om at taushetsplikten kun gjelder «innholdet i advokatfirmaets rådgivning», noe som i så fall er en for snever oppfatning av hva som ligger innenfor taushetsplikten. Jeg viser til 2018-kjennelsen avsnitt 33, som understreker at bevisforbudet omfatter både eksistensen av klientforholdet – det er her riktignok gjort kjent av klienten selv – og det nærmere innhold i klientens oppdrag.
- (91) Også flere andre punkter kan komme i konflikt med bevisforbudet. Lagmannsretten bør derfor foreta en ny vurdering av provokasjonene vurdert opp mot tvisteloven § 22-5.
- (92) *Oppsummering*
- (93) Etter dette må lagmannsrettens kjennelse oppheves. Retten har vurdert de faktiske konsekvensene av de omfattende påleggene feil, og har bygget på en uriktig tolkning av kravene til relevans, spesifisering og forholdsmessighet. Det er heller ikke foretatt noen vurdering av bevisforbudet i tvisteloven § 22-5.
- (94) Felleskjøpet har krevet dekket sine sakskostnader ved behandlingen av bevispåleggene for lagmannsretten og Høyesterett. Salær- og utgiftskostnadene for Høyesterett utgjør ifølge oppgave 1 239 800 kroner. I tillegg kommer ~~30 510 6 780*~~ kroner i rettsgebyr for Høyesteretts behandling av saken og Felleskjøpets andel på 234 624 kroner av utlegg til den rettsoppnevnte sakkyndige. Til sammen utgjør dette ~~1 504 934 1 481 204*~~ kroner. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Sakskostnadene for lagmannsretten utsettes til den avgjørelsen som avslutter saken i instansen, jf. tvisteloven § 20-8 første og tredje ledd.
- (95) Jeg stemmer for slik

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Infor (Steinhausen) II GmbH ~~1 504 934 1 481 204*~~ – ~~enmillionfemhundreogfirtusenihundreogtrettifire~~ *enmillionfirehundreogåttientusentohundreogfire** – kroner til Felleskjøpet Agri SA innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

- (96) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (97) Kst. dommer **Lindsetmo:** Likeså.
- (98) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.
- (99) Justitiarius **Øie:** Likeså.
- (100) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Lagmannsrettens kjennelse oppheves.
2. I sakskostnader for Høyesterett betaler Infor (Steinhausen) II GmbH ~~1 504 934 1 481 204*~~ – ~~enmillionfemhundreogfirtusenihundreogtrettifire~~ *enmillionfirehundreogåttientusentohundreogfire** – kroner til Felleskjøpet Agri SA innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

**Rettet 6. juni 2019 i medhold av tvisteloven § 19-8.*

***Rettet 26. august 2019 i medhold av tvisteloven § 19-8 første ledd.*

Toril Marie Øie
(sign.)